

I PARTENARIATI PER L'INNOVAZIONE E LA SOSTENIBILITÀ

CHRISTIAN IAIONE

(a cura di)

Editoriale

ALDO SANDULLI, <i>Le trasformazioni dell'adolescenza. Le novità della Rivista nel 2024</i>	V
TOMMASO BONETTI, <i>Amministrazioni pubbliche tra innovazione e sostenibilità</i>	VII

Saggi

CHRISTIAN IAIONE, <i>Just sustainable innovation: shared systemic stewardship as Governance impact of sustainable investment?</i>	I
ELISABETTA TATÌ, <i>L'innovation procurement nel settore spaziale: l'Outer Space Law alla prova della New Space Economy</i>	47
ALESSANDRA COIANTE, <i>L'uso strategico dei contratti pubblici e lo sviluppo sostenibile: linee evolutive alla luce del principio del risultato</i>	99

Articoli

MARIO MANNA, DAVIDE TESTA, <i>Digitalizzazione della pubblica amministrazione e innovazione Territoriale: quo vadis? La necessità di nuove sintesi per un binomio in (lento) divenire</i>	141
TOMMASO COCCHI, <i>La Cybersicurezza nel prisma del diritto dei contratti pubblici: un tentativo di ricostruzione delle regole del gioco tra requisiti di partecipazione, criteri di aggiudicazione ed esigenze di certezza</i>	177
ALBERICA AQUILI, <i>Innovazione e sostenibilità nel settore energetico: nuove forme partenariali e contrattuali per le comunità energetiche</i>	209

ADRIANO CONTARDI, <i>Innovazione e sostenibilità nel settore culturale: i partenariati come strumento di innovazione sociale</i>	255
NICOLETTA LEVI, FEDERICA DELLA VENTURA, <i>Innovazione e sostenibilità degli strumenti contrattuali alternativi per la lotta al cambiamento climatico. Il caso di Reggio Emilia</i>	275
PIER PAOLO ZITTI, <i>Innovazione e sostenibilità delle infrastrutture verdi: una riflessione giuridica</i>	311

Opinioni

FRANCESCO BERNI, LANFRANCO DE FRANCO, <i>L'ente locale "innovatore": metodi e strumenti per la transizione amministrativa</i>	347
NOTIZIE SUGLI AUTORI	363

TABLE OF CONTENTS
MUNUS 1/2024
ISSN 2240-4732
DOI 10.26321/MUNUS/1_2024

PARTNERSHIPS FOR INNOVATION AND SUSTAINABILITY

CHRISTIAN IAIONE

(ed.)

Editorials

ALDO SANDULLI, *The Transformations of Adolescence. News for the Journal in 2024* V
TOMMASO BONETTI, *Public administrations between innovation and sustainability*..... VII

Essays

CHRISTIAN IAIONE, *Just sustainable innovation: shared systemic stewardship as Governance impact of sustainable investment?* I
ELISABETTA TATÌ, *Innovation procurement in the space sector: l'Outer Space Law in the era of the New Space Economy* 47
ALESSANDRA COIANTE, *Leveraging public contracts for sustainable development: evolutionary perspectives in light of the outcome principle* 99

Articles

MARIO MANNA, DAVIDE TESTA, *Digitalisation of Public Administration and Local Innovation: quo vadis? The need for new syntheses on a (slowly) evolving binomial* 141
TOMMASO COCCHI, *Cybersecurity and Public Procurement Law: Analysis of the rules of the game between public tender participation requirements and award criteria* 177
ALBERICA AQUILI, *Innovation and sustainability in the energy sector: new partnerships and contractual forms for energy communities* 209

ADRIANO CONTARDI, <i>Innovation and sustainability in the cultural sector: multi-stakeholder partnerships as a tool for social innovation</i>	255
NICOLETTA LEVI, FEDERICA DELLA VENTURA, <i>Innovation and sustainability in public contracts for the purpose of fighting against climate change</i>	275
PIER PAOLO ZITTI, <i>Innovation and Sustainability in Green Infrastructures: A legal Analysis</i>	311

Opinions

FRANCESCO BERNI, LANFRANCO DE FRANCO, <i>The local authority as an “innovator”: methods and tools for the administrative transition</i>	347
---	-----

AUTHORS NEWS.....	363
-------------------	-----

EDITORIALE

ALDO SANDULLI

LE TRASFORMAZIONI DELL'ADOLESCENZA. LE NOVITÀ DELLA RIVISTA NEL 2024

La Rivista inizia il suo quattordicesimo anno di vita. Da qualche anno essa è nell'età dell'adolescenza, epoca di grandi trasformazioni, e si sta avviando verso l'età adulta.

Un cambiamento fondamentale è certamente quello del passaggio all'online open access, che consentirà a *Munus* di avere più visibilità e di pubblicare più rapidamente gli scritti elaborati dagli autori.

Un altro mutamento, inevitabile, è quello di dare una guida rinnovata alla Rivista. Si è ritenuto, quindi, di operare un parziale avvicendamento della direzione scientifica e della redazione.

Sono molto fiero di aver contribuito alla fondazione della Rivista assieme a Giacinto della Cananea e Tommaso Edoardo Frosini; di essere stato l'editor-in-chief per quasi tre lustri, dapprima con loro e poi con Giuseppe Piperata e Lorenzo Saltari; di aver traghettato *Munus* verso ambiti traguardi, prestando particolare attenzione all'originalità e qualità scientifica dei contributi e all'innovatività dei temi trattati.

La Rivista attraversa un periodo di ottima salute, gode ormai di un consolidato apprezzamento da parte della comunità scientifica, vanta un assetto organizzativo efficiente. Quanto alla mission, i servizi e i contratti costituiscono sempre più un'ala marciante del diritto pubblico. Circa il mezzo, con il passaggio all'online open access si consente una piena fruibilità dei prodotti scientifici.

In questo lungo lasso di tempo ho lavorato assiduamente alla Rivista. È il momento giusto per passare la mano, perché c'è bisogno di forze fresche e di uno sguardo d'orizzonte diverso, per individuare i nuovi campi di ricerca, in un momento storico di particolare incertezza per l'intero globo.

Auguro a Fulvio Cortese un ottimo lavoro e ringrazio tutti coloro che hanno contribuito alle sorti della Rivista.

Nel primo Editoriale, in avvio di 2011, spiegavo che *munus* è termine latino dal plurimo significato: incarico, obbligo, dono. La direzione scien-

aldo sandulli

tifica della Rivista è certamente stata un dono per me, consentendomi di imparare molto e di lavorare con una comunità di studiosi di vaglia.

È un buon momento per lasciare la direzione, perché avviene in concomitanza della pubblicazione di un fascicolo monografico, curato da Christian Iaione ed Elisabetta Tatì, dedicato al diritto dell'innovazione e, in particolare, agli appalti innovativi. È un tema al quale la Rivista tiene molto (una premessa a questo fascicolo monografico è il saggio di Gianfrancesco Fidone, pubblicato nell'ultimo numero del 2023), perché indica una nuova strada di ricerca, che conserva però un forte radicamento con la tradizione del diritto amministrativo.

Spero che il lettore possa apprezzare la nuova veste grafica e tributare fortuna alla versione digitale.

EDITORIALE

TOMMASO BONETTI

AMMINISTRAZIONI PUBBLICHE TRA INNOVAZIONE E SOSTENIBILITÀ

«Forse nessuno può essere un grande innovatore senza una fiducia in sé maggiore di quanto la ragione potrebbe giustificare. I più grandi innovatori si sono creduti esseri divini o quasi».

Questo aforisma di Bertrand Russell offre lo spunto per svolgere alcune considerazioni intorno alle trasformazioni, vere o presunte, che interessano e alle difficoltà, strutturali o contingenti, che incontrano le amministrazioni pubbliche nella tumultuosa fase storica che stiamo vivendo.

Che, del resto, il contesto geopolitico ed economico di riferimento sia turbolento e, in particolare, segnato da una forte instabilità è ovviamente più una constatazione che una considerazione.

Una instabilità che, a ben vedere, viene alimentata non solamente da una serie di fattori facilmente riconoscibili, a partire dalla deflagrazione di conflitti armati ed eventi pandemici, dal repentino susseguirsi di shock e cicli economico-finanziari differenti e dall'erompere dei cambiamenti climatici, ma anche dalla necessità di far fronte ad alcune sfide sistemiche che, accanto ai numerosi benefici che potenzialmente recano con sé, non sono prive di significative insidie, come quella relativa all'affermazione e alla diffusione dei sistemi di intelligenza artificiale.

Non è quindi casuale che “transizione” sia divenuta una delle espressioni alla quale si ricorre maggiormente per provare a descrivere le complesse, spesso contraddittorie e comunque nebulose traiettorie che caratterizzano la contemporaneità: è, d'altronde, una locuzione che, pur faticando forse a dissimulare anche una certa inquietudine di fondo, si presta ad essere efficacemente impiegata per rappresentare la portata, più che il senso, dei corposi processi in atto nei più diversi ambiti e in relazione alle più differenti finalità, dal progresso tecnologico ai percorsi di digitalizzazione, dalla produzione e distribuzione dell'energia alla tutela dell'ambiente e degli ecosistemi, fino all'uso sostenibile del territorio e delle risorse e così via.

Transizioni che, come tali, investono, stanno investendo, le persone, le società e gli ordinamenti stessi, compresi quindi gli attori pubblici e gli

operatori economici, imponendo conseguentemente a tutti di confrontarsi con il problema, e i problemi, dell'innovazione e della sostenibilità al fine di adeguarsi ai mutamenti in corso.

Tutto il sistema produttivo, ad esempio, è fortemente esposto ai cambiamenti indotti dalle transizioni, al punto che alcuni importanti mercati, filiere o specifiche catene di valore, come dimostrano le vicende del comparto dell'*automotive*, sono ormai da diversi anni alle prese con una significativa ridefinizione dei corrispondenti contorni strutturali e funzionali.

Anche le amministrazioni pubbliche sono ovviamente investite, in profondità, da queste trasformazioni, né potrebbe essere altrimenti per il ruolo e le funzioni che sono chiamate istituzionalmente a svolgere.

Certo, le esigenze di innovazione e il bisogno di sostenibilità non possono asetticamente predicarsi come un tratto idoneo a qualificare e contraddistinguere in via esclusiva questa stagione; da sempre, infatti, attori pubblici e operatori economici, limitandosi a queste due macrocategorie, sono continuamente sollecitati dai cambiamenti e devono quindi misurarsi con la necessità di innovarsi e, al contempo, di innovare.

E lo stesso, tutto considerato, può dirsi in relazione al canone della sostenibilità che, anche a prescindere dalle recenti modifiche apportate agli articoli 9 e 41 della Carta costituzionale, da molto tempo è affermato da fonti sovranazionali, europee e nazionali, è riconosciuto da molteplici orientamenti giurisprudenziali ed è oggetto di importanti elaborazioni da parte della scienza giuridica.

Basti pensare, a riprova di ciò, a quanto previsto da una proposizione normativa, invero spesso dimenticata, ma comunque da più di un decennio introdotta nel diritto positivo, ovvero l'articolo 3-*quater* del decreto legislativo n. 152/2006 in forza del quale «Ogni attività umana giuridicamente rilevante ai sensi del presente codice deve conformarsi al principio dello sviluppo sostenibile, al fine di garantire che il soddisfacimento dei bisogni delle generazioni attuali non possa compromettere la qualità della vita e le possibilità delle generazioni future».

Vero è, però, che oggi come oggi, nel quadro dei rilevanti mutamenti provocati dalle transizioni in corso, le esigenze di innovazione e il bisogno di sostenibilità paiono manifestarsi, sia sul piano qualitativo sia su quello quantitativo, con una rinnovata intensità e come una incombente necessità.

Sono astrattamente moltissime le forme, le modalità e gli strumenti per promuovere l'innovazione *del* e *nel* sistema amministrativo italiano e per corrispondere effettivamente al canone della sostenibilità, tanto più in una fase in cui l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza, pur tra difficoltà crescenti e notevoli ritardi, spinge fortemente in questa direzione.

amministrazioni pubbliche tra innovazione e sostenibilità

In questa prospettiva, tuttavia, non c'è dubbio che alla contrattualistica pubblica e, più in generale, ai sistemi di *public procurement* sia assegnata una funzione importante, per diverse e concomitanti ragioni, come la stessa scienza del diritto amministrativo ha da tempo messo in luce.

Si consideri, innanzitutto, proprio il caso delle transizioni tecnologiche e digitali.

È evidente, infatti, che è essenzialmente attraverso i modelli e gli schemi del *public procurement* che le amministrazioni pubbliche acquisiscono, possono acquisire, i dispositivi tecnologici e digitali che occorrono, compresi quindi i software, i sistemi informatici di intelligenza artificiale e le banche dati cloud.

È, dunque, in particolare attraverso gli strumenti della contrattualistica pubblica che il sistema amministrativo si “digitalizza”, così favorendo progressivamente la transizione dei propri assetti organizzativi e funzionali verso la dimensione digitale e, al contempo, verso la dematerializzazione delle attività e, dunque, forse anche verso una maggiore sostenibilità; una dimensione peraltro da cogliere e, per ciò solo, riferire, pur nella relativa e inscindibile unitarietà, sia alle attività e ai servizi erogati a beneficio delle collettività, ovvero ai rapporti con i soggetti esterni al perimetro amministrativo, sia alle dinamiche interne alla singola autorità amministrativa come pure a quelle intercorrenti tra i diversi livelli o comunque tra le differenti amministrazioni pubbliche.

È, ancora, al *public procurement* che viene, almeno in parte, rimessa la soluzione del problema del bilanciamento tra i molteplici interessi pubblici e privati che emergono e rilevano nell'alveo dei tortuosi e, per molti versi, inesplorati sentieri della transizione digitale, a partire dal difficile contemperamento tra gli interessi correlati alla sicurezza pubblica e quelli inerenti al regime concorrenziale.

Non solo: i modelli e gli schemi della contrattualistica pubblica, oltre a concorrere direttamente alla complessiva digitalizzazione del sistema amministrativo, sono, o possono essere, il veicolo mediante il quale le amministrazioni pubbliche sostengono processi di innovazione tecnologica tanto in relazione ai settori che si caratterizzano quasi “ontologicamente” per una valenza innovativa, come ad esempio quello spaziale, quanto in ordine ai settori dai caratteri più tradizionali, potendo contribuire comunque alla definizione e allo sviluppo di soluzioni innovative.

Si pensi, sempre in via esemplificativa, alle possibilità che a tal fine sono – o, meglio, potrebbero essere – offerte da molte figure previste dalla disciplina dei contratti pubblici, a partire da quella del partenariato per l'innovazione che, ai sensi dell'art. 75 del d.lgs. n. 36/2023, le stazioni appaltanti

possono utilizzare ogni qual volta «l'esigenza di sviluppare prodotti, servizi o lavori innovativi e di acquistare successivamente le forniture, i servizi o i lavori che ne risultano non può essere soddisfatta ricorrendo a soluzioni già disponibili sul mercato».

Un ulteriore impulso verso la transizione digitale, poi, potrebbe essere assicurata anche dalla stessa digitalizzazione dell'intero ciclo di vita dei contratti, a cui viene dedicata tutta la parte terza del nuovo codice dei contratti pubblici: non si può escludere, infatti, che la complessiva digitalizzazione del ciclo contrattuale, per il rilievo che complessivamente assume in sede ordinamentale, potrebbe riflettersi positivamente, sempre se sarà effettivamente portata a compimento, anche su gli altri ambiti e settori dell'attività amministrativa, assecondando l'implementazione dei corrispondenti livelli di digitalizzazione.

Si tratta, ad ogni modo, di un itinerario il cui punto di arrivo non pare ancora nitidamente riconoscibile all'orizzonte: da un lato, del resto, sono innegabili i ritardi sin qui accumulati rispetto alle traiettorie della transizione digitale, invero da ben prima che lo stesso PNRR fosse anche solamente immaginato, al punto che il problema del *digital divide*, anche per ragioni infrastrutturali, seguita purtroppo a manifestarsi, producendo forti disuguaglianze e profonde differenziazioni innanzitutto di ordine territoriale, come la gestione degli effetti della pandemia ha drammaticamente dimostrato, ad esempio in relazione alla possibilità di svolgere attività scolastiche a distanza; dall'altro lato, poi, sono evidenti le insidie e i pericoli che la transizione digitale porta con sé, a partire dai rischi fatalmente connessi sia all'utilizzo dei sistemi di intelligenza artificiale sia alla necessità di approntare misure per assicurare pienamente la cybersicurezza.

Anche per affrontare i ritardi e i pericoli della transizione digitale, tuttavia, resta il fatto che, per le ragioni indicate, i sistemi di *public procurement* sono e saranno chiamati a svolgere un compito indubbiamente decisivo.

Quanto evidenziato vale, a ben vedere, con specifico riguardo alle transizioni ecologiche ed energetiche, segnatamente in vista del perseguimento degli obiettivi inerenti al contrasto al cambiamento climatico e alla sostenibilità delle trasformazioni territoriali e dell'uso delle risorse.

In generale, del resto, è appena il caso di sottolineare che, anche rispetto a questi itinerari evolutivi, i contratti pubblici costituiscono uno dei veicoli primari attraverso i quali le corrispondenti politiche pubbliche si attuano o comunque si possono concretizzare.

È, infatti, attraverso i contratti pubblici che si realizzano una parte rilevante delle opere e delle infrastrutture funzionali a rendere maggiormente sostenibile l'uso del territorio, ad esempio in funzione di mitigazione del

dissesto o del rischio idrogeologico ovvero, per altro verso, allo scopo di sostenere la mobilità sostenibile.

Un particolare rilievo, quasi una sorta di norma manifesto, assume ancora la previsione, riaffermata dal nuovo codice dei contratti pubblici all'art. 57, c. 2, in relazione all'obbligo per le stazioni appaltanti e per gli enti concedenti di concorrere al conseguimento degli obiettivi ambientali, in particolare attraverso l'inserimento, nella documentazione progettuale e di gara, delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute nei criteri ambientali minimi, essendo altresì tenute a valorizzare economicamente le procedure di affidamento conformi ai criteri stessi.

Vi sono comunque molti altri istituti e dispositivi che possono essere utilizzati per tentare di coniugare, per far fronte alle transizioni ecologiche ed energetiche, innovazione e sostenibilità.

Si è già sottolineata l'importanza che, per la relativa flessibilità, potrebbe rivestire la figura del partenariato per l'innovazione; una flessibilità che, come tale, lo rende uno strumento particolarmente duttile e, dunque, potenzialmente fungibile anche per promuovere e realizzare interventi e opere funzionali a mitigare il *climate change*, ad esempio per assicurare il rafforzamento e la gestione della rete delle infrastrutture verdi e, più in generale, del cd. metabolismo urbano.

Sempre nella medesima prospettiva, per quanto in chiave più settoriale, merita un cenno anche la figura partenariale, disciplinata dall'art. 134 del codice dei contratti pubblici, attivabile per la fruizione del patrimonio culturale e per favorire la ricerca scientifica applicata alla tutela o valorizzazione del patrimonio stesso; per soddisfare queste finalità, infatti, possono essere articolate, mediante l'espletamento di procedure semplificate per l'individuazione del partner privato, forme speciali di partenariato tra soggetti pubblici e privati, allo scopo di permettere sia il recupero, il restauro e la manutenzione programmata sia la gestione, l'apertura alla pubblica fruizione e la valorizzazione di beni culturali.

Un altro ambito materiale che si caratterizza, ormai da qualche tempo, per la ricerca di opzioni innovative e sempre più sostenibili, nell'alveo dei processi di decarbonizzazione, è ancora quello relativo alla produzione e alla distribuzione dell'energia generata da fonti rinnovabili.

Contorni obiettivamente paradigmatici, in questo senso, assumono le comunità energetiche rinnovabili che, sulla base delle previsioni europee e nazionali, a partire dalla direttiva RED II 2018/2001/UE, consistono essenzialmente in forme di aggregazione tra cittadini, singoli o associati, piccole o medie imprese, soggetti del terzo settore e pubbliche amministrazioni al fine di fornire benefici ambientali, economici o sociali ai relativi componenti.

Le comunità formano così un soggetto autonomo di diritto preordinato ad articolare e sviluppare una rete decentralizzata che, sfruttando l'innovazione tecnologica e la digitalizzazione, impegna tutti i membri della comunità nelle varie fasi di produzione, consumo e condivisione dell'energia generata dalle fonti rinnovabili e, in particolare, dagli impianti fotovoltaici nella disponibilità della comunità stessa.

Le comunità dovrebbero quindi permettere di perseguire una pluralità di obiettivi fondamentali: contribuire al fabbisogno energetico della popolazione senza ricorrere all'utilizzo dei combustibili fossili, contrastare la cd. "povertà" energetica e le fragilità sociali ed economiche, ridurre gli sprechi, mitigare gli effetti del cambiamento climatico, valorizzare il patrimonio immobiliare e addirittura promuovere, nelle visioni forse più ottimistiche, la declinazione, dal "basso" o comunque a livello locale, di un nuovo modello di riferimento per il mercato energetico fondato sulla sostenibilità e, per l'appunto, sulla condivisione.

Ciò che è interessante notare è che, come suggeriscono le prime esperienze applicative, le amministrazioni locali possono svolgere una funzione determinante ai fini della costituzione delle comunità sia come partecipanti, tenuto anche conto della possibilità di utilizzare una parte significativa dei compendi immobiliari pubblici per la realizzazione degli impianti fotovoltaici, sia come "registri" e facilitatori dell'operazione.

Le comunità possono, di conseguenza, rappresentare una nuova frontiera per la costruzione di modelli partenariali pubblico-privato di ordine più o meno sperimentale o comunque anche per la definizione di innovativi e atipici schemi contrattuali.

Del resto, per quanto si tratti della mera positivizzazione di risalenti e consolidati orientamenti giurisprudenziali e dottrinali, è appena il caso di rammentare che l'art. 8, c. 1, del nuovo codice dei contratti pubblici sancisce testualmente, a scanso di equivoci, che, nel perseguimento delle proprie finalità istituzionali, «le pubbliche amministrazioni sono dotate di autonomia contrattuale e possono concludere qualsiasi contratto, anche gratuito, salvi i divieti espressamente previsti dal codice e da altre disposizioni di legge».

Gli itinerari più generali delle transizioni in corso e gli esempi più specifici a cui si è accennato mostrano chiaramente o, meglio, confermano pertanto che la contrattualistica pubblica e i sistemi di *public procurement* costituiscono fondamentali veicoli per conseguire, oltre al raggiungimento del risultato primario costituito dall'oggetto del contratto, anche ulteriori obiettivi sistemici, divenendo conseguentemente strumenti per corrispondere alle rinnovate esigenze della innovazione e all'impellente bisogno di sostenibilità.

amministrazioni pubbliche tra innovazione e sostenibilità

Lo Stato committente, in altri termini, può e, anzi, è ormai chiamato ad utilizzare lo Stato banditore per contribuire a rispondere, sia attraverso le singole commesse sia in chiave più generale, anche alle enormi sfide che le transizioni digitali ed ecologiche impongono di affrontare e, al contempo, alle numerose insidie che presentano.

È bene, però, guardarsi da (almeno) un rischio.

Il rischio, in particolare, che quanto rappresentato rimanga, in tutto o in parte, essenzialmente sulla carta: il rischio, cioè, che l'ampio ventaglio di dispositivi e strumenti negoziali, compresi quelli partenariali, non venga effettivamente – e, soprattutto, diffusamente – usato dalle amministrazioni pubbliche per dar seguito e consistenza alla domanda di innovazione e sostenibilità.

Lo stato in cui complessivamente versa il sistema amministrativo italiano a livello centrale e locale, se non suggerisce un certo pessimismo, consiglia quanto meno cautela, tanto più alla luce delle difficoltà che sta incontrando la gestione e l'attuazione del PNRR.

Le ragioni sono evidentemente molte, riflettendo in gran parte problematiche che, quando non sono strutturali, segnano comunque da molto tempo il sistema amministrativo italiano: tra queste, ad ogni modo, non si può nascondere il fatto che, nonostante gli sforzi compiuti in questi anni, la via dell'innovazione e della sostenibilità richiede, pretende, capacità amministrativa, una forte capacità amministrativa, sia internamente sia nei rapporti con operatori economici e cittadini.

Pretende, in definitiva, non solo l'articolazione di un quadro normativo, ma anche la costruzione di un contesto amministrativo e l'affermarsi di un clima culturale in grado di valorizzare effettivamente «l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni secondo il principio del risultato», come virtuosamente stabilisce l'art. 1, c. 2, del d.lgs. n. 36/2023 in relazione ai contenuti del principio della fiducia nell'ambito dei contratti pubblici.

Il che, come potrebbe forse indurre a pensare l'aforisma iniziale di Bertrand Russell, non significa predicare una visione deificante dell'amministrazione e attendere fideisticamente che si manifesti.

Più semplicemente, invece, significa che la fiducia, così come oggi positivamente declinata, costituisce una delle irrinunciabili condizioni per coltivare realmente soluzioni innovative e opzioni sostenibili, sia in riferimento agli schemi negoziali da utilizzare sia, e soprattutto, in relazione all'oggetto stesso delle singole fattispecie contrattuali.

JUST SUSTAINABLE INNOVATION:
SHARED SYSTEMIC STEWARDSHIP
AS GOVERNANCE IMPACT OF SUSTAINABLE INVESTMENT?*

SUMMARY: 1. On the Principle of Sustainable Innovation – 2. Sustainable Innovation as Just Innovation? The EU Policy Landscape on Climate and Energy Justice – 2.1 Climate and Intergenerational Justice – 2.2 Energy Justice – 3. Empowering Vulnerable Communities through Impact-Based Stewardship. Evidence from the EU Regulatory Frameworks on Sustainable Governance, Sustainable Finance, Just Transition, Integrated Local Development – 3.1. On Engagement and Stewardship as a Defining Feature for Sustainable Governance and Sustainable Finance – 3.2 On Just Transition and Integrated Local Development: the Partnership Principle as the True Source for Engagement and Stewardship – 4. Conclusions: the Role of USDIPS and CSOs in Building Local Sustainable Innovation Ecosystems for Vulnerable Communities.

* This study is supported by the European Union's Horizon 2020 research and innovation programme under grant agreement No 959420 for the EUARENAS.EU Project. A previous version of this study has been featured in the City Science Initiative Report and it is available at <https://openresearch.amsterdam/en/page/107703/2024-csi-social-impact-for-climate-justice>. The author wishes to thank Caroline Nevejan, Ayşenur Korkmaz, Floris Vermeulen, Egor Isaev, Maria Arche, Dora Longo Bahia, Alexandra Perovic, Alan Cienki, Sanne De Boer, Wendy Bos, Nathalie Van Loon, Natascha Hulst, Kenneth Reynold Mills, Josep Quer, Jerzy Gawronsky, for comments produced on previous versions of this study and / or participating to its discussion in a self-organized seminar at NIAS – KNAW on March 18th, 2024; Kenneth Amaeshi, Silvana Perretta, Maria Rusca, Antonio Gaudio, and the other participants to the seminar held at Luiss University on May 9th 2024, on Planetary Health: One People, One Planet, One Health; Kinanya Pijl, Candida Leone, Vladimir Bogoeski, Laura Burgers, Helen Jansen, Nena Van Der Horst, Yannick van den Berg, Yannick van den Berg who gave useful insights at a seminar hosted by Marija Bartl at the Center for Transformative Private Law of University van Amsterdam on June 3rd 2024. Finally, the author feels greatly indebted to Elena De Nictolis and Sheila Foster for their constant inspiration on climate justice, energy justice and stewardship, Costanza Consolandi, Jim Hawley and Keith Johnson for insightful exchanges on governance impact for sustainable investments, as well as and above all professors Antonio Punzi and Aldo Sandulli for their patient mentorship and PhDs and Postdocs Alberica Aquili, Marijana Krstić, Benedicta Quarcoo, Adriano Contardi, Mario Manna, Pier Paolo Zitti for their critical support to the Fall 2023 and Spring 2024 intense research activities that were essential to the delivery of this study.

1. On the principle of sustainable innovation

This study attempts to demonstrate that according to the EU law and policy framework innovation is essentially oriented towards sustainability and that therefore “sustainable innovation” is the defining feature of the EU policy and investment approach addressing the pressing territorial and social divides that the ecological, energy, and technological transitions are generating¹. This definition builds on the existing literature² and the current policy framework on R&I³.

This hypothesis taps into the quest for a qualified version of the principle of innovation⁴ proposing to embed the dual imperative of improving

¹ On sustainable innovation see for a useful overview V. Cillo et al., *Understanding sustainable innovation: A systematic literature review*, in *Corp Soc Resp Env Ma*, 2019, n. 26, 1012–1025; O. Al-Jayyousi, H. Amin, H.A. Al-Saudi, A. Aljassas, E. Tok, *Mission-Oriented Innovation Policy for Sustainable Development: A Systematic Literature Review* 15(17) *Sustainability* (2023), 13101. For more general attempts to investigate the sustainability in the EU legal order see S. Schacherer, *Sustainable Development in the EU Legal Order*, in S. Schacherer (ed.), *Sustainable Development in EU Foreign Investment Law*, Brill Nijhoff, 2021, 100–147.

² Conceptually the principle can be extrapolated by combining M. Mazzucato, *Mission-Oriented Innovation Policies: Challenges and Opportunities*, in 27 *Ind. Corp. Change* (2018), 803–815; R. Brown, *Mission-oriented or mission adrift? A critical examination of mission-oriented innovation policies*, in 29(4) *European Planning Studies* (2021), 739–761; J.D. Sachs, G. Schmidt-Traub, M. Mazzucato, D. Messner, N. Nakicenovic, J. Rockström, *Six transformations to achieve the sustainable development goals*, in 2(9) *Nature sustainability* (2019), 805–814; J. Rockström, J. Gupta, D. Qin, S.J. Lade, J.F. Abrams, L.S. Andersen, D.I. Armstrong McKay, X. Bai, G. Bala, S.E. Bunn, D. Ciobanu, *Safe and just Earth system boundaries*, in *Nature* (2023), 1–10.

³ See Council Conclusions on the *Future governance of the European Research Area (ERA)*, 26 November 2021; Council Recommendation (EU) 2021/2122 of 26 November 2021 on a *Pact for Research and Innovation in Europe*; Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, *2022 Strategic Foresight Report, Twinning the green and digital transitions in the new geopolitical context*, Brussels, 29.6.2022 COM(2022) 289 final; Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *A Green Deal Industrial Plan for the Net-Zero Age*, Brussels, 1.2.2023 COM(2023) 62 final.

⁴ According to K. Garnett, G. Van Calster, L. Reins, *Towards an innovation principle: an industry trump or shortening the odds on environmental protection?*, in 10(1) *Law, Innovation and Technology* (2018), 1–14, the long-standing debate and contrast between the constitutional level precautionary principle (see articles 11, 114, 191 TFUE for environmental protection, and articles 12, 168, 169 TFUE for consumer protection) and the permissionless innovation principle (see article 173 TFUE requiring to devise an industrial policy that can foster ‘better exploitation of the industrial potential of policies of innovation, research and technological development’) can be solved if “A qualified innovation principle that encourages reasonable risk-taking while accepting an element of responsibility could help square the EU’s twin

just sustainable innovation

economic performance while concurrently enhancing environmental and social goals, both in the immediate and long-term scenario. Innovations are supposed to deliver enhancements across various dimensions – be it products, services, technological advancements, or organizational processes⁵.

Ideally, sustainable innovations are expected to not only yield better economic and technological positive outcomes, but also bring about tangible improvements in the environmental and social spheres⁶. The positive imaginary that surrounds these sustainable innovations would require them to land positive outcomes and impacts that extend beyond firms and governments immediate operations, thereby contributing to broader societal and ecological wellbeing⁷.

In essence, sustainable innovation requires firms and governments to transcend their traditional boundaries, purposes, and missions, integrate economic, technological, social, environmental goals and actively engage with all the stakeholders, in particular vulnerable communities. It represents a multifaceted and dynamic approach characterized by the simultaneous pursuit of economic prosperity⁸, environmental stewardship, and social wellbeing to drive positive change and contribute to a more sustainable future⁹.

Sustainable innovation emerges as a defining feature within the EU research and innovation funding program and the regulation governing it. Indeed, the Horizon Europe program and regulation delineates the trajectory of research and innovation from 2021 to 2027, succeeding its predecessor,

(though potentially incompatible) objectives of fostering innovation and offering a high level of environmental and consumer protection”.

⁵ See the Oslo and Frascati Manuals.

⁶ Article 3 (3) of the Treaty on European Union in establishing the internal market states that it «shall work for the *sustainable development of Europe* based on *balanced economic growth and price stability*, a highly competitive social market economy, aiming at *full employment and social progress*, and a *high level of protection and improvement of the quality of the environment*. It shall *promote scientific and technological advance*» (emphasis added). See also A. Hemphill, *The innovation governance dilemma: Alternatives to the precautionary principle*, in 63 *Technology in Society* (2020), 101381.

⁷ To a certain extent it could be argued that sustainable innovation is one of those political economy and constitutional imaginaries of prosperity Marija Bartl talks about in her recent contributions. See M. Bartl, *Imaginaries of Prosperity as Constitutional Imaginaries*, in J. Komárek (ed.), *European Constitutional Imaginaries: Between Ideology and Utopia*, Oxford University Press, 2023, pp. 360-377; Id., *Towards the Imaginary of Collective Prosperity in the European Union (EU): Reorienting the Corporation*, in *European Law Open*, 2022, 1(4), 957-986.

⁸ C. Mayer, *Prosperity: Better business makes the greater good*, Oxford University Press, 2018.

⁹ S.R. Foster, C. Iaione, *Co-cities: Innovative Transitions Toward Just and Self-sustaining Communities*, MIT Press, 2022.

Horizon 2020. Considered as the largest transnational research and innovation endeavor globally, Horizon Europe embodies the Union's unwavering commitment to advancing scientific frontiers and fostering breakthrough innovations. Central to its mission is the facilitation of research and innovation activities, predominantly channeled through open and competitive calls for proposals. Under the auspices of the European Commission, Horizon Europe operates with a mandate to propel scientific inquiry towards addressing societal challenges through civil applications exclusively.

The Horizon Europe regulation is deeply inspired by the paradigm of sustainable innovation. It aims to steer scientific and technological endeavors towards challenges and solutions that not only expand the boundaries of knowledge, science and technology but also address pressing societal needs in a sustainable manner. This entails fostering research initiatives that not only stimulate economic growth but also prioritize environmental conservation and societal wellbeing¹⁰.

The concept of "sustainable innovation" is expressly cited at least twice in the Horizon Europe Regulation:

- a) in recital 51 where the regulation established that the Horizon Europe program «should also seek to remove barriers and boost synergies between science, technology, culture and the arts to *obtain a new quality of sustainable innovation*. The measures taken to improve the involvement of citizens and civil society in the supported projects should be monitored»;
- b) in the establishment of Pillar III – Innovative Europe where it identifies as one of the European Institute of Innovation and Technology (EIT) areas of intervention the creation of «sustainable innovation ecosystems across Europe» which in Annex II of the regulation are further depicted as ecosystems through which «(i)n accordance with the EIT Regulation and the Strategic Innovation Agenda of the EIT, the EIT plays a reinforced role in strengthening sustainable challenges-based innovation ecosystems throughout Europe».

In addition, the Horizon Europe Regulation makes express reference to the United Nations Sustainable Development Goals (SDGs) in recital 2 and to the 2030 Agenda for Sustainable Development (the '2030 Agen-

¹⁰ See Regulation (Eu) 2021/695 of the European Parliament and of the Council of 28 April 2021 establishing Horizon Europe – the Framework Programme for Research and Innovation, laying down its rules for participation and dissemination, and repealing Regulations (EU) No 1290/2013 and (EU) No 1291/2013. This seven-year program, synchronized with the EU's long-term budgetary plans, is endowed with a substantial financial allocation totaling 95.5 billion euros.

just sustainable innovation

da’), the SDGs and the Paris Agreement adopted under the United Nations Framework Convention on Climate Change (the ‘Paris Agreement’) in recital 10 establishing that the program implementation should «reinforce the pursuit of the SDGs and the commitment of the Union and its Member States to implementing the 2030 Agenda to achieving *its three dimensions – economic, social and environmental –* in a coherent and integrated manner» (emphasis added).

Finally, the Horizon Europe regulation foresees the organization of Missions which according to recital 24 are «high-ambition, wide-scale initiatives» that would enable the Horizon Europe program to achieve «a transformative and systemic impact for society in support of the SDGs, also through international cooperation and science diplomacy». According to article Missions shall use SDGs as sources for their design and implementation, be inclusive, encourage broad engagement and active participation from various types of stakeholders from the public and private sector, include citizens and end-users, have wide, scientific, technological, societal, economic, environmental or policy relevance and impact.

But the use of the research and innovation agenda for sustainable development has also a science diplomacy side and therefore it is one of the tools the EU intends to use to tackle the global divides produced by the technological and climate transitions¹¹.

In 2021, the European Commission adopted a communication on a global approach to research and innovation – the new European strategy for international cooperation. In 2022, the European Parliament and the EU Member States responded to the communication with respectively a resolution and a declaration by the Council presidency¹².

Indeed, the Global South is increasingly seen as vital for tackling environmental crises and social inequalities. Emphasizing social innovations aimed at changing current trajectories, there is a rising acknowledgment of the research and innovation potential in finding solutions. R&I can play

¹¹ C. Geiger, J.J. Bernd, *The right to research as guarantor for sustainability, innovation and justice in EU copyright law*, in *Intellectual Property Rights in the Post Pandemic World*, Edward Elgar Publishing, 2023, 138-169.

¹² EUROPEAN COMMISSION, *The Global Approach to Research and Innovation Europe’s strategy for international cooperation in a changing world*, 18.05.2021, COM(2021) 252 final, which calls for the mobilization of the world’s researchers and innovators as a crucial element for the well-being of citizens and future generations and it identifies cooperation across borders on a scale never seen before to develop innovative solutions to deliver just green and digital transitions in line with the sustainable development goals and to promote Europe’s resilience, prosperity, competitiveness, and economic social well-being.

a crucial role in making innovation not only geared towards sustainability but also more just. Yet the challenge lies in redirecting and transferring knowledge towards serving marginalized communities¹³. These communities, facing physical constraints and social exclusion, can benefit from sustainable innovation initiatives that offer novel solutions while promoting sustainability goals. Such initiatives demonstrate a commitment to social and environmental value, bridging divides, and promoting human and ecological sustainability.

However, gaps remain in understanding and measuring their impacts, particularly in areas that need to face ecological or technological challenges deriving either from their accelerated pace or the technical gaps these areas might still need to fill¹⁴. Systematic assessment tools are needed to inform policymaking effectively, guiding future interventions for sustainable development¹⁵.

2. Sustainable innovation as just innovation? The EU policy landscape on climate and energy justice

For sustainable innovation to represent a policy tool truly advancing sustainable development, all the possible dimensions and shades that sustainability or sustainable development can present must be embedded in its operationalization.

Thus this study interprets “sustainable innovation” as the principle

¹³ See *The AU-EU Innovation Agenda*, 19.07.2023, available at https://research-and-innovation.ec.europa.eu/system/files/2023-07/ec_rtd_au-eu-innovation-agenda-final-version.pdf. On a very innovative development approach based on shared entrepreneurship enabling group-owned or community-based businesses economically to empowering rural and urban Africa communities see U. Idemudia, K. Amaeshi, *Africapitalism*, Routledge, 2019. On the role that law can play in innovating development financing see K.E. Davis, *Financing Development as a Field of Practice*, in *Study and Innovation, Acta Juridica* (2009), 168.

¹⁴ See the European Commission and the High Representative adopted a joint communication to the European Parliament and the Council on a *Renewed Partnership with the Southern Neighbourhood*, 9 February 2021, JOIN(2021) 2 final. On 19 April 2021, the Council endorsed the renewed partnership, which aims to ‘address common challenges’ and ‘unlock the region’s economic potential for the benefit of its people’.

¹⁵ See R. Arocena, J. Suits, *Universities and Social Innovation for Global Sustainable Development as seen from the South*, in 162 *Technological Forecasting and Social Change* (2021), 120399; E. Ravazzoli, *Can Social Innovation Make a Change in European and Mediterranean Marginalized Areas? Social Innovation Impact Assessment in Agriculture, Fisheries, Forestry, and Rural Development*, in 13 *Sustainability* (2021), 1823.

just sustainable innovation

guiding the process of designing, selecting, financing, and developing innovating cutting-edge projects, products, processes, services, and technologies that not only (1) improve the competitiveness of a certain market or society by improving its technological or innovation strength (innovation impact), but also (2) respect human, fundamental, civil and social rights (rights impact); (3) reduce inequalities or divides the ecological and technological transitions are producing (social impact); (4) improve institutional capacity and multistakeholder cooperation in the stewardship of common essential resources (institutional/governance impact), (5) respect natural resources and other species regenerative capacities (environment, biodiversity, ecosystem impact), (6) take into account the impact on human and other species health (health impact), (7) improve the living conditions and quality of life of territorial, local, urban communities (territorial impact), (8) facilitate cultural, scientific and knowledge growth and exchange (cultural/knowledge impact), (9) factor in the interests of future generations (generational impact)¹⁶.

For sustainable innovation to become an effective approach or strategy to build an imaginary of collective (and not privatized) prosperity¹⁷, the above-mentioned impact dimensions of sustainable innovation must all be factored in and respected. To be sure, the respect for human rights and fundamental freedoms and even more importantly the orientation towards the eradication of social and economic inequalities caused by the ecological and technological transitions are quintessential¹⁸. However, the the governance

¹⁶ See C. Iaione, E. De Nictolis, A. Berti Suman, *The Internet of Humans (IoH): Human Rights and Co-Governance to Achieve Tech Justice in the City*, in 13(2) *Law & Ethics of Human Rights* (2019), 263-299; C. Iaione, *Urban Sustainable Development and Innovation Partnerships*, in 14 *Italian J. Pub. L.* (2022), 521; E. De Nictolis, C. Iaione, *The Science of Urban Regions: Public-Science-Community Partnerships as a New Mode of Regional Governance?*, in 24(2) *Theoretical Inquiries in Law* (2023), 141-162. Two Horizon 2020 Projects, EUARENAS.EU and Engage R&I, are testing this approach in Reggio Emilia and Rome. See also Article 80, paragraph 6, of the City of Reggio Emilia Regulation on Urban and Climate Justice and Democracy of 18 March 2024, available at <https://www.comune.re.it/amministrazione/documenti-e-dati/atti-normativi/regolamenti/regolamento-sulla-democrazia-e-la-giustizia-urbana-e-climatica-reggio-emilia>.

¹⁷ See M. Bartl, *Imaginaries of Prosperity as Constitutional Imaginaries*, *supra* note 7, who defines an imaginary of prosperity as «families of imaginaries and corresponding institutions and practices that share the background understanding of economy, law, politics, and government, woven by and through a story of prosperity, which places either private actors or collective actors in the driving seat towards a better future», at 364; A. Beckers, K.H. Eller, P. F. Kjaer, *The Transformative Law of Political Economy in Europe*, in 1(4) *European Law Open* (2022), 749-759.

¹⁸ See the European Commission, Secretariat-General, *European pillar of social rights*,

impact. is also growing in importance. The governance impact relies upon the concept of a meaningful engagement with stakeholders which implies a shared systemic stewardship of common essential resources. The Principles for Responsible Investment (PRI) define stewardship as «the use of influence by institutional investors to *maximize overall long-term value* including the *value of common economic, social and environmental assets, on which returns and clients' and beneficiaries' interests depend*»¹⁹. Of course, markets interpret this narrowly as entailing «asset managers actively *engaging with their investee companies* to set, among others, the business strategy, the risk management policies and procedures, or ESG considerations in the long-term interests of their clients»²⁰. And the risk for greenwashing and social washing as the EBA warns is behind the corner²¹. As a matter of fact, the true nature of stewardship entails maximizing the long-term value and this can only take place through governance approaches and mechanisms that enable the constant dialogue and even more importantly the partnership (as a benefit-sharing mechanism) with all the actors that can and should co-benefit of or co-manage those «common economic, social and environmental assets» because much like corporations and investors they are not only beneficiaries, but also custodians or stewards of these common assets²². And this is in line with the way legal theory has conceptualized stewardship so far in property, corporate and finance law²³.

Publications Office of the European Union, 2017, and E. Letta, *Much More Than a Market – Speed, Security, Solidarity: Empowering the Single Market to deliver a sustainable future and prosperity for all EU Citizens*, report presented to the European Council on 18 April 2024, who recalls the saliency of the European Pillar of Social Rights for a cohesive, people-centered Union and the Porto Social Agenda and the SURE plan, which introduced new principles and instruments to tackle unemployment and inequalities.

¹⁹ See how the PRI builds the concept of stewardship: <https://www.unpri.org/introductory-guides-to-responsible-investment/an-introduction-to-responsible-investment-stewardship/7228.article>

²⁰ See F.Vonner, J.F.Richard, J.Wilkinson, N.Rajewska, *Unleashing the Power of ESG Stewardship for a Sustainable Tomorrow*, 21 May 2024, available at <https://securities.cib.bnpparibas/unleashing-the-power-of-esg-stewardship-for-a-sustainable-tomorrow/>

²¹ See the EBA *Guidelines on Greenwashing*, p. 18, stating that «Engagement with stakeholders was also assessed as very prone to greenwashing».

²² See S.R. Foster, C. Iaione, *The Co-Cities*, MIT Press, 2022.

²³ W.N.R. Lucy, C. Mitchell, *Replacing Private Property: The Case for Stewardship*, in 55 *Cambridge Law Journal* (1996), 566-584; R.G. Eccles, G. Serafeim, *The Big Idea*, in *Harvard Business Review*, 2013; G. Serafeim, *Investors as Stewards of the Commons?*, in 30(2) *Journal of Applied Corporate Finance* (2018), 8-17; D. Katelouzou, A. Klettner, *Sustainable Finance and Stewardship: Unlocking Stewardship's Sustainability Potential*, in D. Katelouzou, D.W. Puchniak (eds.), *Global Shareholder Stewardship*, Cambridge University Press, 2022, 549-571; J.N. Gordon, Sys-

just sustainable innovation

This dimension of impact rooted in engagement with stakeholders and shared systemic stewardship can be better operationalized and made more robust through reference to the ongoing discussion within the EU law and policy and scholarly debate on the need for constitutionalizing the just ecological, technological, and energy transition principle. The justice dimension might become more central in guiding the implementation of the principles of sustainable innovation if a reading of the EU constitutional framework can allow for its recognition.

A whole range of serious environmental, energy and technological challenges are threatening the health of the planet and the well-being of some communities and groups more than others. These challenges not only endanger the environment, the ecosystems, and biodiversity, but they also have severe consequences on human health, the economy, institutional capacity and democratic quality, the production of science and knowledge, and social cohesion.

Addressing these challenges posed by climate and technological transitions, therefore, requires not only a deep understanding of natural and technological phenomena but also a thorough analysis of the multidimensional impacts that they have on society and institutions, which often become inequitable and unbearable for some more vulnerable social groups and communities²⁴.

Vulnerable communities, characterized by inadequate infrastructure, as well as socio-economic groups with fewer resources, are particularly exposed to the impacts of climate change, simultaneously finding themselves in conditions of lower capacity to address them. Socially marginalized groups and those facing unemployment are among the most vulnerable to climate-related risks²⁵.

The EU has positioned itself as a global frontrunner in confronting

tematic Stewardship, in 47 *Journal of Corporate Law* (2022), 627; C. Consolandi, J.P. Hawley, *From ESG to Sustainable Impact Finance: Moving Past the Current Confusion*, 2024, available at https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4689377.

²⁴ V. Karageorgou, *The EU Just Transition Concept and Its Application in the Case of the Just Transition Mechanism*, in 20 *Journal for European Environmental and Planning Law* (2023), 287–320.

²⁵ Vulnerable communities can be defined as groups of people who, due to their physical, social, economic, and environmental characteristics, are more susceptible to experiencing losses from hazardous events such as natural disasters and climate changes. Their vulnerability is influenced by urbanization, features of the built environment, socio-economic composition, and urban governance. This perspective is reflected in the Report of the open-ended intergovernmental expert working group on indicators and terminology relating to disaster risk reduction, compiled in 2016 by the UNDRR (United Nations Office for Disaster Risk

multifaceted challenges such as climate change, energy transition, and technological advancements, all while steadfastly ensuring a fair transition for its diverse array of citizens, with a particular emphasis on safeguarding the interests of vulnerable and affected communities²⁶.

However, there is no consensus on how climate, energy, and technological justice, some of the core tenets of the current EU policy discourse, shall be interpreted and whether it can be considered as a legal principle enshrined within the EU constitutional framework. As Mazzucato would put it, the Treaty on the European Union (TEU) and the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) need a mission-oriented reading in order to establish the constitutionality of an impact-based just sustainable innovation principle which foresees multistakeholder engagement and stewardship of common essential resources like the ecosystems as its distinctive element. If it was possible to establish the constitutional nature of this principle, just sustainable innovation could stand as rock-solid pillar beyond the current policy cycle, steering the formulation and implementation of innovation policies and funding schemes aimed at addressing climate challenges, fostering sustainable energy transition, and promoting equitable access to digital and technological essential infrastructure across member states²⁷.

2.2. *Climate and intergenerational justice*

If sustainable innovation has to primarily deliver on the environmental side, it cannot overlook the inequalities that the ecological crisis and transitions are already determining. Climate change represents one of the greatest environmental threats of our time, with rising temperatures, increasingly frequent extreme weather events and devastating impacts on ecosystems and communities. Reports from the Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC) emphasize that, despite significant reductions in carbon dioxide (CO₂) emissions and other greenhouse gases, it may take an additional 20–30 years for global temperatures to stabilize²⁸. Furthermore, according to the 2020 report from the Euro-Mediterranean Center on Climate Change

Reduction), available at <https://www.undr.org/publication/report-open-endedintergovernmental-expert-working-group-indicators-and-terminology>.

²⁶ E. Chiti, *Managing the Ecological Transition of the EU: The European Green Deal as a Regulatory Process*, in 59 *Common Market Law Review* (2022), 19–48.

²⁷ V. Karageorgou, *The EU Just Transition Concept and Its Application in the Case of the Just Transition Mechanism*, *supra* note 24, at 320.

²⁸ IPCC, *Climate Change 2023: Synthesis Report. Contribution of Working Groups I, II*

just sustainable innovation

(CMCC), the Mediterranean area will experience a warming of 20% higher than the global average²⁹. Climate change is not an irreversible phenomenon against which there are no defenses, but rather a complex process that interconnects socio-economic and natural dynamics. On one hand, human actions and business operations exert a significant influence on greenhouse gas emissions, consequently shaping the future course of the climate. On the other hand, the ongoing transformations influence the decisions of economic actors, prompting them to formulate strategies to mitigate the effects of climate change and adapt to new environmental conditions.

The EU policy landscape provides a robust standard of protection for the environment and solid grounds for the efforts to counteract climate change causes and effects. An important aspect that contributes to this standard is the legal status afforded to environmental principles in the EU treaties and their implementation through the case law of the CJEU. Environmental principles are grand policy principles, vague and abstract in nature, that are supposed to guide environmental decision making. Some of them are legally recognized by the EU Treaties at art. 191(2) of the TFEU: «Union policy on the environment shall aim at a high level of protection taking into account the diversity of situations in the various regions of the Union. It shall be based on the precautionary principle and on the principles that preventive action should be taken, that environmental damage should as a priority be rectified at source and that the polluter should pay»³⁰.

The Treaties thus explicitly mention as principles the precautionary principle, the preventative principle, the principle of rectification of pollution at source and the principle of polluter pays. Based on the Treaties' interpretation in their judicial reasoning, the CJEU has produced an extensive case law on the environmental principles. Mapping the doctrinal interpretation this case law, Eloise Scotford³¹ identifies two additional principles: the integration principle and the principle of sustainable development.

Article 3 of the TEU grounds the European Union's commitment to sustainability by recognizing the principle of sustainable development³². This

and III to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change, H. Lee, J. Romero (eds.), IPCC, Geneva, Switzerland, 2023, 35-115.

²⁹ D. Nicoli, *The Euro-Mediterranean Center on Climate Change (CMCC) decadal prediction system*, in 16(1) *Geoscientific Model Development* (2023), 179-197.

³⁰ Art. 191, paragraph 2, TFEU.

³¹ E. Scotford, *Environmental Principles and the Evolution of Environmental Law*, Hart Publishing, 2017.

³² S. Schacherer, *Sustainable Development in the EU Legal Order*, *supra* note 1, at 100-147; L. Squintani, *Addressing legal barriers to sustainability in the European Union*, in K. de Graaf, B.

fundamental principle underscores the EU's dedication to advancing sustainable development in Europe, emphasizing the imperative of integrating environmental protection into EU policies.

The integration principle entails that environmental protection should be integrated into other policy areas³³. Article 11 of the TFEU in establishing the principle of integration emphasizes the critical need to embed environmental considerations into all policy spheres to effectively promote sustainable development. By prioritizing a high level of environmental protection and improvement, the EU endeavors to combat climate change and uphold environmental justice, thereby striving to achieve a delicate balance between economic progress, social well-being, and environmental preservation. Moreover, the principle of integration, as enshrined in Article 11 of the TFEU, underscores the inherent interconnectedness of environmental, social, and economic objectives. This principle advocates for the seamless integration of environmental concerns into various policy domains, including social and economic policies, to achieve holistic and sustainable outcomes. By adopting a multidimensional approach that considers environmental, social, and economic factors in tandem, the EU aims to tackle complex challenges such as climate change comprehensively, fostering synergies between different policy areas to maximize impact and effectiveness.

The precautionary principle is a general administrative law and EU law principle, widely adopted to orientate risk management in a wide variety of EU law and policy areas, from pharmaceuticals to pesticides. However, as mentioned earlier its explicit reference is to environmental policy. The CJEU construed the precautionary principle as a general EU law principle by combining article 191, paragraph 2, with article 11 that states that environmental policy must be integrated with other areas of policy making (the integration principle). The fact that the precautionary principle is a core component of environmental policy, that ought to be integrated in other areas of policy, it derives that the precautionary principle must be integrated as well³⁴.

The precautionary principle requires or gives discretion³⁵ to the competent EU authorities to take appropriate measures to prevent potential risks to health, safety, and the environment that a legal measure would imply. The

Marseille, S. Pregal, R. Widershoven, H. Winter (eds.), *Grensoverstijgende rechtsbeoefening: Liber amicorum Jan Jans*, Uitgeverij Paris BV, 2021, 53-59.

³³ E. Scotford, *Environmental Principles and the Evolution of Environmental Law*, Hart Publishing, 2017, 7.

³⁴ P. Craig, *EU Administrative Law*, Oxford University Press, 2018, 697.

³⁵ Id., at 698.

just sustainable innovation

risk assessment must be based on scientific evidence. If the scientific research cannot assess with precision the potential risk, then the authority must adopt the conservative and restrictive option amongst the measures available, unless they lack objectivity or are discriminatory³⁶.

The coordinated reading of the integration and precautionary principle with Article 9 of the TFEU which introduces a crucial social clause that mandates the Union to also consider social objectives, such as employment, social protection, and the fight against social exclusion, when defining and implementing its actions, should be solid enough to ground a climate justice principle. While initially conceived to safeguard social objectives in relation to economic policies, this clause extends its reach to encompass environmental policies, including those aimed at mitigating climate change. By advocating for a high level of social protection and inclusion, the EU seeks to ensure that the benefits of environmental policies are equitably distributed across society, thereby promoting social justice alongside environmental sustainability.

However, a principle of climate justice³⁷ and equity is yet to emerge in EU legal doctrine. However, it is widely advocated for by scholarly debates echoing societal claims, and by justice advocates. A group of judges in the early 2000 published a Judicial Handbook on Environmental Law to advocate for an environmental justice and equity principle (alongside other environmental principles such as prevention, precaution, polluter pays, that are part of EU law) to be adopted by the judiciary worldwide³⁸. In the current scholarly commentary, a certain amount of writing is dedicated to the principle of intergenerational equity and the principle of sustainable development are environmental principles that have relevance in law³⁹. Several State Constitutions or Constitutional jurisprudence in Europe is articulating the responsibilities of States with regards to environmental protection and climate change mitigation and adaptation, to protect the rights of future generations⁴⁰.

³⁶ *Id.*, at 699.

³⁷ C. Armeni, *What justice? The scope for public participation in the European Union Just Transition*, in 60(4) *Common Market Law Review* (2023), 917-924

³⁸ UNEP, *Judicial Handbook on Environmental Law* (UNEP 2005). See mention of the handbook in E. Scotford, *Environmental Principles Across Jurisdictions: Legal Connectors and Catalysts*, in E. Lees, J.E. Viñuales (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Environmental Law*, Oxford University Press, 2019, at 664.

³⁹ E. Fisher, E. Scotford, E. Barritt, *The Legally Disruptive Nature of Climate Change*, in 80 *The Modern Law Review* (2017), 173.

⁴⁰ I. Mumta, M. Montini, S. Bagni, *Towards an EU fundamental charter for the Rights of*

Notably, the Italian Constitutional amendment of 2021 that modified article 9 of the Italian Constitution introducing the statement that the Republic ought to protect the environment in the interest of future generations⁴¹. And the German Constitutional Court ruling of March 21, 2021 that declared the German climate change act unconstitutional in the part that lacks specific and detailed instructions on how to reduce emissions after 2030, thereby infringing on the rights of future generations⁴². The application included complaints group of citizens of Bangladesh and Nepal, therefore opening to the issue of transboundary intergenerational equity, albeit those complaints were eventually dismissed⁴³.

In EU law specifically, the sustainable development principle is, in Eloise Scotford's words, 'overarching provisions for EU law as a whole'⁴⁴, while the intergenerational equity principle is less pronounced in the EU legal doctrine⁴⁵. EU law scholars Markus Gehring and Alexandra Harrington reconstructed the roots of intergenerational equity and sustainable development, in connection with intergenerational justice and solidarity in EU treaties and primary law. They note that intergenerational solidarity is enshrined in the EU policy under the Pillar of Social Rights⁴⁶ and it was well included in the Charter of Fundamental Rights and Freedoms of the EU,

Nature: Integrating nature, people, economy, in J. García Ruales, K. Hovden, H. Kopnina, C.D. Robertson, H. Schoukens (eds.), *Rights of Nature in Europe*, Routledge, 2024, 281-302; A. Donati, *Future Generations Under EU Law*, in *Representing the Absent*, Nomos, 2023, 265-290.

⁴¹ M.A. Tigre, *Guest Commentary: New Italian Constitutional Reform: What It Means for Environmental Protection, Future Generations & Climate Litigation*, in *Columbia Law Sabin Center Blog*, 2022, available at <https://blogs.law.columbia.edu/climatechange/2022/04/08/guest-commentary-new-italian-constitutional-reform-what-it-means-for-environmental-protection-future-generations-climate-litigation/>.

⁴² S. Theil, *Cautious Scrutiny: The Federal Climate Change Act Case in the German Constitutional Court*, in 86 *The Modern Law Review* (2023), 263; A. Alemanno, *Protecting Future People's Future: How to Operationalise Present People's Unfulfilled Promises to Future Generations*, in 14(4) *European Journal of Risk Regulation* (2023), 641-655.

⁴³ A. Buser, *Of Carbon Budgets, Factual Uncertainties, and Intergenerational Equity—The German Constitutional Court's Climate Decision*, in 22 *German Law Journal* (2021), 1409.

⁴⁴ E. Scotford, *Environmental Principles Across Jurisdictions: Legal Connectors and Catalysts*, in E. Lees, J.E. Viñuales (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Environmental Law*, Oxford University Press, 2019, 671.

⁴⁵ The principle of intergenerational equity is more pronounced in other doctrines E. SCOTFORD, *Environmental Principles and the Evolution of Environmental Law*, Hart Publishing, 2017.

⁴⁶ M.W. Gehring, A.R. Harrington, *Intergenerational Equity and the European Constitution*, in M.C. Cordonier Segger, M. Szabó, A.R. Harrington (eds.), *Intergenerational Justice in Sustainable Development Treaty Implementation*, Cambridge University Press, 2021, 285.

just sustainable innovation

at Article 37 on environmental protection⁴⁷. Canadian legal scholar Lynda Collins reads EU environmental policy against the backdrop of the doctrine of planetary obligations (corresponding to the planetary rights of future generations) as elaborated by international law scholar Edith Weiss⁴⁸. She argues that, albeit being neglected in the treaties, intergenerational equity emerges in regulation and case law. The implementation of duties of use, a key component of intergenerational equity, is traceable in case law on resources conservation, such as the EU Biodiversity and wild species directives, as well as in the waste reduction directives. In relation to equitable use, EU cohesion policy (addressed later in this paragraph under the rubric of territorial justice) as well climate change law represents an example. Finally, in relation to the dimension of access, the EU procedural environmental rights including notice, information, consultation, and assessment are consistent with the third dimension of intergenerational equity duty of use, which is the obligation to ensure access⁴⁹.

A principle of intergenerational justice also bears a component connected with public participation to decision making. Public participation in EU law is often considered a weakness in EU politics, as it is mostly organized around interest groups and structured examples of lay participation are scarce⁵⁰. The pillar of public participation in EU environmental law is the Aarhus Regulation, which implements the Aarhus Convention at the internal level. The Convention gives legitimacy to establishing practices of procedural access, but also more advanced examples of proactive contribution of societal actors such as citizen science and citizen sensing⁵¹, albeit not constituting a legal mandate for EU Member States. The topic of public participation does not entail a distributive component in a definition of climate justice as is advocated for by climate advocates promoting litigation in different parts of the world. The climate justice debate, in coherence with the environmental justice framework, highlights the disproportionate impact that climate change has on different populations, globally and within domestic contexts and social groups. The strive towards climate change mitigation and adaptation, to be defined as climate justice, should therefore be

⁴⁷ Id., at 286.

⁴⁸ L. Collins, *Environmental Rights for the Future? Intergenerational Equity in the EU*, in 16 *Review of European Community & International Environmental Law* (2007), 322.

⁴⁹ Id., at 327.

⁵⁰ M. Lee, *EU Environmental Law, Governance and Decision-Making*, Hart Publishing, 2014, *passim*.

⁵¹ A. Suman, *Citizen Sensing from a Legal Standpoint: Legitimizing the Practice under the Aarhus Framework*, in 18 *Journal for European Environmental & Planning Law* (2021), 8.

pursued through the lens of not only procedural but also recognitional and distributional concerns⁵² or otherwise an equality lens⁵³. Three applications to the European Court of Human Rights have been relinquished to the Court's Grand Chamber on cases concerning a climate justice approach to state responsibilities for climate change. In *Carême v. France*, the applicant was the Mayor of a coastal city in France, Grand Synthe, threatened by sea level rise and floodings⁵⁴. The other cases see as applicants a group of elderly women against the State of Switzerland and a group of Portuguese youth against 33 Contracting States⁵⁵. The outcome of these cases, decided in April 2024, can tell us something about the way that the legal doctrine will develop in relation to climate justice. *Careme v France* and *Duarte Agostinho and Others v. Portugal and Others* were declared inadmissible due to standing and jurisdiction issues. The *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland* was instead successful for the applicant. Even though the EU is not a contracting party to the ECHR, as Piet Eeckhout noted, the recognition of climate policies within the realm of the right to life and right to private and family life affects the EU insofar as those rights are protected by EU law, pursuant to Article 7 of the EU Charter of Fundamental Rights and Article 52(3) of the EU Charter of Fundamental Rights⁵⁶.

2.2. Energy justice

Another way to operationalize the justice dimension of sustainable innovation is by underlying its relevance also within the frame of the ongoing conversation on energy democracy and justice⁵⁷. The connection with this

⁵² P. Kashwan, *Climate Justice in the Global North*, in 5 *Case Studies in the Environment* (2021), 1125003.

⁵³ J.A. Goldston, *Climate Litigation through an Equality Lens*, in C. Rodríguez-Garavito (ed), *Litigating the Climate Emergency*, Cambridge University Press, 2022, 132.

⁵⁴ M. Torre-Schaub, *The Future of European Climate Change Litigation*, in *Verfassungsblog: On Matters Constitutional*, 2022, available at https://intr2dok.vifa-recht.de/receive/mir_mods_00013492.

⁵⁵ G. Liston, P. Kingsley Clark, *Climate Litigation before International Tribunals: The Six Portuguese Youth v. 33 Governments of Europe Case before the European Court of Human Rights*, in C. Rodríguez-Garavito (ed), *Litigating the Climate Emergency*, *supra* note 53, 140.

⁵⁶ P. Eeckhout, *From Strasbourg to Luxembourg?: The KlimaSeniorinnen judgment and EU remedies*, *VerfBlog*, 2024/6/05, <https://verfassungsblog.de/from-strasbourg-to-luxembourg/>

⁵⁷ A. McHarg, *Energy justice: understanding the 'Ethical Turn' in energy law and policy*, Oxford University Press, 2020, *passim*; R.J. Heffron, *Applying energy justice into the energy transition*, in 156 *Renewable and Sustainable Energy Reviews* (2022), 111936; L. Kaschny, *Energy Justice and*

debate is important for the ecological relevance of energy systems. The energy transition towards an energy system that is decentralized and based on a renewable energy is very much connected and functional to the climate transition⁵⁸.

But access to, stewardship or ownership of decentralized networks and renewable energies imply also access to, stewardship or ownership of the technologies enabling these innovative energy systems. Thus, they bear also a technological and digital justice dimension⁵⁹. EU constitutional or primary law, much like CJEU case law provides at this point solid basis for the recognition of the “fifth freedom” and the so-called “commons of the mind” which imply to share knowledge and therefore open and ultimately just technological innovation⁶⁰.

We will focus here on the EU constitutional clause of energy solidarity 194(1)⁶¹ leaving aside the secondary law provided by the REDII and REDIII directives and the REPowerEU legislative package and program⁶². But we will focus on case law that supports the idea that energy solidarity is an

the Principles of Article 194 (1) TFEU Governing EU Energy Policy, in *Transnational Environmental Law* (2023), 1-25; R. Sidortsov, D. McCauley, *Energy Justice*, in *Theorising Justice*, Bristol University Press, 2023, 171-190.

⁵⁸ C. Dupont, K. Kulovesi, H. van Asselt, *Governing the EU's climate and energy transition through the 2030 Framework*, in 29 *Rev. Eur. Comp. & Int'l Envtl. L.* (2020), 147.

⁵⁹ On technological justice see C. Iaione, E. De Nictolis, A. Berti Suman, *The Internet of Humans (IoH): Human rights and co-governance to achieve tech justice in the city*, *supra* note 16, 263. On the digital justice dimension see G. De Gregorio, *The rise of digital constitutionalism in the European Union*, in 19(1) *International Journal of Constitutional Law* (2021) 41; O. Pollicino, *Judicial protection of fundamental rights on the internet: a road towards digital constitutionalism?*, Bloomsbury Publishing, 2021, *passim*.

⁶⁰ C. Geiger, B.J. Jütte, *The right to research as guarantor for sustainability, innovation and justice in EU copyright law*, in T. Pihljarinne, J. Mähönen, P.N. Upreti (eds.), *Intellectual Property Rights in the Post Pandemic World*, 2023, Edward Elgar Publishing, 138-169. See also Judgment of the Court (Grand Chamber), *SAS Institute Inc. v World Programming Ltd*, case C-406/10, 2 May 2012, G. Ghidini, E. Arezzo, *Dynamic Competition in Software Development: How Copyrights and Patents, and Their Overlapping, Impact on Derivative Innovation*, in *Queen Mary Journal of Intellectual Property* (2013), 278-295.

⁶¹ L. Kaschny, *Energy Justice and the Principles of Article 194(1) TFEU Governing the EU Energy Policy*, in 12(2) *Transnational Environmental Law* (2023), 270-294.

⁶² C. Iaione, E. De Nictolis, *Le comunità energetiche tra democrazia energetica e comunanza d'interessi*, in 4 *Diritto e Società* (2022), 589; G. Koukoufakis, H. Schockaert, D. Paci, F. Filipidou, A. Caramizaru, N. Della Valle, C. Candelise, I. Murauskaite-Bull, A. Uihlein, *Energy Communities and Energy Poverty. The Role of Energy Communities in Alleviating Energy Poverty*, Science for Policy report by the European Commission Joint Research Centre (JRC), 2023, at 6 and 11.

undeniable pillar of the energy democracy and justice contributing to build the justice dimension of sustainable innovation⁶³.

The concept of energy democracy has surfaced recently in social sciences, postcolonial studies, environmental policy⁶⁴. The concept of energy democracy and energy justice are sometimes used interchangeably. However, some authors do underline important differences between them. The concept of energy democracy emerges from the literature on energy justice which itself stemmed from the literature on environmental justice⁶⁵. The literature on energy democracy is preoccupied with claims of dissatisfaction with the decision-making structure around energy, because it justifies lower standards of democratic accountability, transparency and scrutiny with the high technical nature of issues around energy provision, that consequently remain concentrated at the top level of politics and bureaucratic hierarchy⁶⁶. This is ill suited with the growing public awareness around climate change and the need of an energy renewable transition. In democratic studies, the concept of energy democracy has been associated with the type of democracy defined associative democracy, which emphasizes the role of civil society, local control and ownership of energy sources⁶⁷. Another useful association is with material democracy, which emphasizes the entrenched relationship between material resources and politics in a democratic society⁶⁸. Public law scholar Aileen McHarg noted that, from a legal standpoint, there is uncertainty surrounding the concrete reform proposals that are needed to realize an energy democracy grounded in the community led production of energy⁶⁹. This is especially relevant when there are divergent views around ener-

⁶³ Judgment of the Court (Grand Chamber), 15 July 2021, Case C-848/19, Germany v. Poland.

⁶⁴ B. van Veelen, D. van der Horst, *What is energy democracy? Connecting social science energy research and political theory*, in 19 *Energy Research & Social Science* (2018), 46; K. Szulecki, *Conceptualizing energy democracy*, in 21 *Environmental politics* (2018), 27. A. Dawson, *People's power: reclaiming the energy commons*, OR Books, 2020.

⁶⁵ A. McHarg, *Community Benefit through Community Ownership of Renewable Generation in Scotland*, in L.K. Barrera-Hernández (ed.), *Sharing the Costs and Benefits of Energy and Resource Activity: Legal Change and Impact on Communities*, Oxford University Press, 2016, 313.

⁶⁶ S. Welton, *Grasping for energy democracy*, in 116 *Michigan Law Review* (2018), 518 and 598; K. Szulecki *Conceptualizing energy democracy*, *supra* note 64.

⁶⁷ B. van Veelen, D. van der Horst, *What is energy democracy? Connecting social science energy research and political theory*, *supra* note 58, 53.

⁶⁸ *Id.*, 30.

⁶⁹ Aileen McHarg illustrates the Scottish example where governmental policy on community benefit agreements in renewable energy projects as well as direct ownership of implants by local communities. Overall, she notes, the phenomenon in Scotland is small albeit

just sustainable innovation

gy democracy claims⁷⁰. Energy law scholar Shelley Welton identified three different visions of energy democracy: a) energy democracy as a consumer's choice⁷¹; b) energy democracy as decentralized/local control of energy⁷²; c) energy democracy as access to process around energy provision at the central level⁷³.

These visions would need serious legal reforms to be realized. For example, the second vision would require the municipalization of local utilities which in the US is a long and costly process involving a referendum and it would require the creation of community energy infrastructures like microgrid⁷⁴. These visions also raise questions. For example, they assume that locally controlled utilities or local communities are inherently committed to the renewable energy transition.⁷⁵ They also present obstacles, such as the access to financial capital for upfront costs that vulnerable communities would not have⁷⁶. In the EU, some of the issues raised by those few scholars addressing energy democracy concepts have been addressed by the EU legislation and policies on energy communities, as seen below in this article. The field is constantly growing and changing and more empirical research as well as conceptual development is needed. Energy justice literature is a fast-growing field of research. In the US, is rooted in social movements and advocacy movements and it had a policy uptake in the Biden Administration. The Initiative for Energy Justice, an organization founded by lawyers engaged in advocacy and research around it defines it as: «Energy justice refers to the goal of achieving equity in both the social and economic participation in the energy system, while also remediating social, economic, and health burdens on those disproportionately harmed by the energy system. Energy justice explicitly centers the concerns of communities at the front-

with notably successful case studies such as the isle of Eigg where community energy allowed residents to become self-sufficient and have better access to energy. Or the windfarm on the Isle of Gigggha where revenues allowed the survival of the school and the creation of some jobs. The model of direct ownership, compared to the community benefit agreements seems to be more effective from the perspective of energy self-sufficiency in remote areas, counteracting energy poverty and local economic development. A. McHarg, *Community Benefit through Community Ownership of Renewable Generation in Scotland*, *supra* note 65, 304.

⁷⁰ S. Welton, *Grasping for energy democracy*, *supra* note 66, 599.

⁷¹ *Id.*, 603–605.

⁷² K. Szulecki, *Conceptualizing energy democracy*, *supra* note 64.

⁷³ S. Welton, *Grasping for energy democracy*, *supra* note 66, 627.

⁷⁴ *Id.*, 613–618.

⁷⁵ *Id.*, 612.

⁷⁶ A. McHarg, *Community Benefit through Community Ownership of Renewable Generation in Scotland*, *supra* note 59, 304–305.

line of pollution and climate change (“frontline communities”), working class people, indigenous communities, and those historically disenfranchised by racial and social inequity. Energy justice aims to make energy accessible, affordable, clean, and democratically managed for all communities». ⁷⁷

The Biden Administration appointed an energy law professor, co-founder of the Initiative for Energy Justice, as the Director of the Office of Energy Justice and Equity inside the Department of Energy ⁷⁸. Shalanda Baker notes that the main concern of energy justice literature is fully coherent with the ones of environmental justice and focus on the fact that energy policy should prioritize vulnerable communities, mainly communities of color, are historically disproportionately afflicted by the negative implications of the current energy system. Health costs, air pollution, cost of energy. An energy justice framework is one that acknowledges these historical inequalities and thus prioritizes these communities in the transition to clean energy and in climate change mitigation and adaptation policies ⁷⁹. As Annalisa Savaresi observed, legal scholarship so far has mostly conceptualized energy justice as a procedural justice issue, overlooking other dimensions such as distributive and recognitional ⁸⁰. In the US on the other hand, the procedural issues are left behind while reparational and distributive justice claims are prioritized. This may create issue as it goes on, because a distributive energy policy that does not foresee how to properly engage the affected communities in the decision-making process or that does not support vulnerable communities accessing the opportunities structured by the policy is not going to work well ⁸¹.

At the EU level, an energy policy that aims to pursue energy justice would have to consider the existing framework on vulnerable consumers. As Toggenkamp and Diestelmeier noted, there are issues related for example to the protections to be granted to energy users that choose not to participate to an energy community or whether the protections for vulnerable consumers of the energy provider of last resort apply to energy communities.

⁷⁷ *Initiative for Energy Justice, Initiative for Energy Justice*, s.d. <https://iejusa.org/>

⁷⁸ See www.energy.gov/justice/office-energy-justice-and-equity.

⁷⁹ S.H. Baker, *Revolutionary Power: An Activist's Guide To The Energy Transition*, Island Press, 2021.

⁸⁰ A. Savaresi, *Community Energy and a Just Energy Transition: What We Know and What We Still Need to Find Out*, in I. del Guayo et al. (eds.), *Energy Justice and Energy Law*, Oxford University press, 2020, 67-82.

⁸¹ A. Dolezal, *Power to the People: Distributing the Benefits of a Clean Energy Transition through Equitable Policy, Legislation, and Energy Justice Initiatives*, in 106 *Minnesota Law Review* (2023), 2487.

just sustainable innovation

In the end, they argue, it will come down to each Member State definition of energy poverty.⁸²

The question to be asked here is whether the EU has already provided a definition of energy justice as a form of social justice that Member States have the duty to provide under the Lisbon Treaties and CJEU case law. The CJEU affirmed that energy solidarity between Member States is a justiciable principle of EU energy law pursuant to the Lisbon Treaties. Art. 194 TFUE states in the first paragraph that: «In the context of the establishment and functioning of the internal market and with regard for the need to preserve and improve the environment, Union policy on energy shall aim, in a spirit of solidarity between Member States, to:

- (a) ensure the functioning of the energy market;
- (b) ensure security of energy supply in the Union;
- (c) promote energy efficiency and energy saving and the development of new and renewable forms of energy; and
- (d) promote the interconnection of energy networks»⁸³.

The spirit of solidarity among Member State was the object of the case law that established energy solidarity, *Germany V Poland*. The case concerned the OPAL Pipeline, running from Russia to Western Europe. When the European Commission approved a decision by Germany to lift restrictions on third party access to the pipeline, which could now be used by the majority Russian government owned company Gazprom. Poland challenged the decision on the ground that it violates energy solidarity. This is because the access of Gazprom to the pipeline would have hurt Poland that could now be bypassed as a transit route and increased Poland and EU's reliance on one supplier, thereby violating both energy security and energy solidarity obligations. The Court ruled in favor of Poland, overturning the previously accepted definition of energy solidarity: «the principle of solidarity entails rights and obligations both for the European Union and for the Member States. On the one hand, the European Union is bound by an obligation of solidarity towards the Member States, and, on the other hand, the Member States are bound by an obligation of solidarity between themselves and with regard to the common interest of the European Union and the policies pursued by it»⁸⁴.

The decision was appealed by Germany, that questioned the justiciability of the principle of energy solidarity. The Court upheld the judgement

⁸² Id., 177.

⁸³ Art. 194 TFUE.

⁸⁴ Case T-883/16, *Poland v. Commission*, paragraph 70.

and stated that the principle of solidarity between Member States is a general principle of EU law, of which the principle of solidarity in energy is an expression⁸⁵. It further argued that the principle of solidarity in energy apply to the whole of energy policy of the European Union. Thus, whenever EU institutions take a decision regarding energy policy, they have the obligation to consider impacts on all Member States⁸⁶: «Solidarity is what forms the basis of all of the objectives of the European Union’s energy policy, serving as the thread that brings them together and gives them coherence»⁸⁷.

3. Empowering vulnerable communities through impact-based stewardship. Evidence from the EU sustainable governance, sustainable finance, just transition, integrated local development regulatory framework

The previous analysis leads to the conclusion that the justice dimension of sustainable innovation is not established in EU constitutional doctrine, nor homogenously interpreted as enabling a governance impact rooted in stakeholders’ engagement and shared systemic stewardship of common resources as requested by the PRI. In turn, the EU Commission’s effort to develop secondary law that associates sustainability to a true governance impact is more straightforward.

The effort is evident especially if connected to the recognition and role of the vulnerable or affected communities if one turns the look towards the EU Commission initiatives on sustainable finance and sustainable corporate governance enabling private investment on sustainability, on one side, and the policy framework on public investment for the just transition and the integrated local development on the other side. In the next two sections an explanation of how these regulations and policies might be connected and become relevant for vulnerable communities is provided. While historically environmental concerns have been paramount, they show that there is a growing recognition of the need to include social and more importantly governance dimensions. This shift is evident in key EU primary law such as the Corporate Sustainability Reporting Directive (CSRD), Sustainable Finance Disclosure Regulation (SFDR), and the EU Taxonomy Regulation,

⁸⁵ M. Münchmeyer, *The principle of energy solidarity: Germany v. Poland*, in 59(3) *Common Market Law Review* 2022, 915-932, especially 921.

⁸⁶ *Id.*, 922.

⁸⁷ Case C-848/19 P, *Federal Republic of Germany v European Commission*, para 34.

just sustainable innovation

and the policy and regulatory landscape on social and territorial cohesion through the EU structural funds regulations.

3.1. On engagement and stewardship as a defining feature for sustainable governance and sustainable finance

The EU is nudging the private sector, both corporate and financial operators, to engage with stakeholders even though with a different degree of intensity.

First, the EU sustainable governance framework is comprised of several key components aimed at promoting transparency, accountability, and sustainability in corporations' activities. Initiated with the adoption of the Non-Financial Reporting Directive (NFRD) in 2014, the framework has evolved with the Corporate Sustainability Reporting Directive (EU) 2022/2464 which mandates sustainability reporting for a significant number of EU companies. This directive extends reporting obligations to a broad spectrum of companies, emphasizing sustainability and introducing the concept of "double materiality", requiring disclosure of both environmental and social impacts. This Double Materiality approach ensures comprehensive insights into a company's sustainability performance, including its effects on vulnerable communities.

Indeed, the CSRD considers as one of the main recipients of the informational obligation posed towards corporations the "affected communities", to which the European Sustainability Reporting Standard no 6, according to which corporations under CSRD have: «to identify and manage any material actual and potential impacts on affected communities in relation to: (a) Impacts on communities' economic, social and cultural rights (adequate housing, adequate food, water and sanitation, land-related and security-related impacts); (b) Impacts on communities' civil and political rights (freedom of expression, freedom of assembly, impacts on human rights defenders); (c) Impacts on particular rights of Indigenous communities (free, prior and informed consent, self-determination, cultural rights)»⁸⁸.

More recently, the EU sustainable governance framework has been enriched by the Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CSDDD). First, it requires companies to conduct risk-based human rights and environmental due diligence on the actual and potential human rights adverse

⁸⁸ EFRA, European Sustainability Reporting Standards n.6 Affected Communities, available at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022L2464>.

impacts and environmental adverse impacts, with respect to their own operations, the operations of their subsidiaries, and the operations carried out by their business partners in the chains of activities of those companies. Companies are liability for violations of this obligations. Second, CSDDD obliges companies to meaningfully engage with stakeholders and according to recital 65 «particular attention should be paid to the needs of *vulnerable stakeholders*, and to overlapping vulnerabilities and intersecting factors, including by taking into account potentially affected groupings or communities, for example those protected under the UN Declaration on the Rights of Indigenous People and those covered in the UN Declaration on Human Rights Defenders». Article 13 provides that companies take appropriate measures to carry out effective engagement with stakeholders.

The interesting thing about the CSDDD is that stakeholders are not only those who are affected or have reasonable grounds to believe that they might be affected by an adverse impact, and the legitimate representatives of such persons on behalf of them, such as civil society organisations and human rights defenders, but also Indigenous Peoples, local communities, farmers, and other subjects potentially affected by a company's (and its partners) operations, as well as trade unions and workers' representatives, civil society organisations that are active and experienced in related areas where an adverse environmental impact may be produced⁸⁹.

Furthermore, CSDDD requires companies to devise transition plans for climate change mitigation which aims to ensure, through best efforts, compatibility of the business model and of the strategy of the company with the transition to a sustainable economy and with the limiting of global warming to 1,5 °C in line with the Paris Agreement.

Finally, Article 31 provides that compliance with the national implementing law may be considered as an environmental or social aspect that contracting authorities may take into account as part of the *award criteria* for public and concession contracts in accordance with Directives 2014/23/EU, 2014/24/EU and 2014/25/EU, and as an environmental or social condition that contracting authorities may lay down in relation to the performance of public and concession contracts in accordance with those Directives.

This evolution aligns with the global standards of the International Sustainability Standards Board (ISSB) and the Global Reporting Initiative (GRI). The European Sustainability Reporting Standards (ESRS) adopted under the CSRD provide a comprehensive framework for reporting on a range of ESG issues.

⁸⁹ See article the proposal approved by the Council on 13 May 2024.

just sustainable innovation

Similarly, on the financial sector side, the Sustainable Finance Disclosure Regulation (SFDR) (EU) 2019/2088 enhances transparency in sustainable investments by necessitating disclosure of Environmental, Social & Governance (ESG) activities by Financial Market Participants (FMPs) and Financial Advisors (FAs). Categorizing investment funds based on their environmental and social objectives empowers investors to make informed decisions aligned with sustainability goals, thus safeguarding vulnerable communities from deceptive practices. Moreover, the EU Taxonomy serves as a framework for identifying environmentally sustainable economic activities, guiding companies, and financial institutions in making green investment decisions. By aligning investments with Taxonomy-aligned activities, both the environment and vulnerable communities stand to benefit, fostering a more inclusive and sustainable economy. The SFDR enhances transparency in sustainable investments, requiring EU and non-EU financial operators to disclose their integration of ESG factors. This regulation promotes accountability in investment decision-making and risk management, applying to operators offering services in the EU and all financial products sold within the region.

The SFDR identifies three typologies of financial products differentiating them based on their disclosure and sustainability quality levels: (a) products that do not show any sustainable focus (Article 6), (b) products promoting an environmental or social investment strategy (Article 8), (c) products with a sustainable investment objective (Article 9)⁹⁰. Article 2 no 17 defines “sustainable investment” as: «an investment in an economic activity that contributes to an environmental objective, as measured, for example, by key resource efficiency indicators on the use of energy, renewable energy, raw materials, water and land, on the production of waste, and greenhouse gas emissions, or on its impact on biodiversity and the circular economy, or an investment in an economic activity that contributes to a social objective, in particular an investment that contributes to tackling inequality or that fosters social cohesion, social integration and labour relations, or an investment in human capital or economically or socially disadvantaged communities, provided that such investments do not significantly harm any of those objectives and that the investee companies follow *good governance practices*, in particular with respect to sound management structures, employee relations, remuneration of staff and tax compliance» (emphasis added).

⁹⁰ O. Lysak, C. Houston, R. Juwadi, *EU SFDR--What's Happening in the Market?*, in 28(12) *Investment Lawyer* (2021), 17–20.

Scheitza and Busch⁹¹ found that of the 1,138 classified under Article 9 as of August 2022, by January 2023, 278 funds changed their status: 273 to Article 8 and 5 to Article 6. They categorize fund strategies into Basic ESG, Advanced ESG, Impact-aligned, and Impact-generating investments based on five criteria (objective, negative screening, positive screening, post-investment, and performance measurement). Scheitza and Busch found that: «Among Article 9 funds, the share of impact-generating investments is comparably low. While 72 % of all Article 9 funds state impact-generating objectives in product documents (e.g., enable the transition to a sustainable low carbon economy or contribute to sustainable practices), only 20 % of these funds can demonstrate how the investment strategy may have an attributable impact on environmental or social aspects».

According to Scheitza and Busch, the first two types of ESG-related investments: «consider sustainability aspects mainly from a financial materiality point of view. Basic ESG investments use exclusions and norms-based screening to mitigate risks, such as excluding fossil fuels or human rights violations. Performance measurement centers on financially material ESG risks. Advanced ESG investments emphasize ESG opportunities, apply stricter positive screenings, and employ post-investment strategies, e.g., engagement or voting activities».

The impact-related investments take instead into consideration a companies' positive impact on the environment and society.

Impact-aligned investments include companies with impacts that align with internationally accepted frameworks, such as the Sustainable Development Goals (SDGs) or the Paris Agreement. Indeed they «try to focus more directly on contributing to the SDGs or other environmental and social issues. They aim to identify impactful companies that, for example, derive revenues from products and services that reduce global emissions or improve resource efficiency. In terms of performance measurement, these funds capture the impact of investee companies, often using carbon metrics but also considering the proportion of female board members or waste production»⁹².

Impact-generating investments go one step further. They enable companies to directly address environmental or social challenges, using capital allocation or engagement and voting as mechanisms to encourage improvements in company impacts. According to Scheitza and Busch: «impact-generating strategies are mainly built on engagement activities (e.g., by steering

⁹¹ L. Scheitza, T. Busch, *Sfdr Article 9: Is It All About Impact?*, in 62 *Finance Research Letters* (2024), 105179.

⁹² *Ibidem*.

just sustainable innovation

entities toward positive impact, triggering positive change, or driving better integration of sustainability). Funds that aim to achieve impact through capital allocation are primarily involved in the microfinance sector. These funds provide direct financing for sustainable solutions, such as micro-enterprises and farms in developing countries⁹³.

In essence, Scheitza and Busch seem to advance the argument that true impact-generating sustainable investments are those which in line with article 2 no 17 SFDR represent «*an investment in human capital or economically or socially disadvantaged communities, provided that such investments do not significantly harm any of those objectives and that the investee companies follow good governance practices*». In other words, the filter between the so-called “dark green” and “light green” and therefore between more and less positively impactful investments should be the governance approach adopted and more specifically the consideration that “disadvantaged communities” receive as objectives, beneficiaries and perhaps potential partners of these investments.

Now, in discussing this hypothesis we cannot avoid completing the analysis of the EU policy on sustainable finance by bringing in the conversation the analysis of the EU Taxonomy, established in Regulation 2020/852. It is a key measure within the European Green Deal, steering investments towards projects and initiatives that positively contribute to sustainable development⁹⁴. However, while the regulation was immediately equipped with a green taxonomy, policymakers failed in providing a social taxonomy so far.

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ In brief, the EU Taxonomy is a “green” classification system designed to translate environmental and climate transition objectives into specific criteria for economic activities and investments. It identifies six key environmental objectives: i) mitigation of climate change, ii) adaptation to climate change, iii) sustainable use of water and marine resources, iv) transition to a circular economy, v) prevention and control of pollution, vi) protection and restoration of biodiversity and ecosystems; M. Och, *Sustainable Finance and the EU Taxonomy Regulation – Hype or Hope?*, in 5 *Jan Ronse Institute for Company & Financial Law Working Paper* (2020); F. Schuetze, J. Stede, *EU Sustainable Finance Taxonomy – What Is Its Role on the Road towards Climate Neutrality?*, in 1923 *DIW Berlin Discussion Paper* (2020); A.M. Paccas, *Will the EU Taxonomy Regulation Foster a Sustainable Corporate Governance?*, in 611 *EGCI Law Working* (2021); A. Giacomelli, *EU Sustainability Taxonomy for non-financial undertakings: summary reporting criteria and extension to SMEs*, in 29 *Working Papers Department of Economics Ca’ Foscari University of Venice* (2021). Regulation 2023/2631/EU on European Green Bonds (EUGBs) aligns with the EU Taxonomy, aiming to channel bond proceeds into projects meeting environmental and sustainability criteria. The regulation sets stringent requirements for issuers, emphasizing external verification and contributing to the EU’s efforts to combat greenwashing.

Indeed, the European Commission technical expert group on sustainable finance presented the first draft of a social taxonomy in July 2021, and the second version was expected by the end of 2021. The report was finally released in February 2022 and was supposed to promote sustainable investment in Europe, putting the focus on the protection of human rights and on the social impact on the main stakeholder groups of businesses: workers, end-users/customers, and affected communities.

According to the report, inclusive and sustainable communities and societies is one of the possible objectives. As possible sub-objectives there is «promoting equality and inclusive growth, but also supporting sustainable livelihoods and land rights and ensuring the respect for the human rights of affected communities by carrying out risk based due diligence».

It is suggested to achieve the second sub-objective by among other things: «promoting community-driven development where decision-making processes are decentralised to the community level” and “carrying out meaningful consultations with affected communities, including on development priorities where relevant. [...] to ensure continuous engagement and good-faith negotiation with indigenous peoples to obtain their free, prior and informed consent before undertaking any activities that may affect them».

It also clarifies that: «Implementing the ‘free, prior and informed consent’ process when indigenous people’s groups are affected. Supporting freedom of assembly and expression including the protection of human-rights defenders and civic space by: wherever appropriate, taking action and engaging in collective advocacy, dialogue with states, and multi-stakeholder coalitions on issues relating to human-rights defenders and restrictions on civic freedoms and the rule of law; ensuring that indigenous and customary land rights are upheld when acquiring or using land, including by redesigning business plans or activities to avoid impacts on indigenous or customary land».

Unfortunately, the EU social taxonomy has been shelved indefinitely due to difficulties in agreeing on a conceptual framework and measurement system that would work at both the EU and global level.

This evolving regulatory framework on sustainable finance however not only emphasizes the commitment to sustainability, transparency and responsible corporate behavior but also confirms the recognition of the importance placed by EU policymaking on protecting and supporting vulnerable communities. By ensuring a harmonized and effective system to promote sustainable financial practices, the aim is to provide balanced resources and opportunities, especially for those who might be more exposed to the neg-

just sustainable innovation

ative impacts of environmental and social challenges. The commitment to ethical, inclusive, transparent, and sustainable innovation, aimed at promoting societal well-being, constitutes the cornerstone of the objectives of the new sustainable finance. These objectives include providing equal opportunities for participation to all within society, ensuring transparency, ethics, and a positive social and governance impact, as well as safeguarding the economic and environmental sustainability of every innovation.

3.2 On just transition and integrated local development: the partnership principle as the true source for engagement

EU hard and soft law on sustainable governance and sustainable finance seems to steer private actors towards sustainable business practices and investments. The current EU policy framework implies that the purest version – which means businesses and investors aim intentionally at generating real positive social and environmental impacts – can only be achieved only through a governance impact in the form of true engagement of all the stakeholders and more specifically vulnerable individuals and communities by establishing governance mechanisms based on the shared systemic stewardship of common economic, social and environmental assets or, better, resources.

Now, while policies nudging the private sector towards sustainability impacts make a good job at setting the different intensity of sustainability objectives straight, policies governing public investment for social and territorial cohesion are designed to assign an even stronger role to engagement of vulnerable communities and shared systemic stewardship as a measure to make the green and technological transitions more just and democratic.

One would expect that the European Green Deal (EGD), which has been put forward by the EU Commission as a growth and therefore as an innovation strategy, would deliver on this too. According to the 2019 Communication the EGD does require that the transition is “just and inclusive” so that “no one is left behind”: «It also aims to protect, conserve and enhance the EU’s natural capital, and protect the health and well-being of citizens from environment-related risks and impacts. At the same time, this transition must be *just and inclusive*. It must put people first, and pay *attention to the regions, industries and workers who will face the greatest challenges*. Since it will bring substantial change, *active public participation and confidence* in the transition is paramount if policies are to work and be accepted. A new pact is needed to bring together *citizens in all their diversity*, with national, regional, local au-

thorities, *civil society* and *industry* working closely with the EU's institutions and consultative bodies»⁹⁵.

The Commission underlines that «the most vulnerable are the most exposed to the harmful effects of the environmental degradation» and it thus suggest integration of the just transition across the whole spectrum of EU actions and policies⁹⁶. The EGD is also considering the global and geopolitical consequences of an unjust transition⁹⁷.

But it is more concerned with the internal imbalances which can be created by the climate crisis. To this end, the EGD underlines «The need for a socially just transition must also be reflected in policies at EU and *national level*» and therefore it aims at building a solidarity between member states, different territories, as well as between generations. As established by the “Fit for 55” Communication «solidarity is a defining principle of the European Green Deal – between generations, Member States, regions, rural and urban areas, and different parts of society – as exemplified by the Just Transition Mechanism»⁹⁸. Indeed, the EGD devised the Just Transition Mechanism (JTM) to deal with the social and economic consequences of an imbalanced and unfair ecological transition within the EU. To this end the JTM is composed of: a) a Just Transition Fund (JTF) which awards grants to finance the implementation of Territorial Just Transition Plans (JTTP) which cover mainly three activities (land restoration, upskilling and reskilling programs, and investments in SMEs reconversion and the creation of start-up); b) a Just Transition Scheme (JTS) which can provide financial operators with an EU budget guarantee to partially cover the risk in financing and investing on operations in line with the just transition; c) a Public Sector Loan Facility (PSLF) for public law bodies and private operators entrusted with a public service mission to facilitate the financing of projects that do not generate sufficient streams of revenues to cover their investment costs⁹⁹.

The issue with the JTM is that it aims to provide support mainly to

⁹⁵ Communication from the Commission, *The European Green Deal*, Brussels 11.12.2019, COM (2019), 640 final, 2.

⁹⁶ The European Green Deal requires that «All EU actions and policies should pull together to help the EU achieve a successful and *just transition* towards a sustainable future».

⁹⁷ The European Green Deal anticipates that «The EU will work with all partners to increase climate and environmental resilience to prevent these challenges from becoming sources of conflict, food insecurity, population displacement and forced migration, and support a *just transition globally*».

⁹⁸ Communication from the Commission, *'Fit for 55': delivering the EU's 2030 Climate Target on the way to climate neutrality*, Brussels, 14.7.2021, COM/2021/550 final.

⁹⁹ V. Karageorgou, *supra* note 24.

just sustainable innovation

workers and citizens in regions affected by the energy transition. The “most vulnerable” and “most exposed” people and territories are those that respectively based their personal economic livelihood and local industrial strategy on fossil fuels. Also, there is no formal link between the European Pillar of Social Rights (EPSR)¹⁰⁰ and the ecological transition devised by the European Green Deal (EGD). Nor does the EGD address the digital and technological transitions as part of the climate crisis either as a possible solution to it or as a further cause of vulnerability and inequality. The link between EPSR and the green and digital transitions, named also the twin transitions¹⁰¹ is instead pretty evident in the Commission Communication «A Strong Social Europe for Just Transitions» which calls for interventions to address the social implications of both the green and digital transitions by equipping people with different skills and tackling the distributional aspects of the transitions wherever they could manifest themselves and whomever they could affect¹⁰². Another instrument which seems to go in the direction of a more general solidarity is the Social Climate Fund which aims to provide financial support to low-income households and SMEs that are affected by the increase of transport prices and heating fuels as a consequence of the introduction of a road transport and buildings emissions trading system which is however a specific decarbonization measure¹⁰³.

In essence, none of these policies or instruments has reached the complexity and integration of the JTM, with a grants fund financing territorial plans, a guarantee scheme to mobilize private investors and a loan facility enabling public authorities to act as a driver for investment on social and economic infrastructure that are not self-sufficient. This positions the JTM as a potentially full-fledged investment program on both social welfare and industrial prosperity. So, the JTM must be considered the golden standard at the moment, but it has not been designed to become a general standard for both the ecological and digital transition and even within the ecological

¹⁰⁰ Commission Recommendation, *European Pillar of Social Rights*, COM (2017), 26.04.2017.

¹⁰¹ Communication from the Commission, *2022 Strategic Foresight Report Twinning the green and digital transitions in the new geopolitical context*, Brussels, 29.6.2022, COM(2022) 289 final.

¹⁰² Communication from the Commission, *A Strong Social Europe for Just Transitions*, COM(2020) 14 final, p. 5 and 11.

¹⁰³ Regulation (EU) 2023/955 of the European Parliament and of the Council of 10 May 2023 establishing a Social Climate Fund.

transition it does not have a general scope so that it can guarantee every vulnerable citizen, in every region or industrial sector affected by both¹⁰⁴.

Indeed, an interesting aspect of the JTM in general is that the typologies of eligible projects for the three instruments are pretty in line with the principle of sustainable innovation. Activities to be financed cover sustainable infrastructure, research, innovation, digitalization, reconversion of SMEs, creation of start-ups, land restoration, investment on social infrastructure and skills. There are however differences within the JTM, for instance the JTS and the PSLF seem to have a wider scope than the JTF in terms of the smart and sustainable infrastructure that can be financed¹⁰⁵.

Another crucial aspect and difference is related to the governance mechanisms which are in line with what should be considered the golden standard in terms of shared systemic stewardship-based governance mechanisms for just sustainable innovation.

Indeed, given its nature of a structural fund established under article 175, paragraph 1, TFUE as recalled from the Preamble of the JTF Regulation, its article 11, paragraph 3, refers to article 8 of EU Regulation 2021/1060 which provides common provisions for all the so-called structural funds (CPR). The fact that the JTM governance approach is that typical of a structural fund is also exemplified by the template of Territorial Just Transition Plans to be submitted by Member States which is provided by Annex II of the JTF regulation. It requires the description of three main aspects for the plans to be eligible: a) the partnerships approach adopted by the territorial plans; b) the impact monitoring and measuring mechanisms; c) the bodies responsible for the implementation and monitoring of the plans.

These three elements (*i.e.* multi-stakeholder partnerships, impact measurement, and enabling institutions) compose the three key ingredients for an effective just transition plan. Now, the reference to the partnership principle enshrined in the CPR should lead to think that a) according to the JTM true just transition can take place only by mainstreaming the ecological and technological justice and this can be done only by injecting it into the cohesion policies which address social and economic divides together with the consideration of vulnerability of territories and communities (according to recital 1 of the CPR «the Union is to aim at reducing disparities between the levels of development of the various regions and the backwardness of the least favoured regions or islands, and that particular attention is to be paid to rural areas, areas affected by industrial transition, and regions which suffer

¹⁰⁴ V. Karageorgou, *supra* note 24.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

just sustainable innovation

from severe and permanent natural or demographic handicaps»); b) the partnership principle has to be interpreted as implying a multiple stakeholders stewardship of common resources (according to recital 15 the partnership principle is «a key feature in the implementation of the Funds, building on the multi-level governance approach and ensuring the involvement of regional, local, urban and other public authorities, civil society, economic and social partners and, where appropriate, research organisations and universities»).

First, the EU commitment to deliver social justice through the EU Cohesion Policy is «In order to promote its overall harmonious development, the Union shall develop and pursue its actions leading to the strengthening of its economic, social and territorial cohesion» (article 174 TFEU). The Cohesion Policy plays a pivotal role in overcoming economic, social, and territorial divides within the Union. By addressing regional divides and supporting vulnerable regions struggling with social and environmental challenges (not just those generated by the energy transition and the fossil fuel economy), cohesion policy can contribute significantly to the climate and technological justice. This policy framework is specifically designed to address the needs of regions facing economic, social, and environmental adversities, thereby fostering inclusive and equitable development across the EU¹⁰⁶.

The mainstreaming of a just sustainable innovation is enshrined in article 5 of the CPR which establishes the policy objectives of the Cohesion Policy:

«(a) a more competitive and smarter Europe by promoting innovative and smart economic transformation and regional ICT connectivity;

(b) a greener, low-carbon transitioning towards a net zero carbon economy and resilient Europe by promoting clean and fair energy transition, green and blue investment, the circular economy, climate change mitigation and adaptation, risk prevention and management, and sustainable urban mobility;

(c) a more connected Europe by enhancing mobility;

(d) a more social and inclusive Europe implementing the European Pillar of Social Rights;

(e) a Europe closer to citizens by fostering the sustainable and integrated development of all types of territories and local initiatives».

¹⁰⁶ See N.F. Dotti, I. Musiałkowska, S. De Gregorio Hurtado, & J. Walczyk (eds.), *EU Cohesion Policy*, Edward Elgar Publishing, 2024, and in particular J. Bachtler, S. Bourdin, M. Ferry, *Cohesion policy in post-pandemic Europe*, 292-310 and S. Pazos-Vidal, *A legal perspective on the origins and evolution of the EU Cohesion Policy*, 47-64.

Second, the discussion around vulnerable communities' engagement and their participation to the shared shared systemic stewardship of the «common economic, social and environmental assets» as a defining feature of a just sustainable innovation is the bedrock of EU policymaking, guiding the Union's endeavors towards a more just ecological, energy, and technological transition. By enabling a shared commitment to interpret and implement these long-term value maximations strategy, the EU policy framework is aimed at confronting environmental and technological challenges, mitigating the impacts of the ecological and technological transitions, and ensuring equitable access to the necessary innovative solutions and technological advancements for all member states and their citizens¹⁰⁷. By embracing a comprehensive multi-stakeholder approach that integrates environmental, social, and economic considerations, the EU can continue to lead in addressing global challenges and at the same time foster inclusive and sustainable development for present and future generations.

The EU's cohesion policy is devised to play a crucial role in reducing disparities among regions by investing in disadvantaged areas, promoting social inclusion, and alleviating poverty. By addressing social, environmental and economic vulnerabilities through an integrated development in these areas, the cohesion policy contributes significantly to creating a more sustainable and equitable society.

Thus, Articles 8 establishing the «Partnership and multi-level governance» principle, Article 9 recognizing the relevance of the «Horizontal Principles», and the chapter dedicated to «Integrated Territorial Development» (Articles 28) and more specifically article 31 on «Community led local development»¹⁰⁸ of the Common Provisions Regulation (CPR)¹⁰⁹ synthesize the dimensions of a just sustainable innovation both through a substantive and procedural justice perspective.

They strive to include and protect vulnerable communities primarily

¹⁰⁷ C. Iaione, E. De Nictolis, A. Berti Suman, *The Internet of Humans (IoH): Human rights and co-governance to achieve tech justice in the city*, *supra* note 16, 263-299.

¹⁰⁸ In paragraph 2, letter b, «be led by local action groups composed of representatives of public and private socio-economic interests, in which no single interest group controls the decision-making process».

¹⁰⁹ Regulation (EU) 2021/1060 of the European Parliament and of the Council of 24 June 2021 laying down common provisions on the European Regional Development Fund, the European Social Fund Plus, the Cohesion Fund, the Just Transition Fund, the European Maritime and Fisheries Fund and the Fund for Aquaculture and financial rules for those funds and for the Asylum, Migration and Integration Fund, the Internal Security Fund and the Instrument for financial support for border management and visa policy

just sustainable innovation

through the partnerships principle in the preparation, implementation, and evaluation of the national plans, as clarified by Article 8. It stipulates that each member state shall organize and implement the design and use of the funds through comprehensive and multistakeholder partnerships, considering its institutional and legal framework, involving various actors such as public authorities at various levels («regional, local, urban and other public authorities»), economic and social stakeholders, civil society organizations («relevant bodies representing civil society, such as environmental partners, non-governmental organisations, and bodies responsible for promoting social inclusion, fundamental rights, rights of persons with disabilities, gender equality and non-discrimination»), and academic institutions. This partnership adheres to the principle of multi-level governance and involves partners in all stages of the programs. Member states may allocate a percentage of resources to partners for the development of administrative capacities¹¹⁰.

In articles 28 and following, the partnership principle is further operationalized into a set of specific integrated territorial development tools, such as integrated territorial investments, community-led local development, that enable the local shared systemic stewardship of the eligible projects and therefore of the common and essential resources on which communities' interests and livelihood depend. They should be based on territorial and local development strategies to become a meaningful vehicle facilitating the use of EU funds in promoting and implementing concrete solutions and operations addressing the development challenges of disadvantaged regions and areas¹¹¹.

Within the same framework, it is worth noting also the New European Bauhaus territorial development model (NEB TDM) financial instrument¹¹² – that will be deeper explored in the next paragraph – holds considerable importance as it aims to ensure professional and financial support for sustainable investments for individuals, communities, and businesses. The New European Bauhaus (NEB) initiative seeks to redefine living spaces in a manner that harmonizes with the planet's needs while fostering inclusivity and aesthetic quality. At the heart of the NEB initiative lies the Territorial Development Model (TDM), which emphasizes a holistic approach to ur-

¹¹⁰ S. Pazos-Vidal, *A legal perspective on the origins and evolution of the EU Cohesion Policy*, in *EU Cohesion Policy*, *supra* note 106.

¹¹¹ *Id.*, 256-274.

¹¹² See the New European Bauhaus territorial development model (NEB TDM) financial instrument, available at the website: https://ec.europa.eu/regional_policy/en/information/publications/communications/2022/new-european-bauhaus-territorial-development-model-neb-tdm-financial-instrument.

ban development. It integrates innovative, sustainable, and inclusive design principles into urban policies and projects, aiming to create spaces that are environmentally friendly, socially inclusive, and aesthetically pleasing. As already mentioned, the NEB TDM introduces a model financial instrument (FI) to support NEB projects in Member States. This FI aims to provide managing authorities with the necessary building blocks to implement financial support mechanisms that foster innovation, energy efficiency and social integration. Unlike traditional approaches, the NEB TDM places a strong emphasis on being people-centered, participatory, and aligned with ambitious climate objectives. By incorporating a grant component, the FI ensures that even the most ambitious sustainability goals are within reach, particularly for vulnerable communities¹¹³.

Lastly, within the different but connected framework of the research and innovation agenda for cities, the role of communities in the governance of the technological and ecological transition is also central in the Horizon Europe Cities Mission delivery mechanism, the so-called city contract. In essence the city contract must be considered a community-based investment plan and partnership for the ecological and digital transitions of the city¹¹⁴. For example, the city of Rome centered its strategy on the creation of energy communities¹¹⁵.

4. Conclusions: the role of USDIPs and Csos in building sustainable local innovation ecosystem for vulnerable communities

If engagement and stewardship are the source code of truly impactful governance for both private and public investment on sustainable innovation, then this is the only way sustainable innovation can be just. However, the question of how to enable engagement and stewardship remains unanswered and there are limits to this hypothesis which derive from the lack of human and economic resources devoted to the implementation of this governance approach, as well as the lack of codified and universally accepted legal and organizational models which can implement this approach.

¹¹³ A.K. Andrzejewska, *Determining Urban Indicators in Local Plans—As One of the Sustainable Assumptions of the New European Bauhaus?*, in 14(1) *Buildings* (2023), 100.

¹¹⁴ On the Cities Mission information available at <https://netzerocities.eu/mis-sion-cities/>. See also M. Bernardi, A. Aquili, *Beyond “Climate-Neutral and Smart Cities”*: *Reflections on Strategies and Governance Models*, in 6(4) *Fuori Luogo* (2023), 19–37.

¹¹⁵ On the Rome Climate City Contract see https://www.comune.roma.it/web-resources/cms/documents/AdaptationStrategy_ENG.pdf

just sustainable innovation

A concrete instrument that has proved its viability as a tool capable of including the vulnerable communities into sustainable innovation processes at the local level are the Urban Sustainable Development and Innovation Partnerships (USDIPs)¹¹⁶. USDIPs is an innovative partnership tool in the realization of innovations oriented towards sustainable development (so-called “mission-oriented” innovations). USDIPs represent an innovative approach to fostering collaboration among diverse urban stakeholders and aspire to become delivery mechanisms of SDG11¹¹⁷. These partnerships transcend traditional public-private partnerships, aiming to unite stakeholders around projects promoting just and sustainable innovation at the city level. USDIPs represent a legal category that can shape and formalize this new governance and legal arrangements pushing for a more equitable cooperation between local communities, public authorities, civil society, local businesses, and knowledge institutions¹¹⁸. Several EU cities through the UIA initiative (currently the EUI Innovative Actions) have offered an idea of how USDIPs operate and what results they can bring for communities:

- i) Barcelona (Spain) – B-MINCOME: Implements a guaranteed minimum income (GMI) combined with active social policies to empower vulnerable families and reduce urban poverty. The project emphasizes community engagement and experimental approaches to develop more efficient welfare services.
- ii) Birmingham (United Kingdom) – USE-IT!: Focuses on integrating migrants into the workforce through social enterprises, providing training and job opportunities within the healthcare sector. Strong cooperation between local government, health services, and community organizations drives the project’s success.
- iii) Lille (France) – TAST’in FIVES: Aims to counteract poverty in a low-income neighborhood by creating a collective kitchen as a space for training, job opportunities, and socialization around shared meals.

¹¹⁶ On USDIPs, see C. Iaione, *Urban sustainable development and innovation partnerships*, in 2 *Italian Journal of Public Law* (2022), 605.

¹¹⁷ K.H. Eller, *SDG 11: Sustainable Cities and Communities*, in R. Michaels, V. Ruiz Abou-Nigm, & H. van Loon (eds.), *The private side of transforming our world: UN Sustainable Development Goals 2030 and the role of private international law*, 2021, 353–381; D. Wuebben, J. Romero-Luis, M. Gertrudix, *Citizen science and citizen energy communities: a systematic review and potential alliances for SDGs*, in 12(23) *Sustainability* (2020), 10096; Y. Ozaki, R. Shaw, *Citizens’ Social Participation to Implement Sustainable Development Goals (SDGs): A Literature Review*, in 14(21) *Sustainability* (2022), 14471; E. Bilsky, A. Calvete Moreno, A. Fernández Tortosa, *Local Governments and SDG Localisation: Reshaping Multilevel Governance from the Bottom up*, in 22(4) *Journal of Human Development and Capabilities* (2021), 713–724.

¹¹⁸ S. Foster, C. Iaione, *The City as a Commons*, in *Yale Law & Policy Review*, 2016, 34, 281.

Challenges include reaching socially excluded populations and designing effective governance models.

- iv) Nantes (France) – 5Bridges: Utilizes urban design strategies to address homelessness, promoting high-quality housing and social integration. The project emphasizes collaboration between different social groups and the active involvement of refugees and local communities.
- v) Gothenburg (Sweden) – FED: Focuses on reducing carbon consumption through district-level energy systems and fostering collaboration between public and private stakeholders. The project aims to create sustainable markets and improve energy efficiency while benefiting vulnerable communities.
- vi) Maribor (Slovenia) – URBAN SOIL 4 FOOD: Implements a circular economy model to transform municipal waste into urban soil for community gardens, promoting local food production and reducing environmental footprint. The project emphasizes collaboration between public and private sectors to optimize resource use and enhance sustainability.
- vii) Vienna (Austria) – CoRE: Establishes a physical and digital platform for cross-sector cooperation and peer mentoring to integrate asylum seekers. The project emphasizes empowerment and collaboration between refugees, public institutions, NGOs, and civil society initiatives.
- viii) Athens (Greece) – Curing the Limbo: Develops affordable housing solutions and collaborative arrangements to improve the employability of refugees. Through a circular housing exchange system and community-led activities, the project aims to facilitate social integration and mutual benefit between refugees and local communities. vulnerable communities play a crucial role in the sustainable innovation transition¹¹⁹.

USDIPs are also used by global and European development and financial institutions like the European Investment Bank (EIB). Two inspiring examples through which the EIB has facilitated the leading role that urban communities can take in the sustainable finance and sustainable governance of the ecological and technological transition are emerging from the “Multi-Region Assistance Project – Revolving Investment for Cities in Europe” (MRA-RICE) which has provided advisory services to the cities of London, Manchester, Milan and The Hague¹²⁰, and the case study of the

¹¹⁹ On USDIPs see C. Iaione, *Urban sustainable development and innovation partnerships*, *supra* note 116, 605.

¹²⁰ See the report available at www.fi-compass.eu/sites/default/files/publications/

just sustainable innovation

Financial Instruments for Urban Development in Portugal (IFRRU 2020, Instrumento Financeiro para a Reabilitação e Revitalização Urbanas), a financial instrument that has been established to support urban renewal across the entire Portuguese territory. Also, the EIB has taken initiatives to promote the use of social outcome contracting (SOC) options for urban vulnerable communities projects, an innovative form of procuring services based on outcomes, whose main feature is that improved social and health outcomes lead to a financial return for the involved parties and the saving of public finances¹²¹.

These case studies demonstrate the diverse ways in which vulnerable communities are engaged in innovative projects aimed at addressing urban challenges. By prioritizing inclusivity, experimentation, and engagement, stakeholders can harness the collective wisdom and creativity of vulnerable communities to co-create solutions that meet their specific needs.

However, coding the legal and policy tools that can become delivery mechanisms for impact-based just sustainable innovation is not enough. Ultimately, the just sustainable innovation transition, which is essential for building more just, resilient, and sustainable societies for all requires ensuring that vulnerable communities are active participants and partners in these transitions. To ensure communities become true partners and co-owners of these sustainable processes, capacity building processes, physical infrastructure, and institutional infrastructure are essential:

- i) capacity building processes involve enhancing the skills and resources of local communities, enabling active participation in planning, management, and implementation of sustainable development initiatives;
- ii) physical infrastructure includes constructing research and innovation brokerage centers like the House of Emerging Technologies in Rome, but also community centers, co-working spaces, science parks, living labs and incubators in vulnerable neighborhood or areas that facilitate

MRA-RICE%20indepth%20case%20study%20The%20Hague.pdf according to which «The main objective of the project was to identify common technical and financing needs across cities, and the extent to which a multi-region financial instrument that provides standardised solutions and delivery models could be a viable solution to provide financing and technical support to cities' urban development projects. As part of the MRA-RICE project, The Hague has been the lead partner in developing a blueprint for future financial instruments for cities. Following delivery of the Phase 2 Report for the project, The Hague has been considering the application of the MRA RICE Blueprint to its Energy Transition».

¹²¹ See the Civic eState URBACT project final report available at www.civicestate.eu/wp-content/uploads/2021/11/Final-product-CIVIC-eSTATE-new-models-of-urban-co-governance-based-on-the-commons-1.pdf

collaboration and resource sharing among local innovation ecosystem community members;

- iii) institutional infrastructure entails establishing local governance bodies and promoting partnerships between public entities, civil society organizations, businesses, and other stakeholders. These new physical spaces and institutions are required to facilitate the creation and smooth management of local ecosystems for sustainable innovation, supporting fair and sustainable development while addressing environmental and societal challenges.

In this framework, the City Sciences Offices (Csos) can play a pivotal role as capacity building managers for vulnerable communities, as well as physical and institutional infrastructure steering the engagement and partnerships with vulnerable communities¹²². With their role in facilitating collaboration and catalyzing resources and knowledge, the Cso is instrumental in engaging communities in data collection, issue identification, and co-creation of solutions. This active participation fosters greater awareness, understanding, and action on sustainability and environmental justice at the local level¹²³.

Operating as a nexus between urban needs, environmental challenges, and innovative solutions, the Cso plays a pivotal role in combating climate change. By fostering collaboration and knowledge exchange among cities,

¹²² See E. De Nictolis, C. Iaione, *The science of urban regions: Public-science-community partnerships as a new mode of regional governance?*, in 24(2) *Theoretical Inquiries in Law* (2023), 141–162.

¹²³ B.J. Strasser, J. Baudry, D. Mahr, G. Sanchez, E. Tancoigne, *Citizen science? Rethinking science and public participation*, in 32 *Sci. Technol. Stud.* (2019), 52–76; H. Sauermann, K. Vohland, V. Antoniou, B. Balázs, C. Göbel, K. Karatzas, P. Mooney, J. Perelló, M. Ponti, R. Samson, *Citizen science and sustainability transitions*, in 49 *Res. Policy* (2020), 103978; B.B. Arnold, *Environmental Sousveillance, Citizen Science and Smart Grids*, in M. Rimmer (ed), *Intellectual Property and Clean Energy: The Paris Agreement and Climate Justice*, Springer, 2018, 375–398; J. Chilvers, H. Pallett, T. Hargreaves, *Ecologies of participation in socio-technical change: The case of energy system transitions*, in 42 *Energy Res. Soc. Sci.* (2018), 199–210; J. Hicks, N. Ison, *An exploration of the boundaries of ‘community’ in community renewable energy projects: Navigating between motivations and context*, in 113 *Energy Policy* (2018), 523–534; L. Josephsen, *Approaches to the Implementation of the Sustainable Development Goals—Some Considerations on the Theoretical Underpinnings of the 2030 Agenda*, in 60 *Economics Discussion Papers* (2017), Kiel Institute for the World Economy (IfW), Kiel, Germany; P. Muñoz, F. Janssen, K. Nicolopoulou, K. Hockerts, *Advancing sustainable entrepreneurship through substantive research*, in 24(2) *International Journal of Entrepreneurial Behavior & Research* (2018), 322–332; T. Henfrey, J. Kenrick, *Climate, Commons and Hope: the Transition movement in global perspective*, in T. Henfrey, G. Maschkowski & G. Penha-Lopes (eds.), *Resilience, Community Action and Societal Transformation*, available at www.transition-researchnetwork.org/uploads/1/2/7/3/12737251/3.2_transition_and_resilience.pdf

just sustainable innovation

academic institutions, the private sector, and civil society organizations, it orchestrates resources and expertise to effectively address climate challenges. Moreover, the CSO actively promotes innovation and sustainable development within cities by collaborating with local stakeholders to implement solutions that reduce greenhouse gas emissions, enhance energy efficiency, encourage sustainable mobility, and safeguard natural resources.

Another integral aspect of the CSO's role is its dedication to fostering public participation and local action. Through awareness programs, education initiatives, and community engagement efforts, the CSO raises awareness about climate issues and encourages concrete actions at both individual and collective levels. This drives the adoption of sustainable practices in daily life and urban planning¹²⁴.

One of the CSOs working on sustainable innovation was established in 2019 in Italy under the auspices of the City Science Initiative hosted by the Joint Research Centre (JRC) of the European Commission with the aim of strengthening the contribution of science and research in addressing urban challenges, reducing or bridging the gap between science and policy. Located in Reggio Emilia, at the *Chiostrì di San Pietro*, and modeled on the pioneering experience of Amsterdam, this collaborative laboratory involves the city, the university, the administration, and associations in the search for experimental sustainable innovation solutions that can then be integrated into public policies.

In Amsterdam, Hamburg, Tessaioniki and Reggio Emilia, the City Science Office plays a fundamental role in enhancing the capacities of urban communities¹²⁵. This means actively engaging in promoting the develop-

¹²⁴ On this see: City Science for Urban Challenges, 2020, available at <https://open-research.amsterdam/nl/page/63027/2020-city-science-for-urban-challenges>, and Urban Regional Research Ecology, 2022, available at <https://openresearch.amsterdam/en/page/85094/full-publication-urban-regional-research-ecology> on the importance, opportunities and challenges to formal collaboration between local and regional authorities and knowledge institutions in 2022 and beyond. Building on the studies carried out regarding the role of cities in shaping the collaboration with knowledge institutions and other stakeholders – as other branch on of government and citizens – to develop research that can enable the enactment of better equipped policies, now the focus should be shifted on universities in order to see in which ways these fundamental cultural actors can play a pivotal role in the design of the future of cities and regions.

¹²⁵ See C. Nevejan (ed.), *City Science for Urban Challenges Pilot assessment and future potential of the City Science Initiative 2019–2020*, 2020, available at <https://openresearch.amsterdam/nl/page/63027/2020-city-science-for-urban-challenges>; C. Nevejan, C. Iaione P. Bamidis, T. Jacob, A. Hollstein, J. Lardic, *Urban Regional Research Ecology: on the local interaction between science and government, research and execution, theory and practice in times of accelerating*

ment of skills and resources within cities to tackle complex challenges such as climate change, environmental and social sustainability, and other critical urban issues. To achieve this, the City Science Office implements strategies and training programs designed to enhance the capabilities of community members, public officials, local entrepreneurs, and other stakeholders. These programs may include workshops, training courses, awareness sessions, and other initiatives aimed at providing practical knowledge, technical skills, and tools necessary to address urban challenges effectively and sustainably. Additionally, the City Science Office facilitates the exchange of knowledge and best practices among cities, creating networks of collaboration and partnerships that allow communities to learn from each other and adapt previously tested solutions to the local context. This capacity-building process contributes to creating more resilient communities capable of adapting to changes and thriving in an increasingly complex and dynamic urban environment¹²⁶.

In conclusion, fostering sustainable local innovation ecosystems¹²⁷ is vital for promoting enduring development in vulnerable communities. These ecosystems, characterized by tailored solutions and collaborative networks, empower communities to effectively address challenges, enhancing their resilience and well-being. To ensure communities become true partners in sustainable processes, capacity building, physical infrastructure, and institutional development are essential components.

The role of Csos is paramount in this endeavor. By facilitating collaboration and knowledge exchange, Csos play a pivotal role in engaging communities, addressing climate challenges, and promoting innovation and sustainable development within cities. Through awareness programs and community engagement efforts, Csos foster public participation and local action, driving the adoption of sustainable practices¹²⁸.

Establishing Csos, such as the ones in Amsterdam, Hamburg, Tessoniki, Reggio Emilia, represents a significant step towards enhancing the capacities of urban communities. By implementing strategies and training programs, Csos empower community members, public officials, and local

and accumulating global crises, 2022, available at <https://openresearch.amsterdam/en/overview/85091>.

¹²⁶ See C. Nevejan, C. Iaione, P. Bamidis, J. Goilo, D. Mantziari, F. Wupperfeld, M. Gardiner (eds.), *Social Impact for Climate Justice, exploration of City Science and the new ESG/CSRD frameworks for evidence-based investments and local policymaking*, 2024, available at <https://openresearch.amsterdam/en/page/107704/social-impact-for-climate-justice>.

¹²⁷ On sustainable local innovation ecosystems N. Sultana, E. Turkina, *Collaboration for Sustainable Innovation Ecosystem: The Role of Intermediaries*, in 15(10) *Sustainability* (2023), 7754.

¹²⁸ E. De Nictolis, C. Iaione, *The Science of Urban Regions*, *supra* note 16.

just sustainable innovation

entrepreneurs to effectively address urban challenges. Furthermore, Csos facilitate the exchange of knowledge and best practices among cities, contributing to the creation of more resilient communities capable of thriving in an increasingly complex urban environment.

In essence, the role of Csos extends beyond mere coordination; they serve as catalysts for sustainable development, promoting collaboration, innovation, and community engagement. As we continue to confront the challenges of climate change and urban sustainability, Csos stand as vital allies in building resilient and sustainable communities for the future.

Finally, USDIPs and Csos can become the pillars of those sustainable innovation ecosystems the Horizon Europe regulation talks about in Annex II for Pillar III as one of the key missions of the European Institute of Innovation and Technology (EIT). Fostering local sustainable innovation ecosystems is essential for promoting enduring development in vulnerable communities.

These ecosystems entail establishing institutions, processes, economic and legal infrastructure to cultivate local capacities and generate tailored innovative solutions, facilitating access to education, technology, and finance, and encouraging collaboration and networking¹²⁹. This empowerment enables communities to effectively address challenges, enhancing resilience and well-being. Adaptability to evolving needs and resources is crucial for their sustainability, ensuring continual benefit to vulnerable communities. The concept of «local sustainable innovation ecosystems» has gained recognition, embodying conducive environments within specific regions where innovation flourishes sustainably. This involves nurturing diverse stakeholder networks to drive innovation, effectively leveraging local capabilities and resources through partnerships and collaborations, while prioritizing environmental, economic, and social sustainability. Supporting entrepreneurship is vital, providing resources such as funding, mentorship, and networking to transform innovative ideas into sustainable businesses, fostering economic growth and resilience. These ecosystems are dynamic and adaptable, requiring continual investment to maintain momentum and drive ongoing innovation.

In essence, local sustainable innovation ecosystems represent a holistic approach to fostering innovation while promoting sustainability across economic, social, health and environmental dimensions, generating long-term

¹²⁹ It goes in this direction the Reggio Emilia Regulation on Urban and Climate Justice and Democracy, *supra* note 16.

positive impacts within communities by respecting local conditions and harnessing local strengths and collaboration.

Further research shall investigate if and how the principle of just sustainable innovation can be a way to implement the Planetary Health approach for local sustainable innovation ecosystems. Indeed, the KNAW report on Planetary Health identifies the governance and the urban dimensions as two of the main knowledge gaps and therefore areas that should be considered as a research priority¹³⁰.

In addition this study leaves open the question on the preparedness of knowledge institutions, in particular university and other academic institutions, to embark in projects and operations that require abandoning “ivory towerism” as well as “scholactivism” to embrace a new fourth mission or purpose¹³¹, that of enabling the creation of just technological and

¹³⁰ The term Planetary Health was introduced through an initiative launched by *The Lancet* and the Rockefeller Foundation in the 2010s. See R. Horton et al., *From public to Planetary health: a manifesto*, in 383 (9920) *The Lancet* (2014), 847; S. Whitmee, et al., *Safeguarding human health in the Anthropocene epoch: report of The Rockefeller Foundation– Lancet Commission on Planetary health*, in 386(10007) *The Lancet* (2015), 1973–2028. Two textbooks have been published S.S. Myers, H. Frumkin (eds.), *Planetary health. Protecting nature to protect ourselves*, Island Press, 2020; A. Haines, H. Frumkin, *Planetary Health: Safeguarding Human Health and the Environment in the Anthropocene*, Cambridge University Press, 2021; KNAW, *Planetary Health. An emerging field to be developed*, Amsterdam, 2023, available at www.knaw.nl/en/publications/planetary-health-emerging-field-be-developed. More recently a decolonizing view of the concept has gained ground, see N. Redvers, Y. Celidwen, C. Schultz, O. Horn, C. Githaiga, M. Vera, M. Perdrisat, L. Mad Plume, D. Kobei, M.C. Kain, A. Poelina, J.N. Rojas, B. Blondin, *The determinants of planetary health: An Indigenous consensus perspective*, in 6v *The Lancet Planetary Health* (2022), e156–e163

¹³¹ D. Bok, *Beyond the ivory tower: Social responsibilities of the modern university*, Harvard University Press, 1982; C. Iaione, P. Cannavò, *The collaborative and polycentric governance of the urban and local commons*, in 5 *Urban Pamphleteer* (2015), 29–31; A. Alemanno, “Knowledge comes with responsibility”: *Why academic ivory towerism can’t be the answer to legal scholactivism*, in 20(2) *International Journal of Constitutional Law* (2022), 560–561. In its communication on achieving the European Education Area by 2025, the European Commission emphasized the central role of higher education institutions to go beyond the knowledge triangle (education, research, innovation) and foster the so-called “knowledge square” (education, research, innovation and service to society). Universities are expected to make the transfer of research and innovation to society, and the orientation of teaching toward exchange with society and engagement with societal challenges essential elements of their mission connecting all missions of universities with each other. To this end the Commission has stimulated the creation of higher education institutions alliances to establish a systemic, structural and sustainable cooperation, test diverse innovative models and formats of cooperation, in order to break the silos between the four building blocks of the knowledge square and maximize its impacts with and for the society. University alliances were funded through the Erasmus+ which remains pri-

just sustainable innovation

ecological transitions projects and operations that can be governed through a shared systemic stewardship between all the stakeholders involved and in particular the vulnerable groups and communities and financed by long-term investors interested not just in the maximization of the financial materiality, but also the long-term value of common economic social and environmental resources on which the prosperity of people, the Planet and thus the economic and financial systems depend¹³².

Abstract

The EU law and policy framework introduced in its main R&I program, Horizon Europe, the principle of “sustainable innovation” as a principle that should guide public investment on innovation. This principle calls for the recognition of the undisputable role that innovation can play in solving daunting social and environmental challenges generated by the technological transition and the climate crisis. It is less clear whether this principle can also engrain social justice to make the technological and ecological transitions more just. This article investigates first whether the legal debate on climate and energy justice as EU constitutional clauses can help operationalize the justice dimension of sustainable innovation. The investigation turns then to the role of the EU secondary law and legal reforms on sustainable corporate governance and sustainable finance steering private economic and financial operators towards the production of positive environmental and social impacts which seem to call for active engagement with all the stakeholders, including vulnerable communities, and a shared systemic stewardship of common essential resources. It then turns to the analysis of the legislation on public investment on the just transition and the social and territorial cohesion to demonstrate that probably only public investment through the “partnership principle” can enable real positive engagement of vulnerable communities and therefore a shared systemic stewardship of common essential resources to deliver a just and democratic ecological and technological transition. The article ends identifying limitations to this hypothesis which are mainly related to the lack of human and economic resources, and it shed light on a possible trajectory for future research pathways to overcome these limitations by making better use of new multistakeholder partnerships models aimed at tackling sustainable development

marily an education program of the EU. The R&I dimension of the alliances has been supported through a specific Horizon Europe SwafS – Science with and for Society. See also the Council Resolution on a strategic framework for European cooperation in education and training towards the European Education Area and beyond (2021–2030) (2021/C 66/01).

¹³² See. C. Mayer, *Prosperity: Better business makes the greater good*, supra note 8; G. Serafeim, *Purpose and profit: how business can lift up the world*, HarperCollins Leadership, 2022.

christian iaione

and innovation as well as partially rethinking the role and mission of knowledge institutions in local innovation ecosystems as pivotal agents of local institutions such as city science offices that can enable and govern the cooperation between the various stakeholders within these ecosystems and monitor the production of their positive social and environmental impacts.

ELISABETTA TATÌ

L'INNOVATION PROCUREMENT NEL SETTORE SPAZIALE: L'OUTER SPACE LAW ALLA PROVA DELLA NEW SPACE ECONOMY*

SOMMARIO: 1. Lo *space procurement* come “archetipo” dell'*innovation procurement*. – 2. Il *public procurement* prima e dopo il nuovo reg. Ue n. 2021/696: le evoluzioni e l'importanza della collaborazione tra pubblico e privato nella *New Space Economy*. – 2.1. Il caso dell'UE: i contratti pubblici nel settore spaziale dopo il regolamento 2021. – 2.2. Il caso IRIS². – 3. L'*innovation procurement* alla luce del quadro istituzionale nel settore spaziale e delle politiche per l'innovazione nella *Space Economy*. – 3.1 Il Piano di *Space Economy* nazionale e gli investimenti alla luce del PNRR: la programmazione economica. – 3.2 Le regole relative all'*innovation procurement* nel settore spaziale e la sinergia con il settore della difesa. – 4. Innovazione e sviluppo sostenibile attraverso l'attività contrattuale nel settore spaziale: un commento critico. – 4.1. Il livello europeo – 4.2. Il livello nazionale. – 5. Oltre l'*Outer Space Law* e le nuove sfide giuridiche della *New Space economy*.

1. Lo *space procurement* come “archetipo” dell'*innovation procurement*

Lo Stato può intervenire a supporto della ricerca, di base e applicata, dello sviluppo – oggi giorno soprattutto in chiave digitale e sostenibile¹ – e

* Il presente saggio è stato prodotto nell'ambito e con il supporto del progetto Casa delle tecnologie emergenti, Roma Open Lab (CUP J84120000710008).

¹ Anche se in base alle definizioni di ricerca e sviluppo comunemente utilizzate nei bandi europei e nazionali, le scienze umanistiche e sociali hanno pari dignità, pur potendo godere di minori apporti di fondi pubblici, rispetto a quelle tecnologiche e sperimentali. È il caso, ad esempio, dello *European Research Council* (ERC). Sottolinea questo aspetto, in riferimento ai contratti pre-commerciali, S. Papa. *Gli appalti precommerciali: un particolare approccio all'aggiudicazione degli appalti di ricerca e sviluppo*, in *giustamm.it*, n. 3, 2017, 4, richiamando F. Molinari, *Appalti pre-commerciali, sulle definizioni l'Italia diverge dall'Europa*, in www.forumpa.it/riforma-pa/appalti-pre-commerciali-sulle-definizioni-litalia-diverge-dalleuropa/, 2016.

dell'innovazione in forme diverse². In particolare, analizzando il caso italiano, il settore pubblico può agire attraverso l'erogazione di sussidi e risorse ad istituzioni³ e imprese⁴, anche grazie alla leva tributaria (si pensi allo strumen-

Per la definizione di ricerca e sviluppo si veda il Manuale di Frascati, www.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/frascati-manual-2015_9789264239012-en, 44.

² La relazione “ricerca-invenzione-sviluppo-innovazione” si può considerare “a catena”, ovvero, ogni termine rappresenta il motore per il successivo, con effetti finali sulla crescita economica (si veda l'impostazione del Manuale di Frascati dell'OCSE, *infra*). In realtà, trattandosi di definizioni “astratte” che sintetizzano una realtà molto più complesse (ad esempio innovazione “incrementale”, “trasformativa” e “distruttiva” o innovazione che si realizza direttamente nel mercato), esse sono al centro della scienza conosciuta come Economia dell'innovazione, con la sua specifica storia ed evoluzione (ma si veda la ricostruzione del Manuale di Oslo dell'OCSE, www.oecd.org/science/oslo-manual-2018-9789264304604-en.htm, 45 ss.). Il presente scritto analizza solo alcuni strumenti giuridici che, associati ad una precisa tipologia di politica pubblica e in uno specifico ambito settoriale, si agganciano alla fase finale della catena, ovvero, alla staffetta tra lo sviluppo e l'innovazione e la crescita, anche in chiave sostenibile (si veda, per questa ultima prospettiva, *Changing Directions: Steering science, technology and innovation towards the Sustainable Development Goals*, a cura di T. Ciarli e Tommaso, STRINGS, SPRU, University of Sussex, 2022). Inoltre, si tratta di strumenti di corollario alle politiche dell'innovazione c.d. *demand-side* (ad esempio, per il ruolo giocato dal committente pubblico, si v. originariamente R. Rothwell, *Issues in user-producer relations in the innovation process: The role of government*, in 9 *International Journal of Technology Management* (1994), 629 e altri *infra* nelle note) e non *supply-side* (quello delle imprese, rispetto al quale viene in rilievo specialmente il *framework* concettuale ricostruito dal Manuale di Oslo dell'OCSE).

³ Ad esempio, ad università ed enti di ricerca. Sul finanziamento alla ricerca in Italia, recentemente, A. Iannuzzi, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza e il finanziamento della ricerca*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2, 2021, 308-337, specialmente 310-314, per i numeri sul finanziamento, e l'osservazione a 320, circa le cause dell'insufficiente finanziamento alla ricerca: «Da ultimo, in Italia sembra ancora solo abbozzato, e perciò ancora tutto da esplorare, il modello del partenariato tra soggetti pubblici e privati nel settore», concludendo poi per una spinta istituzionale marcata più in direzione della ricerca industriale e l'innovazione (c.d. R&S) a scapito, invece, della ricerca fondamentale. Cfr. Camera dei deputati, Servizio studi, *Ricerca, sviluppo e innovazione*, report 28 settembre 2022. Limitatamente al sistema universitario, si veda Corte dei conti, Sezioni riunite in sede di controllo, *Referto sul sistema universitario*, n. 8/SSRRCO/REF/21, maggio 2021, specialmente 82-87 (sugli *spin-off* e il trasferimento tecnologico), 95-121 (sul sistema contabile e i profili finanziari), 221-247 (profili della ricerca universitaria). Nella scienza giuridica, G. Colombini, *L'università e il cacciatore con il fucile spianato*, in *Diritto e società*, n. 1, 2018, 71-97. Cfr. A. Sandulli, *Il cantiere giuridico dell'università*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 5, 2016, 635-637; C. Barbati, *Il governo del sistema universitario. Soggetti in cerca di ruolo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 2, 2014, 337-340 e *Id.*, *Il sistema delle autonomie universitarie*, Torino, Giappichelli, 2019.

⁴ *Le politiche pubbliche per l'innovazione tecnologica*, a cura di A. Averardi e A. Natalini, in *Lo Stato promotore. Come cambia l'intervento pubblico nell'economia*, a cura di F. Bassanini, G. Napolitano e L. Torchia, Bologna, il Mulino, 2021, 231-313.

to del credito d'imposta)⁵, o intervenendo sui mercati di capitali (si pensi all'istituzione di fondi pubblici *venture capital*⁶ o alle linee di credito agevolate e interventi in *equity*⁷), con politiche più mirate di supporto all'imprenditorialità giovanile e innovativa⁸, favorendo gli ecosistemi dell'innovazione, ma anche, e con un interesse sempre più acceso da parte di studiosi e amministrazioni, grazie alla leva della domanda pubblica, ovvero, per mezzo del mercato dei contratti pubblici⁹.

⁵ Art. 1, co. 184 ss., l. n. 160/2019 (Legge di bilancio per il 2020). In base al co. 200 sono considerate attività di ricerca e sviluppo ammissibili al credito di imposta le attività di ricerca fondamentale, di ricerca industriale e sviluppo sperimentale in campo scientifico o tecnologico. I criteri per la corretta applicazione della previsione sono poi definiti in un apposito decreto ministeriale dell'ex Ministero dello sviluppo economico (d.m. 26 maggio 2020), il quale tiene conto dei principi e dei criteri contenuti nel Manuale di Frascati dell'OCSE. Si v. per una panoramica sullo strumento, e un richiamo alla dottrina tributaria rilevante, V. Bontempi, *Gli strumenti di ausilio pubblico all'innovazione e alla ricerca*, in *Le politiche pubbliche per l'innovazione tecnologica*, a cura di A. Averardi e A. Natalini, cit., 250 ss. Per ulteriori leve fiscali nel corso degli anni intervenute, *Il sostegno alle imprese*, a cura di G. Mocavini e V. Turchini, in *Lo Stato promotore. Come cambia l'intervento pubblico nell'economia*, a cura di F. Bassanini, G. Napolitano e L. Torchia, cit., 127-128.

⁶ Il riferimento è ai c.d. fondi pubblici di garanzia, ad esempio le linee di azione quali Cdp Venture Capital Sgr – Fondo nazionale innovazione (fino al 2020 Invitalia Venture Sgr), manovra che ha semplificato e reso più solido il settore del *venture capital* nel paese; si veda su questo V. Turchini, *I fondi a sostegno dell'imprenditorialità*, in *Il sostegno alle imprese*, a cura di G. Mocavini e V. Turchini, cit., 148-155. Si può far rientrare in queste casistiche anche gli interventi di riforma che spingono a rendere più solido il sistema degli investitori privati che operano in Italia, anche nella fase *seed* e *pre-seed*, da collegare agli sforzi per la diffusione di una cultura delle start-up, ad esempio tramite le politiche ricordate subito a seguire nel testo, di supporto all'imprenditorialità giovanile e innovativa. Si v. AIFI, *Rapporto di ricerca 2022 del Venture Capital Monitor – VeM*, 2023, 4-7.

⁷ *Il sostegno alle imprese*, a cura di G. Mocavini e V. Turchini, cit., 134-141.

⁸ *Id*, 127, ad esempio con riferimento al programma *Smart&Start* e al ruolo di Invitalia. Cfr. E. Tatù, *Lo sperimentalismo urbano per l'innovazione sociale: il caso di Impact Hub*, in *Munus*, n. 3, 2021, specialmente sul supporto all'imprenditorialità sociale innovativa, in particolare 569-571.

⁹ Recentemente, in ambito giuridico, M. Mirrione, *La selezione delle offerte*, in *Il nuovo corso dei contratti pubblici*, a cura di S. Fantini e H. Simonetti, Treviso, LaTribuna, 2023, spec. 170-173 ha affrontato il tema del c.d. "strategic public procurement", delle asimmetrie micro-economiche e, quindi, delle prospettive di *governance* macro-economica del settore alla luce del nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36/2023). Cfr. S. Valaguzza, *Procuring for value, governare per contratto: come creare valore attraverso i contratti pubblici*, Napoli, 2018; A. La Chimia, *Appalti e sviluppo sostenibile nell'Agenda 2030*, in *Il Procurement delle pubbliche amministrazioni. Tra innovazione e sostenibilità*, a cura di L. Fiorentino e A. La Chimia, Bologna, il Mulino, 2021, 73 ss.; F. Fracchia e P. Pantalone, *Verso una contrattazione pubblica sostenibile e circolare secondo l'Agenda ONU 2030*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, n. 2-3, 2022, 243-264; E. D'Alterio, *Riforme e nodi della contrattualistica pubblica*, in *Dir. amm.*, n. 3, 2022, 690 ss. M. Rolf-

Questo sistema di politiche pubbliche, e la sua evoluzione da minore a maggiore apertura per soluzioni orientate al mercato, è molto evidente nel settore oggetto del presente scritto. Si tratta, cioè, dell'ecosistema economico gravitante intorno alla ricerca, lo sviluppo e l'innovazione spaziale, sia nel segmento più tradizionale dell'*upstream* (o *Space industry*), sia in quello più promettente del *downstream* (o *Space economy*), con i suoi "servizi spaziali", ovvero i prodotti e servizi innovativi "abilitati", e le complementari infrastrutture di terra (c.d. *midstream*). A questi si aggiunge l'ambito ancora più "derivato" di attività economiche che gravitano intorno all'applicazione di tecnologie solo originariamente spaziali ma utilizzabili, in un secondo momento e in combinazione con quelle *digital*, nei settori più disparati (come anche il suo contrario, ovvero, innovazioni in settori lontani, come la biologia, che si rivelano utili se applicati alle missioni spaziali). In sintesi, si tratta della c.d. *New Space Economy* ma nel corso del testo si farà spesso riferimento anche al settore e/o all'economia "spaziale" più in generale¹⁰.

stam, *Public Procurement as a means to stimulate innovation for a better world: A matter of knowledge management* (March 13, 2014), reperibile in ssrn.com/abstract=2409631. Molti altri osservatori, ma sulla base di indagini econometriche e di politica pubblica, concordano nel ritenere che tutti gli strumenti richiamati nel corpo del testo debbano essere tra loro combinati. Ad esempio, l'efficienza dei contratti pubblici per l'innovazione (la cui prima letteratura si fa risalire a J. Edler e L. Georghiou, *Public Procurement and Innovation—Resurrecting the Demand Side*, in 36(7) *Research Policy* (2007), 949), che è già stimato abbia effetti di maggiore impatto sulle imprese rispetto al *regular procurement* e agli aiuti diretti (M. Guerzoni e E., Raiteri, *Demand-side vs. Supply-Side Technology Policies: Hidden Treatment and new Empirical Evidence on the Policy mix*, in 44 (3) *Research Policy* (2015), 726), può essere incrementata supportando il lato dell'offerta, attraverso strumenti *supply-side* (S. Caravella e F. Crespi, *The role of public procurement as innovation lever: evidence from Italian manufacturing firms*, in 30(7) *Economics of Innovation and New Technology* (2021), 663). Tuttavia, alcune ricostruzioni considerano maggiore l'effetto traino proprio del *public procurement for innovation*: P.A. Castelnovo, S. B. Clò e M. Florio, *Space policy drives innovation through technological procurement: evidence from Italy*, in *Working papers*, Università degli studi Firenze, n. 8, 2021, 1–31. Cfr. P. Castelnovo, G. Catalano, F. Giffoni e M. Landoni, *The impact of space procurement on suppliers: evidences from Italy*, in *Working papers*, Centre for industrial studies, n. 2, 2021, 2–26. In chiave di innovazione "equa e sostenibile" si segnala anche lo *special issue in open access* a cura di L. San-Jose e J. Luis Retolaza, *Encouraging Social and Environmental Sustainability through Public Procurements*, in 13(2) *Sustainability* (2021).

¹⁰ Richiamando la definizione dell'Osservatorio *Space economy*, nel gruppo degli osservatori *digital innovation* presso il Politecnico di Milano, si veda A. Cavallo e A. Paravano, *La Space Economy fra nuovi business e benefici sociali*, in *Ricerca e innovazione per la sfida spaziale, special issue in Energia, ambiente e innovazione*, Enea magazine, n. 3, 2021, 35. Cfr. homepage di *New Space Economy* dell'ASI, www.asi.it/space-economy-catalogo-industria-spaziale/new-space-economy/. Cfr. OCSE, *Handbook on Measuring the Space Economy*, OCSE Publishing, 1st ed. 2012, 2nd ed. 2022 ma la definizione di *Space Economy* rimane invariata, potendovisi ricomprendere già la *New Space Economy*.

L'innovation procurement nel settore spaziale

La rilevanza di quest'ultimo ambito per lo studio, in particolare, dei contratti pubblici innovativi e/o per l'innovazione in Italia e in Europa, e più in generale per l'evoluzione delle politiche pubbliche associate allo sviluppo e all'innovazione, si basa su alcuni elementi specifici: è un settore altamente specializzato, anche e soprattutto perché sono le amministrazioni/stazioni appaltanti che in esso operano ad avere specifiche *expertise* (gli enti di ricerca, le agenzie spaziali, le grandi società pubbliche, ecc.)¹¹; è un settore caratterizzato a tutto tondo da un gradiente molto elevato di ricerca, sviluppo e innovazione, anche e soprattutto tecnologica e in continuo divenire (*emerging technologies*)¹²; in Italia, inoltre, l'industria e i c.d. *cluster* spaziali sono tra i più rilevanti per trainare un'economia della ricerca e dell'innovazione¹³ mentre, a livello europeo, la nuova strategia spaziale che si avrà modo

¹¹ Ad esempio si analizzi questo commento relativamente all'ASI in A. Castelnovo, S. B. Clò e M. Florio, *Space policy drives innovation through technological procurement: evidence from Italy*, cit., 3: «As stated in its statute, one of the ASI primary mandate is to promote technological development and scientific research. To this aim ASI develops programs and projects with high technological value. This is reached mainly by financing applied research, by awarding contracts, selecting projects, and choosing the suppliers for their realization. Therefore, the ASI can be described mainly as a *technological contracting authority* [corsivo nostro]». Ricerche simili hanno approfondito il ruolo del CERN, P. Castelnovo, M. Florio, S. Forte, L. Rossi e M. Sirtori, *The economic impact of technological procurement for large-scale research infrastructures: Evidence from the Large Hadron Collider at CERN*, in 47(9) *Research Policy* (2018), 1853. Più in chiave giuridica, sul contributo positivo al *procurement* "strategico" da parte della specializzazione della stazione appaltante, 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, spec. 258.

¹² Si vedano i risultati pubblicati dell'analisi costi-benefici commissionata da ASI a M. Florio et al., *L'impatto socio-economico delle politiche pubbliche nel settore spazio in Italia*, Università degli Studi di Milano, Università degli Studi di Bari "Aldo Moro", Agenzia Spaziale Italiana, 21 dicembre 2021, 1-27, ad esempio 8-9: «L'innovazione di processo è stata accompagnata da un'innovazione di prodotto. In linea con l'acquisizione di know-how tecnico, l'effetto positivo più diffuso ha riguardato lo sviluppo di nuove tecnologie (63%, N=71), seguito dall'introduzione di nuovi prodotti (55%, N=62) e servizi (48%, N=54). Più contenuto è stato l'impatto dichiarato sulla registrazione di marchi e brevetti o l'avvio di progetti spin-off: circa il 20% (N= 25) ha dichiarato questo tipo di effetti».

¹³ Relativamente all'Italia, osserva ad esempio M. C. Comparini, *Il ruolo dell'Italia nell'economia delle infrastrutture spaziale*, in *Ricerca e innovazione per la sfida spaziale*, cit., 17: «Ben 200 aziende di cui circa l'80% PMI, un giro d'affari annuo di oltre 2 miliardi di euro, oltre settemila addetti e un aumento del 15% negli ultimi 5 anni, sono alcuni dei numeri che confermano quanto le tecnologie, le infrastrutture e le applicazioni dei sistemi spaziali sono oramai parte integrante della nostra vita ed abilitano una nuova e crescente economia, la cosiddetta Space Economy, assieme alle tecnologie digitali uno dei più promettenti motori per la crescita economica del nostro Paese. Nello spazio, d'altronde, pur essendo la dimensione ormai globale, il modello dei nostri distretti industriali funziona bene in linea con l'importante tradizione di

di introdurre *infra* si inserisce all'interno delle risposte alle molteplici crisi sperimentate dal continente¹⁴.

Di conseguenza, da una parte, il funzionamento del *public procurement* nel settore si può considerare una *best practice* per l'implementazione ante tempo dei contratti pubblici per l'innovazione, più di recente sistematizzati nelle fonti europee ma anche nazionali¹⁵. In altre parole, se una delle criticità del successo degli strumenti di *innovation procurement*¹⁶ e dei partenaria-

cultura economica del paese; sono 12, guidati dal Cluster Tecnologico Nazionale Aerospazio, che aggrega tutti gli attori della filiera. Un'importante azione propulsiva che consente di contribuire a sviluppare ed a tenere aggiornata la visione organica e strategica guidata dall'azione dell'Agenzia Spaziale Italiana e – alla luce della governance ormai in azione da qualche anno – in linea con le direttive politiche e strategiche del Comitato interministeriale per le politiche spaziali a livello della Presidenza del Consiglio».

¹⁴ A. Sandulli, *European and national space regulation: the state of art and new, workshop* presso l'*Italian Cultural Institute* di Praga, 26 giugno 2023, ora in *EU Law Live Blog*, qui <https://eulawlive.com/weekend-edition/weekend-edition-no165/> (dicembre 2023). Cfr. A. Conzutti, *La new space economy: profili costituzionali dell'integrazione europea in materia spaziale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo online*, n. 4, 2021.

¹⁵ Si veda *infra* nel testo e nelle note per la ricostruzione del quadro normativo europeo e nazionale intorno all'*innovation procurement*. Si ponga l'attenzione sin d'ora sul fatto che il primo esempio menzionato dalla *Guidance on Innovation Procurement* della Commissione europea (COM(2021)4320), fa riferimento proprio alle molteplici applicazioni dell'innovazione spaziale, ad esempio per la transizione verde e digitale, 6.

¹⁶ M. Delsignore, M. Ramajoli, *Gli appalti pubblici pre-commerciali*, in *Il procurement delle pubbliche amministrazioni tra innovazione e sostenibilità*, a cura di L. Fiorentino e A. La Chimia, cit., 346 ss.; L. Marracini, *Gli appalti innovativi per la "space economy" italiana: il partenariato per l'innovazione*, in *Riv. Amm. Rep. It.*, n. 1-2, 2022, 2-69; D. Del Prete, *Gli appalti pubblici al servizio delle nuove esigenze. Il partenariato per l'innovazione*, in *Federalismi.it*, n. 18, 2021, 1-24; C. Spada, *I contratti di ricerca e sviluppo*, in *Diritto amministrativo*, n. 3, 2021, 687 ss.; *Contratti pubblici e innovazione. Una strategia per far ripartire l'Europa*, a cura di C. Pagliarin, C. Perathoner e S. Laimer, Milano, Giuffrè, 2021; M. Comba, *Appalti pubblici per l'innovazione*, in *Diritto dell'economia*, n. 1, 2020, 179-203; G. Terracino e L. Marracini, *Partenariato per l'innovazione*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M.A. Sandulli e R. De Nictolis, III ed., 2019; *Joint Public Procurement and Innovation – Lessons Across Borders*, a cura di G.M. Racca e C.R. Yukins, Bruxelles, Bruylant, 2019; S. Papa, *Gli appalti precommerciali: un particolare approccio all'aggiudicazione degli appalti di ricerca e sviluppo*, cit., 1-18. C. Chiariello, *Il partenariato per l'innovazione*, in *Giustamm.*, 2, 2016, 1 ss.; F. Molinari, *Appalti pre-commerciali, sulle definizioni l'Italia diverge dall'Europa*, in www.forumpa.it/riforma-pa/appalti-pre-commerciali-sulle-definizioni-litalia-diverge-dalleuropa/, 2016; sempre F. Molinari, *Appalti pre-commerciali, perché i servizi di ricerca rischiano l'esclusione, e Con gli appalti pre-commerciali, addio ad "aiuti di Stato": ecco perché*, pubblicati sul medesimo sito www.forumpa.it, 2016; G. Iosca, *Innovazione nella contrattualistica pubblica: dagli appalti pre-commerciali al partenariato per l'innovazione*, in *App. e Contr.*, n. 10, 2015, 40 ss.; S. Ponzio, *Joint procurement and innovation in the new Eu directive and in some Eu-funded projects*, in *Ius Publicum Network Review*, n. 2, 2014, 1 ss.; A. Petrella, *Fostering innovation through public procurement: rationale, implementation and best practices in Italy and Europe*, Pubblicazioni Banca D'Italia, 2013, 1-21;

ti innovativi¹⁷ risiede nell'incapacità delle stazioni appaltanti di prevedere i propri fabbisogni di innovazione¹⁸, questo rischio è ridotto per le amministrazioni “spaziali” e ciò comporta uno sperimentalismo più spinto e di più lunga tradizione¹⁹. Non è necessariamente più alto il livello di rischio associato agli investimenti, ad esempio l'indice medio del *Technology Readiness Level* (TRL) per le commesse richieste dall'Agencia spaziale italiana (Asi) si attesta tra 4-9, piuttosto è meno probabile che la stazione appaltante del settore spaziale decida di non ricorrere agli strumenti dei contratti pubblici con oggetto beni e servizi di per sé “innovativi” e/o ai “procedimenti innovativi” per adempiere ai suoi fini istituzionali²⁰. Di conseguenza, se si vuole comprendere se e come questi strumenti possano funzionare più in generale nell'ordinamento, le prassi amministrative nel settore spaziale rappresentano un proficuo caso di studio, anche rispetto all'applicazione del principio di risultato alla luce del nuovo Codice dei contratti pubblici nell'ordinamento nazionale (d.lgs. n. 36/2023)²¹. Se si tratta di un settore che, come accennato,

C. Edquist e M. Zabala-Inturriaga, *Why Pre-Commercial Procurement is not Innovation Procurement*, WP 2012/11 CIRCLE Lund University.

¹⁷ C. Iaione e A. Coiante, *Il partenariato per l'innovazione sostenibile nel settore sanitario*, in *Riv. giur. edilizia*, n. 6, 2022, 517 ss. Cfr. C. Iaione, *Urban sustainable development and innovation partnerships*, in *Italian Journal of Public Law*, n. 2, 2022, 521-605; C. Iaione, *Il diritto all'innovazione sostenibile per l'investimento nelle infrastrutture sociali. Un'analisi empirica*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, n. 2, 2021, 301-339.

¹⁸ G. Fidone, *Uso strategico dei contratti pubblici e sviluppo sostenibile*, cit., 251-276. D'altra parte, già M. Cafagno, *Lo Stato banditore*, Milano, Giuffrè, 2001, *passim*, come recentemente richiamato da G. Napolitano, *Committenza pubblica e principio del risultato*, Relazione al Convegno Il Nuovo Codice degli Appalti, Avvocatura dello Stato, Roma, 27 gennaio 2023, in *astrid-online.it*, ricordava come non esista un meccanismo o un procedimento di aggiudicazione perfetto in astratto, ma che questa approssimazione al perfetto dipende dal mercato e dalle caratteristiche del prodotto.

¹⁹ Come ricordato da M. Delsignore e M. Ramajoli, *Gli appalti pubblici pre-commerciali*, cit., 349, ad esempio l'appalto pre-commerciale si ispira ad analogo strumento utilizzato già nel passato dai principali partners commerciali europei, quali Stati Uniti e Giappone, ove il ricorso all'appalto pre-commerciale ha permesso attraverso la collaborazione tra pubblico e privato di giungere a soluzioni innovative importanti, si pensi proprio al GPS (Global Positioning System), al centro dei più importanti risultati derivati dall'osservazione terrestre e, quindi, dalla ricerca nel settore spaziale. Cfr., sul punto, A.R. Apostol, *Public procurement of innovation – a structural approach*, in *4 Public Procurement Law Review* (2012), 179.

²⁰ P. Castelnuovo, G. Catalano, F. Giffoni e M. Landoni, *The impact of space procurement on suppliers: evidences from Italy*, cit., 9.

²¹ Per una panoramica sul principio di risultato nel Nuovo Codice dei contratti pubblici si veda in questo numero A. Coiante ma, autorevolmente, già F. Cintiolli, *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.*, n. 3, 2023, 287 ss.; D.

è a rischio elevato per l'investitore (pubblico), specialmente per i contratti di appalto ma meno per quelli di partenariato, le risorse pubbliche ricevono la tutela adeguata, ad esempio nel calcolare un tasso di rischio ragionevole? Come sono redistribuite le responsabilità²²? In altre parole, qual è il confine tra un intervento basato sul *public fund* e quello invece orientato al *public procurement of innovation* (contratti pubblici per l'innovazione)²³ o, come più recentemente definito dalla Commissione europea, *innovation procurement*²⁴?

Dall'altra parte, non si può considerare scontato il fatto che il settore in esame ricorra al mercato dei contratti e partenariati pubblici, quindi aprendosi alla concorrenza, per soddisfare i suoi bisogni. In realtà, tradizionalmente, e almeno in Europa (meno negli Stati Uniti d'America), il settore della ricerca per e verso lo spazio si è spesso basato su programmi e finanziamenti pubblici, quindi con affidamenti diretti ai pochi attori istituzionali e privati capaci di sopportare l'alto rischio connesso agli investimenti. Era cioè assente un mercato "privato"²⁵. Nel tempo, quest'ultima condizione è mutata a sua volta per almeno due ordini di ragioni, tra loro complementari: sono

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*, n. 14, 2023, 47 ss.

²² Già in passato, sull'importanza della "negoziazione" e, quindi, in favore di procedure di aggiudicazione più flessibili, anche perché orientate al risultato, G. Fidone, *Negoziazioni pubbliche e apprendimento della pubblica amministrazione*, in *Aperta Contrada* (www.apertacontrada.it), 27 marzo 2017. Cfr. G. Fidone, *Le concessioni come contratti complessi: tra esigenze di flessibilità e moltiplicazione dei modelli*, in *Negoziazioni Pubbliche – Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, a cura di M. Cafagno, A. Botto, G. Fidone e G. Bottino, Milano, Giuffrè, 2013. Sull'elemento dell'incertezza, sempre M. Delsignore e M. Ramajoli, *Gli appalti pubblici pre-commerciali*, cit., 353, richiamando studi economici, tra cui alcuni disponibili *supra* in nota (Edquist e Zabala-Iturriagoitia) e altri: F. Clermont e F. Fionda, *A modern Approach for Procuring Research and Innovation: The Pre-Commercial public Procurement*, in 11 *Eur. Procurement & Pub. Private Partnership L. Rev.* (2016), 88; E. Iossa, F. Biagi e P. Valbonesi, *Pre-commercial procurement, procurement of innovative solutions and innovation partnerships in the EU: rationale and strategy*, in 27(8) *Economics of Innovation and New Technology* (2017), 730.

²³ M. Rolfstam, *Public Procurement as a means to stimulate innovation for a better world: A matter of knowledge management*, cit., *passim*

²⁴ COM(2018)3051, *Commission Notice: Guidance on innovation procurement*, adesso in COM(2021)4320. Una evoluzione nell'uso dei termini è verificabile anche nei precedenti documenti di *soft law* europea: SEC(2007)280, *Guide on dealing with innovative solutions in public procurement. 10 elements of good practices*; COM(2007)799, *Pre-commercial Procurement: Driving innovation to ensure sustainable high quality public services in Europe; The strategic use of public procurement for innovation in the digital economy*, Final Report, 2016; *Benchmarking of R&D procurement and Innovation Procurement Investments in countries across Europe*, DG GNECT, F – Digital Single MarketF3 – Digital innovation and Blockchain, October 10, 2020.

²⁵ Si veda la ricostruzione offerta da D.K.R. Robinson e M. Mazzucato, *The evolution*

diventate evidenti le potenzialità di alcune tecnologie (come quelle collegate all'osservazione terrestre) per i privati, che hanno quindi cominciato ad investire; le istituzioni pubbliche hanno quindi compreso le opportunità di una ricerca e innovazione *mission-oriented*²⁶, per cui un settore dalle grandi potenzialità in materia di ricerca e sviluppo, come quello spaziale, può essere utilizzato per rafforzare a sua volta il sistema produttivo con obiettivi macroeconomici, influenzando tutta la filiera industriale e delle piccole e medie imprese, e la società nel suo complesso, con tecnologie capaci di migliorare il benessere e la qualità della vita dei cittadini, nella direzione dello sviluppo sostenibile²⁷.

Su queste premesse, è necessaria una nota metodologica. Mentre sono più diffusi gli studi economici e di scienze politiche a supporto della domanda pubblica come leva per l'innovazione, anche nella specificità del settore spaziale²⁸, molto meno diffusi sono quelli a carattere giuridico. In chiave pubblicistica, vi è senz'altro una attenzione rivolta agli altri strumenti di politica pubblica per l'innovazione all'inizio richiamati (sussidi, rimedi tributari, ecc.)²⁹. Al contrario, almeno nel contesto italiano, sono più rari gli studi che indagano gli strumenti per l'innovazione attivi nel mercato del *public procurement* nella chiave della leva pubblica per lo sviluppo economico³⁰,

of mission-oriented policies: Exploring changing market creating policies in the US and European space sector, in 48(4) *Research Policy* (2019), 936-948.

²⁶ D.K.R. Robinson e M. Mazzucato, *The evolution of mission-oriented policies: Exploring changing market creating policies in the US and European space sector*, cit., 937: «The space sector is a useful case study due to its long-term use of mission-oriented policies, and thus it is a perfect site to explore changes in mission-oriented policies and their consequences».

²⁷ S. Di Pippo, *Lo spazio come driver di sviluppo economico sostenibile*, in *Ricerca e innovazione per la sfida spaziale*, cit., 11-16. Nello stesso numero del magazine Enea, *Ricerca e innovazione per la sfida spaziale*, si veda M. C. Comparini, *Il ruolo dell'Italia nell'economia delle infrastrutture spaziale*, 17-19, ad esempio 18: «Le tecnologie spaziali contribuiscono dunque, in diversi modi, ad un pianeta più sostenibile, con meno emissioni e maggiore ottimizzazione delle risorse». L. Pasquali, *Pasquali (Leonardo), all'Italia vogliamo garantire un ruolo da protagonista*, 20-23, ad esempio per il riferimento allo «spazio per i cittadini». A. Cavallo e A. Paravano, *La Space Economy fra nuovi business e benefici sociali*, 32-35. Cfr; M. Florio et al., *L'impatto socio-economico delle politiche pubbliche nel settore spazio in Italia*, cit., 1-27; I. Hasquenoph, *Sustainable Public Procurement and Geography*, in 2 *Public procurement Law Review*, (2021), 63. M. Hofmann e F. Bergamasco, *Space Resources Activities from the Perspective of Sustainability: Legal Aspects*, in (3) *Global Sustainability* (2020), 1.

²⁸ Si veda *supra* in nota per numerosi richiami.

²⁹ Si faccia riferimento al recente lavoro di ricostruzione offerto dal volume, in chiave di Stato promotore, *Lo Stato promotore. Come cambia l'intervento pubblico nell'economia*, a cura di F. Bassanini, G. Napolitano e L. Torchia, cit., *passim*.

³⁰ Una sintetica trattazione è già offerta, ad esempio, da V. Bontempi, *La committenza*

specialmente se mirati al settore “spaziale” come sopra variamente definito³¹. Quest’ultimi, quando presenti per l’analisi del settore spaziale, sono sviluppati in una prospettiva di diritto internazionale³² o europeo³³, in ogni caso sempre rilevante e attuale soprattutto per il segmento *upstream*.

Di conseguenza, lo scritto ha lo scopo di inserirsi in questo vuoto. Il tentativo è quello di mettere in connessione gli studi giuridici di carattere pubblicistico sul *public procurement* per l’innovazione e la sostenibilità con l’analisi del settore spaziale, specialmente alla luce delle interazioni tra pubblico e privato, le nuove dinamiche concorrenziali e la programmazione economica in questo ambito. L’articolo si organizza nel seguente modo. Innanzitutto, un primo sguardo è rivolto all’ordinamento europeo e all’approccio di *public procurement* e di *public-private partnership* adottato nell’ambito del nuovo reg. Ue n. 2021/696, che istituisce il programma spaziale dell’Unione europea per il periodo 2021–2027 e l’Agenzia dell’Unione europea per il programma spaziale. Si propone anche l’analisi di un caso concreto, ovvero l’attuazione del regolamento per il programma IRIS². Una prima disamina di questi esempi serve ad introdurre, in secondo luogo, l’approccio al *procurement* innovativo nel contesto del settore spaziale nazionale. A questo sforzo è necessaria la preliminare ricostruzione della *governance*, degli investimenti (anche del Piano nazionale di ripresa e resilienza, PNRR, e per il Piano *Space Economy* nazionale) e delle regole relative ai contratti pubblici e partena-

pubblica per lo sviluppo dell’innovazione e della ricerca, in *Le politiche pubbliche per l’innovazione tecnologica*, a cura di A. Averardi e A. Natalini, cit., 261–267. Per altri studi che a vario titolo hanno approfondito il tema, e che si aggiungono a quelli di cui al presente numero speciale, si veda *supra* in nota.

³¹ Interessante il richiamo al tema in ambito europeo di A. Conzutti, *La new space economy: profili costituzionali dell’integrazione europea in materia spaziale*, cit., 3371: «Un primo ostacolo [al funzionamento di un programma comune spaziale] è, senz’altro, rappresentato dalla discordanza tra le varie norme finanziarie, dalle differenti procedure e dai diversi sistemi di *public procurement*», richiamando i lavori di I. Petrou, *The European Space Agency’s procurement system: a critical assessment*, in *37 Public Contract Law Journal* (2007), 19; *A Coherent european procurement law and policy for the space sector: toward a third way*, a cura di S. Hobe, M. Hofmannova e J. Wouters, in *Cologne Studies in International and European Law*, Berlin, 2011.

³² A. Conzutti, *La new space economy: profili costituzionali dell’integrazione europea in materia spaziale*, cit., 3363: «A tale proposito, preme evidenziare che, seppur piuttosto datata, la codificazione summenzionata [*l’Outer Space Treaty del 1967*] rappresenta tuttora la base fondamentale della regolamentazione giuridica delle attività spaziali», citando numero contributi scientifici dalla prospettiva internazionalista. Per una ricostruzione della dottrina intorno al diritto internazionale dello spazio o al diritto spaziale internazionale, si veda anche G. Sanna, *New space economy, ambiente e sviluppo sostenibile*, Torino, Giappichelli, 2021, specialmente 1–43.

³³ Ad esempio L. Oreškovi e S. Grgi, *The New EU Space Regulation: One Small Step or One Giant Leap for the EU?*, in *17 Croatian Yearbook of European Law and Policy* (2021), 77.

riati pubblico-privati che si applicano in Italia al settore, considerandone le complementarità con il settore della difesa e dell'innovazione digitale³⁴. A seguire, si offriranno osservazioni critiche sul ruolo che il *procurement* innovativo ha nel settore spaziale o, diversamente, si argomenterà in favore delle opportunità che il settore spaziale riserva per la sperimentazione dell'*innovation procurement*. In conclusione, si sosterrà l'affiancamento di una prospettiva connessa all'esigenza di regolazione e concorrenza ad una più tradizionale di *Outer Space Law*, dall'omonimo trattato internazionale. Tale prospettiva entrante, frutto dell'era della "New" *Space Economy*, dovrà in ogni caso intercettare la dinamica della cooperazione a livello globale, anche e soprattutto per ragioni di difesa e sicurezza, e di quella dei mercati nazionali degli appalti pubblici per una innovazione *mission-oriented*.

2. Il public procurement prima e dopo il nuovo reg. UE n. 2021/696: le evoluzioni e l'importanza della collaborazione tra pubblico e privato nella New Space Economy

Come già si è avuto modo di introdurre, le amministrazioni pubbliche possono sostenere l'innovazione attraverso il mercato degli appalti pubblici e questo è particolarmente vero, oggi, per le amministrazioni spaziali.

Nella recente guida della Commissione europea sugli appalti per l'innovazione, non a caso, il primo esempio fornito riguarda proprio il settore spaziale: «Using the innovative procurement of EU space-based applications by public authorities at national, regional and local levels can greatly contribute to the implementation of the green deal and the digitalization of the interaction between companies/citizens and public administrations. It has also a considerable potential for cross-border cooperation»³⁵.

Allo stesso tempo, gli enti e le aziende private, tradizionalmente grandi e consolidate realtà imprenditoriali, sono alleati necessari delle amministrazioni spaziali nella fornitura di beni e servizi innovativi. Le norme che regolano i negoziati pubblico-privato entrano, di conseguenza, inevitabilmente

³⁴ European Commission, *The strategic use of public procurement for innovation in the digital economy*, Final Report, 2016, 4: «The defence sector shows a clearly higher investment intensity in innovative solutions (PPI equals 29% of public procurement) than the classical (PPI equals 10% of public procurement) and the utilities sector (PPI equals 7% of public procurement). The classical sector is the most risk averse in explicitly requesting the delivery of innovative solutions but is more open than the utilities sector to receive unexpected innovative offers from suppliers», ma buone *performances* sono riportate anche per il settore dell'ICT.

³⁵ COM(2021)4320, *Guidance on Innovation Procurement*, 6.

in gioco: «There are many fields of application for space-based data and services provided by the EU space programme in which procuring innovative solutions is the most effective approach to stimulate digital and green transition as market forces alone would not deliver»³⁶.

Lo sviluppo e l'innovazione attraverso il settore spaziale devono essere dunque gestiti e protetti ma non solo per ragioni di “difesa e sicurezza”³⁷, anche economica, come ad esempio attraverso la regolamentazione degli investimenti diretti esteri³⁸, ma anche e soprattutto per altri obiettivi pubblici, *in primis* la concorrenza (legata alla politica per il funzionamento del mercato unico), lo sviluppo economico (la politica industriale) o la ricerca e l'innovazione orientata alle missioni e gli obiettivi di sviluppo sostenibile (con la sovrapposizione rispetto, ad esempio, alla politica ambientale, a quella per l'istruzione e la ricerca, ecc.)³⁹.

Negli ultimi dieci anni, infatti, l'economia spaziale ha subito notevoli cambiamenti e ha sperimentato una intensificazione degli investimenti privati, anche in Europa⁴⁰.

Di conseguenza, non sorprende che il metodo di finanziamento predominante nel nuovo reg. Ue n. 2021/696, che istituisce appunto il programma spaziale dell'Unione e l'Agenzia dell'Unione europea per il programma

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ J. Robinson, *Security dimension of space economy and finance*, in *The countdown of the European Space Regulation*, in *Eu Law Live Blog*, a cura di A. Sandulli, Weekend edition, disponibile qui <https://eulawlive.com/weekend-edition/weekend-edition-no165/> (dicembre 2023), 17-19.

³⁸ A. Capurso, *Investing in space: the consequences of regulation (EU) 2019/452 for foreign investors*, in *The countdown of the European Space Regulation*, in *Eu Law Live Blog*, a cura di A. Sandulli, cit., 20-25.

³⁹ C. Cellerino, *EU space policy and Strategic Autonomy: tackling legal complexities in enhancing “the security and defence dimension of the Union in space*, in *EU strategic autonomy and technological sovereignty*, a cura di C. Beaucillon. e Sara Poli, special Issue, *European Papers*, n. 8, 2023, 487-501.

⁴⁰ A. Sandulli, *European Union and National space regulation: outer space between market and security*, in *The countdown of the European Space Regulation*, in *Eu Law Live Blog*, a cura di A. Sandulli, cit., 5-8: «In the last ten years, nearly two thousand companies operating in the space sector have invested about three hundred billion dollars. The space economy currently accounts for 0.35% of world GDP. In the coming decades, raw material extractions on the Moon could guarantee huge revenues». Si veda anche *Space economy e innovazione. La nuova frontiera dell'economia oltre l'atmosfera terrestre*, consultabile all'indirizzo www.asi.it/space-economy/. Cfr. R. Hansen, J. Wouters, *Towards an EU Industrial Policy for the Space Sector: Lessons from Galileo*, in 28(2) *Space Policy* (2012), 94; G. Sanna, *New space economy, ambiente, sviluppo sostenibile. Premesse al diritto aerospaziale dell'economia*, cit., *passim*; K. Gustafson, *Boosting the Private Space Industry: Extending NASA's Duty-Free Import Exemption to Commercial Space Companies*, in 6(1) *William & Mary Business Law Review* (2015), 325.

spaziale (d'ora in avanti EUSPA, dall'acronimo inglese), sia l'appalto, anche in forme innovative, con una pluralità di principi e obiettivi da bilanciare (ad esempio la richiamata concorrenza con la sostenibilità e l'innovazione) e con un'attenzione particolare per gli operatori economici più piccoli e neo-nati⁴¹.

Come già osservato in passato, gli appalti pubblici sono in realtà una pratica *standard* per l'implementazione delle politiche e dei programmi spaziali nazionali, dell'Unione europea (UE) e dell'Agenzia spaziale europea (ESA), pur nella diversità di approcci adottati da queste istituzioni. Tuttavia: «[] essendo tali attività spaziali parti integranti di programmi di ricerca finanziati con fondi pubblici, pur dando luogo effettivamente ad attività commerciali, non hanno un formale scopo primario commerciale»⁴².

Questo scenario è destinato a cambiare.

Per quanto riguarda l'ordinamento europeo, con il nuovo programma spaziale, il Parlamento e il Consiglio hanno stanziato 14,88 miliardi di euro a prezzi correnti per il periodo dal 1° gennaio 2021 al 31 dicembre 2027. La maggior parte di questa somma è destinata ai programmi Galileo ed EGNOS, 9 miliardi di euro, poi a Copernicus, 5,421 miliardi di euro, e infine 442 milioni di euro per Ssa e GOVSATCOM⁴³.

Il punto di ancoraggio del nuovo programma ai trattati si rinviene nell'art. 189 TFUE, il quale afferma che per favorire il progresso tecnico e scientifico, la competitività industriale e l'attuazione delle sue politiche, l'Unione elabora una politica spaziale europea⁴⁴. A tal fine può promuovere iniziative comuni, sostenere la ricerca e lo sviluppo tecnologico e coordinare gli sforzi necessari per l'esplorazione e l'utilizzo dello spazio. Tuttavia, il nuovo programma spaziale europeo non prevede un percorso di armonizzazione delle normative nazionali. Da qui, l'importanza di monitorare anche i

⁴¹ L. Orešković e S. Grgić, *The New EU Space Regulation: One Small Step or One Giant Leap for the EU?*, cit., 90. Cfr. V. Maione, *L'applicazione delle norme UE sulla concorrenza al settore spaziale europeo: il procurement per il GNSS GALILEO come case study*, in 15 *Revista de Estudios Jurídicos* (2015), versione elettronica, 9: «Gli appalti pubblici sono quindi una pratica standard per l'implementazione delle politiche e dei programmi spaziali nazionali, dell'UE e dell'ESA».

⁴² V. Maione, *L'applicazione delle norme UE sulla concorrenza al settore spaziale europeo: il procurement per il GNSS GALILEO come case study*, cit., 10: «In sostanza, il diritto della concorrenza regola la gestione dei progetti spaziali e la partecipazione ad essi, nella misura in cui presidia un'equa ripartizione degli interessi nei vari mercati, tra i quali, il trasporto spaziale, i sistemi satellitari e i servizi spaziali».

⁴³ Art. 11(1), Reg. Ue n. 2021/696.

⁴⁴ A. Conzutti, *La new space economy: profili costituzionali dell'integrazione europea in materia spaziale*, cit., 3368 ss.

percorsi intrapresi dai singoli Stati membri, alla luce della direzione imboccata dall'UE⁴⁵. Come recentemente osservato, l'UE si muove nel valorizzare infrastrutture basate sull'innovazione scientifica spaziale con un c.d. *dual use*, strategico e commerciale⁴⁶. È quindi evidente che la nuova Agenzia EUSPA opererà alla luce dei principi e delle regole dell'ordinamento europeo.

I seguenti capoversi si concentrano solo sulle parti del nuovo reg. Ue n. 2021/696 relative agli appalti pubblici e più in generale alla gestione delle risorse finanziarie⁴⁷.

La ricognizione di tali aspetti sarà ripresa criticamente *infra* nei paragrafi successivi. Viste, infatti, le evoluzioni del mercato privato nel settore e considerato che gli investimenti pubblici rimangono in ogni caso significativi, a maggior ragione si spiega un'attenzione speciale, nel nuovo regolamento, per i procedimenti e le norme che regolano l'accesso alle risorse istituzionali, con una particolare attenzione ai principi di concorrenza e di trasparenza, pur se variamente bilanciati. Trasversalmente è costante il riferimento all'innovazione e al supporto alle piccole e medie imprese (PMI) e start-up. In coda appaiono, invece, i riferimenti alla sovranità tecnologica europea, agli interessi della difesa e sicurezza e all'affidabilità dei servizi erogati, con un'attenzione per la sostenibilità ambientale e sociale.

Nelle procedure di appalto per le finalità del programma spaziale dell'UE, l'amministrazione aggiudicatrice deve agire in conformità ai seguenti principi⁴⁸. In primo luogo, il principio di "apertura", ossia incoraggiare la più ampia e libera partecipazione degli operatori economici, in particolare delle start-up, dei nuovi operatori e delle PMI, in tutti gli Stati membri dell'Unione e lungo tutta la catena di fornitura, anche in caso di subappalto da parte degli offerenti; in secondo luogo, il principio della "concorrenza effettiva", ossia evitare per quanto possibile la dipendenza da un unico fornitore, in particolare per le attrezzature e i servizi critici, tenendo conto degli obiettivi di indipendenza tecnologica e continuità dei servizi; in

⁴⁵ Si veda al paragrafo 3 del presente scritto per un'analisi del caso italiano.

⁴⁶ A. Sandulli, *European Union and National space regulation: outer space between market and security*, cit., 5-8. Regolamento del Consiglio n. 428/2009/EC, per la costituzione di un regime comunitario per il controllo delle esportazioni, del trasporto e del transito di oggetti dal duplice utilizzo. Cfr. C. Cellerino, *I beni a duplice uso e la dual use technology*, in *Sicurezza e difesa comune dell'Unione europea*, a cura di M. Vellano e A. Miglio, Milano, Wolters Kluwe, 313-340.

⁴⁷ Capo I, II e III, Titolo III, Reg. Ue n. 2021/696. Per una introduzione al tema si veda E. Tati, *Space and innovation. Public procurement tools*, in *The countdown of the European Space Regulation*, a cura di A. Sandulli, cit., 26-29.

⁴⁸ Art. 14(1), da leggere in combinato disposto con l'art. 24, Reg. Ue n. 2021/696.

terzo luogo, i principi di “combinazione” e “addizionalità”: la possibilità di utilizzare, se del caso, più fonti di approvvigionamento per garantire un migliore controllo complessivo di tutte le componenti del programma, dei loro costi e del loro cronoprogramma (in deroga all’art. 167 del Regolamento finanziario); in quarto luogo, la “trasparenza” nel senso di garantire il rispetto dei principi di “accesso aperto” e “concorrenza leale” lungo tutta la catena di approvvigionamento industriale, gare d’appalto basate sulla fornitura di informazioni trasparenti e tempestive, una chiara comunicazione delle norme e delle procedure di appalto applicabili, dei criteri di selezione e di aggiudicazione e di tutte le altre informazioni pertinenti che consentano condizioni di parità per tutti i potenziali offerenti, comprese le PMI e le start-up; in quinto luogo, la “sovranità tecnologica” come rafforzamento dell’autonomia dell’UE, in particolare in campo tecnologico; in sesto luogo, il soddisfacimento dei requisiti di sicurezza delle componenti del programma e il contributo alla protezione degli “interessi essenziali di sicurezza” dell’UE e dei suoi Stati membri; infine, la “continuità” e l’“affidabilità” nella fornitura di servizi pubblici, nel rispetto di adeguati criteri sociali e ambientali.

Questi principi riscontrabili per il *procurement*, e che servono a guidare le amministrazioni aggiudicatrici – escludendo, almeno secondo una interpretazione letterale, il caso delle sovvenzioni, dei premi e delle operazioni di finanziamento miste, di cui *infra* – devono necessariamente essere letti alla luce degli obiettivi generali del nuovo programma.

Come si legge nel regolamento, l’UE mira a fornire o contribuire alla fornitura di servizi, informazioni e dati spaziali aggiornati, di alta qualità e, se del caso, sicuri, senza interruzioni e ove possibile a livello globale, che soddisfino le esigenze presenti e future e siano in grado di sostenere le priorità politiche dell’Unione e il relativo processo decisionale indipendente e basato su elementi concreti, tra le altre cose in relazione alle questioni riguardanti i cambiamenti climatici, i trasporti e la sicurezza⁴⁹.

Obiettivo generale è anche quello della massimizzazione dei benefici socioeconomici, in particolare promuovendo lo sviluppo di settori europei *upstream* e *downstream* innovativi e competitivi, anche per quanto riguarda le PMI e le start-up, consentendo in tal modo la crescita e la creazione di posti di lavoro nell’Unione, assicurando nel contempo sinergie e complementarietà con le attività di ricerca e sviluppo tecnologico svolte nel quadro del reg. Ue n. 2021/695, che istituisce il programma quadro di ricerca e innovazione *Horizon Europe*⁵⁰. A questo proposito, tale obiettivo viene rafforzato subito

⁴⁹ Art. 4(1)(a), Reg. Ue n. 2021/696.

⁵⁰ Art. 4(1)(b), Reg. Ue n. 2021/696.

dopo con un articolo dedicato alle azioni a sostegno di un settore spaziale innovativo e competitivo dell'UE⁵¹, tra cui spiccano, al secondo posto, le attività volte a promuovere la domanda pubblica e l'innovazione nel settore pubblico, per realizzare il pieno potenziale dei servizi pubblici per i cittadini e le imprese⁵².

Si rinviene, poi, l'obiettivo di rafforzamento della sicurezza intrinseca ed estrinseca dell'UE e degli Stati membri, per potenziare l'autonomia del continente, in particolare in termini di tecnologia⁵³, nonché quello di promozione dell'UE quale attore globale nel settore spaziale⁵⁴.

Infine, vi è il rafforzamento più tecnico della sicurezza intrinseca ed estrinseca e la sostenibilità di tutte le attività nello spazio extra-atmosferico connesse agli oggetti spaziali e alla proliferazione dei detriti spaziali, nonché all'ambiente spaziale, mediante l'attuazione di misure adeguate, compreso lo sviluppo e la diffusione di tecnologie per lo smaltimento dei veicoli spaziali al termine del loro ciclo di vita operativo e per lo smaltimento dei detriti spaziali⁵⁵.

2.1. Il caso dell'UE: i contratti pubblici nel settore spaziale dopo il regolamento 2021

Visti i principi richiamati dal nuovo regolamento, che conformano l'eterogeneità degli interessi che il settore spaziale intercetta, un tipo speciale di procedura di appalto si basa sul cosiddetto contratto "frazionato", ovvero con pagamenti a tappe condizionate⁵⁶.

Un altro risultato della procedura di appalto può essere un contratto remunerato in base alle spese certificate, ovvero, a rimborso dei costi⁵⁷. Quest'ultimo può essere utilizzato in due casi diversi: in primo luogo, quando l'appalto presenta caratteristiche complesse o include un numero significativo di rischi tecnici dovuti all'uso di nuove tecnologie; in secondo luogo, quando le attività oggetto dell'appalto devono essere avviate immediatamente anche se non è ancora possibile determinare con precisione il prezzo fisso a causa di rischi significativi o perché l'esecuzione dell'appalto in questione dipende dall'esecuzione di altri contratti. Come già in parte osser-

⁵¹ Art. 6, Reg. Ue n. 2021/696.

⁵² Art. 6(1)(b), Reg. Ue n. 2021/696.

⁵³ Art. 4(1)(c), Reg. Ue n. 2021/696.

⁵⁴ Art. 4(1)(d), Reg. Ue n. 2021/696.

⁵⁵ Art. 4(1)(e), Reg. Ue n. 2021/696.

⁵⁶ Art. 15, Reg. Ue n. 2021/696.

⁵⁷ Art. 16, Reg. Ue n. 2021/696.

vato, queste sono caratteristiche comuni dei progetti relativi allo sviluppo e innovazione nel settore spaziale.

Al fine di incoraggiare i nuovi operatori, le PMI e le start-up e la loro partecipazione transfrontaliera, e di raggiungere la più ampia copertura geografica possibile preservando l'autonomia dell'Unione (tutti i principi sopra citati), il regolamento prevede che l'amministrazione aggiudicatrice possa richiedere all'offerente di subappaltare parte del contratto, mediante gara d'appalto, a società diverse da quelle appartenenti al gruppo dell'offerente. Quest'ultimo deve giustificare qualsiasi deviazione da una richiesta fatta in base alla condizione precedente⁵⁸. Per gli appalti di valore superiore a dieci milioni di euro, l'amministrazione aggiudicatrice deve garantire che almeno il trenta per cento del valore dell'appalto sia subappaltato mediante gara d'appalto a vari livelli a imprese esterne al gruppo dell'offerente principale, in particolare al fine di facilitare la partecipazione transfrontaliera delle PMI⁵⁹.

Esistono altri metodi che esulano dal rigido quadro degli appalti, anch'essi con vari gradi di coinvolgimento dell'UE⁶⁰. Ad esempio, l'Unione può coprire fino al cento per cento dei costi ammissibili attraverso sovvenzioni e premi, sebbene vi siano alcune limitazioni⁶¹.

Esiste anche la possibilità di concedere sovvenzioni per appalti pre-commerciali e per l'acquisizione di soluzioni innovative da parte delle amministrazioni aggiudicatrici nazionali. Si tratta di quelle tipologie di *innovation procurement* in cui il contraente sarà almeno proprietario dei diritti di proprietà intellettuale legati ai risultati. Allo stesso tempo, le amministrazioni aggiudicatrici godranno almeno dei diritti di accesso senza *royalty* ai risultati per il proprio uso e del diritto di concedere, o richiedere al contraente di concedere, licenze non esclusive a terzi per sfruttare i risultati per l'amministrazione aggiudicatrice a condizioni eque e ragionevoli, senza alcun diritto di sub-licenza⁶². Come si avrà modo di argomentare nelle conclusioni, si tratta di un incentivo dell'Unione al ricorso, da parte degli Stati membri del settore, all'*innovation procurement*.

⁵⁸ Art. 17 (1) (2), Reg. Ue n. 2021/696.

⁵⁹ Art. 17 (3), Reg. Ue n. 2021/696.

⁶⁰ S. Hobe, M. Hofmannova e J. Wouters, *A Coherent european procurement law and policy for the space sector: toward a third way*, cit., *passim*, relativamente ai c.d. *Extra-Procurement Instruments*.

⁶¹ Art. 18, Reg. Ue n. 2021/696.

⁶² Art. 20, Reg. Ue n. 2021/696. Si tratta di appalti effettuati da beneficiari che sono amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori quali definiti nelle dir. 2014/24-25/UE (direttive appalti) e 2009/81/Ce (direttiva appalti nel settore della difesa e della sicurezza).

Possono essere condotte anche operazioni di *blending*⁶³, insieme a finanziamenti cumulativi e alternativi⁶⁴.

Sono previste poi iniziative congiunte tra la Commissione o un'entità incaricata nel contesto del programma e con entità, organismi o persone di cui all'art. 62, par. 1, c. 1, lettera c), del regolamento finanziario, sotto forma di sovvenzioni⁶⁵.

Sempre nella modalità congiunta si nomina la forma dell'appalto, coordinando la Commissione o la nuova Agenzia con l'ESA o altre organizzazioni internazionali coinvolte nell'attuazione delle componenti del programma⁶⁶. Il Regolamento finanziario, a cui il regolamento sul programma spaziale europeo rimanda, prevede che le iniziative congiunte possano anche riguardare le amministrazioni europee e quelle nazionali⁶⁷. In questi casi, in base alla prevalenza della quota del valore stimato totale del contratto, si valuta quale normativa applicare.

Si segnala come, nelle indicazioni della Commissione europea sull'*innovation procurement* agli Stati membri, un'attenzione particolare è dedicata proprio al c.d. *cooperative procurement*⁶⁸. Con il termine ci si riferisce a diverse modalità di cooperazione tra contraenti pubblici, al fine di rafforzarne la capacità amministrativa, ad esempio istituendo o dando mandato ad organismi dedicati (come le centrali di committenza) o creando associazioni di città, consorzi per le infrastrutture europee di ricerca (c.d. *European Research Infrastructure Consortia*, ERICs)⁶⁹, le c.d. *Joint undertakings*, alla base del modello

⁶³ Art. 21, Reg. Ue n. 2021/696.

⁶⁴ Art. 22, Reg. Ue n. 2021/696.

⁶⁵ Art. 19, Reg. Ue n. 2021/696.

⁶⁶ Art. 23, Reg. Ue n. 2021/696.

⁶⁷ Art. 165 del Regolamento finanziario, Reg. Ue n. 2018/1046.

⁶⁸ Par. 2.5.2, COM(2021)4320, *Commission Notice: Guidance on innovation procurement*.

⁶⁹ Regolamento (CE) n. 723/2009 del Consiglio. Si veda anche la recente COM(2023) 488, *Terza relazione sull'applicazione del regolamento (CE) n. 723/2009 del Consiglio, del 25 giugno 2009, relativo al quadro giuridico comunitario applicabile ad un consorzio per un'infrastruttura europea di ricerca (ERIC)*. Si legge nell'introduzione e par. 1, ad esempio: «Nel panorama europeo delle IR [infrastrutture di ricerca], gli ERIC svolgono un ruolo sempre più importante nel sostenere la ricerca e l'innovazione fortemente innovative, nell'affrontare le sfide della società e nell'aiutare l'Europa a collaborare e a competere nel mondo. Il loro ulteriore sviluppo dovrebbe consentire di collegare la rete più ampia di IR e di aumentare l'accessibilità ai loro servizi in linea con le priorità del nuovo SER [Sistema europeo della ricerca]. [...] Nella presente terza relazione sull'attuazione del regolamento ERIC si mette in luce l'importanza strategica crescente degli ERIC nel panorama europeo delle infrastrutture di ricerca e si tiene conto delle priorità recenti dell'UE».

delle imprese comuni⁷⁰ o i gruppi europei di cooperazione territoriale (*European Groups of Territorial Cooperation, EGTCs*)⁷¹.

2.2. Il caso IRIS²

Il primo banco di prova per valutare il funzionamento del nuovo regime giuridico intorno alle competenze spaziali dell'UE e, in particolare, nel campo del *procurement*, è quello della gara per il contratto di concessione alla realizzazione della costellazione di satelliti dell'UE denominata IRIS² (*Infrastructure for Resilience, Interconnectivity and Security by Satellite*), afferente alla componente del programma spaziale europeo denominata GOVSATCOM (art. 3(1)(e), reg. Ue n. 2021/696)⁷².

In realtà, le regole europee sugli appalti pubblici erano già state estese alle gare per il programma Galileo⁷³, anche se gestite dall'ESA⁷⁴. Da una parte, infatti, vi era stata la scelta, nel 2007, di collocare il programma Galileo nelle competenze dell'UE, dopo il fallimento del modello iniziale di partenariato pubblico-privato⁷⁵. Dall'altra, già una specifica convenzione aveva precisato

⁷⁰ Art. 187, TFUE, nel quale si specifica che l'UE può creare imprese comuni o qualsiasi altra struttura necessaria per l'esecuzione dei programmi di ricerca, sviluppo tecnologico e dimostrazione dell'Unione. L'articolo è stato utilizzato nell'ambito dei programmi quadro di ricerca dell'Unione per istituire, in particolare, organismi di partenariato pubblico-privato, al fine di integrare la ricerca industriale in aree specifiche. I membri delle imprese comuni sono in genere l'Unione europea (rappresentata dalla Commissione europea), associazioni industriali e altri partner. Le imprese comuni adottano il proprio programma di ricerca e assegnano sovvenzioni principalmente sulla base di inviti aperti a presentare proposte. Le iniziative tecnologiche congiunte (*Joint undertakings*) sono un tipo di "imprese comuni" istituite per attuare parte di un programma di ricerca strategica di un'iniziativa industriale più ampia derivante essenzialmente dal lavoro delle piattaforme tecnologiche europee. Originariamente, le "imprese comuni" sono state istituite nel quadro del trattato Euratom (artt. 45-51).

⁷¹ Utilizzate nell'ambito della politica regionale europea e menzionate dall'art. 39(5), dir. 2014/24/Ue.

⁷² A. Sandulli, *European Union and National space regulation: outer space between market and security*, cit., 5-8.

⁷³ Questa proiezione era stata definita da V. Maione, *L'applicazione delle norme UE sulla concorrenza al settore spaziale europeo: il procurement per il GNSS GALILEO come case study*, cit., 3, come "azzardata", all'epoca dello scritto.

⁷⁴ La concorrenza, nella Convenzione istitutiva dell'ESA (art. 7), è subordinata agli obiettivi di politica industriale (nel senso di assicurare un giusto ritorno agli Stati investitori). L'ESA ha poi un proprio regolamento interno sugli appalti, modificato nel tempo (2008) per imprimere maggiore trasparenza ai procedimenti, pur non avendo come primo obiettivo quello di garantire concorrenza e competitività.

⁷⁵ R. Hansen e J. Wouters, *Towards an EU policy for the space sector*, in *Leuven Centre for Global Governance Studies, working papers*, n. 149, 2015, 11. Cfr. M.E. De Maestri, *La gestione*

la collaborazione tra l'UE e l'ESA, rimarcandone la differenza di intenti con indubbie conseguenze sulla gestione degli appalti,⁷⁶ ed era poi intervenuta una successiva regolamentazione europea per la fase di c.d. *full operational capacity* (FOC), esplicitando come la gestione del *procurement* per il programma Galileo dovesse ricadere nella cornice dell'ordinamento giuridico europeo⁷⁷. Non tutti sono d'accordo nel ritenere che, nel caso del *procurement* per Galileo, l'UE si sia in realtà astenuta completamente dall'affiancare anche obiettivi di politica industriale⁷⁸.

Il caso di IRIS², invece, vede al lavoro le istituzioni europee in prima persona. Anche in questo caso, è stato adottato uno speciale regolamento⁷⁹.

pubblica del sistema GALILEO e la responsabilità civile: questioni di giurisdizione, immunità e legge applicabile, in *Dir. Mar.* 2014, 288.

⁷⁶ Accordo quadro tra la Comunità europea (oggi UE) e l'Agenzia spaziale europea (ESA) (firmato a Bruxelles il 21 novembre 2003 e ratificato con Decisione del Consiglio il 29 aprile 2004).

⁷⁷ R. Hansen e J. Wouters, *Towards an EU policy for the space sector*, cit., 12, ricordano come, progettando un piano di appalti per la fase FOC di Galileo, l'UE si sia trovata di fronte a un duplice problema: il regolamento finanziario non forniva strumenti di appalto adeguati per un programma così specifico, ma qualsiasi esborso di fondi dal bilancio generale – come nel caso della fase FOC di Galileo – avrebbe dovuto rispettarlo. Una soluzione è stata trovata con l'adozione di un regolamento di attuazione separato, il Regolamento (CE) 683/2008 (Regolamento di attuazione GNSS), per gestire la *governance* e gli appalti per i programmi GNSS europei Galileo ed EGNOS. Cfr. V. Maione, *L'applicazione delle norme UE sulla concorrenza al settore spaziale europeo: il procurement per il GNSS GALILEO come case study*, cit., 16 ss. Vi è stata, quindi, la propedeutica costituzione del "GSO" (Galileo Satellite Operator), quale operatore per la gestione del "Procurement spaziale europeo" (la gestione delle gare d'appalto e dei contratti per la fornitura di tutto quanto necessario alle missioni) che ha dovuto operare nella piena applicazione del Diritto dell'Unione Europea in materia di concorrenza, appalti, concessioni, aiuti di Stato ecc. All'ESA fu affidato il ruolo di ente appaltante nello sviluppo di GALILEO (COM(2007)534, *Processing Galileo: Refiling the European GNSS Programmes* e art. 18, Regolamento (CE) 683/2008), in modo che le successive fasi procedurali e amministrative potessero essere convogliate con successo attraverso i servizi di ESA e la sua divisione tecnica ESTEC.

⁷⁸ Gli stessi R. Hansen e J. Wouters, *Towards an EU policy for the space sector*, cit., 14, a loro volta citando altri autori: «It has thereby arrived at what might be termed an EU law-compatible but ESA-inspired industrial policy that has at least some concern for the market conditions it faces and the market it shapes. While this approach may be defensible in this particular case, it is no substitute to developing a sector-specific industrial policy with clearly formulated objectives, and subsequently to equip it with the suitable procurement tools. This is a conclusion also reached by Hobe, Hofmannová & Wouters (2011)».

⁷⁹ Reg. Ue n. 2023/588, che istituisce il programma dell'Unione per una connettività sicura per il periodo 2023-2027. Ad esempio, considerando 20 (ma anche 50 ss.): «Data l'importanza, per il programma, della sua infrastruttura governativa di terra e dell'impatto di quest'ultima sulla sicurezza del programma, la sede di tale infrastruttura dovrebbe essere

P'innovation procurement nel settore spaziale

Al terzo considerando si fa riferimento ad una importante Piano d'azione e si afferma quanto segue: «La comunicazione della Commissione, del 22 febbraio 2021, dal titolo “Piano d'azione sulle sinergie tra l'industria civile, della difesa e dello spazio” afferma che il progetto “consentirà a tutti i cittadini europei di usufruire di connessioni ad alta velocità e fornirà un sistema di connettività resiliente che permetterà all'Europa di rimanere connessa in ogni circostanza”».

L'obiettivo principale di IRIS² è, dunque, quello di fornire agli Stati membri un accesso a servizi di connettività estremamente sicuri, perché sviluppati all'interno dell'UE e ad ampio spettro, in grado di soddisfare esigenze operative, come la protezione delle infrastrutture critiche, la sorveglianza e il supporto alle azioni esterne o alla gestione delle crisi, nonché le applicazioni militari. L'industria civile (es. servizi pro-utenti a più basso costo, come la banda ultra-larga), militare (es. sicurezza delle informazioni, tramite crittografia) e dello spazio (es. anche esternalità positive rispetto al programma Galileo) risultano entrare inevitabilmente in sinergia, confermando l'eterogeneità degli obiettivi e la difficoltà di ponderare gli interessi in gioco e, quindi, la messa a punto di discipline settoriali autonome⁸⁰.

Alla luce di quanto riportato sul finire del precedente paragrafo, circa le opportunità delle iniziative congiunte per facilitare l'innovazione attraverso il *public procurement*, sia tra operatori pubblici sia tra questi e quelli privati, si segnala come la Commissione, *DG General for defence industry and space* in qualità di amministrazione aggiudicatrice⁸¹, abbia già pubblicato, nel marzo 2023, una *call for tenders* per la concessione di servizi⁸² (anche di ricerca e

determinata dalla Commissione, in linea con i requisiti generali di sicurezza e seguendo un processo aperto e trasparente, al fine di garantire una distribuzione equilibrata tra gli Stati membri. La realizzazione dell'infrastruttura governativa di terra del programma, che integra anche l'infrastruttura sviluppata nell'ambito della componente GOVSATCOM, potrebbe coinvolgere l'Agenzia dell'Unione europea per il programma spaziale («Agenzia») o, se del caso e nel suo ambito di competenza, l'ESA».

⁸⁰ Esplicativi sono i considerando 10-13, Reg. Ue n. 2023/588.

⁸¹ Vi sarà un ruolo anche per l'Agenzia spaziale europea (ESA). Questo spazio è stato consolidato ad esempio nell'accordo con la Commissione (defence-industry-space.ec.europa.eu/iris2-european-commission-and-european-space-agency-signed-contribution-agreement-2023-09-21_en, settembre 2023), la quale si impegna a pagare all'ESA 380 milioni di euro in 12 anni per supervisionare la missione dei servizi governativi IRIS². Questi fondi verranno utilizzati come un ponte tra il budget IRIS² della Commissione (di 2,4 miliardi di euro fino al 2027) e l'accordo tra i paesi membri dell'ESA di spendere circa 640 milioni di euro per il lavoro relativo alla medesima infrastruttura tra il 2023 e il 2024.

⁸² Il c.d. *main contract*, essendo prevista l'aggiudicazione di altri contratti di appalto e concessione minori. Si veda qui per uno sguardo riassuntivo: defence-industry-space.ec.eu-

sviluppo)⁸³, per un ammontare di sei miliardi di euro (per dodici anni)⁸⁴, secondo la procedura del dialogo competitivo, in chiusura ad inizio 2024⁸⁵.

A livello tecnico, l'infrastruttura IRIS², sia spaziale, sia di terra e sia terrestre EuroQCI (Infrastruttura europea di comunicazione quantistica, già oggetto di una iniziativa faro) dovrebbe essere sviluppata nell'ambito del programma GOVSATCOM in due fasi principali: una fase preliminare di convalida, che può comportare lo sviluppo e il *test* di una serie di tecnologie e protocolli di comunicazione diversi (*development and validation*), e una fase di realizzazione completa, comprendente soluzioni adeguate per la connettività inter-satellitare e la ritrasmissione di dati tra satelliti, l'infrastruttura di terra e quella terrestre (*deployment and exploitation*)⁸⁶.

A livello amministrativo, il procedimento per la concessione di servizi ad un consorzio di operatori privati che risulterà vincitore nel 2024, consta di tre fasi (il *main contract* sarà operativo soprattutto durante le fasi tecniche

ropa.eu/system/files/2023-03/IRIS2%20Industry%20Information%20Day%20-%2030%20March%202023.pdf (in particolare, slide 9).

⁸³ Si segnala che, dei 6 miliardi di euro, una parte sono destinati al *Multiannual Financial Framework 2021-2027*, in particolare 380 milioni per *development activities* e 950 milioni per *deployment and exploitation activities*.

⁸⁴ Par. 4.1.7 del Capitolato d'oneri (Allegato I al bando di gara), prevede che questo valore è stato stimato secondo le seguenti prospettazioni: «[] taking into account: 1) Payments carried out by the contracting authority for the provision of the Governmental Services, including the design, development, validation, deployment, operation, maintenance, continuous improvement, protection of the space and ground infrastructure, including replenishment and obsolescence management, and the development of future generations of the Governmental Infrastructure; 2) Payments carried out by the governmental users for the purchase of Lightgov services from the Contractor; 3) Market value of the commercial payload hosting in the Shared Infrastructure; 4) Hosting fees for the additional payloads, as defined in Annex II Descriptive Document in Section 6.1.1, letter H; 5) The value of the contribution to be received by the Contractor under ESA partnership projects; 6) The value of the supplies and services that are made available to the concessionaire by the contracting authority».

⁸⁵ Si veda qui per le specifiche di gara ted.europa.eu/cft/cft-display.html?cftId=13625 e qui per la pubblicazione del bando di gara (*contract notice*) ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:173193-2023:TEXT:EN:HTML. L'oggetto della concessione prevede la fornitura di servizi per la progettazione, lo sviluppo, la convalida, l'impiego, le operazioni e la prestazione di servizi relativi all'infrastruttura governativa del programma dell'Unione per la connettività sicura e per l'acquisto di servizi a utenti autorizzati dal governo sulla base dell'infrastruttura commerciale (principale CPV 71300000, con gli aggiuntivi codici 32530000, 34712200, 73300000, quest'ultimo, in particolare, per la "Progettazione e realizzazione di ricerca e sviluppo").

⁸⁶ Considerando 14, Reg. Ue n. 2023/588.

P'innovation procurement nel settore spaziale

di *deployment and exploitation* sopra richiamate): l'invito a partecipare e la selezione (dal 16 marzo al 26 aprile 2023), l'invito a presentare proposte iniziale e a negoziare (dal 25 maggio al 31 luglio 2023, anche se in modo orientativo, con seguente apertura del “dialogo competitivo” fino a metà ottobre) e, infine, la presentazione della c.d. *best and final offer* (BAFO, dal 30 Ottobre al 13 dicembre 2023).

Al termine della valutazione della fase 1, la Commissione ha invitato per la fase della negoziazione un grande consorzio⁸⁷, rigettando quattro proposte arrivate da *partnerships* più piccole⁸⁸. Il consorzio con il quale la Commissione è entrata in dialogo è un partenariato “aperto”, potendosi allargare la platea dei partecipanti, compresi gli esclusi e altre più piccole realtà imprenditoriali⁸⁹.

Il partenariato tra la Commissione e il settore privato garantirà investimenti congiunti nella progettazione, nello sviluppo, nell'implementazione e nel funzionamento delle infrastrutture governative e commerciali e del loro utilizzo, alla luce dell'eterogeneità di fini e discipline sopra richiamate⁹⁰. Rilevanti sono le considerazioni introduttive del regolamento dedicato che, sintetizzate, affermano come, al fine di garantire la competitività dell'ecosistema spaziale dell'UE, il programma deve massimizzare l'uso di tecnologie innovative e di rottura nonché di nuovi modelli di *business* sviluppati dall'ecosistema spaziale europeo, compreso il *New Space*, in particolare da parte di PMI, imprese a media capitalizzazione e start-up che sviluppano

⁸⁷ A quello stadio del procedimento era composto da: Airbus Defense & Space, Eutelsat, Hispasat, SES and Thales Alenia Space, supportate anche da Deutsche Telekom, OHB SE, Orange, Hisdesat, Telespazio and Thales Group.

⁸⁸ Per insufficienza nella capacità finanziaria: France's Exotrail, Spain's Integrasys, France's CEA e Germany-based Rivada Space Networks.

⁸⁹ Sono state diramate *call* o manifestazioni di interesse dallo stesso consorzio in sinergia con gli eventi informativi presso Bruxelles, ad esempio qui: <https://www.ses.com/european-start-ups-smes-and-midcaps-invited-submit-request-interest-iris2-tender>.

⁹⁰ Considerando 42, Reg. Ue n. 2023/588: «Una cooperazione pubblico-privata è il sistema più appropriato per garantire che gli obiettivi del programma possano essere perseguiti. Essa dovrebbe consentire di sviluppare l'attuale base tecnologica e industriale per le comunicazioni satellitari dell'Unione, comprese le risorse private, e di fornire servizi governativi solidi e innovativi, nonché di permettere ai partner privati di integrare l'infrastruttura del programma con capacità supplementari per offrire servizi commerciali a condizioni di mercato attraverso investimenti propri supplementari. Tale sistema dovrebbe ottimizzare inoltre i costi di realizzazione e di funzionamento attraverso la condivisione dei costi di sviluppo e di diffusione di componenti comuni alle infrastrutture governative e commerciali, nonché dei costi operativi, consentendo un elevato livello di messa in comune delle capacità. Dovrebbe inoltre stimolare l'innovazione nell'ecosistema spaziale europeo, compreso il *New Space*, consentendo la condivisione dei rischi di ricerca e sviluppo tra partner pubblici e privati».

nuove tecnologie e applicazioni spaziali orientate al mercato, che coprono nel contempo l'intera catena del valore spaziale includendo i segmenti *upstream* e *downstream*. È quindi essenziale incoraggiare gli investimenti del settore privato attraverso appalti adeguati e l'aggregazione di contratti di servizi, riducendo in tal modo l'incertezza e fornendo una visibilità e una prevedibilità a lungo termine delle esigenze del settore pubblico in materia di servizi. Al fine di assicurare la competitività dell'industria spaziale europea in futuro, il programma deve anche contribuire allo sviluppo di competenze avanzate nei settori correlati allo spazio e sostenere le attività di istruzione e formazione, nonché promuovere le pari opportunità e la parità di genere⁹¹. Analoga attenzione è posta per la tutela dell'ambiente, soprattutto per l'infrastruttura di terra, e per la sostenibilità spaziale⁹².

Agli appalti e contratti di concessione nell'ambito del regolamento 2023 si applica quindi, in via generale, il regolamento finanziario dell'UE⁹³. Ne deriva che, in conformità a quest'ultimo, ogni persona o entità che riceve fondi dell'UE deve cooperare pienamente alla tutela degli interessi finanziari dell'Unione, concedere i diritti necessari e l'accesso di cui hanno bisogno la Commissione, l'Ufficio europeo anti frode (OLAF), la Corte dei conti europea e, rispetto a quegli stati membri che partecipano alla cooperazione rafforzata ai sensi del reg. Ue n. 2017/1939, la procura europea (EPPD), e garantire che i terzi coinvolti nell'esecuzione dei fondi dell'Unione concedano diritti equivalenti.

In tale contesto l'UE è responsabile anche della definizione degli obiettivi da perseguire in materia di appalti pubblici⁹⁴. Ad esempio, i contratti devono comprendere garanzie adeguate per prevenire i conflitti di interesse e potenziali distorsioni della concorrenza derivanti dalla fornitura di servizi commerciali, discriminazioni indebite o altri vantaggi indiretti occulti. Tali garanzie possono comprendere la separazione contabile tra i servizi governativi e i servizi commerciali, compresa la costituzione di un'entità strutturalmente e giuridicamente distinta dall'operatore verticalmente integrato per la fornitura dei servizi governativi, nonché un accesso aperto, equo, ragionevole e non discriminatorio alle infrastrutture necessarie per la fornitura di servizi commerciali⁹⁵.

Allo stesso tempo, la disciplina degli appalti, in linea con il regolamento

⁹¹ Considerando 23-24 e artt. 7-8, Reg. Ue n. 2023/588.

⁹² Considerando 25-26 e art. 8, Reg. Ue n. 2023/588.

⁹³ Considerando 34, Reg. Ue n. 2023/588.

⁹⁴ Considerando 39, Reg. Ue n. 2023/588.

⁹⁵ Considerando 43, Reg. Ue n. 2023/588.

L'innovation procurement nel settore spaziale

2021 che istituisce il nuovo programma spaziale dal quale si evince il medesimo richiamo alle norme generali del regolamento finanziario, deve poter essere flessibile rispetto alle specificità del settore (es. elevato gradiente di innovazione) e anche dell'infrastruttura da realizzare. Vi è, quindi, in analogia con il reg. Ue n. 2021/696, l'apertura nella disciplina 2023 per Iris² alle regole speciali in materia di subappalto (criteri minimi), di appalto congiunto e di ripartizione dei rischi tra l'operatore pubblico e privato⁹⁶, con collegata esigenza di regolare i profili di proprietà industriale verso paradigmi di *open innovation*⁹⁷.

3. *L'innovation procurement alla luce del quadro istituzionale nel settore spaziale e delle politiche per l'innovazione nella Space Economy*

L'Italia ha sempre avuto un ruolo importante nello scenario aerospaziale europeo e mondiale, ponendosi al terzo posto in Europa, dopo Francia e Germania, per il contributo all'ESA⁹⁸. Si tratta di un settore strategico per il paese che, anche alla luce delle direttrici sopra ricostruite, avverte l'esigenza di una riorganizzazione normativa. Nonostante questo, l'Italia non è tra quei

⁹⁶ Considerando 40-43 e artt. 19-23, Reg. Ue n. 2023/588.

⁹⁷ Considerando 47, Reg. Ue n. 2023/588: «Per ottimizzare l'efficienza e l'impatto del programma, è opportuno intraprendere azioni per promuovere l'uso e lo sviluppo di standard aperti, tecnologie open source e interoperabilità nell'architettura del sistema di connettività sicura. Una concezione più aperta di tale sistema potrebbe consentire migliori sinergie con altre componenti del programma spaziale dell'Unione o con servizi e applicazioni nazionali, ottimizzare i costi evitando duplicazioni nello sviluppo della stessa tecnologia, migliorare l'affidabilità, favorire l'innovazione e sfruttare i benefici di un'ampia concorrenza». Questo profilo merita senz'altro un approfondimento a parte, non possibile nell'economia del presente scritto. Tuttavia, si precisa che il riferimento è alla possibilità di produrre innovazione in sinergia tra più partners, anche pubblici, previa definizione dei diritti di proprietà industriale, attraverso gli strumenti giuridici più consoni (a partire dal brevetto per arrivare agli accordi di co-sviluppo). Nell'ambito delle commesse pubbliche, ciò apre due scenari di ricerca interessanti. Da una parte, cosa significhi per un'amministrazione essere coinvolta in processi di *open innovation* in modo attivo (ovvero, in qualità di operatore al pari di altri *partners* privati) e, in caso, se questo paradigma di innovazione abbisogni di aggiustamenti. Dall'altra, quali strumenti l'ordinamento appronti all'interno del codice dei contratti pubblici per attrarre piccole e medie imprese, anche neonate, a carattere innovativo. Si rimanda *infra* in nota per precisazioni circa il significato del paradigma di innovazione e/o processi innovativi "aperta/i", anche nell'ambito del settore pubblico in relazione all'*innovation procurement*.

⁹⁸ A. Bartoloni, A. Vecchia e M. Bernardi, *Il Piano Space Economy: un nuovo strumento di politica industriale*, in *Rivista economica del Mezzogiorno*, n. 3-4, 2019, 895.

paesi europei ed extra-europei che, negli ultimi anni, dopo le leggi pioniere degli Stati Uniti d'America e del Lussemburgo, si sono dotati di una legge organica in materia⁹⁹.

In realtà, nel 2018 è stata approvata una legge volta a riformare il settore spaziale (l. 11 gennaio 2018, n. 7, *Misure per il coordinamento della politica spaziale e aerospaziale e disposizioni concernenti l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia spaziale italiana*). La sua approvazione è arrivata dopo l'avvio dei lavori, nel 2014, di una apposita cabina di regia, promossa dall'allora Ufficio del Consigliere militare del Presidente del Consiglio dei ministri, in stretta collaborazione con il Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca, il Ministero dello sviluppo economico, il Ministero della difesa e la Conferenza delle regioni e delle province autonome, in parte anticipando la futura collaborazione interistituzionale in materia¹⁰⁰.

Questa novella reca, tra le più importanti misure, quelle relative alla funzione di coordinamento della politica spaziale e aerospaziale, affidate alla Presidenza del Consiglio dei ministri¹⁰¹. A questo scopo, vi è il supporto di un apposito comitato interministeriale, con il compito di supportare la definizione degli indirizzi del governo in materia anche con riferimento alla ricerca, all'innovazione tecnologica e alle ricadute sul settore produttivo: il Comitato interministeriale per le politiche relative allo spazio e alla ricerca aerospaziale (COMINT)¹⁰².

Inoltre, la legge prevede il riordino organizzativo e funzionale dell'Asi (modificando il d.lgs. 4 giugno 2003, n. 128, Riordino dell'Agenzia spaziale

⁹⁹ G. Sanna, *New space economy, ambiente e sviluppo sostenibile*, cit., 75 ss. M. Hofmann, *Entered into Force: The 2020 Space Law of Luxembourg*, in 46 (4-5) *Air and Space Law* (2021), 587.

¹⁰⁰ Lettera del 18/06/2014 (prot. num. UCM 0000962), come si legge nell'incipit del Piano strategico *Space Economy* (2016). A. Bartoloni, A. Vecchia e M. Bernardi, *Il Piano Space Economy: un nuovo strumento di politica industriale*, cit., 894. Cfr. G. Sanna, *New space economy, ambiente e sviluppo sostenibile*, cit., 76.

¹⁰¹ Art. 1, l. n. 7/2018.

¹⁰² Art. 2, l. n. 7/2018. Il Comitato è presieduto dal Presidente del Consiglio dei ministri ovvero dal Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio dei ministri con delega alle politiche spaziali e aerospaziali, ed è composto dai Ministri della difesa, dell'interno, dei beni e delle attività culturali e del turismo, delle politiche agricole alimentari e forestali, dell'istruzione, dell'università e della ricerca, dello sviluppo economico, delle infrastrutture e dei trasporti, dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, degli affari esteri e della cooperazione internazionale e dell'economia e delle finanze, nonché dal Presidente della Conferenza dei presidenti delle regioni e delle province autonome e dal presidente dell'A.S.I. Il Presidente, sentiti i componenti di cui sopra, può altresì invitare a partecipare alla seduta ministri o sottosegretari di Stato di altri dicasteri e rappresentanti di enti pubblici e privati la cui presenza sia utile all'espletamento delle funzioni del Comitato.

italiana, Asi)¹⁰³. La riforma impone che l'Asi predisponga un Documento di visione strategica per lo spazio (DVSS), sulla base degli indirizzi del COMINT e del Programma Nazionale per la Ricerca, come poi riassunti nel Documento strategico di politica spaziale nazionale (DPSN) (art. 3, co. 1, lett. a-bis), d.lgs. n. 128/2003). In seguito, è stato diramato un documento recante gli indirizzi governativi in materia spaziale e aerospaziale, del 25 marzo 2019, un primo DPSN, approvato dal COMINT il 18 dicembre 2019 e il DVSS 2020-2029 da parte dell'Asi¹⁰⁴.

Nel corso del 2023 è stato aperto un tavolo di lavoro su spazio e aerospazio con istituzioni, centri ricerca, università, imprese ed esperti presso il Ministero delle Imprese e del *made in Italy*, al fine di produrre un nuovo DPSN e il connesso DVSS da parte dell'Asi¹⁰⁵. Il ministro, tuttavia, ha annunciato anche di voler procedere con un riassetto normativo del settore entro la fine del 2023¹⁰⁶, previsione poi rinviata al 2024¹⁰⁷, mentre è attesa anche una nuova regolazione europea¹⁰⁸. Durante novembre 2023, è stato inoltre comunicato che, nel corso della XXI riunione del COMINT, presieduta dal ministro con delega alle politiche spaziali, è stata approvata la nuova Relazione alle Camere 2022, contenente l'illustrazione delle attività e dei risultati

¹⁰³ L'Asi è un ente pubblico istituito per la prima volta nel 1988 (l. n. 186/1988), ma soggetto a revisioni continue. Oltre a quella prevista dalla l. n. 7/2018, vi sono interventi nel 1995, 1999, 2003 e nel 2009, anno in cui viene approvato il d.lgs. n. 213, di riordino degli enti di ricerca, poi ulteriormente modificato, in ottica di semplificazione, dal d.lgs. n. 218/2018 (tra i decreti attuativi della Riforma Madia).

¹⁰⁴ In realtà l'agenzia, in virtù dell'art. 5, co. 1, d.Lgs. n. 213/2009, aveva già approvato due precedenti documenti strategici (c.d. DVS), per il periodo 2010-2020 e 2016-2025. Si veda per una ricostruzione, la *Relazione alle Camere contenente l'illustrazione delle attività e dei risultati nel settore dello spazio e dell'aerospazio, ai sensi dell'art. 2, comma 6, lettera q), legge n. 7, 11 gennaio 2018*, per l'anno 2020, 30 giugno 2021, disponibile qui documenti.camera.it/dati/leg18/lavori/documentiparlamentari/indiceetesti/255/003/INTERO.pdf.

¹⁰⁵ Si veda *infra*.

¹⁰⁶ Nota stampa disponibile qui www.mimit.gov.it/it/notizie-stampa/al-mimit-tavolo-su-spazio-e-aerospazio-con-istituzioni-centri-ricerca-universita-imprese-e-esperti-del-settorehttps://www.mimit.gov.it/it/notizie-stampa/al-mimit-tavolo-su-spazio-e-aerospazio-con-istituzioni-centri-ricerca-universita-imprese-e-esperti-del-settore: «[] entro la fine dell'anno [2023] ad un disegno di legge di ampia portata, in linea con le norme già in vigore a livello europeo e multilaterale e a tutela degli interessi nazionali nel settore spaziale, così da colmare un vuoto legislativo che si protrae da troppi anni. In Europa, infatti, nel frattempo, undici Paesi hanno predisposto una legislazione nazionale di riferimento, importante soprattutto per regolare l'azione e gli investimenti dei privati».

¹⁰⁷ Il disegno di legge sulle politiche spaziali, collegato alla legge di bilancio, è previsto venga presentato in Consiglio dei ministri nel primo trimestre 2024.

¹⁰⁸ Il c.d. *Space Act* europeo, atteso nel primo trimestre 2024.

degli investimenti nel settore spaziale e aerospaziale per l'anno 2022 (*ex art. 2, co. 6, lett. q), l. n. 7/2018*)¹⁰⁹.

Per l'economia del presente scritto, si ricorda, quindi, che il COMINT, nelle modalità specificate con proprio regolamento, definisce, tra l'altro, gli indirizzi del governo in materia spaziale e aerospaziale con riferimento alla ricerca, all'innovazione tecnologica e alle ricadute sul settore produttivo, nonché in ordine alla predisposizione del Documento strategico di politica spaziale nazionale (art. 21, co. 1, lett. a), d.lgs. n. 128/2003, così come modificato dalla l. n. 7/2018). Definisce, inoltre, gli indirizzi per lo sviluppo di forme di sinergia e di cooperazione nel settore spaziale tra gli enti di ricerca, le amministrazioni pubbliche, le strutture universitarie e il mondo dell'impresa, con particolare riferimento alle piccole e medie imprese di settore (lett. f). È competente altresì a stabilire le priorità di ricerca e applicative nazionali e gli investimenti pubblici del settore, incentivando le cooperazioni finanziarie e le sinergie tra soggetti pubblici e privati, al fine di promuovere, sviluppare e diffondere la ricerca scientifica e tecnologica applicata al settore spaziale e aerospaziale e lo sviluppo di servizi innovativi, nonché di favorire lo sviluppo e la competitività del sistema produttivo italiano, con particolare riguardo alle piccole e medie imprese (lett. h).

Allo stesso modo, si evidenzia come tra le finalità dell'Asi vi sia il compito di promuovere, sviluppare e diffondere, con il ruolo di agenzia, la ricerca scientifica e tecnologica applicata al settore spaziale e aerospaziale e lo sviluppo di servizi innovativi, perseguendo obiettivi di eccellenza, coordinando e gestendo i progetti nazionali e la partecipazione italiana a progetti europei e internazionali, nonché di favorire lo sviluppo e la competitività del sistema produttivo italiano, con particolare riguardo alle piccole e medie imprese, in conformità con gli indirizzi del Governo come promossi dal COMINT e nel quadro del coordinamento delle relazioni internazionali assicurato dal Ministero degli affari esteri (art. 1, c. 1, Statuto dell'Asi).

Alla luce della *governance* istituzionale sopra ricostruita per il settore spaziale in Italia, tra le amministrazioni che ricorrono più spesso ai contratti pubblici vi è sicuramente l'Asi, in qualità di amministrazione aggiudicatrice ai sensi del Codice dei contratti pubblici (così come altri enti di ricerca, ad esempio il Centro nazionale delle ricerche, CNR). Ci sono poi le amministrazioni coinvolte nel settore difesa e sicurezza, si pensi al Ministero della difesa, che seguono però regole specifiche relativamente ai contratti pubblici,

¹⁰⁹ Si veda il comunicato stampa del Ministero delle imprese e del Made in Italy, 17 novembre 2023, qui www.mimit.gov.it/it/notizie-stampa/spazio-ministro-urso-presiede-ri-unione-del-comint.

L'innovation procurement nel settore spaziale

ma anche al Ministero delle infrastrutture e al Ministero degli affari esteri. Si tratta dei principali interlocutori pubblici in un settore dagli interessi molteplici, a cui si possono aggiungere altre amministrazioni centrali, come quelle attive nel settore della ricerca universitaria (ad esempio il Ministero dell'università e della ricerca), coinvolto insieme ad all'Agencia per l'Italia digitale (AGID) proprio per le sperimentazione relative all'*innovation procurement*, pur se le politiche per la fase della ricerca e dello sviluppo, nell'interlocuzione con i soggetti privati, seguono logiche in parte distinte e complementari rispetto a quelle della promozione economica (che vedono coinvolto, invece, il Ministero delle imprese e del *made in Italy*).

Le regioni e gli enti locali sono rappresentati all'interno del comitato interministeriale (art. 2, l. n. 7/2018) e, soprattutto per quei territori in cui le specializzazioni aerospaziali sono più penetranti e in linea con le strategie nazionali, anche alla luce del PNRR, le amministrazioni pubbliche regionali e locali ben possono trovarsi a gestire procedure di appalto innovativo *ad hoc* per il settore¹¹⁰.

Un ruolo importante per lo sviluppo del settore lo rivestono poi le società partecipate pubbliche attive nella c.d. *space industry*, in primis Thales Alenia Space e Telespazio, *joint ventures* di Leonardo, di cui il maggiore azionista è a sua volta il Ministero dell'economia e delle finanze. Il loro contributo risulta significativo¹¹¹ sia in qualità di partner esperti per il segmento *downstream*, ad esempio per il supporto alle amministrazioni pubbliche nella rilevazione del fabbisogno di innovazione (*foresight* tecnologico o *needs assessment*, il primo *step* di un procedimento *standard* di *innovation procurement* di cui si dirà *infra*) e nel far emergente le potenzialità del mercato sostenendo la creazione di nuove imprese innovative¹¹², sia in qualità, essi stessi, di con-

¹¹⁰ Non a caso, il ruolo delle regioni, sia come istituzioni sia come *clusters* industriali, è ben rappresentato nel Piano *Space Economy* nazionale del 2016, di cui si veda *infra*.

¹¹¹ È ciò a prescindere dall'applicazione o meno del Codice dei contratti pubblici alle loro attività, prevista ad esempio nel caso di delega di funzioni istituzionali alle *holding* statali. Tale aspetto meriterebbe un approfondimento specifico, data la rilevanza di questi ultimi attori nel settore aerospaziale. Ciò, tuttavia, non è possibile nell'economia del presente scritto. Si veda, ad esempio, per il caso Alenia Space, M. Landoni, *Una multinazionale a partecipazione statale: trasformazione e internazionalizzazione dell'industria aerospaziale italiana (1969-2007)*, in *Impresa e Storia*, n. 43, 2021, 80-103.

¹¹² Ad esempio, Thales Alenia Space – *joint venture* tra Thales (67 per cento) e Leonardo (33 per cento) – si inserisce nelle politiche di supporto all'imprenditorialità innovativa. A partire dal 2014, l'azienda ha perseguito una strategia pionieristica incentrata sul *New Space* all'interno del suo polo di innovazione. Questo approccio ha portato al lancio di progetti imprenditoriali di successo, come lo *Space Edge Computing* in collaborazione con Microsoft, oltre a collaborazioni aperte con oltre settecento start-up. Il nuovo *Space Business Catalyst* (il primo

traenti in complesse procedure di aggiudicazione di contratti pubblici per il segmento *upstream*¹¹³.

È stato efficacemente sostenuto come la triade di paradigmi costituita dall'”industria mista pubblico-privata”, “la governance triangolare intergovernativo-sovranaazionale” ed il “complesso ruolo (tecnico-scientifico, governativo, gestionale e imprenditoriale) delle agenzie spaziali nazionali”, costituiscono la peculiarità della struttura del settore spaziale¹¹⁴. Queste tre

acceleratore di *startups* dedicate allo spazio e con due sedi, Tolosa e Torino) è stato lanciato nel luglio 2023 ed è incentrata sul fornire un supporto selettivo e qualitativo a progetti innovativi per valorizzare mercati futuri (www.thalesaleniaspace.com/it/press-releases/thales-alenia-space-lancia-space-business-catalyst-il-primo-acceleratore-industriale). Inoltre, Telespazio – *joint venture* tra Leonardo (67 per cento) e Thales (33 per cento) – insieme a Thales stessa, è parte del consorzio in negoziazione con la Commissione europea per l'aggiudicazione del contratto di concessione per l'infrastruttura IRIS² e, a loro volta, in vista della presentazione della proposta progettuale, hanno curato l'apertura della *partnership* verso le PMI e start-up innovative (si veda *supra* al paragrafo 2.2 del presente contributo per maggiori dettagli).

¹¹³ Il riferimento è ad IRIS², di cui al paragrafo 2.2 del presente contributo. O si pensi all'esempio recente di IRIDE, tra i principali programmi supportati anche dal PNRR e tra i più significativi programmi spaziali satellitari europei di osservazione della terra. L'infrastruttura è concepita per servire le amministrazioni pubbliche, quali la Protezione civile, per contrastare il dissesto idrogeologico e gli incendi, tutelare le coste, monitorare le infrastrutture critiche, la qualità dell'aria e le condizioni meteorologiche. Fornirà, infine, dati analitici per lo sviluppo di applicazioni commerciali da parte di startup, piccole e medie imprese e industrie di settore. Realizzata in Italia su iniziativa del Governo, IRIDE sarà completata entro il 2026 sotto la gestione dell'ESA e con il supporto dell'ASI. Thales Alenia Space ha già firmato con l'ESA un contratto per la fornitura di un primo gruppo di sei satelliti di piccole dimensioni basati su tecnologia SAR (Synthetic Aperture Radar) – con un'opzione per altri quattro – e un contratto per la fornitura di un satellite – e opzione per un altro – basato su tecnologia ottica. Tutti i satelliti di Thales Alenia Space utilizzeranno la piattaforma innovativa e modulare NIMBUS (New Italian Micro Bus) e saranno equipaggiati con pannelli solari (PVA) realizzati da Leonardo (si veda qui per il comunicato stampa di Leonardo <https://space.leonardo.com/it/news-and-stories-detail/-/detail/new-boost-space-economy-pnrr>). O ancora nel 2020, a rimarcare la sovrapposizione con il settore della difesa, e-GEOS, società costituita da Telespazio (80 per cento) e dall'Agenzia Spaziale Italiana (20 per cento) si è aggiudicata, con il progetto PEONEER (*Persistent Earth Observation for actioNable intElligence survEillance and Reconnaissance*), un contratto dalla Commissione Europea nell'ambito dell'*European Defence Industrial Development Programme* (EDIDP) dell'Unione Europea, guidando un consorzio industriale formato da Airbus Defence and Space ed Earthcube (Francia), Hisdesat Servicios Estrategicos e ATEM NUEVAS TECNOLOGIAS (Spagna), TERMA Group (Danimarca), Elsis (Lituania), Spacemetric (Svezia), TOVEK, spol. s r.o (Repubblica Ceca), DefSecIntel Solutions (Estonia) (si veda qui per il comunicato stampa del gruppo www.telespazio.com/it/press-release-detail/-/detail/pr-e-geos).

¹¹⁴ V. Maione, *L'applicazione delle norme UE sulla concorrenza al settore spaziale europeo: il procurement per il GNSS GALILEO come case study*, cit., 6.

P'innovation procurement nel settore spaziale

componenti fanno sì che risulti ambiguo cosa si intenda con il termine “public procurement” e, quindi, anche *innovation procurement*, quando si affrontano gli aspetti commerciali di questo specifico settore industriale. Si può presupporre per semplicità che, esistendo risorse pubbliche, vi siano delle condizioni normativamente prestabilite per la stipulazione dei relativi contratti (le regole dei contratti pubblici). Dato che i fondi pubblici entrano nel mercato privato influenzandolo, anche e specialmente rispetto alla promozione dell'innovazione, a risultare labile è il confine tra *public procurement* e gli strumenti di politica industriale¹¹⁵.

3.1. Il Piano di Space Economy nazionale e gli investimenti alla luce del PNRR: la programmazione economica

Già nel 2016, la Cabina di Regia Spazio aveva prodotto il Piano strategico *Space Economy*, al fine di fornire un quadro di posizionamento nazionale e proporre un piano d'investimento per legare il paese alle nuove traiettorie di sviluppo¹¹⁶. Il cambiamento auspicato comportava una evoluzione da programmi quasi esclusivamente guidati dalle tecnologie, e basati sulla fase della ricerca, ad una nuova politica spaziale impostata su un’“architettura di sistema”, sia istituzionale, sia industriale, in grado di combinare le tecnologie emergenti e la ricerca con l'innovazione e l'efficacia dei servizi proposti in risposta alle sfide sociali e di mercato¹¹⁷.

Il “modello di sviluppo integrato multiregionale” alla base del piano prevedeva, in particolare, quattro fattori abilitanti. In via preliminare si osserva che, per tutti e quattro i *drivers*, supportati da una pluralità di strumenti

¹¹⁵ R. Hansen e J. Wouters, *Towards an EU policy for the space sector – Lessons from Galileo*, cit., 94–101.

¹¹⁶ Piano strategico *Space Economy* (2016), qui www.agenziacoesione.gov.it/wp-content/uploads/2019/06/Piano_Strategico_Space_Economy.pdf, 18, i cui principali elementi sono: (1) l'indicazione di obiettivi di posizionamento nazionale di lungo periodo (2030), nei mercati della *Space Economy* globale e valutazione complessiva di massima della dimensione economica del piano; (2) la definizione delle linee d'azione da perseguire e quantificazione delle risorse all'uopo necessarie, con particolare attenzione alla massima valorizzazione della partecipazione nazionale alle iniziative di sviluppo che promuovono la *Space Economy* in ambito Europeo; (3) messa a punto dei meccanismi di attuazione delle iniziative, con particolare riferimento: (a) al coordinamento degli interventi delle diverse Amministrazioni pubbliche centrali e regionali; (b) alla collaborazione tra imprese e sistema della ricerca; (c) alla collaborazione pubblico-privato; (d) alla sincronizzazione dei tempi dettata dalle reali finestre di opportunità (*time to market*) per l'aggancio ai processi di crescita della SE globale.

¹¹⁷ A. Bartoloni, A. Vecchia e M. Bernardi, *Il Piano Space Economy: un nuovo strumento di politica industriale*, cit., 896.

di *policy* e attuativi richiamati dal piano, viene in rilievo il supporto di tutti gli attori della complessa *governance* sopra ricostruita, necessari per una programmazione economica nazionale completa del settore spaziale.

Innanzitutto, vi era l'attivazione propositiva degli enti pubblici di ricerca ed utenti istituzionali beneficiari delle azioni del piano, anche al fine di facilitare la valorizzazione di processi di *open innovation* per la realizzazione delle infrastrutture e la condivisione delle competenze nel settore della ricerca (ad esempio, azioni di trasferimento tecnologico e *partnerships* tra enti di ricerca/università e le PMI e start-up innovative)¹¹⁸.

In secondo luogo, vi era l'obiettivo di garantire una domanda pubblica innovativa, sia di sistemi e sia di servizi e prodotti innovativi. Entrava in gioco, quindi, il *public procurement* e le *partnership* pubblico-private, all'epoca, in particolare, lo strumento del partenariato per l'innovazione, appena introdotto nell'ordinamento italiano dall'allora nuovo Codice dei contratti pubblici (art. 65, d.lgs. n. 50/2016)¹¹⁹.

In terzo e quarto luogo, vi era l'attivazione di altre politiche più classiche per il supporto all'innovazione sul lato dell'offerta, utili anche nel settore in esame: un aiuto ai programmi di sviluppo d'innovazione tecnologica delle imprese, nel rispetto delle regole di ritorno territoriale dei fondi per la coesione territoriale; o un *portfolio* di strumenti finanziari adatti al *risk-sharing*, per attrarre l'investimento privato¹²⁰.

¹¹⁸ *Ex multis* sul tema H. Chesbrough, W. Vanhaverbeke, T. Bakici e H. Lopez-Vega, *Open innovation and public policy in Europe*, research report commissioned by ESADE Business School & the Science I Business Innovation Board AISBL, 2011, 3-34. Cfr. V. Van de Vrande, J.P. De Jong, W. Vanhaverbeke e M. De Rochemont, *Open innovation in SMEs: Trends, motives and management challenges*, in 29(6-7) *Technovation* (2009), 423. M. Hossain e I. Kauranen, *Open innovation in SMEs: a systematic literature review*, in 9(1) *Journal of Strategy and management* (2016), 58. M. Usman, N. Roijakkers, W. Vanhaverbeke e F. Frattini, *A systematic review of the literature on open innovation in SMEs*, in *Researching open innovation in SMEs*, 2018, 3-35. M. Freel e P.J. Robson, *Appropriation strategies and open innovation in SMEs*, in 35(5) *International Small Business Journal* (2017), 578.

¹¹⁹ A. Bartoloni, A. Vecchia e M. Bernardi, *Il Piano Space Economy: un nuovo strumento di politica industriale*, cit., 898-902, in particolare 899: «[] il loro utilizzo [dei partenariati per l'innovazione] in contesti di pianificazione, quale il caso del Piano Space Economy, li connota anche come nuovi strumenti di intervento per le politiche industriali tese a promuovere l'innovazione».

¹²⁰ Si veda il Piano strategico *Space Economy* (2016), cit., 26-27, per la schematizzazione delle modalità di intervento, e i suoi allegati e documenti preparatori (Contributo delle Regioni alla Cabina di Regia sulla Politica Spaziale Nazionale, rif. 14/152/CR11a/C11 del 27 novembre 2014; Programma Multiregionale per il Piano Strategico "Space Economy", rif. 15/85/CR8b/C11 del 30 luglio 2015; Il programma multi-regionale nel piano "Space Economy", attivazione e principi di funzionamento, rif. 15/86/CR8c/C11 del 30 luglio 2015).

P'innovation procurement nel settore spaziale

La visione di base del Piano strategico *Space economy* è ancora valida se si confronta con i richiamati indirizzi del governo in materia spaziale e aerospaziale (2019)¹²¹ e gli ultimi disponibili DSPSN (2019, predisposto dall'ASI ma adottato dal COMINT) e DVSS (2020-2029, il documento più operativo adottato dell'ASI)¹²².

Una tecnica valutata dal Piano strategico *Space economy* come utile era l'integrazione tra le fonti di finanziamento pubblico, considerando la necessità di attivare questi ultimi al fine di movimentare il mercato dei capitali privati, almeno in una prima fase, soprattutto nel segmento *downstream*¹²³. Nel 2016, una importante fonte di finanziamenti pubblici veniva localizzata all'interno della politica europea di coesione, da cui anche il significativo coinvolgimento delle regioni, in prima linea per la programmazione e la spesa dei fondi strutturali e attuazione dei relativi piani operativi¹²⁴.

Ad oggi, tra i fondi pubblici nazionali ed europei vanno aggiunte le opportunità del PNRR. Molti degli investimenti programmati riguardano, direttamente e indirettamente, la *Space Economy*.

Innanzitutto, all'interno della Missione uno (Digitalizzazione, innovazione, competitività, cultura e turismo) il PNRR dedica 1,49 miliardi di euro per l'osservazione dello spazio¹²⁵. L'investimento si articola lungo quattro direzioni: la *Satellite Communication-Satcom* (210 milioni di euro) e l'osservazione della Terra (797 milioni di euro), entrambe legate all'*upstream*; la *Space Factory* (180 milioni di euro), costituito da due sotto progetti, lo *Space Factory 4.0* e

¹²¹ Disponibili qui https://presidenza.governo.it/AmministrazioneTrasparente/Organizzazione/ArticolazioneUffici/UfficiDirettaPresidente/UfficiDiretta_CONTE/COMINT/DEL_20190325_aerospazio.pdf, affermando, 3, la necessità di adottare: «[] un Piano Strategico nazionale per la Space Economy che valorizzi ed implementi quanto avviato dal 2016, tenendo conto dell'approccio partenariale pubblico-privato, con l'obiettivo di promuovere e far crescere progressivamente la partecipazione privata agli investimenti di settore, incentivando l'impegno delle Amministrazioni centrali e locali (c.d. Buyer Groups) ad acquisire i prodotti/servizi sviluppati dalle Public-Private-Partnerships».

¹²² L'ultima versione alla data in cui si scrive è disponibile qui www.asi.it/wp-content/uploads/2020/04/DVSS-2020-2022-Finale_compressed_compressed.pdf.

¹²³ Piano strategico *Space Economy* (2016), cit., 19-21, per una analisi economica degli scenari.

¹²⁴ Piano strategico *Space Economy* (2016), cit., 26. Cfr. Bartoloni, A. Vecchia e M. Bernardi, *Il Piano Space Economy: un nuovo strumento di politica industriale*, cit., 905-909.

¹²⁵ M1C2 – Investimento 4.1: Tecnologia satellitare e economia dello spazio) con l'obiettivo di sviluppare connessioni satellitari in vista della transizione digitale e verde, nonché abilitare servizi come le comunicazioni sicure e le infrastrutture di monitoraggio per diversi settori dell'economia e, a tal fine, comprende attività sia di *upstream* (servizi di lancio, produzione e gestione di satelliti e infrastrutture) sia di *downstream* (generazione di prodotti e servizi) attività.

l'accesso allo spazio, e l'*In-Orbit Economy* (300 milioni di euro), più legate ai servizi spaziali abilitati. A queste risorse si aggiungono finanziamenti per ottocento milioni di euro da parte del Fondo complementare nazionale (FCN) e le risorse allocate sono distribuite nelle stesse quattro direzioni identificate nel PNRR.

Considerato l'inserimento di questi investimenti nella missione uno, la fase attuativa prevede la titolarità degli interventi presso il Dipartimento per la trasformazione digitale (DTS), all'interno della Presidenza del Consiglio dei ministri¹²⁶. Sono poi state siglate apposite convenzioni per individuare i soggetti attuatori, come quelle stipulate con l'Asi¹²⁷ e l'ESA¹²⁸ tra maggio e giugno 2022, che si sono attivate a loro volta per individuare i soggetti realizzatori attraverso dedicate gare e procedimenti¹²⁹.

¹²⁶ Si veda il decreto del Ministro senza portafoglio per l'innovazione tecnologica e la transizione digitale di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze 23 marzo 2022, recante l'organizzazione interna e l'assegnazione all'Unità di Missione PNRR del Dipartimento per la trasformazione digitale la competenza in tema di Misura 1 – Componente 2 – Investimento 4. Si veda anche qui <https://innovazione.gov.it/italia-digitale-2026/attuazione-misure-pnrr/>: «I progetti da realizzare sono portati avanti attraverso l'Agenzia Spaziale Italiana (ASI) e con collaborazioni bi-multilaterali e partenariati con l'Agenzia Spaziale Europea (ESA), l'Unione Europea ed entità extra europee».

¹²⁷ L'Asi ha ricevuto in totale, per i quattro ambiti di intervento dell'investimenti M1C2 -4.1, in sinergia con il PNC, euro per 880 milioni. La convenzione è disponibile sul sito della PCdM (<https://presidenza.governo.it/AmministrazioneTrasparente/BandiContratti/AccordiTraAmministrazioni/allegati/Convenzione%20DTD-PcM%20ASI%20PNRR.pdf>) e si riporta l'agenzia dell'ASI (www.asi.it/2022/06/spazio-siglate-le-convenzioni-pnrr-con-esa-e-asi/).

¹²⁸ L'ESA è risultata beneficiaria di investimenti PNRR per 1.3 miliardi di euro, finalizzati all'attuazione del programma di sviluppo della costellazione satellitare IRIDE per l'osservazione della Terra, di cui ESA sarà il soggetto attuatore (si veda *supra* in nota per dettagli sull'infrastruttura IRIDE). La convenzione è disponibile qui <https://presidenza.governo.it/AmministrazioneTrasparente/BandiContratti/AccordiTraAmministrazioni/allegati/Convenzione%20DTD-PcM%20ESA%20in%20attuazione%20PNRR.pdf>.

¹²⁹ Ad esempio, grazie all'impegno profuso dall'Asi per garantire il traguardo della scadenza europea (delibera del Consiglio di amministrazione n. 82/2022 del 26 maggio 2022), a fine marzo 2023 era stato completato l'avvio delle procedure per l'assegnazione dei contratti, necessarie per la realizzazione di tutte le attività finanziate con i fondi PNRR, al momento già contrattualizzate. Si riportano alcuni esempi, significativi per l'*innovation procurement* (in *primis*, contratti di ricerca e sviluppo), che si aggiungono a quelli già forniti *supra* in riferimento all'attività contrattuale dell'Agenzia. Innanzitutto, l'aggiudicazione della procedura aperta con negoziazione, esperita per l'affidamento, ai sensi dell'art. 158, d.lgs. n. 50/2016, delle "Attività di ricerca e sviluppo tecnologico concernente il design, lo sviluppo e la qualifica della missione dimostrativa di in-orbit servicing" del PNRR in attuazione del Piano Operativo del sub-investimento M1C2.I4.4, relativo a In-Orbit Economy-In Orbit services del PNRR-FC, disponibile qui www.asi.it/wp-content/uploads/2022/08/Decreto-D.G.-334.

Si segnala anche la convenzione tra il DTS e Cassa Depositi e Presiti (CDP)¹³⁰.

In secondo luogo, indirettamente, le tecnologie spaziali ricoprono un ruolo chiave per gli investimenti PNRR relativi alla componente quattro, Tutela del territorio e della risorsa idrica, della Missione due, Rivoluzione verde e transizione ecologica¹³¹.

In terzo luogo, sempre indirettamente, si possono rinvenire investimenti PNRR dedicati al settore nella Missione quattro (Istruzione e Ricerca). Nello specifico, sono stati destinati circa 320 milioni di euro per la creazione del *Centro nazionale HPC, Big Data e Quantum Computing* e, tra i dieci *spoke*, si annovera “Future HPC & Big Data, Fundamental Research & Space Economy”¹³².

pdf. In secondo luogo, sempre nel perimetro dell’art. 158, d.lgs. n. 50/2016, ma con procedura aperta, l’affidamento di attività relative al Matera Space Center Lab dell’ambito del sub-investimento M1C2.I4.2 “Osservazione della Terra” – “Laboratori Matera” – Attività finanziate dal PNRR in attuazione del Piano Operativo del sub-investimento M1C2.I4.2 Osservazione della Terra, decreto di approvazione disponibile qui www.asi.it/wp-content/uploads/2022/11/Decreto-D.G.-326.pdf. In terzo luogo, un esempio di avviso per indagine di mercato, propedeutica alla procedura negoziata esperita ai sensi di quanto previsto sempre dall’art. 158 e dall’ art. 4 del D.lgs. n. 50/2016, per l’affidamento di servizi inerenti alla realizzazione di un’infrastruttura HW e SW presso il CGS/Matera – PNRR M1C2.I4.4 “In Orbit Economy – SST- FlyEye”, disponibile qui www.asi.it/wp-content/uploads/2022/08/Indagine_infrastruttura-HW-e-SW.pdf.

¹³⁰ Convenzione che definisce le modalità di intervento del Fondo “Italia Space Venture”, 26 luglio 2022 (si veda al seguente link per la notizia relativa alla stipula della convenzione <https://innovazione.gov.it/notizie/articoli/spazio-nasce-il-fondo-italia-space-venture-per-le-imprese-innovative-e-i-fondi-specializzati/>). La Convenzione prevede l’assegnazione di risorse per la creazione e gestione del Fondo “Italia Space Venture” a CDP Venture Capital, SGR partecipata al 70 per cento dal CDP Equity e al 30 per cento da Invitalia. Ha una dotazione di 90 milioni di euro, provenienti dal Fondo complementare al PNRR, 90 milioni messi a disposizione da CDP Venture Capital, e a cui si aggiungeranno altri investimenti privati con un effetto leva stimato di 250 milioni. Il Fondo “Italia Space Venture” investe nei progetti imprenditoriali innovativi in ambito spaziale e aerospaziale come, ad esempio, le attività di accelerazione e di trasferimento tecnologico. Il fondo ha contribuito alla nascita, nell’estate del 2023, di Galaxia, il Polo Nazionale di Trasferimento Tecnologico per l’Aerospazio.

¹³¹ Si assegna nella linea M2C4 – Investimento 1.1: Realizzazione di un sistema avanzato ed integrato di monitoraggio e previsione per l’individuazione dei rischi idrogeologici, 500 milioni di euro per il monitoraggio e previsione rischi idrogeologici. In particolare, si richiede di integrare osservazioni in sito e da remoto, dove i satelliti in orbita permetterebbero di osservare il contesto geologico ed idrogeologico, marino e litorale, agroforestale ed urbano, consentendo il controllo da remoto di ampie fasce territoriali, gettando così le basi per lo sviluppo di piani di prevenzione dei rischi.

¹³² A livello organizzativo si adatterà, infatti, un modello Hub & Spoke. L’Hub avrà la

3.2. *Le regole relative all'innovation procurement nel settore spaziale e la sinergia con il settore della difesa*

Dai precedenti paragrafi, in particolare dal Piano di *Space Economy* nazionale, è emersa l'importanza della leva pubblica per gli obiettivi di innovazione e investimento nel settore spaziale nazionale.

In Italia, tuttavia, manca una chiara posizione normativa sulla definizione di *innovation procurement*, pur se le previsioni al riguardo da parte delle direttive appalti (ad esempio i contratti di ricerca e sviluppo) e il richiamo alle raccomandazioni europee (ad esempio sull'appalto pre-commerciale, pur escluso dall'applicazione delle direttive stesse) sono state inserite sin dal 2016 nel corrispondente codice attuativo¹³³. Inoltre, benché le direttive appalti contengano una definizione di “innovazione”¹³⁴, recepita dal Codice dei contratti pubblici nazionale del 2016 ma non ripresa in quello del 2023, non ospitano invece una definizione di “ricerca e sviluppo”, presente diversamente nella dir. 2009/81/Ce, relativa al settore della difesa e sicurezza (che però non ospita, al contrario, quella di “innovazione”¹³⁵, né tantomeno di *innovation procurement tout court*¹³⁶).

Inoltre, nonostante in base alle statistiche europee l'Italia appaia come un *moderate performer*¹³⁷, è assente una strategia forte, o visione organica, di

responsabilità di validare e gestire i programmi di ricerca, le cui attività verranno elaborate e realizzate dagli *spokes* e dalle realtà a essi affiliate, anche attraverso bandi aperti a istituzioni di ricerca e aziende.

¹³³ Si veda *supra* nell'introduzione per la letteratura in materia di *innovation procurement* e *infra* nelle conclusioni per una ricostruzione del panorama europeo. Cfr., inoltre, i contributi dedicati al tema nel presente numero speciale.

¹³⁴ Con le precisazioni di accompagnamento contenute ad esempio nella COM(2021)4320, *Guidance on Innovation Procurement*.

¹³⁵ Come poi recepito nell'ordinamento nazionale all'art. 1, *lett. h*), d.lgs. n. 208/2011. Tuttavia, al momento, la *lett. h*) specifica anche che: «“Ricerca e sviluppo” non comprende la costruzione e la qualificazione di prototipi di preproduzione, attrezzature e ingegneria industriale, progettazione o produzione industriale», quando invece il test di prototipi è tipico del *pre-commercial procurement* per come recepito dal Codice dei contratti pubblici nazionale (oggi art. 135, co. 2, d.lgs. n. 36/2023).

¹³⁶ Anche se essa è rintracciabile negli atti di *soft law* europei, richiamati già al paragrafo 1 del presente scritto.

¹³⁷ *Benchmarking of R&D procurement and Innovation Procurement investments in countries across Europe*, DG GNECT, F – Digital Single MarketF3 – Digital innovation and Blockchain, October 10, 2020, 3.

L'innovation procurement nel settore spaziale

questo strumento di *policy*¹³⁸ a livello nazionale¹³⁹, anche nei settori che sarebbero più interessati dalle sue potenzialità, come, appunto, quello spaziale, nonostante l'attivazione del programma *SmarterItaly* dell'AGID, in sinergia con il Ministero dell'università e della ricerca¹⁴⁰, e il funzionamento di una apposita piattaforma¹⁴¹.

Tuttavia, dell'*innovation procurement*, anche al fine di approfondirne l'utilizzo nel settore spaziale, devono essere tenuti in conto non solo i profili definitivi e di *governance*, con le evidenti critiche e complessità evidenziate, ma anche quelli procedurali e strumentali.

Dal punto di vista procedurale è possibile affermare che le fasi amministrative sono standardizzate, pur se adattabili ai casi concreti e, entro una certa misura, riproducibili nei diversi ordinamenti e settori. È ricorrente, però, l'ampia discrezionalità nell'esercizio del potere amministrativo, necessaria al fine di raggiungere il risultato "innovativo", con conseguente complessità nella gestione del procedimento. La complessità degli *steps* procedurali, a sua volta, è a garanzia del rispetto del principio di concorrenza, nonché l'occa-

¹³⁸ *Benchmarking of R&D procurement and Innovation Procurement investments in countries across Europe*, cit., 2020, 3: «1. The main factor hampering Europe to make a leap forward is the lack of political commitment on innovation procurement across Europe. The majority of countries have not yet set up an action plan for innovation procurement (8%), spending targets (11%), systems to measure progress (13%) and have still not embedded innovation procurement as a strategic priority in several of the sectoral policies in which the public sector is active (e.g. public transport, health, etc.) (14%)».

¹³⁹ Anche se è recente la pubblicazione del Piano nazionale dell'Innovazione – 2025 – *Strategie per l'innovazione tecnologica e la digitalizzazione del Paese* (disponibile qui <https://assets.innovazione.gov.it/1610546390-midbook2025.pdf>, dicembre 2023), che annovera, alla sfida n. 7, il *Procurement semplificato per l'innovazione* (p. 18), almeno per gli acquisti digitali: «Intervenire sui processi di gara di acquisto di tecnologia, proponendo un meccanismo di deroga al codice degli appalti per i servizi digitali (sotto specifiche condizioni) e promuovendo ogni altra iniziativa, che tenendo conto delle specificità del *procurement* pubblico, consenta all'Amministrazione di acquisire le soluzioni tecnologiche più utili».

¹⁴⁰ *Smarter Italy* nasce con il Decreto del Ministero dello Sviluppo Economico del 31 gennaio 2019, disponibile qui https://www.mimit.gov.it/images/stories/normativa/DM_31-gennaio-2019.pdf (dicembre 2023). Ad aprile 2020 viene siglato un protocollo d'intesa per l'attuazione di una politica di innovazione tra il MISE e l'AGID (confermato soggetto attuatore), favorendo poi l'ingresso al programma del Ministero dell'università e della ricerca. *Smarter Italy* è quindi un programma dedicato agli appalti d'innovazione, a regia ministeriale.

¹⁴¹ Disponibile qui <https://appaltinnovativi.gov.it/> ed istituita con il DPCM 21 febbraio 2019 – Piano Triennale per l'Informatica nella Pubblica Amministrazione 2019-2021. La Piattaforma per gli appalti di innovazione svolge le funzioni tipiche di un *Innovation procurement broker* pubblico. L'AGID collabora con partner istituzionali e operatori di mercato per promuovere l'utilizzo degli appalti innovativi nel settore pubblico e sviluppare la piattaforma.

sione per ridurre l'inevitabile asimmetria informativa da parte dell'amministrazione con rispetto ai prodotti e soluzioni innovative¹⁴².

Si passa così da una prima fase di individuazione del fabbisogno di innovazione, spesso tecnologico ma non solo (da cui l'espressione ormai risalente di *foresight* tecnologico), che si può far rientrare nella fase di programmazione, come arricchita dalla verifica, più o meno dovuta, degli operatori presenti sul mercato al fine di supportare la scelta della procedura di gara da adottare¹⁴³. Si entra così nella seconda fase tradizionale, quella "pubblicistica", attraverso però una attenta programmazione della gestione del rischio fin dalla fase di predisposizione dell'avviso pubblico e con la scelta di procedure e strumenti caratteristici dell'*innovation procurement* (normalmente forme flessibili di aggiudicazione, che consentono un'am-

¹⁴² Già SEC(2007)280, *Guide on dealing with innovative solutions in public procurement. 10 elements of good practice*, 5: «[...] this guide should be considered only as a first step towards more favourable conditions for innovation through public procurement, requiring a continuous exchange of practical experience and full political commitment». I "10 elements of good practice" erano: 1. *Act as an "intelligent" customer*; 2. *Consult the market before tendering*; 3. *Involve key stakeholders throughout the process*; 4. *Let the market propose creative solutions*; 5. *Seek value for money, not just the lowest price*; 6. *Take advantage of electronic means*; 7. *Decide how to manage risks*; 8. *Use contractual arrangements to encourage innovation*; 9. *Develop an implementation plan*; 10. *Learn for the future*. Più recentemente, COM(2021)4320, *Guidance on Innovation Procurement*, *passim* ma specialmente 16-25.

¹⁴³ COM(2021)4320, *Guidance on Innovation Procurement*, 36-38, dove questa fase è definita di "need assesment", da svolgersi in forme libere, anche previa consultazione degli operatori sul mercato: «A preliminary market consultation can take various forms. In some cases, public buyers might already have a good understanding and overview of the market, and so just need some minor clarifications or updates, whereas in other cases, extensive research might be necessary to gain the necessary knowledge to launch a procurement procedure. Therefore, there is not a one-size-fits-all approach to preliminary market consultations». Si pensi, nel contesto italiano allo strumento facoltativo della Consultazione preliminare di mercato, *ex art. 77*, d.lgs. n. 36/2023, ma ben potendo la pubblica amministrazione ricorrere a forme semplificate di manifestazione di interessi, interviste, consultazioni, eventi *hackaton*, ecc. L'art. 77 non si trova nel libro I del nuovo codice, nelle parti relative alla programmazione e alla progettazione, bensì nel Libro II, nella parte che tratta dello svolgimento delle procedure di aggiudicazione. Allo stesso tempo, l'articolo è ospitato nel titolo relativo agli atti preparatori e recita, al co. 2: «Tale documentazione può essere utilizzata anche nella *pianificazione* [corsivo nostro] e nello svolgimento della procedura di appalto, a condizione che non abbia l'effetto di falsare la concorrenza e non comporti una violazione dei principi di non discriminazione e di trasparenza». La consultazione va distinta dall'indagine di mercato (art. 50 e all. II.1, d.lgs. n. 36/2023), che viene predisposta per un affidamento puntuale e già individuato e obbligatoria per alcune procedure (sotto-soglia), pur rimanendo in una dimensione non vincolante rispetto alla scelta degli operatori economici a cui affidare l'esecuzione del contratto. Tale ultimo strumento si colloca più pacificamente nella fase due descritta nel testo, quella più propriamente propeudeica alla "scelta del contraente".

P'innovation procurement nel settore spaziale

pia negoziazione)¹⁴⁴. Infine, si collocano le tradizionali fasi dell'esecuzione, come caratterizzata però dalla necessità di gestire i profili di proprietà intellettuale, e controllo¹⁴⁵.

Dal punto di vista degli strumenti e contratti “flessibili” a disposizione, ad essi si farà cenno rispondendo al quesito su quale normativa si applichi all'*innovation procurement* nel settore spaziale nazionale.

Anche al settore spaziale si applica, dunque, il codice dei contratti pubblici nazionale e la rilevante normativa europea¹⁴⁶, utilizzando gli strumenti più innovativi a disposizione. Si tratta, quindi, sia di procedure flessibili per aggiudicare appalti complessi, applicate alla committenza di beni e servizi a carattere innovativo: procedura competitiva con negoziazione, dialogo competitivo o *project financing* (art. 70, in particolare c. 3, n. 2, d.lgs. n. 36/2023); sia di strumenti contrattuali *ad hoc* come il partenariato per l'innovazione (art. 75, d.lgs. n. 36/2023, nella parte del codice dedicata alle procedure di scelta del contraente, libro II, sugli appalti) o i contratti di ricerca e sviluppo (art. 135, d.lgs. n. 36/2023, sempre libro II ma per le forme contrattuali “speciali”, in combinato con l'allegato II.19), anche nella forma di appalto c.d. “pre-commerciale” (art. 135, c. 2, d.lgs. n. 36/2023).

Così per come delineato al momento il quadro normativo, fermo quindi lo *status quo*, l'ordinamento italiano offre già una serie di strumenti di *innovation procurement* adattabili alle esigenze del settore spaziale. Come già visto con alcuni esempi PNRR, l'ASI vi ricorre abitualmente¹⁴⁷.

¹⁴⁴ Per maggiori dettagli su questa fase e sugli strumenti “flessibili”, si vedano gli altri contributi nel medesimo numero speciale, *supra* nell'introduzione a questo saggio, per un richiamo alla letteratura più rilevante in materia di *innovation procurement*, e *infra*, rispetto all'esempio per il settore spaziale. In ogni caso, cfr. COM(2021)4320, *Guidance on Innovation Procurement*, 42-46 e 62-52.

¹⁴⁵ COM(2021)4320, *Guidance on Innovation Procurement*, 47-52 e allegato 1.

¹⁴⁶ Se ad esempio le amministrazioni che bandiscono sono coinvolte in progetti con amministrazioni europee – ad esempio nell'ambito del Regolamento (EU) 2021/696 – o internazionali (come l'ESA), e perciò esclusi dall'applicazione del Codice dei contratti pubblici nazionale.

¹⁴⁷ Il sito dell'Agenzia, alla sezione dedicata ai bandi, prevede una ripartizione in quattro sezioni: i bandi per i contratti di funzionamento, quelli per appalti istituzionali tecnologici e scientifici, quelli per i contratti di finanziamento di ricerca, sviluppo e innovazione e, infine, la categoria di bandi “Open calls, call for idea e altre opportunità scientifiche e tecnologiche”. Nella sezione “appalti istituzionali tecnologici e scientifici”, dal 1° agosto si rinvencono le procedure di appalto ai sensi del nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36/2023). Tra le procedure attivate, si segnalano a titolo esemplificativo: 1. una procedura selettiva aperta con negoziazione per un appalto escluso ai sensi di quanto previsto dall'art. 56, co. 1, *lett. c*), d.lgs. n. 36/2023, finalizzata all'individuazione dell'operatore per l'affidamento di servizi inerenti al “Programma di accelerazione europeo SPACEFOUNDERS”. Nella premessa al

Sia che permanga lo *status quo*, sia che si valuti in futuro come opportuna la creazione di regole *ad hoc* per il *procurement* nel settore spaziale, già intrinsecamente “innovativo”, la disciplina necessita di essere coordinata con le norme vigenti nel settore della difesa e della sicurezza, date le strette connessioni¹⁴⁸.

Si ricorda come per il settore della difesa e della sicurezza ci siano, infatti, deroghe specifiche al Codice dei contratti pubblici, a prescindere che si tratti o meno di contratti per l’innovazione. Ad esempio, tra i contratti “speciali” di cui al nuovo Codice dei contratti pubblici rientra proprio questo settore, con il richiamo al d.lgs. n. 208/2011, ovvero la disciplina dei contratti pubblici relativi ai lavori, servizi e forniture nei settori della difesa e sicurezza, in attuazione della dir. 2009/81/Ce (artt. 136-139 e allegati II.19 e 20, d.lgs. n. 36/2023). Viene in rilievo, di conseguenza, anche la disciplina sui contratti misti che potrebbero, per l’appunto, essere “speciali”, perché coinvolgenti il settore della difesa, ma allo stesso tempo “innovativi” (l’art. 137, d.lgs. n. 36/2023, da leggersi in combinato disposto con l’art. 1, dell’allegato II.20, Codice dei contratti pubblici). L’apertura del settore della difesa all’innovazione *demand-driven* è inoltre evidente in altre disposizioni

bando si legge: «L’Agenzia Spaziale Italiana (ASI), attraverso l’Unità UAS – Coordinamento Area Strategica e New Space Economy, nell’ambito dei propri compiti istituzionali e con l’intento di fornire supporto anche con strumenti innovativi alle start-up e giovani realtà imprenditoriali innovative che operano in settori collegati al campo spaziale e aerospaziale, promuove una serie di iniziative, finalizzate a rendere operativo e completo un ecosistema favorevole allo sviluppo della New Space Economy nazionale che supporti la nascita, sviluppo e scale-up di nuove realtà imprenditoriali o start-up collegate allo Spazio e al suo utilizzo (Upstream – Downstream), con particolare riferimento all’appointamento di adeguati strumenti di accelerazione delle start-up che permettano processi di crescita definiti scale-up». 2. Due avvisi di indagine di mercato con procedura esclusa esperita ai sensi di quanto previsto dall’art. 56, co. 1, lett. c) ma nel rispetto dei principi di cui agli artt. 1-3, d.lgs. n. 36/2023, uno per l’affidamento del “Servizio di assistenza per l’esecuzione delle attività di sorveglianza del rispetto dei requisiti di Qualità di ESA/CNES da parte dei fornitori italiani per i programmi ARIANE e VEGA” per il periodo 1-7-2024 – 30-6-2027 e l’altro per gli “In Situ Resource Utilization – ISRU per Esplorazione Lunare, Contratto Industriale di Fase B2/C/D: Attività di sviluppo della unità ISRU”, successivamente battezzato ORACLE (Oxygen Retrieval Asset by Carbothermal-reduction in Lunar Environment). Sulle peculiarità del *procurement* dell’ASI sono già presenti studi economici mirati: P.A. Castelnovo, S. B. Clò, M. Florio, *Space policy drives innovation through technological procurement: evidence from Italy*, cit., *passim*. Cfr. P. Castelnovo, G. Catalano, F. Giffoni, M. Landoni, *The impact of space procurement on suppliers: evidences from Italy*, cit., *passim*.

¹⁴⁸ Con “strette connessioni” si fa riferimento al ruolo delle tecnologie spaziali innovative per scopi di difesa e sicurezza, con il risultato che il progresso in ricerca e sviluppo nel settore dipende anche molto dall’applicazione in ambito militare, con una disciplina di *procurement*, anche innovativo, *ad hoc*, considerate anche le esigenze di riservatezza.

speciali. Sull'applicazione della procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara, ad esempio, il decreto del 2011 fa rientrare tra le attività consentite, i servizi di ricerca e sviluppo i cui benefici appartengono esclusivamente alla stazione appaltante perché li usi nell'esercizio della sua attività, a condizione che la prestazione del servizio sia interamente retribuita da tale stazione appaltante e i prodotti oggetto del contratto qualora siano fabbricati esclusivamente a fini di ricerca e sviluppo, a meno che non si tratti di produzione in quantità sufficiente ad accertare la redditività del prodotto o a coprire i costi di ricerca e messa a punto (art. 18, co. 3, d.lgs. n. 208/2011). Infine, si segnala che sono esclusi dall'applicazione del decreto 2011, quindi con ri-espansione in favore della disciplina generale in materia di contratti pubblici (oggi il codice del 2023), quei contratti aggiudicati nel quadro di un programma di cooperazione basato su ricerca e sviluppo, condotto congiuntamente dall'Italia e almeno uno Stato membro per lo sviluppo di un nuovo prodotto e, ove possibile, nelle fasi successive di tutto o parte del ciclo di vita di tale prodotto. Dopo la conclusione di un siffatto programma di cooperazione unicamente tra l'Italia e uno o altri stati membri, gli stessi comunicano alla Commissione europea l'incidenza della quota di ricerca e sviluppo in relazione al costo globale del programma, l'accordo di ripartizione dei costi nonché, se del caso, la quota ipotizzata di acquisti per ciascuno Stato membro (art. 6, co. 2, lett. *d*), ma si veda anche la lett. *m*), d.lgs. n. 208/2011).

4. L'innovazione e lo sviluppo sostenibile attraverso le lenti dell'attività contrattuale nel settore spaziale: un commento critico

Alla luce di quanto descritto nei precedenti paragrafi, di seguito si tenterà di affrontare in modo critico la connessione esistente o possibile tra la disciplina dell'*innovation procurement* e le regole esistenti per il *procurement* nel settore spaziale.

4.1. Il livello europeo

Sul versante europeo, si confermano le differenze di approccio, pur sfumate, tra il *procurement* spaziale dell'ESA e quello dell'UE, già osservate in passato. Nell'UE, l'obiettivo ultimo del diritto della concorrenza applicato al settore spaziale, pur nella sua specificità rispetto alla disciplina *antitrust*

ordinaria¹⁴⁹, e del principio di concorrenza vigente nel settore dei contratti pubblici, consiste nel sostenere l’attuazione della politica spaziale europea come sancita nel Trattato di Lisbona. Lo schema degli appalti dell’ESA è, al contrario, orientato alle esigenze prevalentemente industriali dei mercati nazionali degli stati finanziatori. Entrambi i sistemi garantiscono forme di concorrenza, ma solo la procedura di appalto dell’UE appare orientata ad ottenere la piena competitività sul mercato¹⁵⁰. In ogni caso, il riferimento alla “sovranità digitale europea” e le connessioni con *Horizon Europe* nel nuovo regolamento lasciano intendere un’attenzione per il “giusto ritorno” dell’investimento per l’UE nella sua interezza o, in altre parole, un’attenzione, pur *in nuce*, per i profili di politica industriale comunitaria¹⁵¹. Da qui, ancora, la rilevanza prospettica della collaborazione politica e di politiche tra gli Stati membri nel settore, con auspicabile processo di armonizzazione normativa, al momento non contemplata dai trattati. In questo senso, il coinvolgimento “strategico” dell’ESA nella *governance* del nuovo programma potrebbe essere di supporto, considerando la logica “industriale” che l’ha da sempre ispirata e il suo operare fuori dall’ordinamento europeo¹⁵². Da un punto di vista strettamente normativo, ovvero sul ventaglio di opzioni in concreto attivabili

¹⁴⁹ Si veda *infra* sia in riferimento alle licenze e concessioni (e, quindi, alla regolamentazione del mercato), sia ai profili di proprietà industriale e abusi di intese e posizioni dominanti.

¹⁵⁰ V. Maione, *L’applicazione delle norme UE sulla concorrenza al settore spaziale europeo: il procurement per il GNSS GALILEO come case study*, cit., 19. Riassume poi così, 15: «[] le differenze essenziali tra la procedura di appalto dell’ESA e quella dell’Unione Europea sono le seguenti: l’Unione Europea a prima vista impone rigorose formalità sostanziali cui l’ESA, neanche con la menzionata riforma [del 2008], lontanamente si conforma. Da un punto di vista del diritto della concorrenza, inoltre, il principio ESA del giusto ritorno è in contrasto con il principio del mercato unico europeo in condizioni competitive paritarie e di sostanziale concorrenza. [] Peraltro, permane una differenza procedurale impensabile nel sistema dell’Unione (ed in tutti gli ordinamenti nazionali che hanno regolamentato la concorrenza), quella della “rinegoziazione delle condizioni contrattuali dopo l’aggiudicazione della gara”». Anticipava, 14: «Il nuovo regolamento ESA sugli appalti è stato progettato per garantire una procedura corretta e il mantenimento di standard procedurali equi. Si noti, però, che le decisioni prese in questo ambito dall’ESA non sono sottoposte a controllo giurisdizionale, in quanto, quale Organizzazione internazionale, essa è immune dalla giurisdizione», elemento sostanzialmente diverso dal contesto dell’UE, considerata la competenza della Corte di giustizia dell’Unione Europea. Cfr. I. Petrou, *The European Space Agency’s procurement system: a critical assessment*, cit., 145-150 e 166-173. Per le parti riferite ad ESA, K. Shimizu, *The Procurement System of the Japanese Space Agency: A Comparative Assessment*, in 44(1) *Public Contract Law Journal* (2014), 31.

¹⁵¹ Comunicazione della Commissione, *Una nuova strategia industriale per l’Europa*, COM(2020) 102 final, 10.3.2020.

¹⁵² Art. 30, Reg. Ue n. 2021/696.

ai sensi del reg. Ue n. 2021/696, si prevede che, sulla base di una valutazione della Commissione, all'ESA potranno essere affidati altri compiti oltre a quelli esplicitamente elencati, specialmente per il segmento *upstream* e il programma Copernicus (anche relativamente alla gestione degli appalti). Si tratta, sulla base delle esigenze del programma, di valutazioni caso per caso e a condizione che i compiti non duplichino le attività svolte da un'altra entità incaricata nell'ambito del programma e mirino a migliorare l'efficienza dell'attuazione delle attività del programma (si veda a questo proposito il reg. Ue n. 2023/588 sull'infrastruttura comune di connettività sicura).

Alla luce del principio di concorrenza, un aspetto specifico della disciplina per le attività spaziali riguarda, ad esempio, proprio le autorizzazioni e le concessioni di licenze, in cui sono competenti, a seconda delle attività e dei programmi, anche le amministrazioni nazionali. Se è vero che il principio e il diritto della concorrenza ispirano la politica spaziale europea e i suoi programmi e se è vero che è aumentato il numero di operatori privati sui mercati di riferimento, soprattutto per l'espansione del segmento *downstream* e con indubbi riflessi per l'innovazione e la sostenibilità, questo comporta inevitabilmente un'attenzione crescente per le operazioni di rilascio di autorizzazioni e licenze che, più o meno direttamente, possono falsare la concorrenza sul mercato e l'accesso alle gare d'appalto, europee e nazionali, nel settore¹⁵³. Infatti, permangono sempre le tipicità dell'ambito qui analizzato, ovvero, le esigenze connesse alla difesa e sicurezza (anche economica), nazionale ed europea¹⁵⁴, che rendono di per sé limitato l'accesso al mercato per alcune attività, conferendo però vantaggi commerciali di lungo periodo ad alcune imprese, o tipologie di operatori (anche in base alla nazionalità); oppure la presenza di piccole imprese ultra-specializzate, per sacche tecnologiche, con la complicazione ulteriore che le attuali principali industrie spaziali mantengono strutture aziendali integrate in complesse *holding*, sia pubbliche, sia private, generalmente suddivise in differenti divisioni operative¹⁵⁵.

¹⁵³ M. E. De Maestri, *Licence Conditions for the Use of Satellite-based Data in the European Earth Monitoring Programme (Copernicus)*, in *Party Autonomy in European Private (&) International Law*, a cura di I. Queirolo, B. Heiderhoff, Aracne, Rome, tomo I, 2015, 165-187.

¹⁵⁴ Si veda la *Joint Communication to the European Parliament and the Council, European Union Space Strategy for Security and Defence*, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=JOIN:2023:9:FIN>. P. J. Blount, *The discourse on space securitization*, in *The Oxford Handbook on Space Security*, a cura di S. M. Pekkanen e P. J. Blount, New York, Oxford University Press, 61-75.

¹⁵⁵ A questo complesso intreccio tra profili regolatori e antitrust accennava sempre V. Maione, *L'applicazione delle norme UE sulla concorrenza al settore spaziale europeo: il procurement per il GNSS GALILEO come case study*, cit., 11-12.

Se è quindi vero che tra i principali obiettivi europei vi è il funzionamento di un mercato “unico” e che il mercato spaziale va caratterizzandosi per un nuovo dinamismo e un’interdipendenza tra segmenti, risulta prioritario, dal punto di vista giuridico e istituzionale, non solo l’attuazione delle nuove norme europee in materia, alla luce della concorrenza, ma, anche, un allineamento settoriale (ad esempio rispetto alla sicurezza, alla ricerca, sviluppo e innovazione, alla sostenibilità) e uno sforzo, a cui si è già fatto cenno, di coordinamento tra le normative nazionali per la regolazione del settore, già approvato o in procinto di esserlo, e tra queste ultime e quelle europee.

Questo allineamento – settoriale e nazionale – può essere supportato, ad esempio, proprio dalla disciplina del *public procurement*, dai caratteri comuni e vincolanti per gli Stati membri (le direttive appalti), ma di ispirazione e di quasi completa uniformità anche per le istituzioni europee¹⁵⁶. L’analisi degli strumenti e principi del *procurement* per il nuovo programma spaziale europeo mette in luce come la disciplina settoriale presupponga lo strumento dell’appalto/partenariato come “innovativo” e/o “atipico”, pur se ispirato a principi comuni e strumenti *standard* negli Stati membri e in altre istituzioni europee.

La premessa alla seguente argomentazione è che, pur se non esplicitamente indicato nel regolamento del 2021, nel settore spaziale, *il public procurement* riguarda abitualmente l’aggiudicazione di contratti che hanno ad oggetto la fornitura di servizi di ricerca e sviluppo o, comunque, di beni e processi “innovativi” a misura per il programma. Allo stesso tempo, anche nel regolamento finanziario a cui devono rifarsi le istituzioni e amministrazioni europee per regolare i loro contratti, non si rinviene un’attenzione particolare a questa categoria di beni e servizi di ricerca e sviluppo da appaltare, diversamente dalle direttive appalti (art. 25, dir. 2014/24/UE), pur elencandosi le dieci procedure di aggiudicazione a cui ricorrere, tra cui il partenariato per l’innovazione¹⁵⁷. Questo non significa che non vi sia at-

¹⁵⁶ Si ricorda come le direttive appalti del 2014 non sono giuridicamente vincolanti per le istituzioni dell’UE. Queste ultime si sono dotate di norme proprie, pur se sostanzialmente in linea con la direttiva appalti del 2014 (n. 24), con qualche importante eccezione (il caso della BCE). Le istituzioni dell’UE finanziate dal bilancio generale sottostanno alle norme sugli appalti pubblici stabilite dal regolamento finanziario del 2018 (reg. Ue n. 2018/1046), nonché dalle modalità di applicazione dello stesso (*vademecum*), su indirizzo della Commissione europea. Cfr., per una ricostruzione sintetica del quadro relativo agli appalti pubblici nelle amministrazioni europee, Corte dei conti europea, *Le istituzioni dell’UE possono fare di più per semplificare l’accesso ai loro appalti pubblici*, report speciale, n. 17, 2016.

¹⁵⁷ Art. 164, Reg. Ue n. 2018/1046. D’altra parte, un conto è l’oggetto della procedura, un altro, invece, il tipo di procedura da adottare al fine di selezionare il miglior offerente.

L'innovation procurement nel settore spaziale

tenzione per l'*innovation procurement* nella disciplina degli appalti applicabile alle istituzioni europee¹⁵⁸. Essa è, più semplicemente, implicita e rimessa alle singole istituzioni, in base alle loro necessità e bisogni, o alle regole previste per specifici fondi e programmi, come quello spaziale. Inoltre, i contratti di ricerca e sviluppo non prevedono propriamente la realizzazione dell'innovazione, dovendosi questa concretizzare in una successiva fase di nuovo bando e aggiudicazione per il prodotto o processo commercializzabile.

Nel reg. Ue n. 2021/696, ci sono così, da una parte, una serie di procedimenti "innovativi" perché tipici del settore o particolarmente adatti alle esigenze dei programmi spaziali, di cui andrebbe indagata la replicabilità e le esperienze in altri settori ad alta intensità di ricerca, sviluppo e innovazione, soprattutto tecnologica (come il settore medico o farmacologico) e in altri contesti ordinamentali: l'appalto frazionato o il contratto a rimborso dei costi, nonché l'ampio ricorso al subappalto, con margini di intervento minimi ben definiti. Essi possono essere attivati dalle amministrazioni aggiudicatrici alle condizioni indicate dal regolamento, in alternativa alle procedure classiche previste per le istituzioni europee dal regolamento finanziario.

Dall'altra, il regolamento del 2021 prevede, sempre nel capo sulle disposizioni finanziarie, sovvenzioni, premi e operazioni di finanziamento miste. Tra queste azioni di sovvenzione, si prevede che esse possano andare a supporto di appalti pre-commerciali o appalti pubblici per soluzioni innovative che sono effettuati da beneficiari che sono amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori quali definiti nelle direttive appalti e nella *soft law* europea, compresa quella applicabile al settore della difesa e della sicurezza. Questa è l'unica indicazione esplicita presente nel regolamento all'*innovation procurement* come normalmente inteso nella cornice delle direttive appalti. Quindi, non si prevede che sia la nuova agenzia o altre amministrazioni europee coinvolte nella *governance* del programma a ricorrevi, quanto, piuttosto, amministrazioni nazionali risultate esse stesse beneficiarie di sovvenzioni

¹⁵⁸ Anzi, lo strumento del partenariato per l'innovazione è particolarmente valorizzato, così come sono presenti numerosi riferimenti all'innovazione, similmente alla sostenibilità. Ad esempio, considerando n. 101, Reg. Ue n. 2018/1046: «In linea con la direttiva 2014/24/UE, il presente regolamento dovrebbe consentire la consultazione di mercato prima dell'avvio di una procedura di appalto. Per garantire che un partenariato per l'innovazione sia utilizzato solo quando i lavori, le forniture e i servizi desiderati non esistono sul mercato né come attività di sviluppo vicino al mercato, il presente regolamento dovrebbe stabilire l'obbligo di svolgere tale consultazione preliminare di mercato prima di ricorrere a un partenariato per l'innovazione». Art. 164(5)(d), Reg. Ue n. 2018/1046: «Un'amministrazione aggiudicatrice può ricorrere [] d) al partenariato per l'innovazione per sviluppare prodotti, servizi o lavori innovativi e acquistare successivamente le forniture, i servizi o i lavori che ne risultano». Cfr. anche Allegato I, Sezione II, par. 7, dedicata nello specifico al partenariato per l'innovazione.

nell'ambito del programma. La dicitura adottata dal regolamento è molto ampia e, alla luce del più recente quadro di *soft law* sull'*innovation procurement*, con una lettura coordinata dell'*hard law* prevista dalle direttive appalti, ricomprende tutti gli strumenti disponibili, ovvero, sia gli appalti di ricerca e sviluppo nella fase pre-commerciale, sia gli appalti di soluzioni innovative¹⁵⁹. Nel primo caso, l'amministrazione acquista il processo di innovazione pur se ancora con risultati parziali (ricerca e sviluppo), condividendo il rischio economico con l'operatore privato (fase pre-commerciale)¹⁶⁰. Nel secondo caso, l'amministrazione compra i risultati dell'innovazione creata da altri operatori e si comporta come un *early adopter* di soluzioni innovative¹⁶¹. Le procedure di aggiudicazione considerate più idonee e flessibili a supportare la sperimentazione da parte delle amministrazioni di appalti innovativi sono, tra quelle disponibili: la procedura competitiva con negoziazione (*competitive procedure with negotiation*), il dialogo competitivo (*competitive dialogue*)¹⁶², concorsi di progettazione (*design contest*)¹⁶³ e i partenariati per l'innovazione (*innovation partnership*)¹⁶⁴.

Queste sovvenzioni indicate nel nuovo regolamento europeo sono il segnale che la normativa sovranazionale sta imprimendo uno stimolo ai mercati nazionali degli appalti pubblici al fine di incentivare il ricorso all'*innovation procurement* nel settore spaziale. I più recenti studi dimostrano scarsi risultati nella capacità del settore appalti in generale a trainare l'innovazione¹⁶⁵, di conseguenza si confermerebbe il ruolo di traino del settore dell'*outer space*.

¹⁵⁹ Nel tempo il lessico della Commissione si è indirizzato verso l'*innovation procurement* (COM(2021)4320, *Commission Notice: Guidance on innovation procurement*) e non più vero il *public procurement of/for innovation* o *innovative public procurement* (SEC(2007)280, *Guide on dealing with innovative solutions in public procurement. 10 elements of good practices*).

¹⁶⁰ Si tratta di una forma contrattuale esclusa dall'applicazione delle direttive appalti (considerando 47, dir. 2014/24/Ue), diversamente dagli appalti per ricerca e sviluppo ex art. 25, dir. 2014/24/Ue, e per la quale è valida la COM(2007)799, *Pre-commercial Procurement: Driving innovation to ensure sustainable high quality public services in Europe*.

¹⁶¹ Questa distinzione e queste precisazioni sono fornite dalla COM(2021)4320, *Commission Notice: Guidance on innovation procurement, passim*.

¹⁶² Art. 26, dir. 2014/24/Ue.

¹⁶³ Artt. 78 ss., dir. 2014/24/Ue.

¹⁶⁴ Art. 31, dir. 2014/24/Ue.

¹⁶⁵ Si vedano, ad esempio, i risultati in chiave comparata nello studio, *Benchmarking of R&D procurement and Innovation Procurement Investments In countries across Europe*, DG GNECT, F – Digital Single MarketF3 – Digital innovation and Blockchain, October 10, 2020, *passim*. Precedentemente, COM (2017) 572, *Appalti pubblici efficaci in Europa e per l'Europa*: «Per quanto riguarda l'innovazione, dalle analisi emerge che gli appalti per l'innovazione sono

L'innovation procurement nel settore spaziale

Un elemento che, nel settore spaziale e a prescindere dalle varie procedure, avvicina il *procurement* all'*innovation procurement* è poi la commistione con le regole relative alla protezione e la limitazione dell'accesso al *know-how* e alla proprietà intellettuale¹⁶⁶. La stessa esenzione dall'applicazione delle norme europee relative alle pratiche scorrette a danno della concorrenza previste dall'art. 101, par. 3, TFUE (in relazione alle intese)¹⁶⁷, e che si può estendere anche a molte attività spaziali, ha l'obiettivo in realtà di limitare l'impatto degli accordi sleali o restrittivi che potrebbero altrimenti essere considerati giustificabili, ad esempio, per proteggere il trasferimento di tecnologia, in una fase successiva all'aggiudicazione dell'appalto¹⁶⁸. L'esenzione dalla normativa generale non comporta la mancata soggezione alle regole pro-concorrenziali, ma la messa a punto di regole speciali, ad esempio nella fase di aggiudicazione o esecuzione dei contratti pubblici, soprattutto per quei segmenti di attività che più si aprono oggi al mercato (segmento *downstream*) piuttosto che alle attività rientranti nell'*outer space* ma che continuano a rimanere per natura "esclusive" o di "monopolio" (quindi fallimenti del mercato, si pensi alle esigenze di difesa e sicurezza, anche connesse a prodotti e servizi con un *dual-use*, per i quali si limitano le esportazioni) o "oligopoliste" (per le condizioni stesse dell'attività prodotta, come la predisposizione di una stazione spaziale; un tempo anche i "lanci" di satelliti, pur se oggi l'innovazione tecnologica ha ridotto il costo associato a queste attività).

Il nuovo regolamento per il programma spaziale europeo dedica un intero articolo alla definizione dei regimi proprietari e d'uso dei beni, ma-

ostacolati da diverse barriere. Un modo per migliorare la situazione potrebbe consistere in un più ampio uso della procedura relativa ai partenariati per l'innovazione».

¹⁶⁶ V. Maione, *L'applicazione delle norme UE sulla concorrenza al settore spaziale europeo: il procurement per il GNSS GALILEO come case study*, cit., 11. Cfr. COM(2021)4320, *Commission Notice: Guidance on innovation procurement*, 65-72. N. Dimitri, *Intellectual property rights in the EU pre-commercial procurement for innovation*, in 4(3) *Journal of Strategic Contracting and Negotiation* (2018), 186. Il tema è molto sensibile anche per l'ordinamento nordamericano, da tempo e anche per il settore spaziale, B. Parrish, *Commercializing Space: Intellectual Property Concerns with Space Act Agreements*, 78 *J Air L & Com* (2013), 651.

¹⁶⁷ Art. 101 (3), TFUE: «Le disposizioni del paragrafo 1 possono essere dichiarate inapplicabili» facendo salve appunto le opere: «che contribuiscano a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico, pur riservando agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne deriva, ed evitando di: a) imporre alle imprese interessate restrizioni che non siano indispensabili per raggiungere tali obiettivi; b) dare a tali imprese la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi».

¹⁶⁸ V. Maione, *L'applicazione delle norme UE sulla concorrenza al settore spaziale europeo: il procurement per il GNSS GALILEO come case study*, cit., 11.

teriali e immateriali (anche intellettuali) prodotti nell'ambito del programma¹⁶⁹. In particolare, prevede che, qualora i beni siano costituiti da diritti di proprietà intellettuale, la Commissione gestisce tali diritti nel modo più efficace possibile tenendo conto della necessità di proteggere e valorizzare i beni, degli interessi legittimi di tutti i portatori di interessi coinvolti, della necessità di sviluppare armoniosamente i mercati e le nuove tecnologie e della necessità di garantire la continuità dei servizi forniti dalle componenti del programma¹⁷⁰.

4.2. Il livello nazionale

Nel caso nazionale, il legislatore italiano, vista l'assenza di una normativa speciale per il *procurement* spaziale e per quello innovativo, potrebbe tentare un migliore coordinamento tra i testi già disponibili, ovvero, tra il Codice dei contratti pubblici e la rilevante normativa del settore della difesa, al fine di far emergere più compiutamente le potenzialità dell'*innovation procurement* per il settore spaziale. Il nuovo Codice dei contratti pubblici, infatti, lascia alcuni interessanti margini di manovra per intervenire attraverso le fonti regolamentari, alla luce del coordinamento istituzionale. Ciò avviene anche tenendo conto della scelta per un codice auto-applicativo, grazie alla previsione iniziale di allegati per via legislativa, con la possibilità di adottare, in un secondo momento, decreti attuativi¹⁷¹.

I soggetti di cui agli artt. 135, c. 3, ovvero il Ministro dell'università e della ricerca di concerto con il Ministro delle imprese e del *made in Italy*, e 136, c. 4 del Nuovo codice dei contratti pubblici, ovvero il Ministro della difesa di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, potrebbero, ad esempio, consultare i soggetti pubblici attivi nel settore spaziale e l'AGID al fine di elaborare i regolamenti sostitutivi degli allegati II.19 e II.20 del Nuovo Codice dei contratti pubblici.

Più nello specifico, l'art. 136 del Codice dei contratti pubblici prevede che, in sede di prima applicazione, sia abrogato, a decorrere dalla data di en-

¹⁶⁹ Art. 9, Reg. Ue n. 2021/696.

¹⁷⁰ Art. 9, par. 6, Reg. Ue n. 2021/696, precisando: «[] La Commissione garantisce in particolare che i pertinenti contratti, accordi e altre intese comprendano la possibilità di trasferire tali diritti di proprietà intellettuale a terzi o di concedere a terzi licenze per tali diritti, incluso al creatore della proprietà intellettuale, e che l'Agenzia possa liberamente godere di tali diritti qualora necessario per l'esecuzione dei suoi compiti a norma del presente regolamento».

¹⁷¹ E. Tati, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: tecniche di semplificazione normativa e riflessi PNRR*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 4, 2023, 59-79.

P'innovation procurement nel settore spaziale

trata in vigore di un corrispondente regolamento adottato ai sensi dell'art. 17, c. 3, l. 23 agosto 1988, n. 400, l'allegato II.20 (Appalti e procedure nel settore difesa e sicurezza), il cui art. 1, dedicato ai contratti misti, al c. 6 fa riferimento proprio allo sviluppo di forniture a contenuto innovativo. Le amministrazioni coinvolte nel dialogo istituzionale potrebbero prestare particolare attenzione alla disciplina applicabile ai contratti misti di cui all'art. 137 del nuovo Codice dei contratti pubblici e allo sviluppo di forniture a contenuto innovativo. Analogamente, ciò potrebbe avvenire con l'allegato II.19 (contratti di ricerca e sviluppo), in base a quanto previsto dall'art. 135 sempre del nuovo Codice dei contratti pubblici.

A fronte, cioè, della complessità della *governance* istituzionale, sia per il settore spaziale, sia per l'*innovation procurement*, e ferme le discipline ordinarie e le prassi consolidate delle amministrazioni già operanti nei settori, dovrebbe essere favorito il più possibile il dialogo tra attori pubblici, sfruttando le innovative leve di produzione normativa già esistenti.

Se l'alternativa preferita fosse, al contrario, quella di creare un *corpus* di regole specifiche, quindi un settore di sperimentazione anche legislativa dei contratti innovativi ispirati allo spazio, gli schemi di *public procurement* previsti nell'ambito del nuovo programma spaziale europeo sopra richiamati, anche con riferimento alla gestione della proprietà intellettuale, potrebbero fungere da modello. In preparazione di ciò, nel caso di contratti esclusi (art. 56, co. 1, co. lett. c) e d), d.lgs. n. 36/2023 e art. 6, co. 2, lett. d) e m), d.lgs. n. 208/2011), i soggetti pubblici che operano nel settore spaziale potrebbero segnalare all'AGID la sperimentazione di procedure innovative di aggiudicazione dei contratti pubblici nel settore della ricerca e dello sviluppo, che a sua volta potrebbe essere audita presso il COMINT.

Una novella legislativa in questa direzione sarebbe il segnale della rilevanza, per l'intera filiera produttiva nazionale nei settori più innovativi, delle politiche per l'innovazione *demand-side* e di un nuovo corso nelle politiche spaziali nazionali.

5. Oltre l'*Outer Space Law* e le nuove sfide giuridiche della *New Space economy*

In conclusione, se il baluardo della pace nella gestione degli affari spaziali dipende dalla tenuta del sistema di diritto internazionale ad oggi vigente (i diritti di libero accesso, esplorazione e uso)¹⁷², un punto di nuova ten-

¹⁷² Art. I, *Trattato sui Principi che Regolano le Attività degli Stati nell'Esplorazione e nell'U-*

sione emerge oggi con l'ingresso di sempre più operatori privati nel relativo mercato, l'ambiguità delle regole sovranazionali relativamente all'appropriazione e gestione delle "risorse" spaziali nel segmento *upstream* e lo sviluppo tumultuoso del segmento *downstream*. Ad esempio, pur non potendosi rivendicare la sovranità nazionale sui corpi celesti, le leggi adottate negli ultimi anni, come la *U.S. Commercial Space Launch Competitiveness Act* del 2015, sono esemplari di una sovranità "indiretta" o "di fatto", prevedendo l'autorizzazione all'estrazione, appropriazione ed utilizzo di risorse e materie prime spaziali da parte dei privati, attività che rischiano di compromettere l'equilibrio economico e geopolitico mondiale. Allo stesso tempo, l'ingresso degli operatori privati sia nel segmento *upstream*, sia in quello *downstream*, pur garantendo investimenti, se non opportunamente regolato, ovvero in modo da assicurare una concorrenza sana, aumenta il rischio di oligopoli e ripercussioni per i consumatori finali, di svantaggi per i paesi più deboli, di effetti negativi sulla sostenibilità e la sicurezza¹⁷³.

La regolazione dei mercati spaziali rappresenta, dunque, sia un rischio, sia una opportunità, dipendendo questa alternativa dall'approccio scelto e anche dalla capacità delle nazioni di lavorare in sinergia, piuttosto che in concorrenza o in conflitto (scenario da evitare, ad esempio, nell'UE). Proprio lo strumento del *procurement* analizzato in questo scritto, sia in passato, sia alla luce dei mutati scenari per il diritto spaziale, può garantire un assetto equilibrato del mercato. Ad esempio, gli appalti e i partenariati innovativi equi e sostenibili nell'ambito di programmi pubblici che sono tenuti al rispetto degli obblighi internazionali possono considerarsi una strada sicura nel settore *upstream* per conseguire obiettivi diversificati: i grandi operatori privati guadagnano per le prestazioni commissionate e non vengono retribuiti con la commercializzazione e lo sfruttamento libero di risorse o scoperte scientifiche e nuove invenzioni. Allo stesso tempo, l'industria spaziale, attiva nella fornitura delle grandi infrastrutture, proprio grazie ai programmi spaziali con finalità ampie ma allo stesso tempo ben definite, può essere spinta verso obiettivi di innovazione per l'intera filiera produttiva che si espande in direzione *downstream* coinvolgendo nel *procurement* gli operatori più piccoli e nascenti (senza necessariamente scaturire in acquisizioni societarie).

Almeno sulla carta, il nuovo Programma spaziale europeo sembra tendere verso questi risultati. Tale dinamica dovrà essere verificata alla luce

so dello Spazio Extra-Atmosferico, Compresi la Luna e gli altri Corpi Celesti, adottato dall'A.G. dell'ONU il 19 dicembre del 1966 (c.d. *Outer Space Treaty*).

¹⁷³ Si veda il lavoro monografico di G. Sanna, *New space economy, ambiente e sviluppo sostenibile*, cit., *passim*.

P'innovation procurement nel settore spaziale

dell'atteso *Space Act* europeo e, in ambito nazionale, della prossima legge sulle politiche spaziali.

Abstract

The paper connects public legal studies on public procurement for innovation and sustainability with the analysis of the space sector, especially in the light of new competitive dynamics. First of all, the focus is on European law and the public procurement approach adopted under the new Regulation (EU) 2021/696, establishing the European Union Space Programme for the period 2021-2027 and the European Union Space Programme Agency (EUSPA). An analysis of the case concerning the service concession for the European infrastructure IRIS2 is then provided. Secondly, the national context is introduced, framing the governance of the sector, the investments (including NRRP and for the National Space Economy Plan), the rules on public contracts that apply to the sector, itself innovative, considering the complementarities with the defence and digital innovation sectors. In conclusion, the peculiarities of public contractual discipline in the space sector are highlighted in the light of the objectives for innovation and sustainability, and the evolutionary lines for the national context are intercepted, arguing finally in favour of flanking a more traditional Outer Space Law perspective, which refers to the international treaty of the same name, of one instead connected to the need for regulation and competition.

L'USO STRATEGICO DEI CONTRATTI PUBBLICI E LO SVILUPPO SOSTENIBILE: LINEE EVOLUTIVE ALLA LUCE DEL PRINCIPIO DEL RISULTATO

SOMMARIO: 1. La disciplina dei contratti pubblici oltre il primato della concorrenza. Linee evolutive tra ordinamento interno e sovranazionale. – 1.1. L'uso strategico dei contratti pubblici nell'ottica dello sviluppo sostenibile tra macro e micro-mercato. – 1.2. Il micro-mercato: cenni sui principali strumenti di sostenibilità tra 'vecchio' e nuovo codice. – 2. ... e il (nuovo) principio del risultato. – 3. Considerazioni conclusive: per un approccio "olistico" al principio del risultato.

1. La disciplina dei contratti pubblici oltre il primato della concorrenza. Linee evolutive tra ordinamento interno e sovranazionale

Sin da prima dell'unità d'Italia¹, il meccanismo tipico con cui l'amministrazione ha sempre selezionato i propri contraenti è stata la gara pubblica, in quanto considerata lo strumento ideale per garantire l'imparzialità e la correttezza dell'azione amministrativa, assicurare la convenienza della stessa e, in tempi più recenti, promuovere e salvaguardare la concorrenza tra privati².

Se, nel corso del tempo, lo strumento è rimasto lo stesso ciò che è mutato più volte, all'interno della normativa, è stato il rilievo, l'assetto e l'approccio nel bilanciamento dei singoli interessi tutelati.

L'"anima originaria" della disciplina sui contratti pubblici, infatti, è stata quella della convenienza amministrativa, rispetto alla quale la concorrenza

¹ Le prime norme sulla formazione dei contratti pubblici risalgono almeno al Regno di Sardegna con la l. 23 marzo 1853, n. 1483 che all'art. 24 prevedeva: «Tutti i contratti nell'interesse dello Stato avranno luogo a pubblici incanti». Tale regola, dopo l'Unità, venne estesa a tutto il Regno d'Italia.

² Sugli interessi astrattamente tutelabili mediante il ricorso alle procedure di gare v. M. Cafagno, *Lo Stato banditore. Gare e servizi locali*, Milano, 2001, 120. Secondo l'A., sulla base di una «pacifica tripartizione», sarebbero: convenienza ed efficienza contrattuale, imparzialità dell'azione amministrativa, sviluppo della concorrenza.

tra privati è stata considerata, per lungo tempo, un interesse recessivo, tutelata solo ove idonea a garantire una corretta gestione del denaro pubblico³. La normativa nazionale sulla contabilità dello Stato⁴, che ha costituito per diversi decenni la disciplina fondamentale del sistema dei pubblici incanti, aveva infatti quale obiettivo primario quello di garantire le condizioni economiche più favorevoli per l'amministrazione e tutelava la concorrenza tra imprese e la *par condicio* tra i concorrenti solamente di riflesso, nell'interesse esclusivo dell'amministrazione⁵. Non solo, ma l'intera normativa di contabilità era permeata dall'idea che l'amministrazione fosse la parte contrattuale più debole e che dovesse essere tutelata, tramite una legislazione di privilegio, nell'insidiosa contrattazione con i privati appaltatori, ove l'interesse alla convenienza amministrativa doveva detenere una posizione di centralità.

³ Cfr. S. Simone e L. Zanetti, *Appalti pubblici e concorrenza*, in, *Lo Stato compratore. L'acquisto di beni e servizi nelle pubbliche amministrazioni*, a cura di L. Fiorentino, Bologna, 2007, 119 ss.

⁴ Si fa riferimento al r.d. 18 novembre 1923, n. 2440 e al regolamento attuativo approvato con r.d. 23 maggio 1924, n. 824 (regolamento di contabilità). Prima ancora di tale plesso normativo, uno dei primi e più rilevanti passi nella storia normativa della disciplina dei contratti pubblici, è stato l'allegato F.l. 20 marzo 1865, n. 2248. Tale sistema di regole era funzionale ad assicurare lo sviluppo infrastrutturale di cui necessitava il neocostituito Stato unitario, perseguendo gli interessi pubblici coinvolti, tra cui ricopriva un ruolo di primo piano quello del contenimento e della razionalizzazione della spesa pubblica (A. Farì, *L'uso strategico dei contratti pubblici*, in *L'intervento pubblico nell'economia*, a cura di M. Cafagno e F. Manganaro, Firenze, Firenze University Press, 2016, 441 ss.). Per tale ragione, infatti, la fase iniziale della disciplina dei contratti per le opere pubbliche fu strettamente connessa a quella sulla contabilità generale dello Stato, sul presupposto che i contratti, per la connessa erogazione di spesa (o di acquisizione di una entrata), incidevano sulla consistenza del patrimonio pubblico e quindi trovavano la loro disciplina «in quel settore dell'ordinamento positivo che delinea il regime giuridico della gestione finanziaria e patrimoniale pubblica». Così A. Barettoni Arleri, *Linee evolutive della contabilità dello Stato e degli enti pubblici*, Milano, Giuffrè, 1980, 177.

⁵ In tal senso M. Clarich, *Contratti pubblici e concorrenza*, in *Atti del LXI Convegno di studi di scienza dell'Amministrazione, La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Varenna 17-19 settembre 2015, Milano, Giuffrè, 2016, consultabile anche in *astrid-online.it*, 19, 2015. Sull'argomento Santi Romano nel 1901 scrisse che il procedimento previsto per le gare per pubblico incanto o per licitazione privata, prevedeva l'adempimento di formalità in genere «stabilite nell'interesse dell'amministrazione e il cui difetto, quindi, non può essere opposto dal privato» (S. Romano, *Diritto amministrativo*, Milano, Società editrice libraia, 1901, 533). In altre parole, nella legge di contabilità, l'offerta migliore era quella considerata più conveniente per l'amministrazione in una logica meramente contabilistica in quanto l'interesse pubblico coincideva con l'interesse finanziario dell'amministrazione che era tenuta a scegliere secondo il criterio del prezzo più basso. Cfr. A. Fonzi, *Il principio di concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, Torino, Giapichelli, 2019, 21 ss.

L'uso strategico dei contratti pubblici e lo sviluppo sostenibile

Di conseguenza, l'evidenza pubblica era considerata uno strumento teso a evitare il verificarsi di pratiche corruttive e spreco di denaro pubblico piuttosto che a garantire la concorrenza tra gli operatori privati⁶: interessi come la *par condicio* tra gli operatori e la massimizzazione della loro partecipazione erano presi in considerazione solo ove posti a favore dell'amministrazione⁷, nei confronti della quale sussisteva comunque una forte diffidenza. Da ciò la volontà di incardinare il potere discrezionale della p.a. all'interno di uno schema regolatorio di tipo «*command and control*», fondato sulla imposizione di minuziose regole di condotta tese a circoscrivere quanto più possibile il margine di scelta dell'amministrazione⁸.

Quest'ottica ha permeato la normativa nazionale per lungo tempo, sino all'avvento del diritto comunitario che ha visto nella disciplina dei contratti pubblici uno strumento di primaria importanza nel raggiungimento degli obiettivi della Comunità europea, primo fra tutti la creazione e il consolidamento del mercato unico⁹.

In altre parole, il ruolo secondario della concorrenza all'interno del mercato dei contratti pubblici è stato intaccato dal diritto comunitario e dall'obiettivo di costruire un mercato unico¹⁰, aperto e in grado di garantire le libertà economiche fondamentali e in cui, nel corso del tempo, è emersa anche l'importanza nevralgica degli appalti pubblici nel raggiungimento

⁶ S. Fantini e H. Simonetti, *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, II ed., Milano, Giuffrè, 2019, 7.

⁷ Si pensi, ad esempio, all'art. 37 che, al secondo comma, prevedeva la possibilità di suddividere l'appalto in più lotti solo ove ciò potesse risultare «più vantaggioso per l'amministrazione». Sull'evoluzione dell'istituto della suddivisione in lotti sia consentito il rinvio a A. Coiante, *L'accesso delle PMI al mercato dei contratti pubblici tra la concorrenza per il mercato e la discrezionalità amministrativa: lo strumento della suddivisione in lotti quale "chiave di volta" che non risolve*, in *Dir. e soc.*, 4, 2021, 795 ss. e la bibliografia ivi contenuta.

⁸ S. Fantini e H. Simonetti, *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, cit., 124.

⁹ A. Farì, *L'uso strategico dei contratti pubblici*, in *L'intervento pubblico nell'economia*, cit., 444.

¹⁰ Come noto, sin dal Trattato di Roma del 1957, tra i principi cardine della Costituzione economica europea vi è quello di garantire – in un mercato interno «caratterizzato dall'eliminazione tra gli Stati membri, degli ostacoli alla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali» (art. 3, c. 1, lett. c) Trattato Ce) – «un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza» (art. 4, c. 2, Trattato Ce). Sul concetto di Costituzione economica europea si veda, *ex multis* S. Cassese, *La Costituzione economica europea*, *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2001, n. 6, 907; Aa.Vv., *La nuova costituzione economica*, a cura di S. Cassese, V ed., Laterza, Bari, 2012. L'Autore, a seguito del fenomeno di integrazione europea, ha ritenuto opportuno parlare di una «nuova costituzione economica» rispetto a quella delineatasi fino a quel momento nell'ordinamento italiano dagli artt. 41, 42 e 43, Cost. Sui legami tra Costituzione e tutela della concorrenza sia consentito il rinvio a A. Coiante, «*Le potenzialità concorrenziali nascoste*» dell'art. 41 Cost., in *federalismi.it*, 2020, n. 4.

dello stesso¹¹. Da qui la necessità di armonizzare, attraverso lo strumento delle direttive¹², le legislazioni degli Stati membri, così da aprire la concorrenza,

¹¹ Nonostante, inizialmente, nel Trattato istitutivo della Cee non vi fosse alcun riferimento agli appalti pubblici nazionali (fu inserito solo con l'Atto unico europeo del 17 febbraio 1986 all'art. 130F) la Comunità europea prima e l'Unione europea poi, hanno compreso l'importanza nevralgica degli stessi nel raggiungimento del mercato interno (si v. COM (85) 310, *Libro bianco sul completamento del mercato interno*, 14 giugno 1985, parr. 81 ss.). Venne intuito che, per realizzare una piena integrazione economica, occorreva eliminare non solo le barriere tariffarie ma anche quelle non tariffarie alla libera circolazione dei fattori produttivi e tra queste ultime gli appalti pubblici occupavano una posizione di primaria importanza. Cfr. S. Simone e L. Zanetti, *Appalti pubblici e concorrenza*, in, *Lo Stato compratore. L'acquisto di beni e servizi nelle pubbliche amministrazioni*, a cura di L. Fiorentino, Bologna, Il Mulino, 2007, 119 ss. Concetti come competizione e concorrenza sono sempre stati presenti nella disciplina relativa alla formazione dei contratti pubblici già nelle leggi di fine Ottocento dei principali paesi europei. Tuttavia, ciò che è mutato nel tempo è il significato di "messa in concorrenza", totalmente diverso rispetto a quello che sarebbe stato poi posto a fondamento delle norme comunitarie poi recepite dagli Stati membri. Così M. D'Alberti, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2008, n. 2, 296 ss.

¹² Il primo passo in tal senso furono, a partire dagli anni Settanta del secolo scorso, le direttive cc.dd. di prima generazione tese a creare i presupposti per un mercato interno degli appalti pubblici attraverso l'eliminazione, in primo luogo, delle discriminazioni basate sulla nazionalità degli operatori economici. Si fa riferimento in particolare alla dir. 71/304/Cee, tesa a sopprimere le restrizioni alla libera prestazione dei servizi in materia di appalti di lavori pubblici; alla dir. 71/305/Cee che disciplinava il coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici (di importo superiore al miliardo di lire) e alla dir. 71/306/Cee di modifica della precedente; alla dir. 72/277/Cee relativa alle modalità e alle condizioni di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee dei bandi di gara per appalti e concessioni di lavori pubblici. Sul tema si v. per tutti, G. Greco, *Directive CEE e appalti di lavori pubblici*, in *Gli appalti dei lavori pubblici nel diritto amministrativo comunitario e italiano*, Milano, Giuffrè, 1990; M.A. Sandulli, *L'oggetto*, in *Trattato sui Contratti pubblici*, diretto da M.A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli, I, Milano, Giuffrè, 2008, 5 ss.; F. Cortese, *Diritto europolitico dei contratti pubblici*, in, *Trattato sui contratti pubblici*, a cura di M.A. Sandulli e R. De Nictolis, I, Milano, Giuffrè, 2019, 99 ss. Tali direttive, anche per il loro orientamento a carattere essenzialmente "negativo" e di armonizzazione minima, furono per molto tempo (quasi) ignorate dagli Stati membri. Fu solo dalle direttive degli anni Ottanta e Novanta, cc.dd. di seconda generazione, che si iniziò ad introdurre un quadro normativo man mano più omogeneo e dettagliato (sempre con l'obiettivo di ridurre le differenze legislative esistenti tra gli Stati membri). In particolare, si richiama la dir. 89/400/Cee che modifica la dir. 71/305/Cee in materia di coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici; la dir. 93/36/Cee per il coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture; la dir. 93/37/Cee per il coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori. Nell'ottica di garantire l'applicazione effettiva della disciplina sostanziale il legislatore comunitario adotta anche le prime direttive ricorsi (89/665/Cee e 92/13/Cee). Rispetto al passato, maggiore organicità della disciplina veniva garantita anche a livello nazionale dalla c.d. legge Merloni o legge quadro sui lavori pubblici

P'uso strategico dei contratti pubblici e lo sviluppo sostenibile

garantendo alle imprese europee la partecipazione alle commesse pubbliche indipendentemente dallo Stato di originaria appartenenza e in condizioni di parità con le imprese locali¹³.

Non potendo in questa sede ripercorrere approfonditamente *l'exkursus* della normativa comunitaria e nazionale in materia di contratti pubblici¹⁴, basti ricordare che, per quel che qui ci occupa, il vero cambiamento di rotta si è avuto solo con le dir. 2004/18/Ce e 2004/17/Ce cc.dd. di terza generazione¹⁵, tese a rendere il mercato degli appalti pubblici più aperto e com-

(l. 11 febbraio 1994, n. 109) strumento con cui il legislatore aveva cercato di reagire ai fenomeni corruttivi emersi a seguito del fenomeno c.d. Tangentopoli, dettando una disciplina peculiare delle procedure di affidamento dei contratti di lavoro, sia sopra che sotto la soglia comunitaria anche in termini di maggior rigore rispetto alla disciplina comunitaria. Sulla legge Merloni, sui suoi caratteri essenziali e sulle sue diverse modifiche si v. per tutti, M.A. Sandulli e A. Cancrini, *I contratti pubblici*, in *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, a cura di F. Merloni e L. Vandelli Passigli, Astrid, 2010, 437 ss.

¹³ Iniziava a maturare la consapevolezza dei c.d. costi della “non-Europa” (dal nome del rapporto della Commissione «Il costo della non Europa nel settore degli appalti pubblici» del 1988, noto come «Rapporto Cecchini» dal nome del Consulente della Commissione che lo ha curato, si v. P. Cecchini, *La sfida del 1992. Una grande scommessa per l'Europa*, Milano, Sperling & Kupfer, 1992), delle inefficienze derivanti dalla mancata attuazione e realizzazione degli obiettivi che erano stati posti dalle direttive (sul punto si v. il libro verde del 27 novembre 1996 «Gli appalti pubblici nell'unione. Spunti di riflessione per il futuro») e della conseguente necessità di garantire, invece, attraverso una politica comunitaria di carattere “positivo”, la realizzazione effettiva di un mercato senza discriminazioni all'accesso e realmente aperto alla concorrenza tra le imprese dei vari Stati membri. Si v. A. 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, 45.

¹⁴ Per un breve riepilogo delle prime direttive in materia e del loro recepimento interno si rinvia alla nota n. 12.

¹⁵ Direttiva 2004/18/Ce, relativa al «Coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi» e 2004/17/Ce relativa al «Coordinamento delle procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali». Per un approfondito esame si rinvia a R. Garofoli e M.A. Sandulli, *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, Milano, Giuffrè, 2005. Tali direttive sono state il frutto di un lungo processo di revisione avviato dalla Commissione nel 1998 (la quale riconobbe l'insufficienza delle misure normative sino a quel momento adottate e della necessità di indispensabili adeguamenti per raggiungere le finalità di apertura concorrenziale che si era posta). Il primo obiettivo che il legislatore comunitario ha inteso raggiungere con tali direttive è stato, anzitutto, quello di accorpate in un unico testo la disciplina relativa ai contratti pubblici di lavori, servizi, forniture sia nei settori ordinari che nei settori speciali e di fornire una disciplina per lo più uniforme della materia, andando a consolidare nella stessa anche tutti gli orientamenti della Corte di Giustizia che avevano consentito, sino a quel momento, il progredire della disciplina previgente. Su tale pacchetto di direttive si vedano, senza pretesa di esaustività: AA.

petitivo¹⁶, e con il loro recepimento avvenuto con il d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163¹⁷. A tale codice è stato riconosciuto principalmente il merito di aver realizzato a livello interno – come sottolineato anche dalla Corte costituzionale¹⁸ – il definitivo superamento della originaria “concezione contabili-

Vv., *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, a cura di R. Garofoli, M.A. Sandulli, Milano, Giuffrè, 2005; M. Protto, *Il nuovo diritto europeo degli appalti*, in *Urb. e app.*, 2004, n. 7, 755 ss.; G. Marchianò, *Prime osservazioni in merito alle direttive di coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici. Direttive n. 17 e n. 18/2004, 31 marzo 2004*, in *Riv. trim. app.*, 2004, 854 ss.; R. Roniger, F. Neumayr, H. Hemmelrath, *Public procurement 004/2005: The legal framework and practice keeps developing*, in *Global Competition Review, The European Antitrust Review 2006, Special Report*, 57 ss.

¹⁶ Il bilanciamento centrale all'interno di tali direttive vedeva, da un lato, l'urgenza di garantire maggiore flessibilità alle stazioni appaltanti; dall'altro, la doverosa necessità di conformare l'esercizio di tale “libertà” nel rispetto dei principi del Trattato tra cui, in primo luogo, quello della tutela della concorrenza. Ruolo di primaria importanza, infatti, venne dato proprio ai principi fondamentali della materia inseriti nel considerando n. 2, dir. 2004/18/Ce ove veniva specificato che «l'aggiudicazione degli appalti negli Stati membri per conto dello Stato, degli enti pubblici territoriali e di altri organismi di diritto pubblico, è subordinata al rispetto dei principi del trattato ed in particolare ai quelli della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi» ma anche ai principi che dalle stesse libertà derivano ossia quelli di parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza. La dir. 2004/17/Ce segna poi anche il passaggio da una regolazione di tipo «*command and control*» ad una regolazione cooperativa tesa a valorizzare il potere di scelta dell'amministrazione. Cfr. S. Simone e L. Zanetti, *Appalti pubblici e concorrenza*, in, *Lo Stato compratore. L'acquisto di beni e servizi nelle pubbliche amministrazioni*, cit., 131.

¹⁷ Il c.d. codice “De Lise”, dal nome del Presidente della Commissione tecnica che ne ha curato la redazione. L'art. 25, l. 18 aprile 2005, n. 62 (legge comunitaria del 2004) delegava il governo al recepimento delle dir. 2004/17/Ce e 2004/18/Ce, al fine di proseguire il disegno di unificazione della materia tracciato dal legislatore europeo, prevedendo la raccolta in un unico testo normativo dell'intera disciplina degli appalti pubblici, sia nei settori ordinari che in quelli speciali. Il Codice fu poi sottoposto a due decreti correttivi i dd.lgs. nn. 6 e 113 del 2007. Sui nuovi “codici” di settore introdotti in quello stesso periodo e sulla distinzione con i testi unici si v. Aa.Vv., *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, Giuffrè, 2005. In merito alle peculiarità di tale delega e alle sue finalità si v. P. De Lise, *Introduzione*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M.A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli, Tomo I, Milano, Giuffrè, 2008. Sul Codice del 2006 si vedano anche, *ex multis*: G. Morbidelli e M. Zoppolato, *Appalti pubblici*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di M.P. Chiti e G. Greco, Milano, Giuffrè, 2007; R. De Nictolis, *Il nuovo codice degli appalti pubblici*, Roma, EPC libri, 2007.

¹⁸ Corte cost., n. 401/2007 (par. 6.6) in *Riv. giur. edil.*, 2008, n. 1, 101, con note di F. Ghera e R. de Nictolis. Il Codice ha comportato, infatti, una significativa evoluzione rispetto al passato in quanto il vincolo derivante dalle direttive europee, combinato con la necessità di osservare gli orientamenti della Corte di giustizia, ha imposto al legislatore delegato di discostarsi dalla strada seguita dalla l. n. 109/1994, «così da prefigurare un modello di ammi-

l'uso strategico dei contratti pubblici e lo sviluppo sostenibile

stica”, recependo l’obiettivo di perseguire la tutela della concorrenza quale strumento necessario per il consolidamento del mercato unico.

Con le direttive del 2004 e, ancor di più, con il loro recepimento da parte dei singoli Stati membri, si era quindi concretizzata l’esigenza di rendere il mercato degli appalti pubblici più aperto e competitivo, sia per mezzo dell’accoglimento di strumenti in grado di garantire maggiore flessibilità e libertà di scelta delle amministrazioni aggiudicatrici, sia volendo garantire il rispetto effettivo dei principi di parità, trasparenza, non discriminazione e concorrenza.

Tuttavia, a livello nazionale, il codice del 2006, nonostante il pregio di aver accorpato in un unico testo una normativa particolarmente frammentata e di aver recepito principi di vitale importanza per la crescita del mercato dei contratti pubblici, non ha fatto conseguire tutti i risultati sperati. Se, da un lato, infatti la normativa europea aveva come principale obiettivo quello di garantire maggiore apertura ed efficienza al mercato degli appalti pubblici (anche) concedendo maggiore discrezionalità alle singole stazioni appaltanti, gli stessi obiettivi, pur se formalmente considerati di primaria importanza anche dal legislatore interno, non sono stati pienamente raggiunti con tale codice.

L’approccio del legislatore europeo, meno formalistico e a favore di modelli più flessibili, si è scontrato, infatti, con l’impianto tradizionale dell’ordinamento italiano caratterizzato, principalmente, da un fitto reticolo di regole rigide improntate ancora sullo schema del «*command and control*»¹⁹.

nistrazione in grado di attuare una propria “politica” degli appalti e di motivare le scelte dei metodi di gara o dei criteri di aggiudicazione in relazione alle diverse peculiarità delle situazioni di fatto» e di rivolgersi al mercato con una maggiore elasticità, sempre nel pieno rispetto dei principi di parità di trattamento, di trasparenza, di non discriminazione, di economicità, di concorrenza. Così P. De Lise, *Introduzione*, in *Trattato sui contratti pubblici*, cit.

¹⁹ In altre parole, l’approccio del legislatore europeo, fondato soprattutto sull’esigenza di aprire il mercato degli appalti pubblici alla concorrenza, si è dovuto confrontare con l’impianto tradizionale dell’ordinamento italiano, improntato sull’esigenza di prevenire sia il rischio di una gestione non trasparente e non corretta delle procedure da parte delle stazioni appaltanti, sia anche i tentativi delle imprese di condizionare l’andamento e l’esito delle procedure di gara. Così M. Clarich, *Introduzione*, in *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, a cura di M. Clarich, II ed., Torino, Giappichelli, 2019, 33 ss. Tale prospettiva risulta fondata su una chiara sfiducia nell’integrità morale delle stazioni appaltanti e delle imprese e vede nella conformità del comportamento del soggetto pubblico alle stringenti norme procedurali, una modalità di garanzia del migliore impiego delle risorse, della diligenza, lealtà e correttezza dell’agire dei pubblici funzionari incaricati di operare con lo strumento negoziale di diritto privato. Così A. 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*, cit., 43.

Tale impianto, storicamente fondato sull'esigenza di garantire tutela dallo "spettro" della corruzione, (in particolar modo dopo Tangentopoli) è stato così da ostacolo alla realizzazione della flessibilità richiesta dalle direttive europee²⁰.

Il codice del 2006, tuttavia, è stato identificato come un primo tentativo²¹ di far coesistere questi due approcci: il primo, tipico della disciplina europea, incentrato sull'esigenza di aprire il mercato dei contratti pubblici alla concorrenza; il secondo, tradizionalmente legato alla disciplina italiana, connotato dalla visione contabilistica e dallo schema regolatorio del «*command and control*»²².

L'ultimo intervento di sistema, da parte dell'Ue, in materia di contratti pubblici è stato quello del pacchetto direttive del 2014²³ (cc.dd. di ultima

²⁰ Parte della dottrina ha rintracciato il fondamento di tale atteggiamento di diffidenza nei confronti della discrezionalità nella tendenza ad associare la discrezionalità al potere e ciò avrebbe radicato nella nostra cultura giuridica «un diffuso atteggiamento di diffidenza per i possibili pericoli di abuso e di ingiustizia delle autorità pubbliche» e avrebbe condotto «alla sperimentazione di rimedi, concepiti più che in chiave negativa di vincolo, limite o freno, che non in termini positivi di sviluppo, affinamento, e responsabilizzazione delle capacità decisorie». Così G.D. Comporti, *Introduzione: dal potere discrezionale alle scelte negoziali*, in *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, a cura di G.D. Comporti, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, 2 ss.

²¹ Parte della dottrina fa riferimento al Codice del 2006 come ad una «falsa partenza» dal momento che, dalla sua entrata in vigore, vi sono state molteplici modifiche e decreti correttivi. Così M. Clarich, *Codice dei contratti pubblici: ancora correttivi e modifiche*, in *Corr. Giur.*, 2006, n. 11, 1485 ss. Anzitutto, infatti, con l'approvazione della l. 12 luglio 2006, n. 228, di conversione con modificazioni del d.l. 12 maggio 2006, n. 173 (c.d. milleproroghe), vi fu la sospensione, sino al 1° febbraio 2007, di diversi istituti tesi ad aumentare la flessibilità del sistema e per questo guardati con sospetto (a titolo esemplificativo si ricordano gli istituti del dialogo competitivo e degli accordi quadro). Successivamente, vi fu un primo decreto correttivo (d.lgs. 26 gennaio 2007, n. 6), seguito da un secondo (d.lgs. 31 luglio 2007, n. 117) e da un terzo correttivo (d.lgs. 11 settembre 2008, n. 152). Si v. G. Fidone, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Commentario al Codice dei Contratti pubblici*, a cura di M. Clarich, II ed., Torino, Giappichelli, 2019, 19 ss.

²² Cfr. S. Simone e L. Zanetti, *Appalti pubblici e concorrenza*, in *Lo Stato compratore. L'acquisto di beni e servizi nelle pubbliche amministrazioni*, cit., 119 ss.

²³ Si fa riferimento in particolare alle direttive 2014/23 sulle concessioni; 2014/24 sugli appalti pubblici e 2014/25 sulle procedure di appalto nei settori speciali. Sull'argomento v. *ex multis*: Aa.Vv., *EU Public contract law. Public Procurement and Beyond*, a cura di M. Trybus, R. Caranta, G. Edelstam, Bruxelles, Bruylant, 2014; Aa.Vv., *Il recepimento in Italia delle nuove direttive appalti e concessioni, elementi di criticità e opportunità*, a cura di C. Franchini, F. Sciaudone, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015; M.P. Chiti, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2016, n. 4, 436 ss.; F. Martines, *Le direttive UE del 2014 in materia di contratti pubblici e l'articolato processo di integrazione europea nel diritto interno degli appalti*, in *federalismi.it*, 2015, n. 11; L. Torchia, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, testo della relazione per il 61 Convegno di Studi Amministrativi su

l'uso strategico dei contratti pubblici e lo sviluppo sostenibile

generazione). Tale intervento riformatore²⁴ – in linea con la strategia “Europa 2020. Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva”²⁵ – ha visto tra i principali obiettivi da raggiungere nel settore dei contratti pubblici, sia quello di ammodernare la disciplina degli appalti pubblici e sia quello di accrescere l’efficienza della spesa pubblica, «facilitando in particolare la partecipazione delle piccole e medie imprese (PMI) agli appalti pubblici e permettendo ai committenti di farne un miglior uso per sostenere il conseguimento di obiettivi condivisi a valenza sociale»²⁶.

In realtà, già prima della riforma del 2014, la Commissione aveva reso chiaro il proprio intento di ampliare il ventaglio di interessi tutelati attraverso le direttive sui contratti pubblici. In particolare, nel Libro Verde di preparazione alle stesse, si leggeva, tra l’altro, che «un altro obiettivo complementare è far sì che i committenti facciano un miglior uso degli appalti pubblici a sostegno di obiettivi sociali comuni: fra questi la tutela dell’ambiente, una maggiore efficienza energetica e sotto il profilo delle risorse, la lotta contro i cambiamenti climatici, la promozione dell’innovazione e dell’inclusione sociale [...]»²⁷.

Su tali basi, le direttive si sono mosse quindi su due “binari paralleli”: infatti, da un lato, proponevano l’obiettivo di accrescere l’efficienza della

“La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell’economia e contrasto alla corruzione”, Varenna 17-19 settembre 2015, in *www.giustizia-amministrativa.it*. e anche in *Dir. amm.*, 2015, n. 2-3, 291 ss.

²⁴ L’intervento di riforma iniziò ad essere elaborato già nell’atto per il mercato unico del 2010 (COM (2010) 608 «Verso un atto per il mercato unico. Per un’economia sociale di mercato altamente competitiva») ove la Commissione manifestò l’intenzione di avviare «ampie consultazioni» per presentare entro il 2012 proposte legislative tese ad aggiornare e semplificare la normativa europea sugli appalti pubblici e permettere un uso più efficiente degli stessi, anche a sostegno di altre politiche.

²⁵ COM (2010) 2020. In particolare, gli obiettivi della strategia in materia di appalti pubblici riguardavano: i) il miglioramento del contesto generale per l’innovazione nelle imprese, utilizzando politiche incentrate sulla domanda; ii) favorire la transizione verso un’economia efficiente sotto il profilo delle risorse (ad es. attraverso la promozione dei c.d. appalti verdi); iii) migliorare il clima imprenditoriale, specialmente per le PMI.

²⁶ Così il Considerando n. 2, dir. 2014/24.

²⁷ COM (2011) 15 «Libro verde sulla modernizzazione della politica dell’UE in materia di appalti pubblici» del 27.1. 2011. Più nello specifico, all’interno del Libro verde veniva osservato che vi fossero due metodi possibili per utilizzare gli appalti pubblici al fine di realizzare obiettivi strategici, riguardanti il “come acquistare” e il “cosa acquistare”. Il primo metodo consiste nel «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 è quello di «imporre requisiti obbligatori alle amministrazioni aggiudicatrici o prevedere incentivi capaci di orientare le loro decisioni in merito al tipo di beni e servizi da appaltare».

contrattazione pubblica, attraverso un'opera di massima semplificazione della disciplina, anche grazie all'utilizzo di procedure di aggiudicazione più moderne e flessibili (con la conseguenza di assicurare maggiore discrezionalità alle amministrazioni); dall'altro, ponevano in risalto il c.d. uso strategico dei contratti pubblici, ossia l'utilizzo di quest'ultimi come leva per il perseguimento di obiettivi non unicamente economici ritenuti dal legislatore sensibili e meritevoli di tutela²⁸.

In altre parole, accanto e in aggiunta al primario e tradizionale obiettivo di garantire un'effettiva concorrenza tra le imprese, veniva posta in risalto anche la finalità di orientare efficientemente la spesa pubblica attraverso la tutela di interessi diversi quali, ad esempio, la tutela dell'ambiente, del lavoro, delle piccole e medie imprese (di seguito anche solo PMI), della salute, nell'ottica dello sviluppo sostenibile²⁹.

Con tali direttive, quindi, si afferma (in maniera più ampia rispetto alle

²⁸ Si vedano, ad esempio, i considerando 37, 40, 41, 47, dir. 2014/24 secondo cui, rispettivamente: i) gli Stati membri e le amministrazioni aggiudicatrici, al fine di integrare i requisiti in materia ambientale, sociale e di lavoro nelle procedure di appalto pubblico, devono adottare misure pertinenti per garantire il rispetto degli obblighi in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro; ii) la verifica sull'osservanza di tali disposizioni deve essere svolta «nelle fasi pertinenti della procedura di appalto, nell'applicare i principi generali che disciplinano la selezione dei partecipanti e l'aggiudicazione dei contratti, nell'applicare i criteri di esclusione e nell'applicare le disposizioni riguardanti le offerte anormalmente basse [...]»; iii) nessuna disposizione della direttiva dovrebbe vietare di imporre o di applicare misure necessarie alla tutela dell'ordine, della moralità e della sicurezza pubblici, della salute, della vita umana e animale o alla preservazione dei vegetali o altre misure ambientali in particolare nell'ottica dello sviluppo sostenibile, a condizione che dette misure siano conformi al TFUE; iv) il Considerando 47 prevede, tra l'altro che «le autorità pubbliche dovrebbero utilizzare gli appalti pubblici strategicamente nel miglior modo possibile per stimolare l'innovazione» dal momento che «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».

²⁹ Si vedano, ad esempio, i considerando 2 e 91, dir. 2014/24/Ue. In particolare, il considerando 2 richiama espressamente la strategia Europa 2020 e il considerando 91 che prevede che «l'articolo 11 TFUE impone che le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente siano integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni dell'Unione, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile. La presente direttiva chiarisce in che modo le amministrazioni aggiudicatrici possono contribuire alla tutela dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile, garantendo loro la possibilità di ottenere per i loro appalti il migliore rapporto qualità/prezzo». Ma anche il considerando 4, dir. 2014/25/Ue che, riprendendo il considerando 2, dir. 2014/24/Ue evidenzia, tra l'altro, che gli appalti pubblici «costituiscono uno degli strumenti basati sul mercato necessari alla realizzazione di una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva garantendo contemporaneamente l'uso più efficiente dei finanziamenti pubblici [...]». Così anche il considerando 3, dir. 2014/23/Ue.

L'uso strategico dei contratti pubblici e lo sviluppo sostenibile

direttive del 2004) il fondamentale ruolo della contrattazione pubblica per la crescita sostenibile dell'Ue. Può dirsi, infatti, che la grande differenza tra la disciplina europea del 2004 e quella del 2014 sta, anzitutto, nell'aggiunta, o anche solo nella più ampia considerazione, di ulteriori interessi meritevoli di tutela, da accostare a quelli della tutela della concorrenza e dell'apertura del mercato³⁰. Se infatti tali ultimi interessi hanno tradizionalmente permeato tutta la disciplina dei contratti pubblici, con il pacchetto di direttive del 2014 può dirsi che l'interesse dell'Ue sia andato oltre la concorrenza³¹. In altre parole, la garanzia di un'effettiva concorrenza all'interno di tale mercato è rimasta comunque la *ratio* ispiratrice dell'intera disciplina europea – data la convinzione che sia proprio la concorrenza il primo e più rilevante strumento per assicurare l'efficienza del processo di acquisizione di lavori, servizi e forniture da parte delle amministrazioni pubbliche³² – tuttavia, il vero cambiamento da ricondurre a tale ultimo pacchetto di direttive, sta proprio nella considerazione (se non del tutto nuova quantomeno migliore e più effettiva) di ulteriori interessi e valori, non direttamente riconducibili alla tutela del mercato³³.

Come è stato evidenziato dalla dottrina³⁴, tale cambiamento può es-

³⁰ Da un punto di vista meramente formale, è stato da subito *ictu oculi* evidente la maggiore complessità della “nuova” disciplina, trattandosi di un corpo normativo di ben duecentocinquantanove articoli (di cui duecentoquattro per gli appalti e cinquantacinque per le concessioni), laddove, invece, le direttive del 2004 constavano di centocinquantanove articoli in tutto. Dal punto di vista del contenuto, la precedente disciplina viene toccata in maniera particolarmente incisiva, senza tuttavia stravolgerne la struttura di fondo (ad esempio della dir. 2004/18/Ce sono risultati come modificati circa il settanta per cento dei paragrafi). In tal senso v. A. Manzione, *Codificazione dei contratti pubblici*, in *Trattato sui contratti pubblici*, a cura di M.A. Sandulli e R. De Nictolis, vol. I, Milano, 2019, 171 ss.

³¹ Per una puntuale analisi di tale mutamento si v. E. Caruso, *La funzione sociale dei contratti pubblici. Oltre il primato della concorrenza?*, Jovene, Napoli, 2021.

³² Cfr. L. Torchia, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, testo della relazione per il 61° Convegno di Studi Amministrativi su «La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione», Varenna 17-19 settembre 2015, in www.giustizia-amministrativa.it e anche in *Dir. amm.*, 2015, n. 2-3 291 ss.

³³ Cfr. M.P. Chiti, *Principi*, in *Trattato sui contratti pubblici*, a cura di M.A. Sandulli e R. De Nictolis, I, Milano, Giuffrè, 2019, 285 ss., spec. 296, secondo cui, a seguito di tale riforma, l'apertura alla concorrenza «rimane uno dei principi della disciplina, ma non il primario (se non addirittura esclusivo) come in precedenza», a cui si sono tuttavia affiancati «senza alcuna soggezione gerarchica», obiettivi ulteriori non riconducibili alla tutela del mercato e degli operatori economici.

³⁴ Così 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, 249.

sere ricondotto alla progressiva evoluzione della Comunità europea, nata come comunità economica, attenta non solo a problematiche economiche ma anche a questioni politiche e sociali: la ragione economica, nel corso del tempo, avrebbe quindi abdicato la propria unicità in favore di uno sviluppo equilibrato e integrato dell'intero complesso delle politiche comunitarie.

Il recepimento di tali direttive è avvenuto, non senza complessità³⁵, con l'approvazione di un nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50)³⁶. A livello prettamente contenutistico, per quanto qui di interesse e a titolo meramente esemplificativo, tra le novità principali si ricordano il recepimento delle nuove procedure flessibili (quali ad. es., il partenariato per l'innovazione³⁷); ma anche la consacrazione del *favor* per il criterio dell'offerta

³⁵ Il legislatore nazionale, conscio dei ritardi che caratterizzano l'elaborazione dei testi normativi, aveva ritenuto opportuno adempiere agli obblighi sovranazionali attraverso l'utilizzo di due deleghe, prevedendo l'adozione di: a) un primo decreto di recepimento delle direttive, da adottare entro la data del 18 aprile 2016, prevista dalle stesse per adempiere all'obbligo di recepimento, e b) un secondo decreto, finalizzato, invece al riordino generale della disciplina vigente, mediante l'emanazione di un nuovo codice dei contratti pubblici. Tale "sdoppiamento" della delega voleva consentire al Governo di elaborare un codice più organico e armonizzato con la disciplina di settore. Il Governo, tuttavia, ha invece deciso di avvalersi della facoltà (parimenti prevista dalla delega) di adottare un unico decreto legislativo entro il 18 aprile 2016. La conseguenza, tuttavia, è stata quella precisata dal Consiglio di Stato in sede di parere al codice (parere n. 855/2016), secondo cui «il testo del codice risente dei tempi ristretti e presenta pertanto inevitabili incoerenze sistematiche, refusi, disposizioni non ben coordinate, imprecisioni lessicali e di recepimento, essendo mancata, verosimilmente, una pausa di ponderazione e rilettura complessiva dell'articolato». Cfr. A. Longo e E. Canzonieri, *La nuova disciplina dei contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2018, 10.

³⁶ Tra le principali novità apportate dal Codice, vi è stata sicuramente la modifica circa le modalità attuative della disciplina in esso contenuta: se nella vigenza del previgente Codice (ma anche nella vigenza della legge Merloni) l'attuazione della disciplina era stata demandata ad un sistema "rigido", costituito dal richiamato regolamento unico (d.p.R. n. 207/2010), nel "nuovo" impianto normativo il regolamento è stato sostituito da un sistema più flessibile c.d. di *soft law* o *soft regulation*. Tale sistema, caratterizzato dall'utilizzo dello strumento delle linee guida emanate dall'Autorità nazionale anticorruzione ha creato, sin dalle prime applicazioni, non pochi problemi inerenti, in particolar modo, all'assenza di vincolatività di alcune di esse e al loro inserimento nella gerarchia delle fonti. Tali difficoltà applicative hanno provocato non poche criticità, prime fra tutte quelle in merito alla garanzia della certezza del diritto. Sul tema, si vedano per tutti: F. Cintioli, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di Anac*, in *Dir. proc. Amm.*, 2017, n. 2, 381 ss.; C. Deodato, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2016. Per tali ragioni il legislatore con il d.l. n. 32/2019, il c.d. "Sblocca cantieri" (a soli tre anni dall'entrata in vigore del previgente sistema) aveva deciso di fare un passo indietro prevedendo il ritorno al sistema del c.d. regolamento unico.

³⁷ In argomento si v. per tutti F. Scaramuzza, *Partenariato per l'innovazione*, in *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, II ed., a cura di M. Clarich, Torino, Giappichelli, 2019, 520.

P'uso strategico dei contratti pubblici e lo sviluppo sostenibile

economicamente più vantaggiosa e il relegamento del criterio del prezzo più basso a ipotesi marginale³⁸; o il maggior *favor* per le PMI; ma anche l'istituzione del sistema dei criteri ambientali minimi (di seguito anche solo CAM).

Anche tale codice, tuttavia, è stato definito dalla dottrina come «la combinazione di due diverse anime»³⁹ in quanto, da un lato, esso ha recepito in unico testo le tre direttive del 2014⁴⁰, ispirandosi alle linee direttrici in esse contenute (ossia la maggiore flessibilità dei modelli tesa a garantire una maggiore efficienza degli acquisti e il c.d. uso strategico degli appalti); dall'altro, il *corpus* del codice è risultato essere figlio del diritto nazionale e, in particolare, del retaggio del “vecchio” codice del 2006 e di esigenze proprie dell'ordinamento interno.

Sia le frizioni nate da questo contrasto, che i problemi legati alla stessa genesi del codice⁴¹, che la necessità di rispondere allo shock economico conseguente alla pandemia da Covid-19, hanno portato il legislatore della “semplificazione”⁴² a intervenire ripetutamente modificando (almeno una volta l'anno) la disciplina prevista dal codice. Si sono così susseguiti: il d.lgs. 19 aprile 2017,

³⁸ In argomento, per tutti si v. F. Cardarelli, *Criteri di aggiudicazione*, in *Trattato sui contratti pubblici*, a cura di M.A. Sandulli e R. De Nictolis, vol. III, Milano, Giuffrè, 2019, 531 ss.

³⁹ Così G. Fidone, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Commentario al Codice dei Contratti pubblici*, cit., 45 ss. Come è stato altresì evidenziato, l'intento di semplificazione e razionalizzazione posto a fondamento dell'adozione di tale Codice si è poi dovuto confrontare anche con l'esigenza nazionale di garantire tutela nei confronti delle possibili interferenze legate a fenomeni di malcostume e criminalità che hanno non poco appesantito la disciplina degli affidamenti «in un generale clima di “fuga dalla decisione” degli apparati amministrativi, preoccupati delle possibili conseguenze penali e di responsabilità erariale derivanti dai loro atti, contraddistinti da maggior grado di discrezionalità». Così S. Veneziano, *Appalti pubblici come strumento delle politiche pubbliche: sviluppo sostenibile, tutela ambientale e tutela sociale*, in *Transizione ecologica, innovazione digitale e inclusione sociale: la realizzazione del Next Generation EU. Atti del LXVI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, Giuffrè, 2023, 37 ss., spec. 39.

⁴⁰ Tale scelta è stata propria del legislatore italiano in quanto vi era la possibilità di recepirle anche con testi legislativi separati.

⁴¹ Il codice è infatti stato frutto di una «frettolosa» ponderazione. Il Consiglio di Stato, in sede di parere al codice (come già ricordato si v. nota n. 35), aveva infatti evidenziato che: «il testo del codice risente dei tempi ristretti e presenta pertanto inevitabili incoerenze sistematiche, refusi, disposizioni non ben coordinate, imprecisioni lessicali e di recepimento, essendo mancata, verosimilmente, una pausa di ponderazione e rilettura complessiva dell'articolo».

⁴² L'intento dei ripetuti interventi susseguitesì negli anni è sempre stato quello di semplificare e razionalizzare la disciplina dei contratti pubblici. Già a ridosso dell'adozione del codice del 2016, la dottrina togata aveva evidenziato come, anche stavolta, si potesse parlare unicamente di «semplificazione che verrà» (Così R. De Nictolis, *Il Codice dei contratti pubblici: la semplificazione che verrà*, in *federalismi.it*. 2016, n. 5.) e i numerosi interventi susseguitesì negli anni non hanno fatto altro che sottrarre organicità alla disciplina.

n. 56 (c.d. decreto correttivo⁴³); il d.l. 18 aprile 2019 n. 32 (conv. con modificazioni dalla l. 14 giugno 2019, n. 55, c.d. “Sblocca cantieri”⁴⁴); il d.l. 16 luglio n. 76 (conv. con modificazioni dalla l. 11 settembre 2020, n. 120, c.d. decreto semplificazioni⁴⁵); il d.l. 31 maggio 2021, n. 77, conv. con modificazioni dalla l. 29 luglio 2021, n. 108, c.d. decreto semplificazioni-governance⁴⁶).

A seguito di tali riforme, dato il peso degli interventi modificativi, gli operatori e gli interpreti non erano più in grado di guardare al codice con la ragionevole aspettativa di trovare in esso le risposte di loro interesse ma erano costretti a ricostruire l’effettivo quadro normativo «attraverso un complesso *iter* di ricomposizione del patchwork normativo»⁴⁷.

Per tale ragione e per l’esigenza di avere degli strumenti idonei per affrontare le sfide del PNRR⁴⁸, a un anno dall’ultimo significativo intervento nor-

⁴³ Per approfondimenti sulle modifiche apportate dal decreto correttivo, si richiama per tutti: Aa.Vv., *Il correttivo al Codice dei contratti pubblici. Guida alle modifiche introdotte dal d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56*, a cura di M. A. Sandulli, M. Lipari, F. Cardarelli, Milano, Giuffrè, 2017.

⁴⁴ Sulle modifiche apportate dallo Sblocca Cantieri si veda, per tutti R. De Nictolis, *Appalti pubblici e concessioni dopo la legge «sblocca cantieri»*, Bologna, Zanichelli, 2020.

⁴⁵ Per approfondimenti sulle modifiche apportate dal d.l. semplificazioni sia consentito il rinvio a A. Coiante, *Decreto semplificazioni: contratti pubblici, concorrenza e tutela*, in *Giustiziainsieme.it*, 31 luglio 2020, e alla bibliografia ivi contenuta.

⁴⁶ Per una ricognizione delle modifiche intervenute sia consentito il rinvio a A. Coiante e S. Tranquilli, *Bullet points del D.l. “semplificazioni” n. 77/2021: le principali novità in materia di contratti pubblici*, in *lamministrativista.it*, 7 giugno 2021; Id., *Semplificare per resistere. Il d.l. “Semplificazioni-Governance” n. 77/2021 e i contratti pubblici*, in *Giustiziainsieme.it*, 29 giugno 2021 e alla bibliografia ivi contenuta.

⁴⁷ Così C. Contessa, *Le novità del “Decreto semplificazioni”, ovvero: nel settore dei contratti pubblici esiste ancora un “Codice”?*, in *Urb. app.*, 2020, n. 6, 757 ss. Sul punto si v. anche G. Montedoro, *Contratti pubblici ed economia*, in *Trattato sui contratti pubblici*, a cura di M.A. Sandulli e R. De Nictolis, I, Milano, Giuffrè, 2019, 57, ove l’A. evidenzia che (anche) nel settore dei contratti pubblici «l’idea classica di codice – quella ottocentesca legata alla creazione di una soggettività giuridica uniforme – è tramontata con la rinuncia ad una pretesa di stabilità della normazione». Similmente anche S. Fantini e H. Simonetti, *Introduzione*, in *Il nuovo corso dei contratti pubblici. Principi e regole in cerca di ordine (d.lgs. 31 marzo 2023 n. 36)*, a cura di S. Fantini e H. Simonetti, *Il foro italiano – Gli speciali*, 1, 2023, secondo cui il sistema normativo in materia «è stato interrotto dal susseguirsi di tre codici dal 2006 al 2023, in un arco temporale davvero breve, quasi irrisuardoso per l’idea stessa di codificazione, e messo a dura prova dalla pandemia da Covid-19, che ha portato con sé “il diritto dell’emergenza” e il corollario della disciplina speciale e derogatoria, la quale ha inevitabilmente interessato anche la materia dei contratti pubblici». Secondo gli autori, inoltre, la disciplina del codice avrebbe iniziato a “corrompersi” (nel senso di rompersi in tante parti) quando «ha perso il fondamento di razionalità primigenio, rinvenibile nella diade concorrenza/trasparenza, con l’introduzione di altri criteri informativi, che vanno dalla finalità di prevenzione della corruzione alla protezione dell’ambiente: tutti profili importanti sul piano valoriale, ma che avrebbero richiesto una interna graduazione giuridica».

⁴⁸ Come noto, tra i numerosi obiettivi e le differenti tipologie di riforme contenute

P'uso strategico dei contratti pubblici e lo sviluppo sostenibile

mativo in materia, il Governo ha ricevuto delega (l. 21 giugno 2022, n. 78) ad adottare «uno o più decreti legislativi recanti la disciplina dei contratti pubblici, anche al fine di adeguarla al diritto europeo e ai principi espressi dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, interne e sovranazionali, e di razionalizzare, riordinare e semplificare la disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, nonché al fine di evitare l'avvio di procedure di infrazione da parte della Commissione europea e di giungere alla risoluzione delle procedure avviate» (art. 1)⁴⁹.

Il nuovo codice dei contratti pubblici (c.d. codice Frattini⁵⁰) è stato così adottato con il d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36⁵¹, è poi entrato in vigore il 1 aprile 2023 e ha acquistato definitiva efficacia il 1 luglio 2023⁵².

nel PNRR vi era anche quello di semplificazione delle norme in materia di appalti pubblici e concessioni, considerato come un obiettivo essenziale per la ripresa post Covid-19 da realizzare in due fasi: una prima – da raggiungere nel breve periodo – tramite l'emanazione di “misure urgenti” da adottare con decreto-legge da approvare entro maggio 2021 (d.l. semplificazioni-governance, adottato il 31 maggio 2021); in secondo luogo, veniva prospettata l'introduzione di “misure a regime” da varare utilizzando lo strumento della legge delega. In merito a queste ultime, veniva precisata la necessità di presentare il disegno di legge delega entro il 31 dicembre 2021 prevedendo poi l'emanazione di decreti legislativi da adottare entro nove mesi dall'entrata in vigore della legge delega. Come è stato notato il PNRR non imponeva di per sé l'integrale riscrittura del Codice ma imponeva solo una serie di modifiche alla disciplina, si v. L. Carbone, *La genesi del nuovo Codice*, in *Codice dei contratti pubblici annotato articolo per articolo*, I, a cura di C. Contessa e P. Del Vecchio, Napoli, Editoriale scientifica, 2023, 9 ss. Per approfondimenti su PNRR e contratti pubblici si v. per tutti, E. D'Alterio, *Riforme e nodi della contrattualistica pubblica*, in *Dir. amm.*, 2022, n.3, 667 ss.

⁴⁹ Sulle caratteristiche della delega, in dottrina vi è stato chi è parlato di una delega “in bianco” in quanto contenente una «trentina di criteri delega alquanto semplici e poco innovativi rispetto alla disciplina vigente». Così B.G. Mattarella, *La delega (in bianco) per la riforma dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, n. 5, 589. Sul rapporto tra il nuovo Codice e lo status delle procedure di infrazioni insistenti sul previgente Codice si v. S. Fiorentino, *Codice dei contratti pubblici. I rapporti con il diritto dell'Unione europea*, in *Codice dei contratti pubblici annotato articolo per articolo*, Vol. I, a cura di C. Contessa, P. Del Vecchio, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023, 15 ss.

⁵⁰ P. De Lise, *Dal 'Codice de Lise' al 'Codice Frattini': alcuni spunti di raffronto e riflessione*, in *Codice dei contratti pubblici annotato articolo per articolo*, cit., 3 ss.

⁵¹ Per l'adozione del codice, il governo ha inteso demandare – secondo quanto previsto dall'art.1, c. 4, l. n. 78/2022 – al Consiglio di Stato la formulazione del progetto di codice, ai sensi dell'art. 14, t.u. n. 1954/1924. Per approfondimento sull'iter dello schema di codice si v. M.A. Sandulli, *Prime considerazioni sullo Schema del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Giustiziainsieme.it* e in *lammministrativista.it*, 2022; L. Carbone, *La scommessa del “codice dei contratti pubblici” e il suo futuro*. Relazione introduttiva al Convegno dell'Istituto Jemolo «Il nuovo codice degli appalti – La scommessa di un cambio di paradigma: dal codice guardiano al codice volano?» in *Astrid-online*, 2023; Id., *La genesi del nuovo Codice*, in *Codice dei contratti pubblici annotato articolo per articolo*, cit., 9 ss.

⁵² La densa disciplina transitoria è contenuta negli artt. 225 e 226, codice. In partico-

Alla luce di tale ricostruzione, nei paragrafi che seguono, si intende analizzare il c.d. uso strategico dei contratti pubblici, con particolare riferimento allo sviluppo sostenibile, anche alla luce del nuovo codice e del principio del risultato, al fine di verificare in quale direzione si stia orientando oggi la disciplina.

1.1. L'uso strategico dei contratti pubblici nell'ottica dello sviluppo sostenibile tra macro e micro-mercato

Come detto, l'utilizzo c.d. strategico dei contratti pubblici per la tutela di interessi diversi, non strettamente legati al mercato, si è concretizzato (*recte*: ulteriormente sviluppato)⁵³ con il pacchetto di direttive c.d. di ultima generazione. Si è visto, infatti, che tale intervento di riforma del *framework* normativo sui contratti pubblici ha focalizzato la propria attenzione anche

lare, secondo tale ultima disposizione, gli appalti i cui bandi siano stati pubblicati entro il 30 giugno 2023 continueranno a rimanere soggetti al d.lgs. n. 50/2016. Come è stato evidenziato, in vista della scadenza di luglio, si è assistito «a una vera e propria corsa alla pubblicazione di bandi e avvisi, in modo da assicurare ai relativi appalti l'assoggettamento alla "nota" disciplina del d.lgs. n. 50/2016, anziché al nuovo "ignoto" Codice n. 36». Così A. Vespignani, *1° luglio 2023, lo spartiacque invisibile*, in *I contratti dello Stato e degli Enti pubblici*, 2023, n. 2, 7 ss. L'A. inoltre evidenzia che da questo «atteggiamento neofobico» ne discende che la convivenza dei due corpi normativi è destinata a protrarsi per parecchio tempo, tanto più che, per espressa previsione del nuovo codice, tutta una serie di disposizioni del vecchio codice del 2016 continueranno a trovare applicazione fino al 31 dicembre 2023 e alcune disposizioni del nuovo codice acquisteranno efficacia solo a decorrere dal 1° gennaio 2024. A ciò si aggiunga che, con riferimento agli interventi finanziati con risorse PNRR, PNC o dai programmi cofinanziati da fondi strutturali dell'UE, il regime applicabile non è quello del nuovo codice ma quello del d.l. n. 77/2021 (conv. l. 108/2021) e del d.l. n. 13/2023 (conv. l. 41/2023), così come chiarito dall'art. 225 del nuovo codice.

⁵³ Con riferimento, ad esempio, al piano ambientale, se alcune disposizioni della dir. 24/2014/UE hanno riprodotto il contenuto di alcune previsioni già stabilite nelle direttive del 2004 (come, ad esempio, quelle sulle specifiche tecniche nei documenti d'appalto ex art. 42, dir. 2014/24/UE che ha riprodotto l'art. 23, dir. 2004/18; o ancora sul criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui all'art. 67 della direttiva del 2014 che ha ripreso l'art. 50 della direttiva del 2004) altre disposizioni hanno introdotto istituti di vitale importanza come quello del *life-cycle costing* (art. 68) che comprende i costi di tutte le fasi della vita di un bene, di un lavoro o di un servizio, dalla acquisizione fino allo smaltimento del prodotto, allo smantellamento del cantiere o alla conclusione di una prestazione. E ancora altra disposizione rilevante è quella dell'art. 56 secondo cui il contratto può non essere aggiudicato al miglior offerente quando l'offerta presentata non soddisfa le obbligazioni imposte dall'UE su profili ambientali. Oppure ancora l'art. 69 che afferma che in caso di offerte anormalmente basse le richieste di precisazione possono riguardare l'adempimento di normative europee su profili ambientali.

P'uso strategico dei contratti pubblici e lo sviluppo sostenibile

sull'esigenza di garantire interessi c.d. orizzontali⁵⁴ o secondari⁵⁵ (rispetto all'interesse specifico del contratto, raggiungibile attraverso la garanzia di una concorrenza effettiva) come la tutela dell'ambiente, del lavoro, delle PMI, della salute, in un'ottica di sviluppo sostenibile, quest'ultimo inteso come la necessità di soddisfare i bisogni della generazione attuale senza compromettere la possibilità per le generazioni future di fare altrettanto⁵⁶.

Tale concetto implica che la crescita economica possa considerarsi tale solo se idonea a garantire, oltre a un uso razionale delle risorse, anche un miglioramento della qualità dell'ambiente, delle condizioni sociali, della salute ed è intrinsecamente legato a tutta l'azione dell'Ue dal momento che l'art. 3, par. 3 del TUE prevede che: «l'Unione si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira

⁵⁴ E. Caruso, *La funzione sociale dei contratti pubblici. Oltre il primato della concorrenza?*, Napoli, Jovene, 2021, 45. Definiti anche come funzioni accessorie, rispetto alla funzione principale del contratto pubblico (che è sempre stato quello di far sì che la p.a. si doti di un bene, di un servizio o di un'opera). Così F. De Leonardis, *Criteri di sostenibilità energetica e ambientale*, in *Trattato sui Contratti pubblici*, a cura di M.A. Sandulli e R. De Nictolis, II, Milano, Giuffrè, 2019, 167 ss., spec. 172.

⁵⁵ Come noto, secondo la ricostruzione di M.S. Giannini, di norma ogni apparato pubblico è chiamato a perseguire uno specifico interesse pubblico (c.d. interesse primario) individuato dalla legge, e (almeno in via teorica) le scelte di ogni amministrazione dovrebbero essere tese a massimizzare il singolo interesse alla cui cura sono state designate dal legislatore. Tuttavia, un interesse pubblico non può mai essere curato isolatamente dal momento che lo stesso può entrare in contrasto con altri interessi sia pubblici che privati (cc.dd. interessi secondari). Così M.S. Giannini, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè Editore, 1970, 480; Id, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè Editore, 1930.

⁵⁶ Come noto, tale definizione di sviluppo sostenibile è da ricondurre al c.d. Rapporto Brundland, 1987 a cura della Commissione Mondiale per l'Ambiente e lo Sviluppo. Sull'evoluzione del concetto di sviluppo sostenibile si v. R. Bifulco e A. D'Aloia, *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, Jovene, 2008. F. Fracchia, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, 2010; F. Fracchia e S. Vernile, *Lo sviluppo sostenibile oltre il diritto ambientale*, in *Le Regioni*, 2022, n. 1-2, 15 ss. L. Monti, *L'emersione dello sviluppo sostenibile al livello internazionale, europeo e nazionale*, in *Il Governo dello sviluppo sostenibile*, cit., 15 ss.; N. Giovanni Cezzi, *Lo sviluppo sostenibile nel diritto europeo*, ivi, 65 ss. Per un inquadramento nazionale si v. L. Castelli, *La mancata costituzionalizzazione del principio dello sviluppo sostenibile*, in *Il Governo dello sviluppo sostenibile*, cit., 101 ss.; A. Paiano, *Lo sviluppo sostenibile nel riparto della potestà legislativa*, ivi, 123 ss.; F. Pedace, *Gli obiettivi di sviluppo sostenibile e il ruolo delle Regioni*, ivi, 143 ss. Sul tema più specifico delle possibili implicazioni giuridiche che il c.d. principio dell'equilibrio intergenerazionale determina nel rapporto tra Stato e cittadini, si v. M. Interlandi, *Protezione sociale ed equilibrio intergenerazionale*, in *Transizione ecologica, innovazione digitale e inclusione sociale: la realizzazione del Next Generation EU*, cit., 273 ss.

alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente»⁵⁷.

All'interno di un'economia sociale di mercato⁵⁸ quale quella Ue, orientata verso lo sviluppo sostenibile, un posto di primaria importanza è senz'altro detenuto dal mercato dei contratti pubblici che rappresenta il 14% del PIL dell'Ue⁵⁹ e l'11% di quello nazionale⁶⁰, livelli destinati ad aumentare nell'ottica degli investimenti del *Next Generation EU* e dei relativi PNRR⁶¹.

Come noto, infatti, la normativa sui contratti pubblici e il ruolo esercitato dal potere pubblico in tale mercato, vanno a collocarsi nel più generale contesto dell'azione pubblica sul funzionamento dei mercati⁶²

⁵⁷ Cfr. G. Fidone, *Uso strategico dei contratti pubblici e sviluppo sostenibile*, in *Il Governo dello sviluppo sostenibile*, cit., 251 ss., spec. 252. Similmente anche il par. 5 del medesimo articolo secondo cui, nelle relazioni con il resto del mondo, l'Ue afferma e promuove i suoi valori e interessi e contribuisce alla pace, alla sicurezza e allo sviluppo sostenibile della Terra. Sul piano ambientale si consideri poi l'art. 11 TFUE, che sancisce il principio di integrazione delle politiche europee con la tutela dell'ambiente stabilendo che: «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». Sulle origini e l'evoluzione del concetto di sviluppo sostenibile si v. F. Fracchia e S. Vernile, *Lo sviluppo sostenibile oltre il diritto ambientale*, in *Le Regioni*, 2022, n. 1-2, 15 ss.

⁵⁸ Sulle caratteristiche della Costituzione economia europea si veda, *ex multis* S. Casse-se, *La Costituzione economica europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2001, n. 6, 907; Id., *La nuova costituzione economica*, V. ed., Bari, 2012. Più recentemente R. Miccù, *Le trasformazioni della costituzione economica europea: verso un nuovo paradigma?*, in *federalismi.it*, n. 5, 2019. Sul concetto di economia sociale di mercato si v. per tutti R. Dickmann, *L'articolo 3 del trattato sull'unione e la politica economica europea*, in *federalismi.it*, 2013, n. 11. Per approfondimenti su tali tematiche sia consentito il rinvio a A. Coiante, *Le "potenzialità concorrenziali nascoste" dell'art. 41 della Costituzione: dal riconoscimento della libertà di iniziativa economica privata all'affermazione del principio della libera concorrenza*, in *federalismi.it*, 2020, n. 6 e la dottrina ivi richiamata.

⁵⁹ COM (2017) 572, «Appalti pubblici efficaci in Europa e per l'Europa», ove si legge che il mercato del procurement Ue ammonta a circa duemila miliardi di euro all'anno.

⁶⁰ Commissione europea, *Public Procurement Indicators 2017*, 9 luglio 2019 (<https://ec.europa.eu/docsroom/documents/38003>).

⁶¹ Sul punto si v. G. Fidone, *Uso strategico dei contratti pubblici e sviluppo sostenibile*, in *Il Governo dello sviluppo sostenibile*, cit., 253 che evidenzia che, secondo dati Unindustria (Il *Public procurement* come leva di rilancio dell'economia, settembre 2021) le risorse PNRR e gli altri fondi complementari dovrebbero comportare un aumento del PIL del 3,6%.

⁶² Cfr. M. Clarich, *Contratti pubblici e concorrenza*, in *Atti del LXI Convegno di studi di scienza dell'Amministrazione, La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Varenna 17-19 settembre 2015, Milano, Giuffrè, 2016, consultabile anche in *Astrid-online.it*, 2015, n.19. Nella visione macro lo Stato, infatti, può influenzare l'andamento del mercato in diversi modi. Anzitutto, può agire in veste di produttore – di norma in condizione di monopolio – di beni (pubblici) fruibili gratuitamente dai cittadini, oppure può agire al fine di garantire ai cittadini la possibilità di usufruire di

L'uso strategico dei contratti pubblici e lo sviluppo sostenibile

sotto un duplice punto di vista, quello “macro” e quello “micro”⁶³.

Dal punto di vista “macro”, viene in rilievo l'intero mercato dei contratti pubblici come appunto l'incontro tra la domanda di beni e servizi proveniente dalla p.a. e l'offerta proveniente dagli operatori economici privati.

In quest'ottica, il grande potere d'acquisto della p.a. (*recte*: la domanda pubblica) se orientato verso la sostenibilità, può produrre effetti sulla struttura e sulle dinamiche competitive del mercato: se tutte le amministrazioni strutturassero la propria domanda nell'ottica della sostenibilità, ciò imporrebbe agli operatori economici di fare altrettanto dal lato dell'offerta e di competere tra di loro stimolando la ricerca delle soluzioni sostenibili migliori⁶⁴. In altre parole, una strategia di acquisto della p.a., considerata come attore che opera (principalmente) dal lato della domanda, può avere effetti virtuosi “a cascata” sulla struttura del mercato.

Per tale ragione, l'Ue ha richiesto alle pp.aa. di divenire, attraverso la propria attività di contrattazione, un traino verso gli obiettivi di sostenibilità⁶⁵.

certi servizi dietro pagamento di un corrispettivo. Siamo qui nell'ambito dei servizi pubblici, garantiti tramite imprese pubbliche oppure direttamente con strutture operative interne agli apparati pubblici. All'interno del mercato l'azione pubblica può poi essere di programmazione dell'impiego delle risorse scarse (governo del territorio); può essere tesa, inoltre, ad offrire ai privati l'utilizzo di risorse scarse di proprietà pubblica, da destinare alle attività imprenditoriali (ad esempio, attraverso le concessioni di beni pubblici); oppure può agire sia tramite strumenti di regolazione amministrativa delle attività svolte dalle imprese in determinati settori economici, sia anche con il finanziamento delle medesime imprese attraverso sovvenzioni pubbliche (nel rispetto dei parametri posti dalla disciplina UE in materia di aiuti di Stato), oppure può collocarsi sul mercato agendo mediante l'attività produttiva di imprese di proprietà pubblica. Così anche M. Libertini, *Il diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2014, 535 ss. Infine, un ruolo di primario rilievo viene svolto dallo Stato e dai singoli enti pubblici nella loro qualità di “grandi acquirenti” e utilizzatori di beni e servizi, mediante l'utilizzo, in particolare, di contratti conclusi con gli operatori economici presenti sul mercato. Il contratto, infatti, rappresenta lo strumento principale di cui l'amministrazione si serve sia per acquisire le risorse strumentali e necessarie al suo funzionamento, sia per mettere a disposizione della collettività beni e servizi. Cfr. G. Napolitano, *La logica del diritto amministrativo*, II ed., Bologna, Il Mulino, 2014, 219.

⁶³ M. Clarich, *Contratti pubblici e concorrenza*, cit. Da ultimo anche G. Fidone, *Uso strategico dei contratti pubblici e sviluppo sostenibile*, in *Il Governo dello sviluppo sostenibile*, cit., 251.

⁶⁴ Cfr. G. Fidone, *op. cit.*, 252. Similmente F. De Leonardis, *Criteri di sostenibilità energetica e ambientale*, in *Trattato sui Contratti pubblici*, cit., 167 ss., spec. 172., secondo cui il punto di partenza di un siffatto uso strategico della contrattazione pubblica trova il suo fondamento nel fatto che la p.a. viene considerata come il contraente quantitativamente più rilevante sul mercato europeo e più duraturo nel tempo, dal momento che la p.a. acquista da sempre beni, servizi e opere e sempre lo farà.

⁶⁵ Cfr. G. Fidone, *op. cit.*, 253. In dottrina si è infatti parlato dell'appalto pubblico come

Di conseguenza, nell'ottica Ue, il contratto pubblico non può essere teso solamente a far sì che la p.a. si doti di un bene, di un servizio o di un'opera ma deve divenire uno strumento utile per realizzare anche altri tipi di interessi, tesi a garantire una crescita «intelligente, sostenibile e inclusiva»⁶⁶.

Come evidenziato da parte della dottrina, tale mutamento di prospettiva, ha ampliato, di fatto, la componente pubblicistica della contrattazione pubblica dal momento che, seguendo questa ricostruzione, il contratto pubblico non risponde più solo all'ottica privatistica della "fornitura di beni" ma anche a quella pubblicistica del conseguimento di interessi di carattere generale⁶⁷, ulteriori rispetto all'interesse specifico del contratto.

Questa impostazione si riflette, di conseguenza, anche sul lato "micro" del mercato, ovvero del singolo acquisto, dove ogni procedura ad evidenza pubblica, se strutturata in maniera c.d. strategica, diviene un processo decisionale che, favorendo l'incontro tra domanda e offerta, stilizza un mercato competitivo (c.d. micro-mercato)⁶⁸, sostenibile di per sé e teso anche a perseguire obiettivi di sostenibilità.

di uno strumento di "politica industriale" per la crescita e l'innovazione. G. M. 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 e S. Torricelli, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, 171 ss.

⁶⁶ Così la già richiamata Comunicazione *Europa 2020*. Tale strategia ha fondato, successivamente, anche il piano d'azione del *Green Deal* (COM(2019)640 final), il cui obiettivo – si legge nell'Introduzione dello stesso – è quello di trasformare l'Ue in una società giusta e prospera, dotata di un'economia moderna, efficiente sotto il profilo delle risorse e competitiva che a partire dal 2050 non genererà più emissioni nette di gas a effetto serra, in cui l'ambiente e la salute dei cittadini saranno protetti e in cui la crescita economica sarà dissociata dall'uso delle risorse. Così anche COM (2020) 21final «Piano di investimenti per un'Europa sostenibile. Piano di investimenti del *Green Deal* europeo». Di significativo rilievo anche la Risoluzione del Parlamento europeo del 25 novembre 2020 dal titolo «Verso un mercato unico più sostenibile per le imprese e i consumatori» che ha evidenziato la necessità di introdurre e consolidare modelli sostenibili di produzione e consumo che tengano conto dei limiti del pianeta della crisi causata dalla pandemia di Covid-19. Tra le proposte agli Stati membri sulle diverse policy da integrare, la Risoluzione ha ricompreso quella di garantire la transizione delle autorità pubbliche, ponendo gli appalti pubblici al centro della ripresa economica dell'Ue e tenendo in considerazione il ruolo che gli appalti verdi e sociali possono rivestire per promuovere la sostenibilità anche in settori cruciali. Per approfondimenti sul framework Ue in materia di sviluppo sostenibile si v. il Quaderno Asvis dal titolo «Obiettivi di sviluppo sostenibile e politiche europee. Dal *Green Deal* al *Next Generation EU*», 1, 2020.

⁶⁷ Così F. De Leonardis, *Criteri di sostenibilità energetica e ambientale*, in *Trattato sui Contratti pubblici*, cit., 167 ss., spec. 170; Id., *L'uso strategico della contrattazione pubblica: tra GPP e obbligatorietà dei CAM*, in *Riv. quadrim. Dir. amb.*, 2020, n. 3, 62 ss., spec., 64.

⁶⁸ Così M. Cafagno, *Lo Stato banditore*, cit., 130. Similmente anche J.L. Coleman, *Markets, Morals and the Law*, Oxford University Press, 2002, 68.

P'uso strategico dei contratti pubblici e lo sviluppo sostenibile

Sul punto è stato evidenziato, infatti, che la contrattazione pubblica può essere utilizzata, in primo luogo, al servizio della sostenibilità, ossia come strumento per realizzare obiettivi di sostenibilità incardinati dall'ordinamento, ma, in aggiunta a ciò, può essere essa stessa sostenibile, indipendentemente dall'obiettivo che si prefigge di realizzare. In questo secondo senso il contratto pubblico può configurare una vicenda economico-giuridica di per sé sostenibile⁶⁹.

Sino ai tempi più recenti, l'uso strategico dei contratti pubblici per la garanzia di una crescita sostenibile è stato inteso, principalmente, nell'ottica della tutela ambientale. Da ciò ne è disceso che la maggior parte delle disposizioni cc.dd. strategiche di tale disciplina riguardino tale ambito e che il *green public procurement*⁷⁰ detenga un posto di primario rilievo.

Tuttavia, come noto, l'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile delle nazioni unite⁷¹ ha proposto una visione di sviluppo sostenibile che non guarda più solo al piano ambientale ma che risulta integrata anche da quello economico e sociale⁷², tutti interconnessi tra di loro. Tale lettura ha condotto alla definizione di ben diciassette obiettivi di sviluppo sostenibile (*Sustainable Development Goals*- SDGs) da raggiungere entro il 2030, suddivisi, a loro volta in centosessantanove sotto-obiettivi (targets)⁷³. Con particolare riferimento

⁶⁹ Così F. Fracchia e P. Pantalone, *Verso una contrattazione pubblica sostenibile e circolare secondo l'Agenda ONU 2030*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2022, n. 2-3, 243 ss.

⁷⁰ Per una approfondita ricostruzione della disciplina e dell'evoluzione dei c.d. appalti verdi, si v. per tutti M. Cafagno e A. Fari, *I principi e il complesso ruolo dell'amministrazione nella disciplina dei contratti per il perseguimento di interessi pubblici*, in *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, a cura di M. Clarich, II ed., Torino, Giappichelli, 2019, 201 ss., spec. 216 ss. Tra i contributi più recenti si v. E. Caruso, *I contratti pubblici tra obiettivi di sostenibilità e finalità concorrenziali: alla ricerca di nuovi equilibri*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2022, n. 1, 284 ss.; M. Cafagno, *L'ambiente nei contratti pubblici: due angoli visuali e una morale*, in *Dir. e proc. amm.*, 2021, 4, 859 ss.

⁷¹ Risoluzione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite del 25 settembre 2015 dal titolo «*Trasformare il nostro mondo: l'Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile*».

⁷² L'Agenda è basata su cinque "P" che racchiudono cinque concetti chiave: i) Persone: eliminare fame, povertà e garantire dignità e uguaglianza; ii) Prosperità: garantire vite prospere e in armonia con la natura; iii) Pace: promuovere società pacifiche, giuste e inclusive; iv) Partnership: implementare l'Agenda attraverso solide Partnership; v) Pianeta: proteggere le risorse naturali e il clima del pianeta per le generazioni future.

⁷³ Secondo la lettura fornita dall'Agenda 2030, inoltre, le tre dimensioni dello sviluppo (economica, ambientale e sociale) sono strettamente correlate tra loro. Ciò fa sì che ciascun obiettivo non possa essere considerato in maniera indipendente ma deve essere perseguito sulla base di un approccio sistemico, che tenga in considerazione le reciproche interrelazioni. Secondo tale approccio, infatti, solo la crescita integrata di tutte e tre le componenti consentirà il raggiungimento dello sviluppo sostenibile. Per approfondimenti sugli obiettivi e

all'uso strategico dei contratti pubblici, all'obiettivo 12 «Consumo e produzione responsabili» è stato previsto come sotto-obiettivo (12.7) la necessità di promuovere pratiche sostenibili in materia di appalti pubblici⁷⁴.

Da tale ampliamento del concetto di sostenibilità, ne è derivata una moltiplicazione degli obiettivi che i contratti pubblici possono perseguire e la conseguente considerazione di interessi ulteriori anche oltre quelli ambientali, come appunto quelli sociali, quelli legati alla salute, alla conservazione del patrimonio culturale etc., tutti interconnessi tra di loro.

1.2. Il micro-mercato: cenni sui principali strumenti di sostenibilità tra 'vecchio' e nuovo codice

Nel quadro sin qui descritto, il nuovo codice (d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36), adottato in attuazione del medesimo pacchetto di direttive di cui al pre-rogente codice, riprendendo la disciplina contenuta nel codice previgente, dispone di diversi strumenti per garantire la sostenibilità (non solo ambientale) degli acquisti pubblici: dalla disciplina dei cc.dd. CAM, a quella delle clausole sociali, dei requisiti premiali⁷⁵, delle cause di esclusione, dell'offerta anormalmente bassa, del costo del ciclo di vita, degli strumenti a tutela delle PMI⁷⁶.

Un posto di primaria importanza, dato il rilievo che continua a detenere il piano ambientale, è sicuramente riconosciuto alla disciplina dei

sull'attuazione dell'Agenda si v. i Rapporti annuali, i Quaderni e i Paper tematici redatti dall'Asvis e disponibili al seguente link: <https://asvis.it/1-agenda-2030-dell-onu-per-lo-sviluppo-sostenibile/>.

⁷⁴ Sull'utilizzo dei contratti pubblici per raggiungere gli obiettivi dell'Agenda 2030 si v. anche A. La Chimia, *Appalti e sviluppo sostenibile nell'Agenda 2030*, in *Il procurement delle pubbliche amministrazioni tra innovazione e sostenibilità*, a cura di L. Fiorentino e A. La Chimia, Bologna, Il Mulino, 2021, 73 ss.

⁷⁵ Tali criteri non sono solamente ambientali. L'All. II.3, all'art. 1, stabilisce infatti la possibilità per le stazioni appaltanti di prevedere, nei bandi di gara, negli avvisi e negli inviti, specifiche clausole dirette all'inserimento, come requisiti necessari e come ulteriori requisiti premiali dell'offerta, di criteri orientati a promuovere l'imprenditoria giovanile, l'inclusione lavorativa delle persone disabili, la parità di genere e l'assunzione di giovani, con età inferiore a trentasei anni, e donne.

⁷⁶ Tali imprese, infatti, sono espressamente richiamate anche dall'Agenda 2030 e in particolare all'interno dell'obiettivo 8 «Incentivare una crescita economica duratura, inclusiva e sostenibile, un'occupazione piena e produttiva ed un lavoro dignitoso per tutti», dove nel sotto-obiettivo 8.3. viene affermata la necessità di 8.3 «Promuovere politiche orientate allo sviluppo, che supportino le attività produttive, la creazione di posti di lavoro dignitosi, l'imprenditoria, la creatività e l'innovazione, e che incoraggino la formalizzazione e la crescita delle piccole-medie imprese, anche attraverso l'accesso a servizi finanziari».

l'uso strategico dei contratti pubblici e lo sviluppo sostenibile

CAM contenuta oggi nell'art. 57 («Clausole sociali del bando di gara e degli avvisi e criteri di sostenibilità energetica e ambientale») del codice che, al secondo comma, prevede che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti contribuiscono al conseguimento degli obiettivi ambientali previsti dal Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione⁷⁷ attraverso l'inserimento (ora obbligatorio)⁷⁸ nella documentazione progettuale e di gara⁷⁹, almeno delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute nei criteri ambientali minimi definiti con decreto del Ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica. La disposizione stabilisce poi che i criteri e, in particolare, quelli premianti sono tenuti in considerazione ai fini della stesura dei documenti di gara per l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (OEPV)⁸⁰. L'attenzione a tali criteri è infatti enfatizzata dall'art. 108 che, al c.

⁷⁷ Il piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione c.d. PAN GPP è stato adottato accogliendo l'indicazione contenuta nella Comunicazione della Commissione europea «Politica integrata dei prodotti, sviluppare il concetto di ciclo di vita ambientale» COM(2003)302, l'11 aprile 2008 con decreto dell'allora Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e del Ministro dell'economia e delle finanze e del Ministro dello sviluppo economico, al fine di integrare le esigenze di sostenibilità ambientale nelle procedure di acquisto di beni e servizi pubblici. Il piano fornisce un quadro generale sul *Green Public Procurement*, identifica le categorie di beni, servizi e lavori di intervento prioritarie per gli impatti ambientali e i volumi di spesa sulle quali definire i CAM. Detta inoltre specifiche prescrizioni per gli enti pubblici, che sono chiamati a: i) effettuare un'analisi dei propri fabbisogni con l'obiettivo di razionalizzare i consumi; ii) identificare le funzioni competenti per l'attuazione del GPP coinvolte nel processo d'acquisto; iii) redigere uno specifico programma interno per implementare le azioni in ambito GPP. Il piano è stato 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.

⁷⁸ Il percorso per l'obbligatorietà dei CAM è stato lungo. Per un'approfondita ricostruzione si v. F. De Leonardis, *Criteri di sostenibilità energetica e ambientale*, cit., spec. 170. Come ricordato, a livello nazionale tale obiettivo è stato raggiunto con il correttivo del 2017 che ha affermato in via generale l'obbligatorietà dei contratti verdi raggiungendo quello che è stato definito dall'A. come un traguardo di portata storica. Con tale modifica il legislatore nazionale si è in realtà spinto anche più avanti di quello sovranazionale dal momento che il diritto Ue afferma l'obbligatorietà solo con riferimento a categorie merceologiche particolari. Sul tema si v. anche R. Caranta, *Clausole sociali e ambientali e rispetto del principio di concorrenza*, in *La dimensione sociale della contrattazione pubblica*, cit., 127 ss.

⁷⁹ L'art. 83, codice rubricato «Bandi e avvisi: contenuti e modalità di redazione», infatti, richiama la necessità di indicare i CAM di cui all'art. 57, c. 2, codice.

⁸⁰ Sulla tematica dell'OEPV alla luce del nuovo codice si v. M. Mirrione, *La selezione delle offerte*, in *Il nuovo corso dei contratti pubblici. Principi e regole in cerca di ordine*, a cura di S. Fantini e H. Simonetti, *Il Foro Italiano-Gli speciali*, 2023, n. 1, 146 ss. Una novità da tenere pre-

4, specifica che l'OEPV, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, è valutata sulla base di criteri oggettivi, quali gli aspetti qualitativi, ambientali ma anche sociali, connessi all'oggetto dell'appalto.

Salvo minime modifiche, come è stato rilevato dai primi commentatori, la disciplina del nuovo codice non ha potenziato l'utilizzo dello strumento dei CAM, né ha risolto alcune questioni interpretative con riguardo alla disciplina previgente⁸¹.

A titolo esemplificativo, un ulteriore strumento a garanzia dello sviluppo sostenibile può essere rintracciato anche nelle cc.dd. clausole sociali, definite come quelle disposizioni che impongono all'operatore economico il rispetto di determinati standard di protezione sociale e del lavoro come condizione per svolgere attività economiche in appalto o concessione o per accedere a benefici di legge e agevolazioni finanziarie (art. 2, lett. o))⁸². La disciplina di tali clausole è contenuta sempre nell'art. 57 (c. 1)⁸³ che, tramite anche il riferimento espresso alle «pari opportunità generazionali» e «di genere», colloca, senz'altro, le istanze sociali raggiungibili attraverso la contrattazione pubblica all'interno della più ampia definizione di sviluppo

sente all'interno del nuovo codice è quella dell'eliminazione – rispetto al previgente – della regola che imponeva di riconoscere al prezzo un peso non superiore a trenta punti su cento. Novità che, come rilevato, espande i margini di discrezionalità delle stazioni appaltanti. Così M. Renna, *I principi*, in *Il nuovo corso dei contratti pubblici*, cit., 2 ss.

⁸¹ Sul punto si v. S. Vernile, "Nuovo" Codice dei contratti pubblici e criteri ambientali minimi per l'economia circolare, in *Riv. giur. amb.*, 2023, n. 3, 979 ss., spec. 988, secondo cui la novità che merita evidenziare riguarda l'inserimento, all'interno dell'art. 57, della previsione secondo la quale le stazioni appaltanti valorizzano economicamente appalti e concessioni conformi ai CAM. Secondo l'A. ciò parrebbe significare che le stazioni appaltanti, nell'ambito della programmazione degli interventi, possano destinare risorse maggiori ai contratti il cui oggetto ricada nell'ambito dei CAM vigenti. Tuttavia, così facendo, vi sarebbe il rischio di finire con l'attribuire più valore (o comunque non pienamente effettivo e proporzionato) ai beni e ai servizi più sostenibili dal punto di vista ambientale che al reale fabbisogno. Salvo tale modifica, il nuovo codice non ha inciso in maniera innovativa sull'istituto né ha risolto alcune questioni interpretative sorte con riguardo alla disciplina previgente come, ad esempio, la questione relativa alla mancata conformazione dei bandi di gara ai CAM.

⁸² Per una analisi completa dell'istituto alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici si v. A. De Siano, *Tutela del lavoratore e buon andamento della P.A. secondo il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *federalismi.it*, 2023, n. 14, 98 ss. Con riferimento all'impianto del previgente codice si v. il recente contributo di W. Giulietti, *La tutela del lavoro nei contratti pubblici attraverso le clausole sociali*, in *Dir. econ.*, 2023, n. 1, 11 ss. Meno recente si v. M. Montini, *La tutela del lavoro nella contrattazione pubblica*, in *La dimensione sociale della contrattazione pubblica*, cit., 147 ss.

⁸³ Nel previgente codice le clausole sociali e i criteri ambientali erano disciplinati in due disposizioni differenti (rispettivamente artt. 50 e 34) ora, invece, la disciplina è confluita all'interno dell'art. 57 rubricato «Clausole sociali del bando di gara e degli avvisi e criteri di sostenibilità energetica e ambientale».

L'uso strategico dei contratti pubblici e lo sviluppo sostenibile

sostenibile abbracciata dall'Agenda 2030⁸⁴. In particolare, viene previsto che per i contratti di appalto diversi da quelli aventi natura intellettuale e per i contratti di concessione, i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti devono contenere specifiche clausole sociali con cui vengono richieste agli operatori, come requisiti necessari dell'offerta, misure orientate, tra l'altro, a garantire le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate, la stabilità occupazionale del personale impiegato, nonché l'applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore⁸⁵.

A completezza di quanto *supra* rilevato, l'art. 108, sempre con riferimento al criterio dell'OEPV, conferma la possibilità (già presente nel previgente codice) di individuare l'OEPV «sulla base dell'elemento del prezzo e del costo, seguendo un criterio di comparazione costo/efficacia quale il

⁸⁴ Tra i *goal* dell'Agenda vi è infatti l'obiettivo n. 5 che riguarda il raggiungimento dell'uguaglianza di genere e l'obiettivo n. 8 che invece punta al raggiungimento del lavoro dignitoso per tutti.

⁸⁵ Con particolare riferimento alla contrattazione collettiva è stato evidenziato che «nel tentativo di accrescere il livello di protezione sociale, il legislatore, difficilmente avendo potuto dettare disposizioni nei contenuti più pregnanti di quelle proprie del precedente codice, ha diversamente collocato rispetto al passato le norme riguardanti l'impiego della contrattazione collettiva, inserendole tra i principi: l'art. 11 è infatti dedicato al «Principio di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore. Inadempienze contributive e ritardo nei pagamenti». In questo senso A. De Siano, *Tutela del lavoratore e buon andamento della P.A. secondo il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *federalismi.it*, 2023, n. 14, 98 ss., spec. 105. Con riferimento invece alla parità di genere l'art. 108, c. 7, prevede che «al fine di promuovere la parità di genere, le stazioni appaltanti prevedono, nei bandi di gara, negli avvisi e negli inviti, il maggior punteggio da attribuire alle imprese per l'adozione di politiche tese al raggiungimento della parità di genere comprovata dal possesso della certificazione della parità di genere di cui all'articolo 46-bis del codice delle pari opportunità tra uomo e donna, di cui al decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198». La norma, come è stato evidenziato in dottrina (M. Mirrione, *La selezione delle offerte*, in *Il nuovo corso dei contratti pubblici. Principi e regole in cerca di ordine*, a cura di S. Fantini e H. Simonetti, *Il Foro Italiano-Gli speciali*, 2023, n. 1, 146 ss., spec. 167) troverebbe il suo precedente più vicino nell'art. 47, c. 4, d.l. n. 77/2021, che, in relazione alle procedure afferenti agli investimenti del PNRR e del PNC, dispone che le stazioni appaltanti prevedano requisiti necessari e premianti «orientati a promuovere l'imprenditoria giovanile, la parità di genere e l'assunzione di giovani [...] e donne». Il d.l. tuttavia, a differenza del nuovo codice che sembra imporre in capo alle stazioni appaltanti un obbligo indifferenziato, prevedeva una deroga all'inserimento di tali clausole sociali, nel caso in cui «l'oggetto del contratto, la tipologia o la natura del progetto o altri elementi puntualmente indicati ne rendano l'inserimento impossibile o contrastante con obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche». Tale mancata esplicita derogabilità, come evidenziato dall'A., potrebbe contrastare con il principio di connessione con l'oggetto dell'appalto.

costo del ciclo di vita [...]» (c. 1), conformemente a quanto previsto dall' allegato II.8 par. III che stabilisce i dati che le stazioni appaltanti indicano nei documenti di gara e che devono essere forniti dagli operatori economici al fine di determinare i costi del ciclo vita⁸⁶. Nello specifico, tali valutazioni consentono di valutare le offerte degli operatori considerando non solo il corrispettivo contrattuale, ma anche tutti quei costi afferenti all'intero ciclo di vita del bene (come, ad esempio, i costi di gestione che includono il consumo di energia, i costi di manutenzione, i costi per lo smaltimento o il riciclo), tra cui rientrano le esternalità ambientali⁸⁷.

Sono poi stati confermati ulteriori strumenti come, ad esempio, quello della suddivisione in lotti a tutela delle PMI⁸⁸. Oltre alle misure sin qui

⁸⁶ Tale concetto costituisce una diretta conseguenza del sistema dell'economia circolare. In questi termini F. De Leonardis, *Economia circolare: saggio sui suoi tre diversi aspetti giuridici. Verso uno stato circolare?*, in *Dir. amm.*, 2017, n. 1, 163 ss. Sul tema dell'economia circolare si v. *ex multis* e senza pretesa di esaustività: F. De Leonardis, *Il diritto dell'economia circolare e l'art. 41 Cost.*, in *L'ambiente per lo sviluppo: profili giuridici ed economici*, a cura di M. Monteduro e G. Rossi, Giappichelli, Torino, 2020, 25 ss.; Id., *Codice dell'ambiente, regolazione dei rifiuti e concorrenza nella nuova stagione dell'economia circolare*, in *Riv. quadrim. Dir. amb.*, 2022, n. 1, 60 ss.; M. Cocconi, *L'economia circolare come volano della transizione ecologia*, in *Scritti in onore di Maria Immordino*, I, Napoli, Editoriale scientifica, 2022, 777 ss.; V. Molaschi, *L'economia circolare nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, *ivi*, III, 2471 ss.; G. Montedoro, *Economia e società circolare: quali trasformazioni dello Stato e del diritto amministrativo*, in *Dir. e soc.*, 2020, n. 1, 175 ss.

⁸⁷ Il concetto del costo del ciclo di vita è stato introdotto per la prima volta dalla dir. 2014/24/UE. In particolare, si v. gli artt. 67 (par. 2) e 68. Quest'ultimo fa riferimento ai costi imputati a esternalità ambientali che possono includere i costi delle emissioni di gas a effetto serra o altre sostanze inquinanti, nonché altri costi legati all'attenuazione dei cambiamenti climatici. Per approfondimenti sulla tematica all'interno della normativa UE si v. per tutti, D. Iaria e I. Marrone, *Aggiudicazione nei settori ordinari*, in *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, cit., 685 ss., spec., 736.

⁸⁸ Sul tema sia consentito rinviare A. Coiante, *L'accesso delle PMI al mercato dei contratti pubblici tra la concorrenza per il mercato e la discrezionalità amministrativa: lo strumento della suddivisione in lotti quale "chiave di volta" che non risolve*, in *Dir. e soc.*, 2021, n. 4, 795 ss. e alla bibliografia *ivi* richiamata. Con particolare riferimento all'impianto del nuovo Codice si evidenzia che è stata inserita all'art. 108, c. 7, la previsione secondo cui le stazioni appaltanti possono prevedere criteri premiali tesi a favorire la partecipazione delle PMI nella valutazione dell'offerta e a promuovere per le prestazioni dipendenti dal principio di prossimità la loro efficiente gestione l'affidamento ad operatori economici con sede operativa nell'ambito territoriale di riferimento. Viene poi precisato che tali previsioni si applicano compatibilmente con il diritto dell'UE e con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità. Questa clausola di compatibilità (cfr. M. Mirrione, *La selezione delle offerte*, in *Il nuovo corso dei contratti pubblici. Principi e regole in cerca di ordine*, a cura di S. Fantini e H. Simonetti, *Il Foro Italiano-Gli speciali*, 2023, n. 1, 146 ss., spec. 167) sarà di peculiare importanza nell'applicazione di tale previsione, considerata l'ampia giurisprudenza amministrativa sul tema delle c.d. clausole di territorialità (*recte*: quelle clausole che impongono agli operatori

L'uso strategico dei contratti pubblici e lo sviluppo sostenibile

ricordate sono poi state previste, anche qui senza operare soluzioni di continuità con la previgente disciplina, tutta una serie di disposizioni relative alla c.d. funzione strategica negativa⁸⁹. Tra queste vi rientrano quelle in tema di esclusione dalle procedure degli operatori (art. 95, c. 1, lett. a)), laddove siano accertate gravi violazioni delle norme in materia di salute, sicurezza sul lavoro, nonché degli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro, stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali (elencate nell'all. X, dir. 2014/24/Ue). E ancora la previsione che stabilisce la possibilità per le stazioni appaltanti di decidere di non aggiudicare l'appalto all'operatore che ha presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa nel caso in cui abbia accertato il mancato rispetto degli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro (art. 107, c. 2).

L'impianto generale degli istituti sin qui richiamati, come detto, è stato di base confermato dal nuovo codice senza apportare rilevanti modifiche alla disciplina.

In quest'ottica, davanti alle possibilità offerta dalla modifica integrale della normativa, il legislatore sembra aver perso l'occasione per riconoscere in maniera più ampia (e nell'ottica di raggiungere gli obiettivi dell'Agenda 2030) il principio dello sviluppo sostenibile, anche alla luce della legge delega (l. 21 giugno 2022 n. 78) che all'art. 1 lett. f) – oltre alla già presente disciplina di misure volte a garantire il rispetto dei criteri di responsabilità energetica e ambientale (attraverso l'aggiornamento dei CAM) – prevedeva espressamente (tra i criteri e principi direttivi) la «semplificazione delle procedure finalizzate alla realizzazione di investimenti in tecnologie verdi

economici di disporre di una sede operativa localizzata in una determinata area geografica o ad una distanza minima dalle sedi dell'Amministrazione che indice la gara). Il g.a. ha infatti tendenzialmente ritenuto illegittime quelle clausole di territorialità che imponeva agli operatori economici di disporre di una sede operativa in un dato ambito territoriale quale requisito di partecipazione alle procedure di gara. Il carattere anticoncorrenziale di tali clausole è stato considerato non sussistente tutte le volte in cui tale esigenza di vicinanza territoriale veniva posta dalla stazione appaltante non come requisito di partecipazione bensì come modalità di esecuzione del contratto e, più in particolare, quale condizione per la stipula dello stesso. A ciò si aggiunga che anche la Corte costituzionale ha chiarito a più riprese che discriminare le imprese sulla base di elementi di localizzazione territoriale si pone in contrasto con diversi principi, tra cui quelli di eguaglianza e di libera circolazione (Corte cost., 26 giugno 2001, n. 207). Sul tema si v. anche la pronuncia della C. giust. UE 16 giugno 2015, C-593/13. Per un'analisi più approfondita della questione sia consentito rinviare a A. Coiante, *Le clausole di territorialità nelle procedure di gara tra tutela della concorrenza e discrezionalità amministrativa*, in *Foro amm.*, 2019, n. 9, 1458 ss.

⁸⁹ Così definite da A. Maltoni, *Contratti pubblici e sostenibilità ambientale: da un approccio "mandatory-rigido" ad uno di tipo "funzionale"?*, in *CERIDAP*, 2023, n. 3, 64 ss., spec. 69.

e digitali, in innovazione e ricerca nonché in innovazione sociale, anche al fine di conseguire gli obiettivi dell'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 25 settembre 2015, e di incrementare il grado di ecosostenibilità degli investimenti pubblici e delle attività economiche secondo i criteri di cui al reg. Ue 2020/852⁹⁰ del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 giugno 2020 [...]»⁹¹.

Stupisce quindi non poco la scelta di non riprodurre la disposizione di cui al primo comma dell'art. 30 del previgente codice (rubricato «Principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni») che prevedeva la possibilità di subordinare il principio di economicità⁹², nei limiti in cui era espressamente consentito dalle norme vigenti e dal 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»⁹³.

⁹⁰ Tale regolamento stabilisce i criteri per determinare se un'attività economica possa considerarsi ecosostenibile, al fine di individuare il grado di ecosostenibilità di un investimento. L'art. 3, in particolare, rubricato «Criteri di ecosostenibilità delle attività economiche» prevede che al fine di stabilire il grado di ecosostenibilità di un investimento, un'attività economica è considerata ecosostenibile se: a) contribuisce in modo sostanziale al raggiungimento di uno o più degli obiettivi ambientali di cui all'articolo 9 (ossia la mitigazione dei cambiamenti climatici; l'adattamento ai cambiamenti climatici; l'uso sostenibile e la protezione delle acque e delle risorse marine; la transizione verso un'economia circolare; la prevenzione e la riduzione dell'inquinamento; la protezione e il ripristino della biodiversità e degli ecosistemi); b) non arreca un danno significativo (c.d. principio del *Do No Significant Harm* o anche solo DNSH) a nessuno degli obiettivi ambientali di cui sopra; c) è svolta nel rispetto delle garanzie minime di salvaguardia previste all'art. 18 che disciplina le c.d. garanzie minime di salvaguardia; e d) è conforme ai criteri di vaglio tecnico fissati dalla Commissione. Sul principio del DNSH si vedano gli orientamenti tecnici della Commissione (COM (2021) 1054 del 12 febbraio 2021 «Orientamenti tecnici sull'applicazione del principio "non arrecare un danno significativo"»), previsti in attuazione del regolamento che ha istituito il dispositivo per la ripresa e resilienza (reg. Ue 2021/241).

⁹¹ Sul punto Cfr. A. Maltoni, *Contratti pubblici e sostenibilità ambientale: da un approccio "mandatory-rigido" ad uno di tipo "funzionale"?*, in *CERIDAP*, 2023, n. 3, 64 ss., spec. 69 e anche F. Fracchia e P. Pantalone, *Verso una contrattazione pubblica sostenibile e circolare secondo l'Agenda ONU 2030*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2022, n. 2-3, 243 ss.

⁹² Sul principio di economicità si v. per tutti A. Massera, *I criteri di economicità, efficacia ed efficienza*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, II ed., Milano, Giuffrè, 2017, 45 ss. e, da ultimo, M.R. Spasiano, *Il principio di buon andamento*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, IV ed., a cura di M.A. Sandulli, Milano, Giuffrè, 2023, 121, ss.

⁹³ Tale disposizione era presente anche nel codice del 2006 (art. 2). Nel Codice del 2016 era stato aggiunto solamente il riferimento al patrimonio culturale. Sulla portata di tale previsione si era espresso anche il Ministero della salute con un report del settembre 2006 dal titolo «Acquisti verdi per la Pubblica Amministrazione: stato dell'arte, evoluzione normativa e

L'uso strategico dei contratti pubblici e lo sviluppo sostenibile

Il rapporto di subordinate che traspariva dalla lettera di tale disposizione poteva essere considerato, almeno a prima lettura, come frutto di una concezione meramente aziendalistica del principio di economicità, intesa quale minor utilizzo delle risorse finanziarie, che prescinde da un rapporto comparativo tra mezzi impiegati e risultati raggiunti in termini di benessere della collettività⁹⁴.

In realtà, come è stato evidenziato da parte della dottrina, attraverso un'interpretazione più sistematica, tale subordinazione poteva piuttosto considerarsi come frutto di una diversa concezione dell'economicità, in grado di consentire all'amministrazione di allargare la propria visione temporale di riferimento e di non rivolgersi solamente al singolo incontro tra domanda e offerta (*recte*: singolo procedimento di acquisto) circoscritto nel tempo, ma di ampliare la sua valutazione tenendo presente, nella ponderazione stessa dell'economicità della scelta pubblica, alcuni fattori che potevano incidere sul lungo periodo sui costi sociali e sulle esternalità⁹⁵.

Di tale concezione ne sono un esempio alcune pronunce del Giudice amministrativo ove la disposizione di cui all'art. 30 del codice del 2016 (e il rapporto di subordinate del principio di economicità) è stata utilizzata per dichiarare legittimo l'inserimento, da parte delle stazioni appaltanti, di criteri aggiuntivi (in sede di valutazione dell'offerta tecnica) riguardanti la tutela

indicazioni metodologiche». Nel report si legge che tale disposizione legittimava la possibilità di considerare «prioritaria l'esigenza di proteggere ambiente e salute umana, di promuovere lo sviluppo sostenibile e tutelare le esigenze sociali anche a scapito di non garantire sempre ed in ogni caso un rapporto conveniente tra risultati ottenuti e risorse impiegate, purché ciò avvenga nel rispetto della trasparenza, della par condicio e della concorrenza». Sempre secondo quanto è dato leggere nel report, tale norma avrebbe risposto alle perplessità di quanti temevano che potesse essere contrario all'interesse pubblico e al buon andamento dell'amministrazione procedere ad un acquisto di un prodotto in possesso di un marchio ecologico, poiché più caro rispetto ad altri; chiariva inoltre che un procedimento amministrativo più oneroso, come potrebbe essere quello di dover controllare la rispondenza della fornitura anche sotto il profilo dei requisiti ecologici richiesti nel bando, non è contrario al buon andamento dell'azione amministrativa perché va a tutela dell'ambiente e della salute umana. Il report è disponibile al seguente link: https://www.mase.gov.it/sites/default/files/archivio/allegati/GPP/all_to_50_Rapporto_studio_GPP_2006.pdf.

⁹⁴ Si v. E. Caruso, *La funzione sociale dei contratti pubblici. Oltre il primato della concorrenza?*, Napoli, 2021, 27. Similmente anche S. Dettori, *Art. 30*, in *Codice dei contratti pubblici commentato*, a cura di L. Perfetti, II ed., Milano, 2017, 282 ss., spec. 290, secondo cui la disposizione enuncerebbe chiaramente la possibilità per le amministrazioni di rinunciare all'impiego delle risorse impegnate per l'approvvigionamento di beni e servizi quando siano in gioco interessi ritenuti prevalenti dall'ordinamento.

⁹⁵ M. Cafagno e A. Fari, *I principi e il complesso ruolo dell'amministrazione nella disciplina dei contratti per il perseguimento di interessi pubblici*, cit., spec. 215.

della salute, della sicurezza sul lavoro, dell'ambiente⁹⁶ o per affermare la legittimità delle previsioni tese a garantire meccanismi atti ad assicurare la c.d. parità di genere⁹⁷, anche sotto la vigenza del codice del 2006⁹⁸.

Oltre a stabilire il possibile rapporto di subordinazione dell'economicità nei confronti degli "interessi strategici", l'art. 30, infatti, faceva anche qualcosa in più: richiamava espressamente il principio dello sviluppo sostenibile nella disposizione del codice dedicata ai principi-guida dell'azione amministrativa in tale settore.

La mancata riproposizione di una disposizione simile non può apparire priva di effetti. Viepiù che tale scelta è stata compiuta nonostante, come detto, la legge delega avesse dato ampio spazio e respiro al principio dello sviluppo sostenibile, e anche tenuto conto del fatto che il nuovo codice ha dedicato i primi undici articoli⁹⁹ ai principi a cui deve risultare conforme l'attività amministrativa delle stazioni appaltanti.

⁹⁶ In questo senso si v. Cons. St., sez.V, 22 luglio 2021, n. 5513. In particolare, nel caso di specie, il Consiglio di Stato ha ritenuto legittimo l'inserimento nel disciplinare di gara, tra i criteri di valutazione dell'offerta tecnica a cui riconoscere punteggi aggiuntivi, il possesso delle certificazioni di qualità ISO (riguardanti la salute, la sicurezza sul lavoro, l'ambiente), precisando appunto che «Il codice dei contratti pubblici favorisce, nell'impiego del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'inserimento di criteri in grado di favorire il rispetto del diritto dei lavoratori, della sicurezza e salubrità nei posti di lavoro: difatti, in linea generale, l'art. 30, comma 1, stabilisce che: "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"» (par. 8).

⁹⁷ Si v. TAR Lazio, Roma, sez.V, 8 marzo 2023, n. 3873, che ha dichiarato come legittima «La scelta compiuta in sede di redazione del bando di gara di premiare i concorrenti che abbiano investito sulle misure atte a scongiurare discriminazioni fondate su ragioni di genere» sulla base dell'art. 30, c. 1, d.lgs. n. 50/2016 (secondo cui 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). Ciò a prescindere anche dalla previsione espressa introdotta dall'art. 47, c. 4, d.l. 77/2021. Secondo la ricorrente, infatti, la facoltà di inserire requisiti di tal genere era da considerarsi applicabile solo ai contratti pubblici aggiudicati sotto la disciplina del d.l. 71 (quindi per contratti PNRR e PNC).

⁹⁸ TAR Lombardia, Milano, 27 giugno 2013, n. 1647.

⁹⁹ In particolare, sono i principi del risultato (art. 1), della fiducia (art.2), dell'accesso al mercato (art. 3), di buona fede e di tutela dell'affidamento (art. 5), di solidarietà e sussidiarietà orizzontale (art. 6), di auto-organizzazione amministrativa (art. 7), di autonomia contrattuale (art. 8) di conservazione dell'equilibrio contrattuale (art. 9) di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione (art. 10) e di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore (art. 11). Come è stato evidenziato (M. Ramajoli, *I principi generali*, in *Codice dei contratti pubblici annotato articolo per articolo*, Vol. I, a cura di C. Contessa e P. Del Vecchio,

l'uso strategico dei contratti pubblici e lo sviluppo sostenibile

Tra questi un posto di primaria importanza è ricoperto dal principio del risultato che, secondo quanto previsto dall'art. 1, c. 4, d.lgs. n. 36/2023, deve, tra l'altro, fungere da «criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto» e, inoltre, ai sensi dell'art. 4, deve essere utilizzato come criterio interpretativo e applicativo delle disposizioni dell'intero codice (insieme al principio della fiducia e dell'accesso al mercato).

Ciò posto e alla luce di quanto sin qui evidenziato, nei paragrafi che seguono, si intende riflettere sul peso che potrà avere, nell'ottica di un utilizzo strategico dei contratti pubblici a garanzia dello sviluppo sostenibile, la suddetta mancata riproposizione della disposizione di cui all'art. 30, davanti all'ampliamento dei poteri discrezionali delle stazioni appaltanti e alla centralità del principio del risultato, anche quale «criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto».

2. ... e il (nuovo) principio del risultato

Come si è avuto modo di evidenziare all'interno del primo paragrafo, tra gli obiettivi generali delle direttive del 2014, vi era quello di accrescere la flessibilità della disciplina dei contratti pubblici anche garantendo maggiore discrezionalità alle stazioni appaltanti. Tuttavia, si è visto che l'approccio del legislatore Ue – meno formalistico e a favore di modelli più flessibili – si è dovuto confrontare con l'impianto normativo nazionale, permeato da un tradizionale atteggiamento di diffidenza nei confronti della discrezionalità amministrativa che ha condotto, a sua volta, all'adozione di discipline tipicamente caratterizzate da fitti reticoli di regole tese a limitare l'utilizzo di tale potere per prevenire possibili pericoli di abuso¹⁰⁰.

2023, 45 ss.) alcuni principi hanno derivazione privatistica (come il principio di autonomia contrattuale o quello di conservazione dell'equilibrio contrattuale); altri sono propriamente pubblicistici (come il principio di accesso al mercato, quello di solidarietà, di sussidiarietà orizzontale, di auto-organizzazione amministrativa). Alcuni principi poi hanno una tradizione millenaria (come quello di buona fede e di tutela dell'affidamento), altri rappresentano un'autentica novità (come il principio della fiducia), altri ancora hanno natura trasversale e riguardano ogni campo dell'agire amministrativo (ancora il principio di buona fede e tutela dell'affidamento), altri, invece, sono applicabili solamente al settore dei contratti pubblici (come il principio di tassatività delle cause di esclusione). E ancora ci sono principi che assumono una valenza rafforzata rispetto agli altri (si v. l'art. 4, secondo cui tutte le disposizioni del codice si applicano in base ai principi del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato).

¹⁰⁰ Il fondamento di tale atteggiamento di diffidenza nei confronti della discrezionalità

Alla luce di quanto ricordato, il nuovo codice rappresenta dunque un terzo tentativo di amalgamare queste due anime: la prima, di stampo europeo, tesa a valorizzare il potere di scelta delle stazioni appaltanti e, la seconda, quella nazionale che, condizionata da una tradizionale sfiducia nell'integrità morale delle stazioni appaltanti, ha sempre tentato di restringere i loro margini di scelta.

Questa concezione sembrerebbe potersi dire superata (almeno nella teoria) dall'impostazione del nuovo d.lgs. n. 36/2023 che, in linea con il pacchetto di direttive del 2014, ha inteso concedere maggiori spazi valutativi alle stazioni appaltanti. Tale intento è ben evincibile dalla accurata Relazione illustrativa che ne ha accompagnato lo schema definitivo.

Anzitutto, sin dalla premessa, si legge che tale codice ha voluto dare effettivo senso ad alcune «parole chiave» spesso utilizzate in tema di contratti pubblici, tra cui rientra quella della «semplificazione» ottenuta, tra l'altro, «aumentando la discrezionalità delle amministrazioni»¹⁰¹. Nella parte sui principi generali¹⁰² viene poi ricordato che, mentre nel previgente d.lgs. n. 50/2016, il ruolo dei principi subiva «una rilevante compressione» dovuta «alla presenza di norme puntuali che finivano per erodere ambiti di discrezionalità delle amministrazioni pubbliche [...]», nel nuovo codice, attraverso la codificazione dei principi generali¹⁰³, l'obiettivo è proprio quello di fa-

sarebbe da rintracciare nella tendenza ad associare la discrezionalità al potere. Ciò avrebbe radicato nella nostra cultura giuridica «un diffuso atteggiamento di diffidenza per i possibili pericoli di abuso e di ingiustizia delle autorità pubbliche» e avrebbe condotto «alla sperimentazione di rimedi, concepiti più che in chiave negativa di vincolo, limite o freno, che non in termini positivi di sviluppo, affinamento, e responsabilizzazione delle capacità decisorie». In questi termini G.D. Comperti, *Introduzione: dal potere discrezionale alle scelte negoziali*, in *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, a cura di G.D. Comperti, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, 2 ss.

¹⁰¹ Sui nuovi ambiti di discrezionalità all'interno del nuovo Codice si v. M.R. Spasiano, *Principi e discrezionalità nel nuovo codice dei contratti pubblici: primi tentativi di parametrizzazione del sindacato*, in *federalismi.it*, 2023, n. 24, 222 ss.

¹⁰² Per un quadro introduttivo sui principi del nuovo Codice si vedano, senza pretesa di esaustività, M. Ramajoli, *I principi generali*, in *Codice dei contratti pubblici*, a cura di C. Contessa e P. Del Vecchio, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, 45 ss.; M. Renna, *I principi*, in *Il nuovo corso dei contratti pubblici*, cit., 2 ss.; F. Saitta, *I principi generali del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Giustiziainsieme.it*, 8 giugno 2023; A.M. Chiariello, *Una nuova cornice di principi per i contratti pubblici*, in *Il diritto dell'economia*, 2023, n. 1, 141 ss. Con riguardo allo Schema del Codice si v. M.A. Sandulli, *Prime considerazioni sullo Schema del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Giustiziainsieme.it*, 21 dicembre 2022; L.R. Perfetti, *Sul nuovo Codice dei contratti pubblici. In principio*, in *Urb e App.*, 2023, n.1, 5 ss.

¹⁰³ Sulla «codificazione per principi» e il legame con la certezza del diritto (anche) nel nuovo codice si v. M.R. Spasiano, *Codificazione di principi e rilevanza del risultato*, in *Codice*

l'uso strategico dei contratti pubblici e lo sviluppo sostenibile

vorire «una più ampia libertà di iniziativa e di auto-responsabilità delle stazioni appaltanti, valorizzandone autonomia e discrezionalità (amministrativa e tecnica) in un settore in cui spesso la presenza di una disciplina rigida e dettagliata ha creato incertezze, ritardi, inefficienze».

All'interno del commento all'articolato viene poi chiaramente evidenziato l'intento generale del codice di voler dare, sin dalle disposizioni di principio, «il segnale di un cambiamento profondo» che, fermo restando il perseguimento di ogni forma di irregolarità, miri a «valorizzare [...] la discrezionalità degli amministratori pubblici [...]»¹⁰⁴.

dei contratti pubblici, cit., 49 ss. Sul punto si è soffermata anche la Relazione illustrativa precisando che, nella consapevolezza dei rischi che sono talvolta correlati a un uso inappropriato dei principi generali il Codice ha inteso dare un contenuto concreto e operativo a clausole generali altrimenti eccessivamente elastiche (p.12).

¹⁰⁴ Tale considerazione di carattere generale è stata compiuta nella parte dedicata al commento sull'art. 2 che disciplina il nuovo principio della fiducia e che, secondo quanto delineato nella relazione, costituirebbe «un segno di svolta rispetto alla logica fondata sulla sfiducia (se non sul sospetto) per l'azione dei pubblici funzionari, che si è sviluppata negli ultimi anni, anche attraverso la stratificazione di interventi normativi non sempre coordinati tra loro, e che si è caratterizzata da un lato per una normazione di estremo dettaglio, che mortificava l'esercizio della discrezionalità, dall'altro per il crescente rischio di avvio automatico di procedure di accertamento di responsabilità amministrative, civili, contabili e penali che potevano alla fine rivelarsi prive di effettivo fondamento». Tale concatenazione avrebbe generato – si legge ancora – una «forma di “burocrazia difensiva”, spesso descritta evocando l'efficace immagine del dipendente che ha “paura di firmare”, a causa della quale i funzionari, frenati dal timore delle possibili conseguenze del loro agire, preferiscono astenersi dal farlo, con inevitabile pregiudizio dell'efficienza e, più in generale, del buon andamento dell'azione amministrativa, scaricando sul legislatore o sul giudice la soluzione di problemi che spetterebbe invece alla p.a. affrontare e risolvere (si è parlato efficacemente anche di tendenza ad “amministrare per legge” e “amministrare per sentenza”) [...]». Il principio della fiducia viene inoltre collegato al principio del risultato (c. 2) al fine di evidenziare che la fiducia riconosciuta ai pubblici funzionari non è incondizionata ma costituisce «una sorta di contropartita di ciò che l'ordinamento si aspetta dall'azione amministrativa, ossia la realizzazione del risultato declinato dall'art. 1 [...]». Questa impostazione, che vede al centro la valorizzazione dei poteri discrezionali del funzionario pubblico, è poi inoltre legata alla strategia di superamento della c.d. “paura della firma” che ha trovato concretezza nella nuova formulazione dell'art. 323 c.p. (per come modificato dal d.l. 76/2020). La disposizione ora richiede, ai fini dell'interazione del reato di abuso d'ufficio, che l'atto sia adottato «in violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuano margini di discrezionalità». Sul rapporto del principio della fiducia e la responsabilità dei pubblici funzionari nell'ambito del nuovo Codice si v. M.A. Sandulli, *Prime considerazioni sullo Schema del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Giustiziainsieme.it*, 21 dicembre 2022, secondo cui l'art. 2 mira essenzialmente a tutelare i funzionari pubblici, delimitandone la colpa grave, al fine di contrastare la c.d. “paura della firma”. Per un'analisi del rapporto tra la c.d. paura della firma, la discrezionalità amministrativa e il nuovo principio del risultato si

Nel delineare le fondamenta di questo “cambiamento di rotta”, come anticipato, il d.lgs. n. 36/2023 individua il principio del risultato quale “stella polare” del nuovo approccio.

Il ruolo centrale di questo principio si evince dalla sua collocazione (art. 1); dal fatto che, secondo quanto previsto dall’art. 4, insieme al principio della fiducia e a quello di accesso al mercato, costituisce criterio interpretativo e applicativo di tutte le disposizioni del codice; dal ruolo rivestito quale criterio prioritario per l’esercizio del potere discrezionale e per l’individuazione della regola del caso concreto¹⁰⁵.

Tale principio seppur, sino ad ora, non era mai stato positivizzato dal legislatore, non costituisce, tuttavia, un concetto sconosciuto nel panorama giuridico, poiché richiama gli studi sul tema dell’amministrazione di risultato¹⁰⁶.

v. F. Cintioli, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2023, 4. Sul tema dell’abuso d’ufficio alla luce delle recenti modifiche si v. *ex multis*: R. Ferrara, *Abuso d’ufficio e discrezionalità amministrativa: alle origini del problema*, in *Dir. e proc. amm.*, 2022, n. 1, 1 ss.; S. Villamena, *La riforma dell’abuso d’ufficio: fra attività interpretativa, attività discrezionale e autovincoli amministrativi*, in *Dir. e soc.*, 2021, n. 4, 695 ss.; S. Perongini, *L’abuso di ufficio. Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione. Con una proposta di integrazione della riforma introdotta dalla legge n. 120/2020*, Giappichelli, Torino, 2020.

¹⁰⁵ Cfr. S. Perongini, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza*, in *Dir. e soc.*, 2022, 3, 551 ss.

¹⁰⁶ Come è stato evidenziato, il tema dell’amministrazione di risultato, dopo essere stato a lungo oggetto di studi da parte della dottrina sembrava scomparso dal dibattito scientifico «superato dalle dominanti ansie di “sburocratizzazione” e di semplificazione dell’organizzazione e dell’attività pubblica sospinte dagli impegni richiesti all’Italia dalla UE, in un contesto che continua ad annoverare l’amministrazione pubblica tra le cause d’intralcio allo sviluppo economico e sociale del paese». Così M.R. Spasiano, *Codificazione di principi e rilevanza del risultato*, in *Codice dei contratti pubblici*, cit., spec. 63. Sull’amministrazione di risultato si vedano, senza pretesa di esaustività, G. Guarino, *Quale amministrazione? Il diritto amministrativo degli anni ’80*, Milano, 1985; L. Iannotta, *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall’interesse legittimo al buon diritto*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, n. 2, 229 ss.; Id., *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Dir. amm.*, 1999, n. 1, 57 ss.; R. Ferrara, *Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato: dalla “libertà dall’amministrazione” alla libertà dell’amministrazione*, in *Dir. e soc.*, 2000, n. 1, 101 ss.; A. Romano Tassone, *Sulla formula “amministrazione per risultati”*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, Jovene, Napoli, 2001, 813 ss.; Id., *Analisi economica del diritto e “amministrazione di risultato”*, in *Dir. amm.*, 2007, n. 1, 63 ss.; G. Corso, *Amministrazione di risultati*, in *Annuario AIPDA*, Giuffrè, Milano, 2002, 107 ss.; Aa.Vv., *Principio di legalità e amministrazione di risultati. Atti del Convegno (Palermo, 27-28 febbraio 2003)*, a cura di M. Immordino e A. Police, Giappichelli, Torino, 2004; M.R. Spasiano, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003; Id., *Nuove riflessioni in tema di amministrazione di risultato*, in *Studi per Franco G. Scoca*, V, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, 4845 ss.; Id. *Il principio di buon andamento*, in *Principi e regole dell’azione ammi-*

L'uso strategico dei contratti pubblici e lo sviluppo sostenibile

Come è stato evidenziato, nel corso del tempo, il concetto di “risultato amministrativo” ha assunto significati diversi: è stato prima configurato in termini aziendalistici; poi come soddisfazione materiale della pretesa del cittadino; o come economicità del valore della pretesa del cittadino o come soddisfazione delle pretese giuridicamente fondate; o ancora come presa in considerazione di tutti gli interessi in gioco¹⁰⁷. La poliedricità di tale nozione sarebbe legata alla sua «natura relazionale» essendo il risultato amministrativo «un concetto che muta con il modificarsi del termine di riferimento e dell'iter dal quale scaturisce, di cui lo stesso costituisce, appunto, risultato»¹⁰⁸.

Tuttavia, il codice non richiama il (principio del) risultato in un'accezione generica e indefinita ma lo delinea in termini specifici o, meglio, per richiamare le parole della Relazione Illustrativa, «concreti» e «operativi».

Anzitutto, al primo comma, viene stabilito che le stazioni appaltanti e gli enti aggiudicatori perseguono «il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione», con due modalità specifiche: «la massima tempestività e il miglior rapporto possibile qualità e prezzo» e nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza¹⁰⁹.

In altre parole, il risultato viene descritto come “bifasico” poiché inerente sia alla fase dell'affidamento del contratto che a quella dell'esecuzione. Con riferimento alla prima, il risultato si concretizza nella stipula del contratto; mentre nella fase di esecuzione esso si attua con la realizzazione dell'opera, l'espletamento del servizio, il conseguimento della fornitura. Entrambi i risultati devono essere raggiunti con tempestività e perseguendo il miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo¹¹⁰.

nistrativa, IV ed., Giuffrè, Milano, 2023, 121 ss.; L. Giani, *L'amministrazione tra appropriatezza dell'organizzazione e risultato: spunti per una rilettura del dialogo tra territorio, autorità e diritti*, in *Nuove Autonomie*, 2021, n. 3, 551 ss.

¹⁰⁷ S. Perongini, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza*, in *Dir. e soc.*, 2022, n. 3, 551 ss. Tuttavia, secondo l'A. i dibattiti sull'amministrazione di risultato portati avanti sino ad oggi non sono stati in grado di formulare una visione di insieme del risultato amministrativo.

¹⁰⁸ S. Perongini, *op. cit.*, spec. 555.

¹⁰⁹ Alla concorrenza e alla trasparenza è dedicato il secondo comma dell'art. 1 che prevede che la concorrenza è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti, mentre la trasparenza è funzionale alla massima semplicità e celerità nella corretta applicazione delle regole del Codice. Sul rapporto tra risultato, legalità e norma attributiva del potere si v. S. Perongini, *op. cit.*, spec. 558 e similmente anche M.R. Spasiano, *Codificazione di principi e rilevanza del risultato*, in *Codice dei contratti pubblici*, cit., 49 ss., spec. 68.

¹¹⁰ Cfr. S. Perongini, *op. cit.*, secondo cui in tal modo il risultato diventa elemento della fattispecie normativa, risolvendo ogni possibile dicotomia tra risultato e principio di legalità.

Questo «anelito del legislatore»¹¹¹ – espresso nei termini di un effettivo raggiungimento, senza intralci, dell’aggiudicazione e dell’esecuzione del contratto – secondo quanto previsto dal terzo comma del richiamato art. 1, costituisce attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio di buon andamento di cui all’art. 97 Cost. e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità.

Inteso in tal senso, il principio del risultato implicherebbe la tempestiva presa in considerazione degli interessi, la loro rapida ponderazione e la loro efficace tutela¹¹².

Viene poi specificato che esso deve essere perseguito nell’interesse della comunità e per il perseguimento degli obiettivi dell’Ue.

Questa finalizzazione del risultato all’interesse della comunità e al perseguimento degli obiettivi dell’Ue se, da un lato, potrebbe risultare pleonastica dal momento che ogni amministrazione è tenuta a perseguire oltre all’interesse pubblico a cui è preposta anche l’interesse della comunità e deve farlo in conformità con gli obiettivi europei¹¹³, dall’altro, costituirebbe, insieme ai riferimenti espressi alla «qualità», al rispetto dei principi di «legalità, trasparenza e concorrenza», un utile elemento per prevenire (o almeno temperare) possibili letture distorte del risultato, tese a valorizzarne esclusivamente i legami con la rapidità¹¹⁴ o con l’economicità.

Come puntualmente rilevato, inoltre, il riferimento all’interesse della comunità e agli obiettivi dell’Ue potrebbe essere letto anche come comprensivo di tutti quegli interessi strategici prima espressamente menzionati dall’art. 30 del previgente codice e non richiamati all’interno degli undici articoli ora dedicati ai principi¹¹⁵.

Tale lettura risulta ancor più necessaria alla luce del ruolo che tale principio è chiamato ad assumere nell’esercizio della discrezionalità delle amministrazioni aggiudicatrici e che si rifletterà in maniera pregnante nel momento in cui le stesse saranno chiamate a delineare i micro-mercati che sono le singole procedure di aggiudicazione.

¹¹¹ M.R. Spasiano, *Codificazione di principi e rilevanza del risultato*, in *Codice dei contratti pubblici*, cit., 49 ss., spec. 59.

¹¹² Così si v. M.R. Spasiano, *Il principio di buon andamento*, in *Principi e regole dell’azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, IV ed., Milano, Giuffrè, 2023, 121 ss., spec. 134.

¹¹³ Cfr. A.M. Chiariello, *Una nuova cornice di principi per i contratti pubblici*, in *Il diritto dell’economia*, 2023, n. 1, 141 ss., spec. 152.

¹¹⁴ Cfr. M.A. Sandulli, *Prime considerazioni sullo Schema del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Giustiziainsieme.it*, 21 dicembre 2022.

¹¹⁵ Cfr. A.M. Chiariello, *op. cit.*, 152.

3. Considerazioni conclusive: per un approccio “olistico” al principio del risultato

La necessità di utilizzare lo strumento della contrattazione pubblica in un’ottica strategica per garantire tutela anche ai cc.dd. interessi orizzontali (secondari o accessori, rispetto all’interesse realizzativo), dopo un lungo percorso, ha trovato concretizzazione con le direttive del 2014 ed è stata considerata anche all’interno delle successive politiche sovranazionali di sviluppo (come l’Agenda 2030).

Dal quadro delineato è parso chiaro che, su spinta della disciplina Ue, la domanda pubblica abbia dovuto modulare nel tempo le sue caratteristiche essenziali e che, ad oggi, dato il suo rilievo e dati gli effetti “a cascata” che può avere sull’intero mercato, non può esimersi dal ritenere meritevoli di considerazione anche ulteriori interessi non strettamente legati al mercato.

Se nel previgente codice tali interessi avevano trovato espressa “cittadinanza” all’interno dell’art. 30 (che addirittura ne assicurava la garanzia anche in deroga al principio di economicità), nel d.lgs. n. 36/2023, adottato a direttive invariate, tali interessi non vengono richiamati nelle (numerose) disposizioni dedicati ai principi. Non solo ma, come visto, il principio-guida dell’intera disciplina e del potere discrezionale che le amministrazioni aggiudicatrici sono chiamate a esercitare, anche in misura maggiore rispetto al passato, è quello del risultato.

Tale principio, seppur con i temperamenti richiamati che potrebbero impedirne interpretazioni sbilanciate verso il lato della speditezza o dell’economicità in senso stretto, è finalizzato – come è stato evidenziato anche dalla stessa dottrina togata che ha partecipato alla sua redazione – a sgombrare il campo dall’idea che il codice sia teso a «perseguire altre *policies*, pure importanti»¹¹⁶ dal momento che l’interesse primario è quello alla realizzazione dei contratti pubblici con la massima celerità e il miglior rapporto qualità-prezzo.

Da tali premesse, le seguenti considerazioni.

Come è stato correttamente evidenziato¹¹⁷, gli interessi orizzontali devono essere considerati, rispetto all’interesse specifico del contratto (c.d. interesse realizzativo), comunque in una posizione secondaria “orizzontale” o “collaterale”. Da ciò discende che la loro integrazione, per quanto rilevante,

¹¹⁶ Così L. Carbone, *La genesi del nuovo Codice*, in *Codice dei contratti pubblici annotato articolo per articolo*, cit., 11.

¹¹⁷ E. Caruso, *La funzione sociale dei contratti pubblici. Oltre il primato della concorrenza?*, Napoli, Jovene, 2021, 45.

non può spingersi al punto tale da compromettere l'interesse specifico del contratto.

Ciò per due ragioni. Anzitutto, il fine ultimo della contrattazione pubblica (oggi più chiaro che mai) è quello della realizzazione dell'interesse primario realizzativo e, in secondo luogo, i contratti pubblici non sono (e non dovrebbero essere) l'unico strumento utilizzato dall'ordinamento per garantire obiettivi strategici e sostenibili¹¹⁸.

Tuttavia, a livello di micro-mercato, vi sono casi in cui è il legislatore stesso a far prevalere gli obiettivi di sostenibilità sull'interesse realizzativo come, ad esempio, attraverso le disposizioni che prevedono l'esclusione di quelle imprese che non abbiano rispettato gli obblighi sociali o ambientali previsti dalla legge o dai contratti collettivi.

Vi sono poi casi in cui il legislatore non ne stabilisce la prevalenza *tout court* ma pone delle deroghe a tale possibilità. Si pensi, ad esempio, alla tutela delle PMI (*recte*: alla garanzia del loro accesso al mercato). Lo strumento principale attraverso cui garantire l'effettiva possibilità di accesso e partecipazione al mercato dei contratti pubblici è quello della suddivisione dell'appalto in lotti. In tale ipotesi il legislatore ha stabilito *ex ante* una (almeno parziale) priorità dell'interesse orizzontale rispetto a quello principale-realizzativo: la suddivisione dell'appalto in lotti deve avvenire salvo diversa motivazione (secondo il principio del *divide or explain*)¹¹⁹. Attraverso tale previsione viene così garantito, a livello legislativo, il bilanciamento tra l'interesse realizzativo e quello di dover funzionalizzare la domanda pubblica, così da garantire una più ampia partecipazione di tale categoria di imprese. Il bilanciamento così raggiunto risulta proporzionato anche perché l'interesse primario rimane quello della realizzazione dell'opera e, inoltre, l'accesso delle PMI a tale mercato non deve e non può essere garantito solo attraverso la suddivisione in lotti.

¹¹⁸ Sui rischi derivanti da un'eccessiva funzionalizzazione dei contratti pubblici si v. F. Fracchia e P. Pantalone, *Verso una contrattazione pubblica sostenibile e circolare secondo l'Agenda ONU 2030*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2022, n. 2-3, 243 ss., secondo cui, nell'ipotesi di una eccessiva funzionalizzazione dei contratti pubblici, «le istituzioni politiche, anziché assumersi la responsabilità (e l'onere) di sviluppare politiche di tutela attraverso l'adozione di specifiche misure di conservazione e tutela ambientale (a volte difficilmente spendibili a livello elettorale perché basate su sistemi di finanziamento tradizionali, prevalentemente contributivi), fanno leva sulle stazioni appaltanti e sugli operatori per ottenere risultati virtuosi. Tutto ciò implica normalmente (o, comunque, nel breve periodo) un maggiore esborso di denaro pubblico che ricade non già sulla fiscalità generale, ma sulla stazione appaltante».

¹¹⁹ Per approfondimenti sul punto sia consentito rinviare a A. Coiante, *L'accesso delle PMI al mercato dei contratti pubblici tra la concorrenza per il mercato e la discrezionalità amministrativa*, cit., spec. 803.

l'uso strategico dei contratti pubblici e lo sviluppo sostenibile

Nell'ipotesi in cui, invece, la legge non definisce l'assetto degli interessi o non legittima espressamente la stazione appaltante a far prevalere gli interessi orizzontali su quello principale, l'integrazione di tali obiettivi è lasciata all'apprezzamento discrezionale della p.a.

Tale apprezzamento discrezionale è oggi guidato, nei termini già descritti, dal principio del risultato.

In questo quadro, non vi sono dubbi sul fatto che le stazioni appaltanti continueranno a inserire considerazioni relative alla sostenibilità con gli strumenti delineati dal codice e ricordati nelle pagine precedenti.

I rischi circa la mancata considerazione di tali interessi potrebbero porsi in tutte quelle ipotesi non delineate esplicitamente dal legislatore e lasciate all'apprezzamento discrezionale delle amministrazioni. Ciò sia per la mancata riproposizione espressa di tali interessi all'interno dei principi che devono guidare l'azione delle pubbliche amministrazioni in tale settore, sia perché, come visto, il principio del risultato lascia poco spazio a funzionalizzazioni in tal senso.

Si potrebbe dunque incorrere nel rischio che le amministrazioni, pur se dotate di maggiori spazi di discrezionalità, potrebbero "adagiarsi" sulla mera positivizzazione normativa e utilizzare strategicamente i contratti pubblici solo recependo quanto espressamente previsto dal codice, rinunciando esse stesse a quei maggiori margini di discrezionalità che il nuovo codice ha inteso riconoscerli¹²⁰.

Dunque, per evitare, da un lato, le richiamate letture distorte del risultato e, dall'altro, per garantire invece che le amministrazioni continuino a operare bilanciamenti che comprendano considerazioni tese a tutelare anche gli altri interessi orizzontali (considerati espressamente meritevoli di tutela dal legislatore e rientranti nelle *policies* sovranazionali), occorrerebbe garantire al risultato un'ottica "olistica"¹²¹ che consenta alle amministrazioni di non (rischiare di) fermarsi alle considerazioni utili unicamente ai singoli processi

¹²⁰ Similmente A. Maltoni, *Contratti pubblici e sostenibilità ambientale: da un approccio "mandatory-rigido" ad uno di tipo "funzionale"?*, in *CERIDAP*, 2023, n. 3, 64 ss., spec. 66. Anche se solo con riferimento ai CAM e alle considerazioni ambientali, secondo l'A., se, da un lato, l'utilizzo di un approccio c.d. *mandatory* «ha il pregio di innalzare il livello di tutela ambientale nei processi di acquisto del settore pubblico, dal momento che le stazioni appaltanti sono obbligate (e non più semplicemente facoltizzate) ad inserire determinati requisiti e criteri ambientali, dall'altro le singole stazioni appaltanti potrebbero limitarsi a recepire i requisiti, le specifiche tecniche prescritte dalla normativa, senza tuttavia introdurre elementi che richiedono ai concorrenti di individuare soluzioni innovative in termini di prodotti e/o di processi, rinunciando, in tal modo, le medesime amministrazioni ad utilizzare gli spazi di discrezionalità che sono loro riconosciuti dall'ordinamento».

¹²¹ Con tale termine si intende richiamare la tipologia di approccio (olistico) che la Com-

di acquisto ma che guardi alla sostenibilità (economica, sociale e ambientale) del lungo periodo.

Ciò in quanto, gli interessi non strettamente economici sono interessi che il mercato, lasciato a sé stesso, difficilmente può riuscire a internalizzare e a proteggere, da qui la necessità di una bilanciata funzionalizzazione della domanda pubblica¹²².

Dunque, per garantire una più ampia considerazione dello sviluppo sostenibile all'interno dei bilanciamenti che le stazioni appaltanti saranno chiamate a svolgere, nonostante la sua assenza all'interno del codice, occorre tenere presente quanto segue.

Anzitutto, come è stato evidenziato dalla miglior dottrina, proprio con riferimento ai principi delineati dal nuovo codice, un bilanciamento tra principi si impone sempre anche quando non espressamente previsto dalla normativa¹²³.

In secondo luogo, il codice dell'ambiente (d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152), pur se solo nell'ottica della sostenibilità ambientale, all'art. 3-*quater*, al c. 2, fa riferimento allo sviluppo sostenibile come a un principio applicabile a tutta l'attività amministrativa (anche discrezionale)¹²⁴.

In aggiunta a ciò, come già ricordato, l'art. 1 del nuovo codice ha stabilito che il risultato deve essere perseguito nell'interesse della comunità e in conformità degli obiettivi europei, concetti in cui può senz'altro essere ricompreso il perseguimento dello sviluppo sostenibile.

missione UE ha adottato nei confronti dello sviluppo sostenibile (https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/sustainable-development-goals/eu-whole-government-approach_it).

¹²² Cfr. M. Clarich, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, in *Dir. pubbl.*, 2007, n. 1, 219 ss., spec. 239. Secondo l'A. La casistica dei rapporti tra Stato e mercato è molteplice: il mercato può operare "contro lo Stato" (es. mercato nero), "senza lo Stato" (transazioni non protette né vietate dal diritto), "con poco Stato" (dove lo Stato offre solo gli strumenti di tutela giurisdizionale), "con molto Stato" (mercati sottoposti a regimi pubblicistici autorizzatori), oppure "attraverso lo Stato" (nelle ipotesi di mercati che non potrebbero sussistere senza lo Stato). In quest'ultimo caso il mercato opera attraverso lo Stato e quest'ultimo attraverso il mercato cura un interesse pubblico.

¹²³ M. Ramajoli, *I principi generali*, in *Codice dei contratti pubblici annotato articolo per articolo*, cit., 46.

¹²⁴ In particolare, è previsto 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». Vieppiù che la recente modifica costituzionale all'art. 9 Cost., anche se solo con riferimento all'ambiente, ha introdotto il concetto di sostenibilità e di interesse per le future generazioni, prevedendo il dovere della Repubblica di tutelare «l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni [...]».

l'uso strategico dei contratti pubblici e lo sviluppo sostenibile

Un'apertura in tal senso del principio del risultato potrebbe impedirne ulteriori letture distorte e costituire un utile terreno per (continuare ad) orientare la domanda pubblica verso lo sviluppo sostenibile, nell'ottica degli obiettivi e delle politiche sovranazionali.

Abstract

The aim of this paper is to analyse the development of the so-called strategic use of public procurement. Particular attention will be paid to ensuring sustainable development. The aim is to assess the current direction in which the discipline of contracting is developing, in the light of the principle of results set out in the new Public Procurement Code.

ARTICOLI

MARIO MANNA – DAVIDE TESTA

DIGITALIZZAZIONE DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E INNOVAZIONE TERRITORIALE: *QUO VADIS?* LA NECESSITÀ DI NUOVE SINTESI PER UN BINOMIO IN (LENTO) DIVENIRE

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Digitalizzazione e diritto: le origini di un binomio “recente”. – 3. Il processo di digitalizzazione della pubblica amministrazione: brevi cenni. – 4. Le dimensioni del *digital divide* in Italia. – 5. Gli obiettivi della digitalizzazione: città e territori intelligenti. – 6. Tecnologie per città e territori intelligenti: analisi e casi di studio. – 6.1. Infrastrutture per la connessione e la digitalizzazione dei territori. – 6.2. Dati urbani per il governo del territorio *evidence-based* e prospettive aperte dall’intelligenza artificiale. – 6.3. Piattaforme digitali urbane collaborative. – 7. La digitalizzazione e l’innovazione nel prisma del PNRR e la necessità di una regia pubblica per il coinvolgimento dei privati. – 7.1. Conclusioni: tre direttrici per l’innovazione (non soltanto) digitale.

1. Introduzione

Il significativo divario nella digitalizzazione – intesa come obiettivo di politica pubblica e processo propedeutico all’innovazione urbana e territoriale – in Italia, sia rispetto ad altri Stati europei che all’interno dello stesso territorio nazionale, è un dato lampante, che si riflette anche nel contesto della pubblica amministrazione¹. Tuttavia, il processo di digitalizzazione del-

* Seppur il presente contributo rappresenti la sintesi di riflessioni comuni i parr. 1, 2, 3, 4 e 7 sono da attribuirsi a Mario Manna; i parr. 5, 6, 6.1., 6.2, 6.3 e 8 a Davide Testa. Si ringraziano il Prof. Christian Iaione e la Dott.ssa Elisabetta Tatì per i preziosi spunti ricevuti nel corso della redazione del presente contributo.

¹ Sul punto si consideri che l’Italia è sotto la media europea nell’indice DESI (*Digital Economy and Society Index*) consultabile presso il sito www.digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/desi-human-capital. La Banca di Italia ha inoltre sviluppato un *regional index* sulla digitalizzazione in cui, oltre a rilevare il ritardo nella digitalizzazione dell’Italia rispetto agli altri stati, viene evidenziato il ritardo strutturale di tutte le regioni del mezzogiorno; si v. A. Benecchi, C. Bottoni, E. Ciapanna, A. Frigo, A. Milan, E. Scarinzi, *Digitalisation in Italy: evidence*

la p.a.² resta un argomento estremamente dibattuto in ambito dottrinario³, anche alla luce degli interventi normativi e regolamentari che si sono susseguiti negli anni a livello eurounitario e dunque a livello nazionale.

Il presente contributo, prendendo le mosse dalle origini del binomio diritto e digitalizzazione nella riflessione della più lungimirante dottrina giuridica italiana⁴ e delineato brevemente il quadro della digitalizzazione

from a new regional index, in *Questioni di Economia e Finanza (Occasional Papers)*, dicembre 2021; il divario principale che emerge da tale indice regionale è rappresentato dal capitale umano; si tratta della stessa voce di divario che maggiormente si registra tra l'Italia e gli altri paesi europei "più digitalizzati"; in questo senso F. Bruno, *Il ritardo dell'Italia (e del sud) sulle competenze digitali: basterà il PNRR?*, in *Il Sole 24 ore*, 17 gennaio 2022.

² Un'utile definizione del processo di digitalizzazione della pubblica amministrazione è quella contenuta nella comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni – *Il ruolo dell'eGovernment per il futuro dell'Europa* [COM (2003) 567] ove, nello specifico il termine *egovernment* viene qualificato come: «L'uso delle tecnologie dell'informazione della comunicazione nelle pubbliche amministrazioni, coniugato a modifiche organizzative e all'acquisizione di nuove competenze al fine di migliorare i servizi pubblici e i processi democratici e di rafforzare il sostegno alle politiche pubbliche». Come rilevato da I.M. Delgado, *Automazione, intelligenza artificiale e pubblica amministrazione: vecchie categorie concettuali per nuovi problemi?*, in *Ist. fed.*, 2019, n. 3, 649: «Questa definizione evidenzia come la pa debba usare nell'organizzazione e nel procedimento quelle tecnologie che permettono di garantire l'efficacia dell'azione amministrativa e, allo stesso tempo, generano un miglioramento del servizio al cittadino».

³ Nella sconfinata letteratura sulla digitalizzazione della pubblica amministrazione si vedano, oltre alla bibliografia citata *infra*, *ex multis*: D.U. Galetta, *Transizione digitale e diritto ad una buona amministrazione: fra prospettive aperte per le Pubbliche Amministrazioni dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e problemi ancora da affrontare*, in *Federalismi*, 2022, n. 7, 103 ss.; R. Giordano, A. Panzarola, A. Police, S. Preziosi, M. Proto, (a cura di), *Il diritto nell'era digitale*, Milano, Giuffrè, 2022, *passim*; S. Rossa, *Contributo allo studio delle funzioni amministrative digitali. Il processo di digitalizzazione della Pubblica e il ruolo dei dati aperti*, Milano, Cedam, 2022, *passim*; P.S.L. Falletta, *Le trasformazioni del diritto amministrativo nella complessità dell'ambiente digitale*, in *Federalismi*, 2022, n. 7, 121 ss.; L. Torchia, *Lo stato digitale: Un'Introduzione*, Bologna, Il Mulino, 2023, *passim*; Aa.Vv., *Transizione ecologica, innovazione digitale e inclusione sociale, la realizzazione del Next Generation EU*, Milano, Giuffrè, 2023, *passim*; F. Costantino, *Autonomia dell'amministrazione e innovazione digitale*, Napoli, Jovene, 2012, *passim*; F. Costantino, *Impresa e pubblica amministrazione: da industria 4.0 al decreto semplificazioni*, in *Diritto amministrativo*, 2020, n. 4, 877 ss.; R. Cavallo Perin, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, in *Diritto Amministrativo*, 2020, n. 2, 305 ss.; P. Clarizia, *La digitalizzazione della pubblica amministrazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2020, n. 6, 727; A. Lalli (a cura di), *L'amministrazione pubblica nell'era digitale*, Giappichelli, 2022, *passim*.

⁴ Il riferimento principale è alle opere di V. Frosini, *Cibernetica, diritto e società*, Milano, Edizioni di Comunità, 1968, recentemente ristampata da Roma Tre Free Press e liberamente accessibile da www.romatrepress.uniroma3.it/wp-content/uploads/2023/09/cibe-vifr.pdf; nonché di M.G. Losano, *Giuscibernetica. Machine e modelli cibernetici nel diritto*, Torino, Einaudi, 1969.

digitalizzazione della pubblica amministrazione e innovazione territoriale

del settore pubblico, culminato con gli obiettivi della M1C1 del PNRR⁵, mira a dimostrare il – quantomeno parziale – fallimento dell’approccio sinora adottato nel perseguimento degli obiettivi di digitalizzazione e innovazione. In tal senso, verranno rilevate le necessità di investire in maniera mirata nell’alfabetizzazione digitale e di integrare il settore privato in chiave “strutturale” in ambiti strategici legati alla digitalizzazione (i.e. banda ultra larga), governando tale processo di ibridazione senza lasciare che il settore pubblico venga sopraffatto, per raggiungere gli obiettivi di innovazione cui le città e i territori più intraprendenti hanno fatto fronte, finora, in modo disomogeneo.

L’attenzione verrà altresì dedicata al modello della “città intelligente” che, in seguito ad alcune esperienze di rilevanza globale come Singapore⁶ o Barcellona⁷, è divenuta il terreno di studio per antonomasia della relazione tra governo del territorio e tecnologia, seppur con approcci assai diversi, orientati talvolta all’efficienza e altre alla collaborazione civica⁸. Più recentemente, però, specialmente nel contesto europeo e italiano, una crescente attenzione per i territori ha prodotto una serie di esperimenti di innovazione urbana e territoriale anche in piccoli comuni e aree interne, rurali o montane⁹. Delineata una mappatura di tali casi di studio, in conclusione, viene dunque sostenuta la necessità di imprimere alla digitalizzazione della p.a. e del Paese una finalità ulteriore rispetto al semplice ammodernamento dell’organizzazione amministrativa, ossia il perseguimento di un’innovazione foriera di benessere generalizzato da raggiungere tramite lo sviluppo intelligente del territorio, l’interconnessione e l’uso mirato delle migliori tecnologie. Si tratta di un orizzonte che, come già rilevato, appare raggiungibile solamente tramite un’accorta inclusione degli attori privati mediante

⁵ Il PNRR attribuisce alla missione «Digitalizzazione, Innovazione, Competitività, Cultura e Turismo» risorse totali pari a 40,32 miliardi di euro di cui 9,75 miliardi di euro per «Digitalizzazione, Innovazione e Sicurezza nella PA». Il testo del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza è consultabile sul sito istituzionale del Governo all’indirizzo www.governo.it/sites/governo.it/files/PNRR.pdf.

⁶ G. Tieghi, *Info/City States: la città 'oltre lo Stato'. Dalla Connectivity alla City Diplomacy*, in *DPCE online*, 2020, n. 2, 1285 ss.

⁷ Sul punto si v. per tutti: F. Bria, E. Morozov, *Ripensare la smart city*, Torino, Codice, 2018.

⁸ Per una comparazione: G. Nesti, *Trasformazioni urbane. Le città intelligenti tra sfide e opportunità*, Roma, Carocci, 2018.

⁹ Si pensi, ad esempio, agli interventi promossi attraverso il programma *Smarter Italy*, istituito con decreto del Ministero dello sviluppo economico del 31 gennaio 2019 e divenuto operativo mediante la successiva convenzione tra MISE e AGID, basato sullo strumento degli appalti innovativi. Si veda ampiamente il par. 6.

la valorizzazione di strumenti contrattuali quali, ad esempio, il partenariato pubblico-privato.

2. Digitalizzazione e diritto: le origini di un binomio “recente”

Nel 1968 Vittorio Frosini dava alle stampe «Cibernetica Diritto e Società», la prima opera in lingua italiana in cui si compie una composita e unitaria riflessione sui rapporti, al tempo incipienti, tra diritto e tecnologia¹⁰. Preso atto delle similitudini esistenti tra le tecnologie informatiche e il diritto, ossia la comune logica del linguaggio intesa quale elemento qualificante di entrambi i fenomeni¹¹, l'autore si interrogava sulla possibilità di applicare la logica del linguaggio tecnologico al ragionamento giuridico, così da sviluppare un diritto munito dei caratteri dell'automazione e dell'oggettività¹². La seminale opera di Frosini presenta un capitolo dedicato all'automazione amministrativa ove l'autore, tramite la ricchezza intellettuale di un approccio olistico, parte dalla presa d'atto della profonda e ramificata articolazione del fenomeno statuale del suo tempo, rilevando – già all'epoca – la compenetrazione tra l'amministrazione dello Stato e le nuove tecnologie, nel comune quadro di complessità di due fenomeni destinati ad incontrarsi e fondersi sempre di più¹³. L'attenzione viene rivolta altresì allo studio della scienza

¹⁰ Frosini riconosce nella propria opera il ruolo pionieristico svolto nell'ambito degli studi sui rapporti tra tecnologia e diritto da Norbert Wiener e Lee Loebinger. Come rilevato da Frosini: «il primo ad aver posto un rapporto di connessione tra la cibernetica e il diritto è stato l'inventore stesso della parola e in gran parte della scienza cibernetica, e cioè il matematico Norbert Wiener [che] nel suo libro [...] intitolato *The Human Use of the Human Beings* (1950) [...] dedicò uno dei capitoli centrali del libro al problema del diritto. In quelle pagine [...] egli mise in evidenza che “i problemi giuridici sono per loro natura problemi di comunicazione e di cibernetica, e cioè sono problemi relativi al regolato e ripetibile governo di certe situazioni critiche”». Quanto a Loebinger, Frosini rilevava che, nell'articolo *Jurimetrics. The next step forward* pubblicato nel 1949 sulla *Minnesota Law Review*, il giurista americano chiariva che «il prossimo passo in avanti consisteva nel tentativo di utilizzare i metodi della scienza nel campo del diritto o per meglio dire nell'applicazione della nuova tecnologia dell'automazione e della elaborazione elettronica, dando così inizio ad una nuova scienza giuridica». V. Frosini, *Cibernetica, diritto e società*, cit., 17-18.

¹¹ *Ibidem*, 36-37.

¹² Come ben precisato da G. Sartor, *Cibernetica, diritto e società, tra passato e futuro dell'informatica giuridica*, introduzione alla ristampa del citato volume di Frosini, nt. 4., nell'ottica di Frosini si tratta di un «diritto artificiale inteso come una riformulazione di contenuti giuridici in strutture formali, logiche e matematiche, che ne consentano l'elaborazione automatica, cioè mediante un ragionamento perfettamente obiettivo, anzi totalmente tecnicizzato».

¹³ V. Frosini, *Cibernetica, diritto e società*, cit., 41: «Chi voglia rendersi conto del carattere

dell'amministrazione e, più nello specifico, all'analisi ivi dedicata alla tecnologia applicata nel campo dei servizi pubblici¹⁴, ponendo il focus – anche qui con singolare lungimiranza – sul «problema della strumentazione meccanica dell'amministrazione della giustizia e il problema della meccanizzazione seriale, non episodica, di certi servizi amministrativi»¹⁵, rilevando come, l'utilizzo di strumenti tecnologici e metodi cibernetici nei procedimenti amministrativi comportasse «l'immissione di un elemento tecnologico nello sviluppo delle relazioni giuridiche»¹⁶. Frosini preconizzava così – in un certo senso – l'utilizzo degli algoritmi all'interno dei servizi amministrativi¹⁷ e la “sostituzione” di mansioni svolte dall'uomo con servizi erogati direttamente dalla tecnologia.

Coeva a «Cibernetica Diritto e Società» è la riflessione sui rapporti tra cibernetica e diritto compiuta da Mario G. Losano¹⁸. Anche per Losano punto di partenza ineludibile sono gli studi di Loevinger sulla Giurimetria¹⁹. Segnatamente, contestando la “limitatezza” dell'approccio dello studioso statunitense, il quale – qui in estrema sintesi – tramite la giurimetria proponeva

distintivo dello Stato contemporaneo, che rappresenta il più complesso procedimento di formazione, di trasmissione e di diffusione di dati simbolici relativi alla condotta dell'azione umana, deve collocarlo mentalmente nel contesto del progresso tecnologico, inclusivo dei diversi settori del sapere, e raffigurarselo con una formula adeguata a stabilire la rispondenza della sua struttura organizzativa alle altre, che contraddistinguono i processi coordinativi dei comportamenti sociali nell'epoca in cui operiamo».

¹⁴ Il riferimento è a G. Ardant, *Technique de l'Etat. De la productivité du secteur public*, Parigi, PUF, 1953, nonché a G. Langord, *Le applicazioni della cibernetica alla pubblica amministrazione*, trad. di L. Praga, in *La Scienza e la tecnica della pubblica amministrazione*, 1958, sulla cui opera Frosini rileva: «a giudizio dello studioso francese, “la Pubblica amministrazione si può configurare come un grande e complesso ‘meccanismo compensatore’, la cui azione in certo senso non è che una serie eterogenea di diversi feed-back, mentre l'azione amministrativa diventa un insieme di informazioni da trasformare e diffondere in un ‘universo resistente’, che richiede un livellamento”. Il ricorso ai calcolatori elettronici, nel settore della scienza dell'amministrazione, permetterà dunque “la razionalizzazione rivoluzionaria del lavoro, il raddoppio della produttività, la facile circolazione dell'informazione” secondo le conclusioni del Langord»; V. Frosini, ult. cit., 54.

¹⁵ *Ibidem*, 45.

¹⁶ *Ibidem*, 45. Tale «immissione» viene qualificata da Frosini «nel fatto che stavolta l'attributo della meccanizzazione viene ad inserirsi e a condizionare l'organizzazione giuridica nel suo svolgimento, assume cioè una significazione di ritualità, com'era in precedenza la stesura del verbale per mano del cancelliere, il rilascio del certificato per mano del magistrato»; *Ibidem*, 46.

¹⁷ Di cui meglio si dirà *infra*.

¹⁸ Vd. nt. 5.

¹⁹ Vd. nt. 11.

«an effort to utilize the methods of science in the field of law»²⁰, Losano sosteneva che oggetto di studio e ricerca avrebbe dovuto essere «ogni applicazione della cibernetica al diritto»²¹ all'uopo coniando il termine «giuscibernetica»²². La riflessione della richiamata dottrina si presenta dunque come un invito ad un approccio più generale nello studio delle interazioni tra cibernetica e diritto, al fine di strutturare un'area di ricerca che potesse compendiare non soltanto l'utilizzo dei metodi delle scienze computazionali nelle discipline giuridiche, quanto piuttosto lo studio del diritto attraverso un'ottica cibernetica al fine di comprendere le relazioni tra il diritto e la società, la sua struttura interna, la formalizzazione del linguaggio giuridico e l'applicazione pratica di questi concetti nell'ambito tecnologico.

Frosini e Losano possono essere considerati a buon diritto i padri di quella che sin dagli anni Ottanta del ventesimo secolo prende il nome di informatica giuridica, definita come: «il sapere relativo all'utilizzo dei calcolatori nel campo del diritto»²³. La diffusione dell'informatica giuridica si

²⁰ L. Loevinger, *Jurimetrics: The Methodology of Legal Inquiry*, in *Law and Contemporary Problems*, n. 28, 1963, 8.

²¹ M.G. Losano, *Giuscibernetica*, cit., 107.

²² L'ambito di studi della Giuscibernetica viene indicato da Losano in *Giuscibernetica*, cit., 108, con «[Q]uattro filoni di ricerca. 1. Il mondo del diritto, nella sua totalità, viene considerato come un sottoinsieme rispetto al sistema sociale e si studiano i rapporti e le interazioni tra i due secondo un modello cibernetico. 2. Il mondo del diritto viene studiato come sistema normativo, dinamico e autoregolantesi; in altre parole, il diritto è concepito come una totalità di cui si indagano non i rapporti esterni (come al n.1), bensì quelli interni, cioè quelli che legano fra loro le singole sue parti. Si cerca di individuare una struttura cibernetica del sistema giuridico. 3. I modelli cibernetici, in generale, dovrebbero essere pensati in vista di una loro utilizzazione in macchine cibernetiche. Questo passaggio alla macchina (cioè all'e-laboratore elettronico) presuppone però una formalizzazione del linguaggio giuridico: nella giuscibernetica, a questo terzo livello dell'indagine, rientrano la logica formale applicata al diritto, l'analisi del linguaggio giuridico e, in generale, gli studi di teoria generale del diritto. A questo punto, la norma non è più una parte all'interno d'un tutto (il diritto), della quale si studiano le relazioni con altre parti del medesimo tutto (come al n.2), bensì diviene essa stessa un sottoinsieme, di cui si studiano le singole parti e le loro relazioni reciproche. 4. Del diritto e della norma si sono così studiati gli aspetti che *possono* servire per rendere accessibili agli elaboratori elettronici certi fenomeni giuridici: però il passaggio a questa applicazione concreta pone numerosi problemi, non affrontati ai precedenti livelli. Questi problemi presuppongono nozioni non solo giuridiche, ma anche tecniche: per questo, il settore del trattamento delle norme giuridiche come informazioni (cioè del loro reperimento elettronico) è il settore interdisciplinare che segna il confine tra la giuscibernetica e la tecnologia degli elaboratori elettronici».

²³ A.M. Gambino, voce *Informatica giuridica e diritto dell'informatica*, in *Enciclopedia giuridica Treccani – Diritto on line*, 2013, disponibile sul sito www.treccani.it/enciclopedia/informatica-giuridica-e-diritto-dell-informatica_%28Diritto-on-line%29/.

è verificata non soltanto sul piano accademico²⁴, quanto, altresì, sul piano istituzionale con sperimentazioni ed applicazioni che già negli anni Settanta e Ottanta del secolo scorso hanno interessato la Camera, il Senato, la Corte di cassazione e il Consiglio nazionale delle ricerche²⁵. Nel tempo, con l'ampliarsi delle tecnologie si è espanso il novero dei settori del diritto intersecati dall'informatica, sino a giungere all'informatica amministrativa, definita come una disciplina che: «propone sistemi e metodi informatici intesi ad agevolare l'attività degli apparati della pubblica amministrazione. Studia le tecniche informatiche per la gestione delle procedure amministrative, l'archiviazione dei provvedimenti e della relativa documentazione, l'accesso ai dati pubblici, la comunicazione tra i cittadini e la pubblica amministrazione»²⁶.

3. Il processo di digitalizzazione della pubblica amministrazione: brevi cenni

Il processo di digitalizzazione della pubblica amministrazione prende dunque concreto avvio con l'utilizzo delle c.d. *information and communication technology* (meglio note con l'acronimo ICT) nell'espletamento delle funzioni amministrative. Tale fenomeno è stato ribattezzato *e-government*²⁷, indicando con ciò la conversione in forma elettronica dell'attività della pubblica amministrazione – svolta sino a quel momento su carta – con la finalità di

²⁴ Sullo sviluppo dell'informatica giuridica nel corso del tempo si veda *Cronologia delle tappe dello sviluppo dell'informatica giuridica in Italia – Appendice 1 in L'informatica giuridica in Italia, Cinquant'anni di studi, ricerche ed esperienze*, a cura di G. Peruginelli, M. Ragona, Napoli, ESI, 2014, 643 ss.

²⁵ Il riferimento è al centro elettronico di documentazione dell'ufficio massimario della Corte di cassazione e all'istituto di teoria e tecniche dell'informazione giuridica del Consiglio nazionale delle ricerche nonché a quanto rilevato da E. Candia, M. Panizza, E. Paradiso, *La Camera dei deputati e l'informatica giuridica*, e C. Marchetti, *Il Senato della Repubblica e l'evoluzione del sistema informativo parlamentare*, entrambi i contributi in *L'informatica giuridica in Italia*, a cura di G. Peruginelli, M. Ragona, cit., rispettivamente 229 ss. e 259 ss.

²⁶ G. Sartor, *Nozione e settori dell'informatica giuridica*, in *L'informatica giuridica in Italia*, G. Peruginelli, M. Ragona, cit., 64.

²⁷ Per una definizione di *e-government* vd. la nt. 2 del presente contributo; sull'argomento in letteratura si v. *ex multis*: G. Vesperini (a cura di), *L'e-Government*, Milano, Giuffrè, 2004; F. Merloni (a cura di) *Introduzione all'e-government*, Torino, Giappichelli, 2005; L. Marasso, *Manuale dell'e-Government*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2005; C. Batini, *Un'introduzione ai servizi di e-government*, in *Amministrare*, n. 1, 2013, 37 ss.; A. Casinelli, *L'e-governement*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, n. 3, 234 ss.

migliorare l'erogazione delle prestazioni di servizi amministrativi in favore dei cittadini²⁸. In Italia, tra le prime nazioni europee ad avviare il processo di digitalizzazione della pubblica amministrazione, già all'inizio degli anni Novanta vedeva la luce la regolamentazione di tale fenomeno tramite l'istituzione di un'autorità ad esso dedicata: l'AIPA, ossia autorità per l'informatica nella pubblica amministrazione (antesignana dell'odierna agenzia per l'Italia digitale)²⁹. L'intervento legislativo e regolamentare in questa prima fase³⁰, tuttavia, non raggiunse gli obiettivi sperati poiché, limitandosi ad una mera introduzione delle tecnologie digitali nelle pubbliche amministrazioni, non intervenne sul modello organizzativo della pubblica amministrazione, ripensandolo in maniera diffusa, orizzontale e in chiave ICT oriented³¹. Dopo

²⁸ In questo senso S. Rossa, *Contributo allo studio delle funzioni amministrative digitali*, cit., 45.

²⁹ Il riferimento è alla l. 23 ottobre 1992, n. 421, rubricata delega al Governo per la razionalizzazione e la revisione delle discipline in materia di sanità, di pubblico impiego, di previdenza e di finanza territoriale, tramite cui venne delegata all'esecutivo l'istituzione dell'AIPA; sul punto si v. per tutti: V. Frosini, *L'organizzazione informatica dello stato e la libertà del cittadino*, in *Dir. Inf.*, 1993, 599 ss.; con l'approvazione della l. 16 gennaio 2003 n. 3, l'agenzia per l'informatica nella pubblica amministrazione (AIPA) fu ufficialmente soppressa e le sue funzioni furono integrate nel centro nazionale per l'informatica nella pubblica amministrazione. Successivamente, questo ente fu trasformato in DIGITPA, l'ente nazionale per la digitalizzazione della pubblica amministrazione, in ottemperanza al d.lgs. 1° dicembre 2009, n. 177. In seguito, il "decreto sviluppo", approvato nell'agosto del 2012, stabilì la fusione di DIGITPA e dell'Agenzia per la diffusione delle tecnologie per l'innovazione nell'Agenzia per l'Italia digitale.

³⁰ Sul punto si v. la puntuale ricostruzione di A. Contaldo, *Dalla teleamministrazione all'e-government: una complessa transizione in fieri*, in *Foro amm. – CDS*, 2002, n. 4, 1114-1116: «nel 1994 l'informatizzazione penetra nelle procedure di emissione dei mandati di pagamento e di controllo da parte della Corte dei Conti (d.P.R. 20 aprile 1994, n. 367); nel 1997 si ribadisce la validità giuridica degli atti pubblici e privati in forma elettronica (l. 15 marzo 1997, n. 59) e si introduce con altro regolamento la crittografia asimmetrica (d.P.R. 10 novembre 1997, n. 513); nel 1998 sono emanati il regolamento dello sportello unico (d.P.R. 20 ottobre 1998, n. 428); nel 1999 sono adottate regole e tecniche per la firma digitale da apporre sui documenti informatici, ed emanati un regolamento sul telelavoro nelle pubbliche amministrazioni (d.P.C. 8 febbraio 1999, n. 70) ed una direttiva in materia di gestione informatica dei flussi documentali nelle pubbliche amministrazioni; nel 2000 è approvato un regolamento avente ad oggetto regole tecniche sul protocollo informatico previste dal d.P.R. n. 428/1998. Nello stesso anno l'AIPA provvede all'emanazione di un insieme di regole tecniche in materia di formazione e conservazione di documenti informatici delle pubbliche amministrazioni e il Parlamento del t.u. sulla documentazione amministrativa [d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445]».

³¹ In questo senso S. Rossa, *Contributo allo studio delle funzioni amministrative digitali*, cit., 47, nonché M. Bombardelli, *Informatica pubblica, e-government e sviluppo sostenibile*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, n. 5, 996; particolarmente critico F. Costantino, voce: *Open Government*, in *Digesto discipline pubblicistiche*, Torino, UTET, Aggiornamento, 2015, 272 secondo cui: «l'uso

questa prima fase, anche su impulso dell'Ue³², in Italia si è tentato di avviare un “nuovo” processo di integrazione tra innovazione tecnologica, organizzazione e concrete modalità operative delle pubbliche amministrazioni. Tale cambio di rotta è stato indicato con l'utilizzo dell'espressione *e-governance*, intendendo con ciò l'applicazione degli strumenti informatici all'azione amministrativa in una logica di partecipazione e trasparenza cui si sarebbe dovuto informare il decisore pubblico³³, al fine di agevolare una transizione dal concetto di *e-government* – incentrato su un assetto istituzionale di governo caratterizzato da un approccio gerarchico – verso un governo a rete, contraddistinto di contro da una maggiore attenzione alla *governance*, alle modalità e agli impatti dell'attività di governo, attraverso un approccio *multistakeholders* tra attori pubblici e privati³⁴.

In questo più recente filone di interventi normativi si iscrive l'emanazione del codice dell'amministrazione digitale, approvato con il d.lgs. n. 82/2005 (di seguito CAD)³⁵, un complesso di norme volto a regolare la digitalizzazione della pubblica amministrazione e dei suoi rapporti con i cittadini e le imprese, in linea con i principi di semplificazione della burocrazia e di trasparenza implementati grazie all'utilizzo delle ICT³⁶.

Coeva all'emanazione del CAD è la modifica della l. n. 241/1990 (c.d. legge sul procedimento amministrativo), intervenuta con la l. n. 15/2005, che introduceva l'art. 3-*bis*, secondo cui «per conseguire maggiore efficienza

delle tecnologie in questa fase [cioè quella dell'e-government] è stato limitato o è stato ridotto al massimo a trasporre in forma elettronica servizi cartacei, ma senza rivoluzionare i processi organizzativi, [è] stato effettuato un uso molto limitato della rete, limitatamente alla sola pubblicazione in bacheca delle informazioni».

³² Sul rapporto tra Ue e Italia in materia di digitalizzazione della pubblica amministrazione, si v. per tutti: G. Pesce, *Digital First. Amministrazione digitale: genesi, sviluppo, prospettive*, Napoli, Editoriale scientifica, 2018, *passim*.

³³ In questo senso si veda C. Notarmuzi, *La governance nell'e-governement: l'e-governance*, in *I mercati della pubblica amministrazione*, a cura di G. della Cananea – L. Fiorentino, Roma, Il Sole 24 Ore, 2005, 20.

³⁴ In questo senso si veda: F. Faini, *L'amministrazione digitale e aperta*, in *Scienza giuridica e tecnologie informatiche*, F. Faini, S. Pietropaoli, Torino, Giappichelli, 2021, 155.

³⁵ La letteratura sul CAD è, ovviamente, ricchissima; si veda dunque per tutti: G. Casano, C. Giurdanella (a cura di), *Il codice della Pubblica Amministrazione digitale. Commentario al D.lgs. 82 del 7 marzo 2005*, Milano, Giuffrè, 2005.

³⁶ Tra le principali previsioni del CAD si annoverano, in particolare: il diritto dei cittadini e delle imprese di accedere ai servizi pubblici in forma digitale (art. 1, c. 1, lett. a); l'obbligo delle pubbliche amministrazioni di utilizzare le ICT per erogare i servizi pubblici in forma digitale (art. 1, c. 1, lett. b); l'interoperabilità dei sistemi informatici delle pubbliche amministrazioni (art. 64); le norme tecniche per la produzione, la gestione e l'archiviazione dei documenti informatici (artt. 22-25).

nella loro attività, le amministrazioni pubbliche incentivano l'uso della telematica, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati». Tale previsione, unitamente alle previsioni e finalità del CAD, rappresenta plasticamente il tracciato passaggio da *e-gouvernement* a *e-governance*, nonché la porta tramite cui la telematica è divenuta un principio generale del diritto amministrativo³⁷.

Viepiù che l'art. 3-*bis*, l. n. 241/1990 è stato ulteriormente modificato dalla l. n. 120/2020 recante misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale, che nella sua nuova formulazione prevede che «per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, le amministrazioni pubbliche agiscono mediante strumenti informatici e telematici, nei rapporti interni, tra le amministrazioni e tra queste e i privati». Appare evidente come l'intento del legislatore del 2020, senz'altro spinto dalle necessità imposte dalla crisi pandemica, sia stato quello di imprimere, quantomeno sul piano normativo, una svolta maggiormente decisa – elidendo il verbo incentivare in favore del verbo agire – al processo di digitalizzazione della pubblica amministrazione³⁸.

Il più recente e rilevante punto d'approdo del processo di digitalizzazione della pubblica amministrazione è senz'altro la missione M1C1 del PNRR, denominata «digitalizzazione, innovazione e sicurezza nella p.a.», la quale «ha l'obiettivo di trasformare in profondità la pubblica amministrazione attraverso una strategia centrata sulla digitalizzazione»³⁹. La missione M1C1 mira dunque a facilitare la migrazione al *cloud* delle amministrazioni, garantire l'interoperabilità dei dati, offrire servizi digitali avanzati ai cittadini e semplificare mediante la digitalizzazione tutte le procedure amministrative⁴⁰.

³⁷ In questo senso G. Duni, *L'amministrazione digitale. Il diritto amministrativo nell'evoluzione telematica*, Milano, Giuffrè, 2008, 12.

³⁸ In questo senso. S. Rossa, *Contributo allo studio delle funzioni amministrative digitali*, cit., 51; sul punto v. altresì G. M. Racca, *Le responsabilità delle organizzazioni pubbliche nella trasformazione digitale e i principi di collaborazione e buona fede*, in *Diritto Amministrativo*, 2022, n. 3, 201 ss.

³⁹ PNRR, p. 88.

⁴⁰ Nello specifico gli obiettivi della missione M1C1 sono: «Supportare la migrazione al cloud delle amministrazioni centrali e locali, creando un'infrastruttura nazionale e supportando le amministrazioni nel percorso di trasformazione; garantire la piena interoperabilità tra i dati delle amministrazioni; digitalizzare le procedure/interfacce utente (di cittadini e imprese) chiave e i processi interni più critici delle amministrazioni; offrire servizi digitali allo stato dell'arte per i cittadini (identità, domicilio digitale, notifiche, pagamenti); rafforzare il perimetro di sicurezza informatica del paese; rafforzare le competenze digitali di base dei cittadini; innovare l'impianto normativo per velocizzare gli appalti ICT e incentivare l'interoperabilità da parte delle amministrazioni; abilitare gli interventi di riforma della p.a. investendo in com-

4. Le dimensioni del *digital divide* in Italia

Ebbene, nonostante gli interventi normativi susseguitisi nel tempo, nonché la precoce partenza del Paese nel processo di digitalizzazione, la c.d. pubblica amministrazione digitale in Italia resta ancora un obiettivo molto distante da raggiungere.

Il Paese si trova infatti ad affrontare un severo *digital divide*⁴¹ – di cui, come meglio si vedrà *infra*, la c.d. pubblica amministrazione digitale rappresenta solo uno degli indicatori – sia nei confronti degli altri paesi europei, sia al suo interno. Come rilevato in apertura del presente contributo, la posizione dell'Italia nel DESI (*digital economy and society index*) è infatti ben al di sotto della media europea⁴². Il DESI è un indice che prende in considerazione

petenze e innovazione e semplificando in modo sistematico i procedimenti amministrativi (riduzione di tempi e costi); sostenere gli interventi di riforma della giustizia attraverso investimenti nella digitalizzazione e nella gestione del carico pregresso di cause civili e penali»; PNRR, 90. Sul PNRR e sulla strategia ivi tracciata per la digitalizzazione, oltre alle fonti citate alla nt. 3 del presente contributo e a quelle citate *infra*, si v. V. Bontempi (a cura di) *Lo Stato Digitale nel piano nazionale di ripresa e resilienza*, Roma Tre Press, 2022, *passim*; I. Macrì, *Digitalizzazione, Innovazione e Sicurezza nella P.A.*, Ipsoa – Wolters Kluwer, 2022, *passim*; M. Cozzio, *Conoscere il PNRR. 150 parole chiave per capire regole, strumenti e funzionamento del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, Maggioli Editore, 2022, *passim*; A. Di Filippo, *Le Pubbliche Amministrazioni di fronte alle sfide del PNRR*, Ipsoa – Wolters Kluwer, 2022, *passim*.

⁴¹ Con l'espressione *digital divide* come precisato da A. Mignozzi, *Digital Divide ed enti del terzo settore nella società del terzo millennio*, Napoli, EJPLT, Vol. 2, 2022, 75, si intende: «la distribuzione non uniforme delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione nella società, in particolare la situazione soggettiva caratterizzata dall'impossibilità, per condizioni socio-economiche, tecnologiche, educativo didattiche o di età anagrafica, di 'accedere' al contesto digitale». Sul tema si vedano: S. Raveesh, *Digital Divide "Haves" and "Have- Nots": A Modern Inequality of 21 St Century*, in *European Academic Research*, 2013, 1753- 1769; P. Norris, *Digital Divide: Civic Engagement, Information Poverty, and the Internet Worldwide*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001; P. Dimaggio, E. Hargittai, *From the "digital divide" to "digital inequality": Studying Internet use as penetration increases*, Center for Arts and Cultural Policy Studies, Woodrow Wilson School Princeton University, 15, 2001; E. Hargittai, *Second level digital divide: Differences in People's Online Skills*, in «First monday», 2002, 1- 17; nonché in Italia: D. Donati, *Digital divide e promozione della diffusione delle ICT*, in F. Merloni (a cura di), *Introduzione all'eGovernment: pubbliche amministrazioni e società dell'informazione*, Giappichelli, Torino, 2005, 209; L. Sartori, *Il divario digitale: internet e le nuove disuguaglianze sociali*, Il Mulino, Bologna, 2006; S. Bentivegna, *Disuguaglianze digitali: le nuove forme di esclusione nella società dell'informazione*, Laterza, Bari, 2009; T. Pucci, *Il diritto all'accesso nella società dell'informazione e della conoscenza. Il digital divide*, in *Informatica e Diritto*, 2002, 11.2: 119 -155.

⁴² Vd. nt. 2. L'Italia si attesta alla venticinquesima posizione avendo dietro di sé soltanto Romania, Grecia e Bulgaria; sul punto, oltre alle fonti citate alla nt. 1 del presente contributo ed *infra*, si v. E. Sorrentino – A. F. Spagnuolo, *Le sfide degli enti locali: tra PNRR e gap Digitali*, in *Federalismi*, 2023, n. 21, 159 – 170.

cinque dimensioni: i) connettività; ii) capitale umano; iii) uso di internet; iv) integrazione delle tecnologie digitali; v) servizi pubblici digitali. Tra queste cinque dimensioni, l'Italia raggiunge il risultato peggiore alla voce capitale umano; questo dato si giustifica volgendo lo sguardo verso una molteplicità di rilevazioni inerenti, a titolo esemplificativo, la percentuale di fondi della pubblica amministrazione destinati alla formazione delle competenze digitali dei dipendenti, ossia solo il cinque per cento del budget volto alle attività di formazione⁴³. Tale problema appare ancora più acuto negli enti pubblici locali, ove, nel 2022, circa due terzi degli enti ha previsto formazione in materia di digitalizzazione a meno del venti per cento del personale⁴⁴. Il medesimo *trend* si rileva altresì nell'ambito delle piccole e medie imprese (PMI) ove, ai sensi del rapporto COTEC-BEI, nel 2020 appena due imprenditori su dieci tra quelli medi e piccoli hanno investito regolarmente per formare il personale sull'utilizzo delle ICT⁴⁵. A livello di popolazione, nel 2021 ancora ventisei milioni di Italiani compresi tra i sedici e i settantaquattro anni risultavano privi delle competenze digitali di base. Tra questi, è d'uopo sottolineare come undici milioni non abbiano mai utilizzato internet. Di contro, la media Ue di cittadini con competenze digitali di base è del cinquantotto per cento e in Germania, paese capofila in Europa, si raggiunge il settanta per cento⁴⁶. Non è dunque un caso che, con la raccomandazione del Consiglio dell'Unione europea per il 2020-2021 indirizzata all'Italia, venissero rilevate tra le carenze dell'Italia il basso livello di digitalizzazione, la scarsa capacità amministrativa, il carattere particolarmente disomogeneo della digitalizzazione della p.a. e il basso livello di interazione digitale tra la popolazione e gli enti pubblici, soprattutto quelli locali⁴⁷.

Se i dati citati restituiscono un quadro del ritardo dell'Italia nei confronti degli altri paesi europei, non meno gravi sono i dati afferenti al *digital divide* interno. Nel DESI regionale sviluppato dalla Banca d'Italia per il 2021, viene rilevato un significativo divario digitale in tutti gli indicatori adottati – sostanzialmente gli stessi del DESI europeo al netto di alcune ne-

⁴³ INAPP, *Relazione annuale*, 2020.

⁴⁴ Banca d'Italia, *7° indagine per rilevare il grado di informatizzazione delle pubbliche amministrazioni locali*, Roma, 2022.

⁴⁵ COTEC-BEI, *Rapporto Digitalizzazione PMI in Italia*, Roma, 2021.

⁴⁶ Sul punto v. G. Sgueo, *Il piano per la formazione delle competenze digitali e il programma "Repubblica digitale"*, in *Lo Stato Digitale nel piano nazionale di ripresa e resilienza*, a cura di V. Bontempi, cit., 29.

⁴⁷ Commissione Ue, *Raccomandazione del Consiglio sul programma nazionale di riforma 2020 dell'Italia*, che formula un parere del Consiglio sul programma di stabilità 2020 dell'Italia, 20 maggio 2021.

cessarie modifiche alla luce dei diversi dati nazionali a disposizione⁴⁸ – tra le regioni del nord e le regioni del sud. Con l’eccezione del Lazio, che si trova sul podio insieme a Lombardia ed Emilia-Romagna, le regioni del sud e del centro est sono tutte sotto la media italiana, al contrario di quelle del nord, tutte sopra la media nazionale⁴⁹. Dato di particolare rilievo ai fini della presente trattazione, estraibile dallo studio condotto dalla Banca d’Italia, è la correlazione tra i servizi pubblici digitali e il capitale umano: segnatamente, viene dimostrato come la qualità dei servizi digitali offerti dalle pubbliche amministrazioni sia superiore in aree con più alto grado di alfabetizzazione digitale⁵⁰. Da ciò deriva infatti un circolo vizioso: se la qualità dei servizi pubblici digitali cresce soltanto laddove la popolazione ha un buon livello di alfabetizzazione digitale, diviene sempre più complesso intervenire positivamente sulla digitalizzazione della pubblica amministrazione nelle zone del meridione e nelle aree interne, ove l’alfabetizzazione digitale è ai minimi nazionali (ed europei). Sempre nel sud e nelle aree interne si giustappone il tema del divario nei settori della banda ultra-larga e del 5G. Sul punto, il Ministero delle imprese e del made in Italy (MIMIT) ha pubblicato una mappa interattiva delle zone a fallimento di mercato da cui si evince che per la banda ultra-larga esse si concentrano principalmente nelle aree del sud e del centro Italia, in particolare in Sardegna, in Sicilia, in Calabria e in Basilicata; quanto al 5G, invece, le zone a fallimento di mercato si concentrano principalmente nelle aree rurali e montane di tutto il territorio nazionale⁵¹.

Un quadro di questo tipo impedisce di fatto il godimento di un diritto di accesso alla rete⁵² che, secondo i dati raccolti nel 2021 dal Censis in col-

⁴⁸ A. Benecchi, C. Bottoni, E. Ciapanna, A. Frigo, A. Milan, E. Scarinzi, *Digitalisation in Italy*, cit., 9 ss.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ *Ibidem*, tab. 11, 23.

⁵¹ Cfr. www.bandaultralarga.italia.it/mappa/.

⁵² Come rilevato da A. Mignozzi, *Digital Divide ed enti del terzo settore nella società del terzo millennio*, cit., 77, nt. 33: «[C]irca la possibile configurazione di un vero e proprio diritto di accesso a internet, varie sono le ricostruzioni. Secondo una prima impostazione, esisterebbe una libertà di accesso alla rete, intesa come diritto a che nulla osti, nel rapporto libertà-autorità, all’esercizio delle libertà d’informazione e comunicazione. Secondo altri autori, l’accesso a internet sarebbe configurabile come diritto sociale, ossia una pretesa soggettiva a prestazioni pubbliche, al pari dell’istruzione, della sanità e della previdenza. Altri studiosi ancora qualificano l’accesso come diritto fondamentale di rango costituzionale o, addirittura, come diritto umano». Tra queste ricostruzioni, ci sentiamo di aderire a quella che rinviene nel diritto di accesso ad internet un diritto fondamentale di rango costituzionale, quale esplicitazione del principio di eguaglianza sostanziale di cui al co. II dell’art. 3 della Costituzione.

laborazione con Windtre, l'ottantasei per cento degli italiani considera come un diritto fondamentale delle persone, da garantire a tutti⁵³.

È possibile dunque affermare che la mancanza di connessione non solo impedisce l'esercizio di numerosi diritti, ma costituisce di per sé una violazione di un diritto essenziale⁵⁴. Ciò poiché la tecnologia, la quale si propone come un facilitatore dei diritti, è altresì astrattamente configurabile come un diritto di per sé, essendo divenuto parte integrante della qualità della vita e della crescita umana e professionale dell'individuo. Tuttavia, garantire questo diritto e far valere questa pretesa è – come si sta tentando di dimostrare – particolarmente complesso in un contesto come quello italiano dove le reti e le imprese sono in competizione tra loro e lo Stato fatica a implementare un sistema unificato, dovendo fare altresì i conti con una pubblica amministrazione digitale che – pur essendo partita in anticipo rispetto ad altri paesi avanzati – appare ancora indietro rispetto a quasi tutti gli Stati europei in termini di risultato. Vieppiù che il diritto all'innovazione e allo sviluppo

⁵³ Il dato è riportato da G. De Rita, G. Finocchiaro, O. Pollicino, *Servono nuove mappe per orientare il paese sulle rotte del digitale*, il Sole 24 ore, 26 luglio 2022.

⁵⁴ L'Unione europea ha progressivamente delineato il diritto di accesso alla rete a partire dalla dir. 2002/22/CE relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica (direttiva servizio universale), che inizialmente includeva l'accesso efficace alla rete come un obbligo di servizio universale, e, successivamente, con la dir. Ue 2018/1972 che istituisce il codice europeo delle comunicazioni elettroniche, ha esplicitamente riconosciuto l'obbligo degli Stati membri di garantire un accesso a Internet a banda larga a prezzi abbordabili per tutti i consumatori, sottolineando il nesso tra connettività e partecipazione alla vita sociale ed economica. Inoltre, la giurisprudenza italiana ha affrontato la questione, come dimostra, tra le altre, l'ordinanza del TAR Lazio, n. 7239/2020 che ha validato il decreto del Ministero dello sviluppo economico c.d. Piano voucher per le famiglie a basso reddito, adottato il 7 agosto 2020, finalizzato a supportare l'accesso a internet per le famiglie a basso reddito, riconoscendo l'importanza di garantire l'esercizio di diritti costituzionalmente garantiti quali lo studio e il lavoro attraverso la rete in tempi di emergenza. Questo riconoscimento è in linea altresì con le riflessioni della Corte costituzionale, che, pur senza pronunciarsi direttamente sull'accesso a internet come diritto autonomo, ha implicitamente riconosciuto la sua importanza in relazione all'uso di tecnologie digitali ed all'esercizio di diritti e libertà fondamentali (in questo senso si vedano le sentenze n. 307/2004 e n. 145/2005). Dall'analisi dell'evoluzione normativa eurounitaria e della giurisprudenza nazionale si può dunque desumere la sussistenza di un diritto di accesso a internet non solo come strumento per l'esercizio di altri diritti costituzionali ma come un diritto essenziale in sé. L'assenza di connettività, quindi, limitando significativamente l'abilità degli individui di esercitare i loro diritti fondamentali, delinea una chiara violazione dei principi di uguaglianza e di inclusione sociale garantiti dalla Costituzione, sottolineata dalla necessità, affermata sia a livello nazionale che europeo, di superare il digital divide e garantire l'accesso universale alla rete; sul punto per tutti si veda P. Otranto, *La Garanzia di accesso alla rete e la "Città connessa"*, in *Riv. giur. ed.*, 2021, n. 3, 77 ss.

tecnologico, sancito dalla Costituzione quando assegna alla Repubblica il compito di promuovere la ricerca scientifica e tecnica, non si limita solo alla sfera individuale dei fruitori delle nuove tecnologie, ma si profila come più ampio diritto delle imprese a innovare e a innovarsi nel rispetto delle tutele fondamentali⁵⁵.

Se il singolo individuo dovrebbe dunque godere di un diritto come utilizzatore delle nuove tecnologie, e allo stesso tempo di ulteriori diritti anche come parte della comunità nella quale vive e lavora, appare chiaro che, stanti i rilevati *digital divide* che affliggono il territorio nazionale, tali diritti appaiono negati a larghe fette della popolazione.

5. Gli obiettivi della digitalizzazione: città e territori intelligenti

Nei paragrafi precedenti si è avuto modo di rilevare come, nonostante gli sforzi normativi, anche e soprattutto nel settore pubblico, l'iter della digitalizzazione appaia ancora particolarmente arretrato rispetto al raggiun-

⁵⁵ All'interno del panorama costituzionale italiano, il riconoscimento di un diritto all'innovazione e allo sviluppo tecnologico, pur non trovando una menzione esplicita, emerge come principio implicito attraverso l'esegesi del combinato disposto degli artt. 9 e 33 Cost. Questi articoli sanciscono rispettivamente l'impegno dello Stato a promuovere lo sviluppo della cultura e della ricerca scientifica e tecnologica e la libertà della scienza e dell'insegnamento, delineando così un quadro normativo che riconosce e valorizza l'importanza dell'innovazione tecnologica per il progresso della società. Secondo la più avveduta dottrina, tale diritto sottintende l'obbligatorietà per lo Stato di assicurare e facilitare un contesto favorevole all'innovazione, non solo proteggendo la libertà di ricerca scientifica e lo sviluppo tecnologico ma anche promuovendo attivamente condizioni ottimali per l'innovazione. Questo implica una strategia pubblica che non solo miri all'ammodernamento delle infrastrutture digitali e tecnologiche ma anche al sostegno dell'educazione scientifica e tecnologica, al finanziamento della ricerca e allo sviluppo e all'incoraggiamento della collaborazione tra istituti di ricerca, università, industria e settore pubblico. L'art. 9, ponendo l'accento sulla promozione della cultura e della ricerca scientifica, e l'art. 33, garantendo la libertà di ricerca, costituiscono quindi il fondamento giuridico per l'affermazione del diritto all'innovazione, interpretato anche diritto sia individuale che collettivo. Questo diritto individuale si traduce – o meglio dovrebbe tradursi – nella possibilità per ogni cittadino di accedere ai benefici dell'innovazione tecnologica e di partecipare attivamente al processo scientifico e tecnologico della nazione. Contestualmente, il diritto collettivo sottolinea l'importanza dell'innovazione per lo sviluppo economico, sociale e culturale del paese, implicando un dovere per lo Stato di promuovere un ambiente favorevole all'innovazione tecnologica; in questo senso v. altresì: G. De Rita, G. Finocchiaro, O. Pollicino, *Servono nuove mappe per orientare il paese sulle rotte del digitale*, in *op. cit.*; R. Cavallo Perin, *Il contributo italiano alla libertà di scienza nel sistema delle libertà costituzionali*, in *Dir. amm.*, 2021, n. 3, 587 – 620.

gimento degli obiettivi di innovazione che esso dovrebbe apportare, *in primis*, ma non solo, negli insediamenti urbani. Tuttavia, nonostante i rilevati ritardi, la disponibilità diffusa di ICT, specie nei contesti maggiormente urbanizzati, ha rappresentato una delle caratteristiche principali delle c.d. città intelligenti – archetipo di innovazione digitale sul territorio – cui presto si sono aggiunte l’attitudine ad attivare processi di collaborazione tra le differenti forze civiche⁵⁶ e la capacità di affrontare le sfide globali che molto spesso ricadono sulle città⁵⁷.

La dottrina però ha evidenziato il legame tra molte delle prime sperimentazioni di città intelligente e la città globale⁵⁸, denunciandone pertanto la tendenza all’accentramento entro una ristretta rete di metropoli interconnesse e all’esclusione sia delle fasce di popolazione più povere⁵⁹ che dei territori circostanti⁶⁰. Questo approccio, focalizzato prettamente sulle logiche di mercato, appare diametralmente in contrasto con gli obiettivi di giustizia economica, sociale e ambientale⁶¹ che sono andati affermandosi con il diffondersi delle tecnologie digitali, verso un loro impiego funzionale a un’economia della condivisione orientata allo sviluppo sostenibile⁶².

⁵⁶ C. Iaione, *Il diritto all’innovazione sostenibile per l’investimento nelle infrastrutture sociali. Un’analisi empirica*, in *Riv. giur. ed.*, 2021, n. 6, 301 ss. Dal punto di vista normativo, si fa riferimento alla figura del partenariato multiattoriale (C. Iaione, *Urban sustainable development and innovation partnerships*, cit.), la cui fonte normativa nel contesto italiano è rappresentata essenzialmente dal d.lgs. n. 36/2023, specialmente con riferimento alle neointrodotte norme di principio.

⁵⁷ *Ex multis*: D. Testa, F. Berni, G. Santangelo, *Dalla comunità energetica al climate city contract: verso quartieri a impatto climatico zero a Reggio Emilia*, in *Dir. soc.*, 2022, n. 4; Aa.Vv., *Smart City. Progetti di sviluppo e strumenti di finanziamento*, Cassa Depositi e Prestiti, 2013; G. Barozzi Reggiani, *The smart cities model: a modern way of satisfying the fundamental needs of the citizens through efficiency and participation*, in *Ius Publicum Network Review*, 2021.

⁵⁸ S. Sassen, *Le città nell’economia globale*, tr. it., Bologna, Il Mulino, 2003.

⁵⁹ P. Costa, *La sicurezza della global city. Prassi globale e critica costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 2018, n. 2.

⁶⁰ F. Pizzolato, *Economia globale e città: note introduttive su una dialettica centrale per le democrazie del XXI secolo*, in *Ec. pubbl.*, 2020, n. 1.

⁶¹ Si vedano, ad esempio, i casi emblematici di Songdo (D. Testa, *La digitalizzazione delle città: spazi di autonomia, partecipazione e trasformazione istituzionale*, in *L’autonomia locale e le dimensioni dell’eteronomia*, a cura di P. Costa, F. Pizzolato, A. Scalone, Torino, Giappichelli, 2023) e dei Toronto Sidewalk Labs (S. R. Foster, C. Iaione, *Co-Cities. Innovative Transitions toward Just and Self-Sustaining Communities*, Cambridge, MIT Press, 11).

⁶² «Truly smart cities must also be sharing cities» (D. McLaren, J. Agyeman, *Sharing Cities: A Case for Truly Smart and Sustainable Cities*, Cambridge, MIT, 2015; cit. tratta da S. R. Foster, C. Iaione, *Co-Cities*, cit., 12). Sul controverso rapporto tra smart city e sharing city, *ex multis*: S. Ranchordás, C. Goanta, *The New City Regulators: Platform and Public Values in Smart and Sharing Cities*, in *University of Groningen Faculty of Law Research Paper Series*, n. 45, 2019; G. Pavani,

digitalizzazione della pubblica amministrazione e innovazione territoriale

La città intelligente, dunque, rappresenta «un nuovo modo di concepire, progettare e attuare le politiche locali, basato sull'utilizzo delle nuove tecnologie, su una visione sistemica del territorio urbano e dei suoi problemi e sull'adozione di processi collaborativi tra attori pubblici e privati»⁶³: una città collaborativa, capace di farsi carico delle sfide globali grazie al coinvolgimento di tutti gli attori locali⁶⁴, dove «“cittadini 2.0” che fungono da nodi di una rete per la cura degli interessi della collettività»⁶⁵ siano protagonisti della trasformazione delle città in «“*smart communities*”, all'interno delle quali le pubbliche amministrazioni perseguono scopi di interesse generale»⁶⁶, investendo sull'intelligenza civica⁶⁷.

Lo sviluppo delle città intelligenti, però, dalla digitalizzazione della p.a. – processo come rilevato tuttora in corso e non privo di contraddizioni, complici i gravosi *digital divide* interni⁶⁸ – si è fermato per lo più a un nuovo modello di progettazione ed erogazione dei servizi urbani⁶⁹, con un approccio che determina l'agire della pubblica amministrazione a partire dalle esigenze dei cittadini⁷⁰, senza sfociare in un modello strutturato di innovazione e collaborazione civica. Questo ha dunque «spostato il baricentro della “vita” delle città verso i servizi da rendere ai cittadini [...] sacrificando il senso profondo dell'autonomia quale forma di autogoverno»⁷¹. Più radicalmente, in dottrina, si è osservato come questo approccio, in una prospettiva orientata

From smart to sharing? Presente e futuro delle città (al di là delle etichette), in *Ist.fed.*, 2019, n. 4.; sulla relazione con la c.d. *sharing economy*, cfr. D. Testa, *Governo e autogoverno della città digitale, luogo di conflitti tra valori pubblici e interessi privati*, in *DPCE*, 2023, n. 1.

⁶³ G. Nesti, *Trasformazioni urbane*, cit. 7.

⁶⁴ C. Iaione, *Città, scienza e innovazione. Il diritto alla scienza per la città come pietra angolare di una nuova governance urbana orientata allo sviluppo sostenibile e alla responsabilità intergenerazionale*, in *Munus*, 2021, n. 3, 505-6.

⁶⁵ C. Iaione, *La collaborazione civica per l'amministrazione, la governance e l'economia dei beni comuni*, in *L'età della condivisione: la collaborazione fra cittadini e amministrazione per i beni comuni*, a cura di C. Iaione, G. Arena, Roma, Carocci, 2015, 49. Si veda anche la definizione elaborata dall'Università di Vienna, per cui «*a smart city is a city well performing in a forward-looking way [...], built on the “smart” combination of endowments and activities of self-decisive, independent and aware citizens*» (R. Giffinger, C. Fertner, H. Kramar, R. Kalasek, N. Pichler-Milanovic, E. Meijers, *Smart cities. Ranking of European medium-sized cities*, Vienna, University of Technology, 2007).

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ D. Testa, F. Berni, *Piattaforme digitali collaborative per la transizione giusta in ambito urbano*, Atti della XXV Conferenza Nazionale SIU, 2023, in corso di pubblicazione.

⁶⁸ *V. supra*, par. 4 del presente contributo.

⁶⁹ G. Nesti, *Trasformazioni urbane*, cit., 7.

⁷⁰ M. Caporale, *Dalle smart cities alla cittadinanza digitale*, cit., 32.

⁷¹ A. Michieli, *Città e nomos digitale*, in *L'autonomia locale*, cit., 133.

all'eguaglianza sostanziale e, dunque, alla giustizia sociale spaziale, «include le periferie solo in quanto siano strumentali a tali interessi e alla soddisfazione del cittadino-consumatore»⁷²; il cittadino è dunque mero utente, oppure soggetto e protagonista⁷³?

Questa ambiguità della c.d. *smart city*, tra una città collaborativa e sostenibile o mera erogatrice di servizi, non è mai totalmente risolta, se non all'interno di singole esperienze. Ai fini della presente trattazione appare utile cercare di coglierne le sfumature, ripercorrendo le posizioni espresse dalle istituzioni eurounitarie e nazionali.

Nel contesto europeo, un primo punto di riferimento è la Comunicazione del 2012 su «Città e Comunità Intelligenti – Partenariato europeo di innovazione»⁷⁴, secondo la quale «una città o una comunità può dirsi intelligente (*smart*) allorché costituisce uno spazio fisico perfettamente integrato con i soggetti che la abitano, divenendo un modello urbano in grado di offrire un'elevata qualità della vita e favorendo la crescita personale, sociale ed economica dei cittadini»⁷⁵. L'approccio della Commissione mette dunque al centro il cittadino con un chiaro impianto finalistico, ma senza renderlo protagonista – soltanto destinatario – delle politiche pubbliche, trascurando pertanto la collaborazione civica come strumento per generare benessere nella comunità, trasformando la “*smart city*” in “*co-city*”⁷⁶.

Città e territori intelligenti, d'altra parte, si pongono al crocevia tra una serie di politiche europee dedicate al digitale, al clima e, sempre più, alle

⁷² E. Olivito, *Le diseguaglianze fra centro e periferie: lo sguardo miope sulle città*, in *costituzionalismo.it*, n. 2, 2020, 90-91.

⁷³ La penetrazione del digitale nella città solleva oltretutto il tema di una doppia cittadinanza, fisica e digitale, del cittadino. Sulla cittadinanza digitale introdotta dal Codice dell'Amministrazione Digitale, si veda M. Caporale, *Dalle smart cities alla cittadinanza digitale*, cit., 38.

⁷⁴ C(2012) 4701 final. Si veda anche il parere del Comitato delle Regioni 2013/C 280/06.

⁷⁵ La Comunicazione – cui segue, nel 2013, l'adozione dello *Strategic Implementation Plan – European Innovation Partnership on Smart Cities and Communities*, «promuove lo strumento del partenariato per realizzare progettualità integrate nei settori dell'energia, dei trasporti, delle tecnologie di informazione e comunicazione a sostegno dello sviluppo urbano sostenibile» (A. Aquili, *La smart city*, cit., 646-647).

⁷⁶ Sul tema, l'opera S. R. Foster, C. Iaione, *Co-Cities*, cit., si pone a valle di un percorso di ricerca di cui alcuni passaggi fondamentali sono stati i seguenti: Aa.Vv., *Protocollo metodologico per la costruzione di quartieri e comunità collaborative urbane (il protocollo CO-Città)*, ENEA, 09/2016; C. Iaione, *The Co-City: Sharing, Collaborating, Cooperating, and Commoning in the City*, in *The American Journal of Economics and Sociology*, n. 2, 2016, 415-455; Aa.Vv., *The Co-Cities Open Book. Transitioning from the Urban Commons to the City as a Commons*, 2020, disponibile su *LabGov.City* e *Commoning.City*.

città come avanguardia dell'innovazione territoriale. Gli architravi normativi, da questo punto di vista, si possono riassumere nella strategia digitale dell'Ue⁷⁷ e nel *Green Deal Ue*⁷⁸ con i suoi annessi, tra cui in particolare la Comunicazione della Commissione Ue «Abbinamento tra transizione verde e transizione digitale nel nuovo contesto geopolitico», del 2022⁷⁹, senza menzionare l'Agenda 2030 delle Nazioni Unite, che condiziona le politiche delle istituzioni di ogni livello.

In attuazione di queste basi normative, oltre all'Agenda Urbana dell'Unione europea⁸⁰, si possono richiamare: il patto dei sindaci per il clima e l'energia e la missione per le cento città climaticamente neutrali e intelligenti entro il 2030, i numerosi progetti sviluppati in sinergia con enti di ricerca in seno ai programmi europei *Horizon 2020* e *Horizon Europe*, i programmi *Urbact*⁸¹ e *Urban Innovative Actions*⁸². In molti di questi progetti, vale la pena evidenziare il coinvolgimento di piccoli comuni e distretti rurali⁸³, il che dimostra una significativa apertura al territorio dei finanziamenti per l'innovazione.

La menzione di comunità intelligenti, parallelamente, nel contesto italiano appare per la prima volta nel 2012 (d.l. n. 179/2012, convertito in l. n. 221/2012). In merito a questa novella legislativa, è stato osservato il proposito di «valorizzare la componente umana, il capitale sociale delle smart cities⁸⁴ ma anche di non ancorare la definizione di *smart city* a un preciso livello amministrativo di governo locale»⁸⁵. Nel piano triennale per l'informatica delle pubbliche amministrazioni 2019-2021, «si parla infatti di *smart landscape* più che di *smart cities* e [...] emerge con chiarezza una critica alle iniziative

⁷⁷ Si richiama al riguardo il paragrafo introduttivo al presente contributo.

⁷⁸ COM(2019) 640 final.

⁷⁹ COM(2022) 289 final.

⁸⁰ Elaborata attraverso il Patto di Amsterdam del 2016 e aggiornata nel 2021 attraverso l'Accordo di Lubiana.

⁸¹ ANCI, *Urbact e le città italiane*, 2017.

⁸² Su entrambe le iniziative: S. D'Antonio, P. Testa, *Le città sono la soluzione*, Roma, Donzelli, 2021; per un'analisi di esperienze particolarmente rilevanti sul piano della collaborazione urbana tra attori di natura diversa, si veda anche: C. Iaione, *Urban sustainable development and innovation partnerships*, in *IJPL*, 2022, n. 2, 521-605.

⁸³ Nell'ambito dei finanziamenti Horizon 2020, ad esempio, il consorzio di Euarenas, un progetto che si propone di confrontare le esperienze di partecipazione dei cittadini al governo locale, include la contea di Võrumaa, in Estonia, che fa capo al comune rurale di Voru. Maggiori informazioni sono disponibili dal seguente sito web: www.euarenas.eu/pilot-cities.

⁸⁴ Si veda la definizione dell'Osservatorio Smart City dell'ANCI, riportata da: A. Aquili, *La smart city e le infrastrutture digitali*, in *Munus*, n. 3, 2021, 641.

⁸⁵ M. Caporale, *Dalle smart cities alla cittadinanza digitale*, cit., 26.

sviluppate fino a questo momento, in quanto l'approccio complessivo delle amministrazioni italiane sarebbe stato eccessivamente circoscritto al contesto urbano»⁸⁶. Anche in ambito nazionale, di conseguenza, iniziative come il già citato programma *smarter Italy*⁸⁷ si rivolgono a grandi e medie città, ma anche a piccoli comuni.

L'approccio europeo e italiano alla digitalizzazione – quantomeno sul piano teorico – sembrerebbe quindi recidere definitivamente il legame tra città intelligente e città globale, favorendo al contrario una sinergia sempre più stretta tra città e territori, coerentemente con lo sviluppo urbano che ha caratterizzato il nostro continente⁸⁸. L'estensione ai territori dei processi di già in atto in molte città, d'altra parte, è favorito dal sistema dei finanziamenti europei, e segnatamente dal meccanismo dei programmi operativi regionali relativi al Fondo economico di sviluppo regionale (POR FESR)⁸⁹, che valorizza il ruolo delle regioni anche nell'attuazione dell'agenda urbana, mettendole al centro della gestione dei fondi strutturali.

A partire dall'analisi dei POR, sono quindi state evidenziate due tendenze complementari: la prima, seguendo pedissequamente la *ratio* dell'agenda urbana europea, è quella di «concentrare le risorse per rafforzare i processi di trasformazione in *smart city* delle città più grandi, più innovative e più competitive, con la convinzione che lo sviluppo di questi poli urbani promuova, indirettamente, anche lo sviluppo di aree territoriali più ampie attraverso una sorta di effetto traino»⁹⁰; la seconda tendenza, di converso, porta invece a «ripensare l'approccio dell'agenda urbana europea e adattarlo al contesto

⁸⁶ Ivi, 37.

⁸⁷ C. Iaione, *Città, scienza e innovazione*, cit., 505; F. Dughiero, A. Michieli, E. Spiller, D. Testa, *Governing with urban big data in the smart city environment: an italian perspective*, in *Ius Publicum Network Review*, n. 1, 2021.

⁸⁸ «In Europa la campagna non è in opposizione alle città vicine, che serve e sostiene. [...] Oggi la città prevale per la sua egemonia sulla campagna, ma un passo avanti verso un rapporto più equo può essere fatto portando avanti [...] un'analisi algoritmica dei nuovi fenomeni» (R. Cavallo Perin, G. M. Racca, *Smart Cities for an Intelligent Way of Meeting Social Needs*, in *Le Futur Du Droit Administratif*, a cura di J.-B. Auby, Parigi, 2019, 436, traduzione non autorizzata).

⁸⁹ S. Pettirossi, *Tra smart city e smart land: le agende urbane delle Regioni italiane*, in *Ist. fed.*, 2020, n. 1, 208.

⁹⁰ S. Pettirossi, *Tra smart city e smart land*, cit., 217. A partire dai POR FESR 2014-2020, l'autore ha sistematizzato i seguenti sei idealtipi di sviluppo urbano: 1) campione globale; 2) diffuso; 3) aree disagiate; 4) città capofila; 5) policentrico; 6) mix di riequilibrio. Nella prospettiva della maggior diffusione delle tecnologie sui territori, in ottica di *smart lands*, sono di particolare interesse i casi che egli classifica come idealtipo diffuso (Puglia), aree disagiate (Toscana) e città capofila (Veneto e Molise).

italiano, investendo le risorse anche sulle città di dimensione media e piccola, incentivando l'aggregazione tra enti, connettendo tra loro aree urbane di cerniera, collegando i capoluoghi di provincia con i rispettivi comuni dell'hinterland, in un'ottica di *smart land*»⁹¹.

Questo passaggio «dalla *smart city* alla *smart land*»⁹², dunque dalla città al territorio, comincia ad affermarsi nelle politiche pubbliche, nelle strategie di innovazione amministrativa e digitale e, soprattutto, nelle sperimentazioni di territori che cercano di dotarsi di una *governance* intelligente, attraverso una collaborazione strutturata tra diversi attori pubblici e privati e un uso strategico e mirato delle tecnologie emergenti.

6. Tecnologie per città e territori intelligenti: analisi e casi di studio

Come si è osservato, l'innovazione legata alle tecnologie emergenti, in Italia, è stata quasi sempre anticipata dalle sperimentazioni promosse dalle amministrazioni di città con un contesto – o per tradizione culturale e politica, o per la presenza di attori economici trainanti – particolarmente predisposto. Sempre più spesso però, anche in ragione di strumenti europei e nazionali come il PNRR, interessanti strategie di innovazione basate su strumenti tecnologici e digitali si stanno diffondendo anche tra i piccoli comuni, nelle aree interne, nelle comunità montane e, più in generale, al di fuori della rete delle “città intelligenti” più note, nonostante i divari evidenziati dal DESI regionale⁹³.

Del tema, si sono occupate nel corso degli anni diverse ricerche collettanee⁹⁴, per lo più con approccio di *policy*, mentre è presente un'ormai consistente letteratura giuridica con riguardo alle tecnologie digitali e, specie in ambito giuspubblicistico, al loro impatto sull'amministrazione pubblica⁹⁵. L'obiettivo di questo paragrafo, senza alcuna pretesa di esaustività, è dunque quello di far emergere il legame tra le tecnologie emergenti e alcune tra le

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² A. Bonomi, R. Masiero, *Dalla smart city alla smart land*, Venezia, Marsilio, 2014.

⁹³ A. Benecchi, C. Bottoni, E. Ciapanna, A. Frigo, A. Milan, E. Scarinzi, *Digitalisation in Italy*, cit., 9 ss.

⁹⁴ *Ex multis*: Aa.Vv., *Smart City. Progetti di sviluppo*, cit.; Aa.Vv., *Smart City: uno strumento per le Comunità Intelligenti*, Oice, 03/2017. Aa.Vv., *Soluzioni e tecnologie per i piccoli comuni e le aree montane*, Officina Italia, 2022.

⁹⁵ *Ex multis*: R. Giordano, A. Panzarola, A. Police, S. Preziosi, M. Proto (a cura di), *Il diritto nell'era digitale*, cit.

sperimentazioni più interessanti nelle città e nei territori italiani, che intorno ad esse si sono sviluppate e, in presenza di una visione strategica al livello eurounitario e nazionale, potrebbero favorire ovunque una transizione giusta, ovvero diffusa e funzionale al raggiungimento degli attesi obiettivi di benessere e sostenibilità economica, sociale e ambientale.

6.1. Infrastrutture per la connessione e la digitalizzazione dei territori

Le tecnologie digitali non soltanto sono le più diffuse, ma altresì le uniche che permettono ai territori periferici, come determinate aree interne o montane, di uscire dall'isolamento e accedere più agevolmente a ogni tipo di informazione o servizio. È dunque evidente come sia indispensabile un profondo sforzo volto a colmare il *digital divide* sia in termini infrastrutturali che di capacitazione dei cittadini.

La città o il territorio che, con il supporto delle migliori tecnologie, voglia intraprendere un modello di sviluppo urbano giusto e inclusivo, secondo i principi della giustizia tecnologica⁹⁶, deve infatti fare i conti con un divario digitale «i cui esiti sperequati derivano non soltanto dalla ineguale distribuzione delle tecnologie della comunicazione tra i territori (urbani e non urbani, centrali e periferici), ma anche dalle disparità generazionali, culturali e sociali nell'accesso alle reti informatiche»⁹⁷. Inoltre, questa pretesa intelligenza «non può esaurirsi nella mera disponibilità di servizi telematici e di un'amministrazione digitalizzata, poiché l'eguaglianza costituzionale postula una città in cui siano offerti e siano accessibili servizi culturali e sociali, che implicano una rete di relazioni umane e trascendono, quindi, la disponibilità delle sole reti telematiche»⁹⁸.

Da queste considerazioni emerge come la digitalizzazione non garantisca, di per sé, un'innovazione diffusa e orientata a valori e interessi di rilevanza costituzionale, di cui costituisce soltanto uno dei prerequisiti⁹⁹. Dal punto di vista infrastrutturale, in effetti, lo sviluppo delle tecnologie si è

⁹⁶ C. Iaione, E. De Nictolis, A. Berti Suman, *The Internet of Humans (IoH): Human Rights and Co-Governance to Achieve Tech Justice in the City*, in *Law & Ethics of Human Rights*, n. 2, 2019, 263; Cfr. D. Testa, *Governo e autogoverno della città digitale*, cit.

⁹⁷ E. Olivito, *Le diseguaglianze fra centro e periferie*, cit., 91.

⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹ A. Picucci, L. Rigoni, G. Xilo, *I processi di digitalizzazione nelle aree interne*, FormezPA, 2020, 8: «Il ricorso alle tecnologie, oltre ad offrire grandi opportunità, porta con sé due rischi principali che occorre evitare in fase progettuale: l'introduzione di tecnologie senza innovazione nelle modalità di erogazione del servizio e dare per scontato che gli utenti utilizzino il servizio digitale».

evoluto in tutt'altro senso: della privatizzazione del settore delle telecomunicazioni – che pure nelle grandi città può aver prodotto degli effetti favorevoli, grazie all'attrattiva che esse esercitano sull'impresa privata – pagano infatti il prezzo proprio i territori più isolati o meno abitati, più bisognosi dunque di interconnessione, ma costituenti zone a fallimento di mercato¹⁰⁰. Rimane indiscutibilmente un problema che necessita di essere affrontato e, probabilmente, esige delle soluzioni al di fuori dagli schemi di mercato: a immaginarne alcune, può giovare il riferimento a due casi di studio.

Il primo riferimento che si propone coinvolge alcune frazioni di Reggio Emilia – Coviolo, Fogliano e Massenzatico – che a lungo hanno costituito una zona grigia per la connessione internet, al punto da mortificare le migliori iniziative offerte dal tessuto sociale ed economico. Di fronte a questo problema, il comune di Reggio Emilia ha reagito con gli strumenti propri della strategia collaborativa «Quartiere, Bene Comune» che, fin dal 2015, ne caratterizzava l'azione amministrativa¹⁰¹: sulla base di un accordo di cittadinanza¹⁰², infatti, nel 2016 il Comune, il centro sociale «Coviolo in festa» e Lepida s.p.a.¹⁰³ hanno sottoscritto un protocollo d'intesa volto a realizzare una rete wifi di comunità. Il meccanismo, che è stato premiato anche in sede europea¹⁰⁴, vede quale assoluto protagonista il centro sociale – ente esponenziale della collettività locale – che mette a disposizione l'infrastruttura tecnologica, mentre i soggetti interessati ad accedere alla banda ultra-larga si associano ad esso¹⁰⁵ e Lepida s.p.a. predispone il contratto-tipo e garantisce l'autorizzazione all'accesso alla rete in qualità di *provider* pubblico iscritto al registro degli operatori di comunicazione¹⁰⁶.

In situazioni non dissimili, complicate ancor più dall'isolamento geografico dei territori coinvolti, la digitalizzazione sta invece compiendo passi significativi grazie a canali più tradizionali, specie per quanto riguarda le strategie di finanziamento. Una ricerca a tal proposito è stata condotta nel 2020 su venticinque aree interne¹⁰⁷ – molte delle quali montane – scelte tra

¹⁰⁰ Si veda quanto rilevato al paragrafo quattro del presente contributo.

¹⁰¹ N. Levi, *Quartiere, bene comune. Un'esperienza di città collaborativa a Reggio Emilia*, in *La co-città*, a cura di P. Chirulli, C. Iaione, Napoli, Jovene, 2018.

¹⁰² *Ibidem*. Si veda anche: A. Aquili, *La smart city*, cit., 662-663.

¹⁰³ Società in house della regione Emilia-Romagna, concessionaria per l'uso esclusivo delle reti di telecomunicazione.

¹⁰⁴ La Commissione europea ha conferito a Coviolo il Premio *European Broadband Awards* 2017, nella categoria Impatto socio-economico e accessibilità.

¹⁰⁵ A. Aquili, *La smart city*, cit., 662-663.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁷ A. Picucci, L. Rigoni, G. Xilo, *I processi di digitalizzazione*, cit., 9: sono state coinvolte venticinque aree, 360 comuni e una popolazione di oltre settecentomila abitanti.

quelle già oggetto della strategia nazionale per le aree interne e i nuovi assetti istituzionali (SNAT) promossa dal Dipartimento della funzione pubblica.

Lo studio citato ha evidenziato come gli amministratori locali coinvolti, nella maggior parte dei casi, avvertano l'urgenza di una digitalizzazione dei propri territori anzitutto come strumento per far fronte alle carenze dei servizi essenziali¹⁰⁸; i progetti finanziati, però, mirano più ambiziosamente a ridurre stabilmente il divario che determina lo spopolamento di alcune aree del Paese, superando le difficoltà derivanti dalle caratteristiche morfologiche ed esaltando «la dimensione di promozione e guida pubblica in logica associativa e cooperativa, in questo specifico caso non solo tra i comuni dell'area, ma anche tra questi e le articolazioni territoriali della sanità, dei servizi sociali, delle scuole, dei sistemi locali di trasporto pubblico»¹⁰⁹.

Si tratta di due modi per certi versi opposti – il primo cooperativo, il secondo ottenuto tramite un più diretto intervento dello Stato – di affrontare il medesimo problema, ovvero il superamento del divario digitale e nei territori meno attrattivi per il mercato. Entrambe le situazioni sollecitano però la medesima riflessione sul ruolo dell'ente pubblico: promotore dell'iniziativa, in collaborazione con le forze civiche e i privati, e finanziatore chiamato a porre rimedio a un divario dai risvolti economici e sociali importanti, causato a monte dall'abbandono al mercato delle infrastrutture di telecomunicazione nell'assenza di un'efficace strategia nazionale o sovranazionale¹¹⁰.

6.2. *Dati urbani per il governo del territorio e prospettive aperte dall'intelligenza artificiale*

Quella relativa all'utilizzo di dati per il governo dei territori è probabilmente la questione più rilevante intorno alla quale si gioca la partita dell'innovazione territoriale. A livello normativo, per lungo tempo l'approccio è stato soprattutto volto alla protezione dei dati personali, ma l'evidente opportunità di governare il futuro sfruttando appieno l'immensa potenzialità innovativa dei dati, in sinergia con i cittadini e gli attori privati, ha portato

¹⁰⁸ *Ibidem*: «in larga parte di tali aree interne, le opportunità offerte dalla trasformazione digitale sono orientate a beni e servizi come sanità, istruzione e mobilità, mentre la metà delle aree considera i processi digitali fondanti per gli interventi volti a rafforzare la propria organizzazione e, in generale, la performance amministrativa. Meno capillare e diretta la trasformazione digitale nei progetti orientati allo sviluppo locale, come filiera del turismo e sistema produttivo locale».

¹⁰⁹ Ivi, 8.

¹¹⁰ Cfr. www.bandaultralarga.italia.it/mappa/.

ad un cambio di passo, del quale hanno segnato due tappe fondamentali la direttiva *Open Data*¹¹¹ e il *Data governance Act*¹¹².

Anche in questo caso, alcune grandi città hanno fatto da apripista per strategie di governo del territorio *evidence-based*: basti pensare a progetti – in buona parte basati su tecnologie di *internet of things* (IOT), impiegate ad esempio per monitorare il traffico o l'inquinamento urbano – come *Decode*, sviluppato da Barcellona e Amsterdam a partire dal 2017¹¹³.

Le possibilità aperte dai dati, però, spaziano dal controverso tema dell'utilizzo per finalità di polizia e sicurezza, fino alla gestione di emergenze come quella pandemica da Covid-19. Si tratta di una questione eticamente e giuridicamente complessa, che richiede un bilanciamento tra diritti di livello costituzionale¹¹⁴, ma estremamente rilevante per il legislatore e per l'amministratore locale: si provi a immaginare quanto la disponibilità di dati accurati e diffusi sugli spostamenti delle persone avrebbe potuto consentire una significativa riduzione del contingentamento della libertà personale dovuta alla pandemia, che come noto è stata limitata in modo generalizzato ed eccezionalmente penetrante¹¹⁵. La delicatezza del bilanciamento tra i diritti e la riservatezza dei dati coinvolti, però, non fa che evidenziare da un lato l'indispensabile collaborazione tra tutti gli attori urbani per uno scopo comune, e dall'altro la necessità che un attore pubblico ne assicuri l'uso secondo principi di giustizia.

Le medesime istanze di bilanciamento, d'altra parte, si riscontrano nel *design* e nella gestione di quelle *urban data dashboards*, ovvero piattaforme digitali urbane che fungono come minimo da *repository* di dati e offrono soprattutto una percezione dei fenomeni attendibile, fondamentale sia per la gestione ordinaria dei servizi che per affrontare criticità strutturali come la tutela di una città particolarmente vulnerabile, quale è Venezia: tale è l'obiettivo della *venice smart control room*, sviluppata da Tim e Olivetti in collaborazione con il Comune di Venezia e Venis¹¹⁶ nell'ambito di un partenariato per l'innovazione finanziato con fondi PON metro 2014-2020.

¹¹¹ Dir. (Ue) 2019/1024.

¹¹² Reg. (Ue) 2022/868. Si pensi alle organizzazioni per l'altruismo dei dati (Cfr. D. Testa, *La digitalizzazione delle città*, cit.).

¹¹³ F. Bria, E. Morozov, *Ripensare la smart city*, cit.

¹¹⁴ *Ex multis*: G. Bergonzini, *Non solo privacy. Pandemia, contact tracing e diritti fondamentali*, in *Dirittifondamentali.it*, 2020, n. 2; A. Pin, *Giudicare la pandemia con la proporzionalità. Le misure anti-Covid-19, il vaglio giudiziario e il diritto comparato*, in *DPCE online*, 2020, n. 2, 2591 ss.

¹¹⁵ A partire dal d.l. 23 febbraio 2020, n. 6.

¹¹⁶ M. Tommasi, *"Smart Control Room": come funziona il cervello digitale di Venezia*, in *ForumPA*, 25/02/2021.

Ancor più che nelle città, è però nelle aree rurali o nei piccoli borghi che l'innovazione basata sui *big data* può restituire valore anche economico ai territori: si pensi a una valorizzazione turistica basata su musei diffusi e guide digitali¹¹⁷, che si lega alla promozione delle eccellenze artigianali e agricole a loro volta qualificate – in coerenza con gli obiettivi della strategia *Farm to Fork* del *Green Deal Ue*¹¹⁸ – dal tracciamento della filiera dei prodotti attraverso la tecnologia *blockchain*¹¹⁹. Un esempio di quest'ultimo tipo, che peraltro esalta le potenzialità del modello cooperativo, è il distretto agricolo della bassa bergamasca, una cooperativa di cui sono soci comuni e imprese agricole che, già nel 2015, in sinergia con il Politecnico di Milano proponeva al Ministero dell'agricoltura un progetto di tracciabilità della filiera dei prodotti e la geolocalizzazione dell'impresa tramite QR code, creando così fiducia e interesse nel consumatore¹²⁰.

L'ultima evoluzione, al momento, delle strategie fondate sui dati nel contesto urbano sembra essere, da un lato, la creazione di gemelli digitali delle città, che di fronte a una sempre più stretta correlazione tra mondo fisico e virtuale ha già condotto a ragionare di una cittadinanza digitale¹²¹, e dall'altro il ricorso sempre più intensivo all'intelligenza artificiale, che con l'aumento esponenziale dei dati e l'adozione di tecnologie complesse appare quasi come un'indispensabile garanzia di efficienza dell'operazione di sintesi che produce la decisionale politica. Si spiega dunque il fermento, nella dottrina giuspubblicistica, intorno al tema della decisione algoritmica¹²², della quale vengono poste sotto esame l'affidabilità, la trasparenza e soprattutto la democraticità, ovvero la riconducibilità ai circuiti tipici della democrazia costituzionale, dai quali discende altresì la responsabilità politica e amministrativa¹²³.

Le applicazioni dell'intelligenza artificiale che impattano sullo sviluppo territoriale, però, si spingono anche in questo caso ben oltre il suo utiliz-

¹¹⁷ Aa.Vv., *Soluzioni e tecnologie per i piccoli comuni*, cit., 102 e 108. A tal fine, utili sono ad esempio dataset derivanti da rilievi archeologici (si vedano gli esempi riportati in D. Testa, *La digitalizzazione delle città*, cit.).

¹¹⁸ COM/2020/381 final.

¹¹⁹ Aa.Vv., *Soluzioni e tecnologie per i piccoli comuni*, cit., 59 ss.

¹²⁰ S. Bertolino, S. Remi, F. Sala, *Bergamo Smart Land: la rete dell'intelligenza territoriale*, in AASTER, 11/11/2017, 67-68.

¹²¹ Sulla cittadinanza digitale introdotta dal Codice dell'Amministrazione Digitale, cfr. M. Caporale, *Dalle smart cities alla cittadinanza digitale*, cit., 38.

¹²² E si apprezza ancor di più la lungimiranza con cui Vittorio Frosini – come rilevato nel paragrafo due della presente trattazione – aveva intravisto questo tema già nel 1968, cfr. V. Frosini, *Cibernetica, diritto e società*, cit., 46.

¹²³ Si veda: R. Giordano, A. Panzarola, A. Police, S. Preziosi, M. Proto (a cura di), *Il diritto nell'era digitale*, cit; P. Moro (a cura di), *Etica, diritto e tecnologia*, Milano, FrancoAngeli, 2021.

zo nell'amministrazione pubblica: essa si può infatti considerare l'anello di congiunzione tra la disponibilità e l'analisi di dati e le tecnologie emergenti che vengono impiegate nei diversi settori economici, da reti distributive intelligenti nel settore energetico¹²⁴, alla robotica in campo agricolo¹²⁵, sino alle prospettive aperte da un'industria *on demand*¹²⁶. Soluzioni, queste ultime, che potrebbero favorire un ripopolamento delle aree rurali, valorizzando l'economia di aree oggi depresse e a rischio di spopolamento.

Qualche prospettiva – per il momento soltanto a livello progettuale – si intravede nella Piattaforma nazionale digitale dei dati, prevista dal sub-investimento M1C1_1.3.1 del PNRR, che secondo l'ultimo aggiornamento del Piano Triennale per l'Informatica nella Pubblica amministrazione, nel segno della massima interoperabilità, «contribuisce alla realizzazione del principio *once only* e in futuro, dovrà consentire anche l'accesso ai *big data* prodotti dalle amministrazioni l'elaborazione di politiche *data-driven*»¹²⁷; sempre, però, univocamente dal pubblico al privato, e non viceversa. Manca sia una strategia di condivisione dei dataset in tutto il territorio (come minimo) nazionale, per incentivarne il riuso, sia soprattutto un piano per coinvolgere in modo strutturale i privati che, su base volontaria¹²⁸ oppure nell'ambito delle proprie attività commerciali, producono o potrebbero produrre e condividere grandi quantità di dati.

6.3. Piattaforme digitali urbane collaborative

Finora si sono osservate le potenzialità delle tecnologie digitali per i territori mettendo in luce la necessità di una strategia pubblica fondata sulla collaborazione con le migliori forze civiche; è d'uopo peraltro rilevare come esse stesse rappresentino un formidabile *driver* di questa collaborazione, che può partire dal basso, ma anche evolvere in rapporti giuridici permettendo il

¹²⁴ Aa.Vv., *Soluzioni e tecnologie per i piccoli comuni*, cit., 111.

¹²⁵ Ivi, 74; L. Bindi, *La campagna digitale. Nuove ruralità, smart agriculture e processi di innovazione*, in *Social media e politiche dell'identità*, a cura di A. Biscaldi, V. Matera, Milano, Ledipublishing, 2023, 41–68.

¹²⁶ *Ex multis*: J. Rifkin, *La società a costo marginale zero. L'internet delle cose, l'ascesa del «commons» collaborativo e l'eclissi del capitalismo*, Milano, Mondadori, 2014; E. Brynjolfsson, A. McAfee, *La nuova rivoluzione delle macchine. Lavoro e prosperità nell'era della tecnologia trionfante*, Milano, Feltrinelli, 2015.

¹²⁷ Piano Triennale per l'Informatica nella Pubblica amministrazione, aggiornamento 2022–2024.

¹²⁸ Si tratta della c.d. *citizen science*. La Regione Emilia-Romagna, vi dedica il progetto *Citizen Science*, parte della programmazione 2020–2025 della strategia Data Valley Bene Comune (si veda: www.digitale.regione.emilia-romagna.it/citizen-science).

passaggio «dall'*e-government* al *we-government*, o ancora meglio allo *you-government*, [...] 'co-città' in cui una comunità coesa e collaborativa condivide con le istituzioni il peso non solo delle scelte, ma anche delle azioni necessarie per curare l'interesse generale»¹²⁹.

Il caso di studio in assoluto più noto, in tal senso, consiste probabilmente nella piattaforma Decidim, adottata da Barcellona¹³⁰; un'infrastruttura digitale che gestisce tutti i processi partecipativi che coinvolgono la città. Tale è stata l'importanza di questa iniziativa che la medesima piattaforma è stata adottata anche da altre città, tra le quali Milano e Bologna, che sul software open source Decidim hanno basato le proprie piattaforme urbane¹³¹.

Più di recente, si possono citare le piattaforme digitali attivate a Reggio Emilia e Roma, le quali – pur essendo portatrici di un differente approccio alla collaborazione, essendo la prima finalizzata essenzialmente a rafforzare le relazioni all'interno dei quartieri e supportare l'operato delle Consulte d'Ambito, la seconda a rispondere alle sfide urbane tramite partenariati tra istituzioni e innovatori privati – sono accomunate da una collaborazione tra ente pubblico, istituzioni della ricerca e sviluppatori privati già a monte¹³². Hamlet – la piattaforma reggiana – nasce infatti da un progetto di Unimore e Open Box ed è ospitata su un server fornito da Lepida; Co-Roma¹³³ sorge invece dalla collaborazione tra LUISS, LabGov e NTT data.

Anche grazie a questi esempi, si coglie una nuova consapevolezza, negli enti locali e nell'accademia, a proposito della necessità di procedere sulla strada per la digitalizzazione secondo alcuni principi imprescindibili, che non consentono di affidarsi automaticamente ai prodotti offerti dai grandi *players* presenti sul mercato. Vi osta, infatti, prima di tutto l'opportunità che lo strumento digitale sia calato sul contesto e sulle sue specificità, dunque creato *ad hoc* o quanto meno adattato allo specifico territorio ove si colloca; secondariamente, la proprietà pubblica dell'infrastruttura digitale e del server, che garantiscono l'uso non commerciale – ma volto a finalità di interesse pubblico – dei dati raccolti nell'ambito delle operazioni concluse mediante la piattaforma. Anche sotto quest'ultimo profilo, dunque, emerge con chiarezza tanto l'indispensabile apporto di sviluppatori privati, quanto la necessità di una regia pubblica, tanto più opportuna quanto maggiormente coinvolti siano diritti civili e sociali dei cittadini.

¹²⁹ C. Iaione, *La collaborazione civica*, cit., 50-51.

¹³⁰ F. Bria, E. Morozov, *Ripensare la smart city*, cit.

¹³¹ Rispettivamente, Milano Partecipa e Bologna Partecipa.

¹³² Si veda: D. Testa, F. Berni, *Piattaforme digitali collaborative*, cit.

¹³³ Sviluppata nell'ambito dell'*Horizon 2020 «Engage EU R-I»* e da poco disponibile online.

7. La digitalizzazione e l'innovazione nel prisma del PNRR e la necessità di una regia pubblica per il coinvolgimento dei privati

Come si è tentato di dimostrare nelle pagine precedenti, il processo di digitalizzazione della pubblica amministrazione e l'utilizzo di tecnologie digitali per produrre innovazione sui territori scontano la definizione di un quadro normativo che per troppo tempo si è focalizzato eccessivamente sul mero ammodernamento in chiave telematica delle procedure amministrative, senza tener adeguato conto degli ostacoli rappresentati dal basso livello di alfabetizzazione digitale della popolazione e delle criticità che le infrastrutture digitali mostrano, specie in alcune aree del Paese.

Le sperimentazioni richiamate, se da un lato dimostrano il tentativo di alcune città, aree interne e aziende di farsi apripista e progettare soluzioni innovative, dall'altro rendono ancora più evidente la necessità, in capo al livello di governo centrale, di accelerare e diffondere il processo di digitalizzazione e innovazione con finanziamenti adeguati e programmi volti ad assicurarne l'omogeneità. L'innovazione non può infatti prescindere dalle infrastrutture abilitanti e l'esperienza ha dimostrato come, a fronte di ripetuti fallimenti del mercato, specie nelle aree interne o marginalizzate, lo Stato debba assumere un ruolo di primo piano¹³⁴, sia come finanziatore che come regista di una strategia digitale e tecnologica incardinata sulla crescita dei territori¹³⁵, che orienti e valorizzi opportunamente l'apporto dei privati¹³⁶.

¹³⁴ A. Sandulli, *Lo "Stato digitale". Pubblico e privato nelle infrastrutture digitali nazionali strategiche*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2021, n. 2, 513-527.

¹³⁵ Più nello specifico l'auspicio è quello di declinare la strategia di digitalizzazione tratteggiata nel PNRR – così come sintetizzata nel documento per l'Italia Digitale 2026 – risultati 2021 – 2022 e azioni per 2023 – 2026, del 12 ottobre 2022, disponibile sul sito <https://innovazione.gov.it/notizie/articoli/documento-italia-digitale-2026/> – per la crescita dei territori attraverso un approccio olistico e integrato, che ponga le basi per uno sviluppo economico e sociale più equilibrato e sostenibile su scala nazionale. In questo senso, urge dunque – come ampiamente rilevato nel testo – la garanzia di connettività a banda ultra-larga in tutto il paese, al fine di ridurre il divario digitale tra aree urbane e rurali, consentendo così a tutte le regioni di accedere alle stesse opportunità digitali. Questo, unito alla digitalizzazione dei servizi pubblici locali e alla migrazione al cloud anche per le amministrazioni di minori dimensioni, potrebbe rendere i servizi più efficienti e accessibili, stimolando l'innovazione e la competitività delle imprese locali anche di aree interne e svantaggiate. Tale processo dovrebbe essere supportato da iniziative sulle competenze digitali rivolte a preparare la forza lavoro e ad incrementarne l'occupabilità sostenendo così la trasformazione digitale delle economie locali. In questo modo, la strategia per la digitalizzazione enucleata dal PNRR potrebbe promuovere non solo la crescita economica, ma anche lo sviluppo sostenibile dei territori, contribuendo a una distribuzione più equa delle opportunità e delle risorse in tutta Italia.

¹³⁶ C. Iaione, *Il diritto all'innovazione sostenibile per l'investimento nelle infrastrutture sociali. Un'analisi empirica*, cit.

In questo solco prova a inserirsi la missione 1 del PNRR, votata a una penetrazione strutturale tra pubblico e privato per affrontare la sfida della digitalizzazione, anche attraverso lo strumento del partenariato¹³⁷. L'opportunità di agire parallelamente su più fronti – pubblico, privato, territoriale – d'altra parte è un dato la cui consapevolezza è dimostrata dalla ripartizione dei tre componenti che costituiscono la suddetta missione: il primo dedicato alla pubblica amministrazione, il secondo al sistema produttivo e il terzo al turismo e alla cultura 4.0.

Nonostante la delineata interconnessione tra attori economici ed enti locali, però, gli interventi previsti dalla missione 1 del PNRR seguono in ogni caso prevalentemente una logica «a silos»¹³⁸, ovvero adottano una gestione dei finanziamenti distribuita tra pubbliche amministrazioni e imprese, lasciando però all'autonomia di ciascun ente pubblico o attore privato la definizione di eventuali sinergie capaci di portare innovazioni durature sui territori. D'altro canto, nel PNRR i partenariati multiattoriali rappresentano un elemento essenziale soltanto della missione 4, la quale prevede una serie di investimenti in istruzione e ricerca attinenti soprattutto alla digitalizzazione, con riguardo ad esempio allo sviluppo delle tecnologie critiche, al trasferimento tecnologico per le piccole e medie imprese e alle tecnologie per la transizione energetica¹³⁹. Tuttavia, la seconda Componente della missione 4 – l'unica ad adottare il partenariato come approccio strutturale – è significativamente denominata «dalla ricerca all'impresa», lasciando alla p.a. un ruolo quantomeno marginale.

¹³⁷ P. Bonini, *Neutralità tecnologica e partenariato pubblico-privato*, in *Lo Stato digitale nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, a cura di V. Bontempi, cit., 66, il quale condivisibilmente rileva che «la partecipazione dei privati al processo di riforma e aggiornamento tecnologico dello Stato è un fattore positivo anche nell'ambito del più ampio percorso di mutamento del rapporto amministrativo, nonché del procedimento amministrativo, verso caratteri sempre più distanti dall'autorietà verso una governance multilivello che consente di sperimentare sempre più concretamente il principio di sussidiarietà in senso orizzontale. In questo contesto, il principio di neutralità tecnologica si rafforza tramite l'inclusione dei privati, in quanto consente di recuperare a monte eventuali costi ormai intollerabili dal sistema economico di decisioni unilaterali pubbliche nel contesto ormai più strategico per la connessione delle persone, delle comunità e delle istituzioni statali».

¹³⁸ Sulla logica a silos, tradizionalmente riferita alla metodologia di lavoro per dipartimenti all'interno della pubblica amministrazione, si veda ad es., con una prospettiva europea: M. Mazzucato, *Governing Missions in the European Union*, Eu Commission, *Independent Expert Report*, 2019.

¹³⁹ Si pensi, per tutti, all'investimento 2.2 della M2C2 PNRR, relativo ai partenariati da attivare nel quadro *Horizon Europe*, che sono suddivisi nei seguenti cluster: *High Performance Computing*, *Key digital technologies*, *Clean energy transition*, *Blue oceans – A climate neutral, sustainable and productive Blue economy*, *Innovative SMEs*.

digitalizzazione della pubblica amministrazione e innovazione territoriale

Gli investimenti della missione 1 avrebbero dunque, forse, potuto avere maggior efficacia se fossero stati anch'essi informati da una logica strutturalmente multiattoriale, con un coordinamento dell'attore pubblico non soltanto a monte, tramite la pianificazione degli investimenti, ma anche a valle, mediante l'utilizzo degli strumenti partenariali e altri dispositivi volti a coinvolgere strutturalmente gli enti locali e gli attori più legati alla dimensione locale. In un'ottica più generale, pare comunque possibile ritenere che la strada imboccata con il PNRR – con iniziative come la Piattaforma nazionale digitale dei dati e un piano di investimenti eccezionalmente ampio – prometta una svolta almeno con riguardo ai tempi della digitalizzazione sia della p.a. che dell'intero Paese. Tuttavia, l'attuazione di una politica di innovazione che si basi sulle migliori tecnologie, adeguata ai singoli contesti, ma in grado di abbracciare tutto il territorio nazionale, rimane un orizzonte ancora da conquistare, di cui la digitalizzazione appare, per quanto rilevante, soltanto un presupposto.

8. Conclusioni: tre direttrici per l'innovazione (non soltanto) digitale

Alla luce di quanto rilevato nel presente contributo, si ritiene possibile, in conclusione, tracciare tre direttrici che appaiono – a parere di chi scrive – imprescindibili per una transizione digitale giusta e capace di valorizzare i territori.

La prima – come rilevato nel precedente paragrafo – consiste in un costante e strutturato coinvolgimento dei privati, preso atto che sia lo sviluppo delle tecnologie sia, spesso, l'immaginazione delle loro plurime potenzialità passa attraverso la loro spontanea iniziativa. A tal fine, si manifesta con evidenza l'opportunità di ricorrere a nuove forme partenariali capaci non soltanto di ripartire i compiti e le spese tra enti pubblici e privati, ma di mettere a fattor comune le migliori cariche innovative di entrambi, ciascuno secondo le proprie prerogative: per il pubblico l'immaginazione politica declinata secondo le prescritte finalità valoriali, per il privato la libertà dell'iniziativa economica.

Un esempio di questo approccio, volto proprio a «favorire la trasformazione digitale della pubblica amministrazione, nonché lo sviluppo, la diffusione e l'impiego delle tecnologie emergenti e di iniziative ad alto valore tecnologico», può essere rinvenuto nell'art. 36 d.l. n. 76/2020¹⁴⁰, che prevede

¹⁴⁰ A. Chiappini, *Regulatory Sandbox italiano in una prospettiva europea, costituzionale ed*

una disciplina derogatoria e semplificata affinché le imprese, le università, gli enti di ricerca e gli spin off o le start up universitarie possano proporre e vedersi finanziati progetti innovativi in modo più semplice e immediato. Più in generale, però, le traiettorie future da questo punto di vista si devono individuare soprattutto nei principi generali del nuovo codice dei contratti pubblici¹⁴¹, in quanto essi abilitano espressamente il ricorso a soluzioni contrattuali innovative da parte della p.a. in conformità ai principi del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato, che l'art. 4 c.c.p. individua quali criteri interpretativi e applicativi dell'intero codice.

La tracciata valorizzazione del comparto privato deve però essere compiuta senza cedere alla tentazione di delegare *in toto* la pianificazione e l'attuazione degli interventi, rendendo di fatto gli attori privati protagonisti esclusivi dell'innovazione sui territori e offrendo loro, in virtù della ritrazione del pubblico, una posizione egemonica e dominante che rischia di consolidarsi nel tempo¹⁴². Viceversa, l'esito auspicabile del loro coinvolgimento consiste nella più ampia «valorizzazione della collaborazione tra istituzioni e tessuto sociale e imprenditoriale [...] per applicare in chiave solidale e cooperativa il principio di sussidiarietà, tanto orizzontale che verticale, nel senso di una “democrazia policentrica”»¹⁴³.

In stretta correlazione con questa prima direttrice, si pone dunque la seconda, ovvero il necessario affidamento all'attore pubblico della direzione strategica dell'innovazione, che si giustifica con l'opportunità di orientare e supportare i processi innovativi sui territori secondo una visione – sia essa in linea o in contrasto con quella privata – incentrata sul perseguimento di interessi pubblici e collettivi, verso i quali devono essere protesi anche gli sforzi di abilitazione e coinvolgimento dei privati. Con specifico riferi-

amministrativa, in *Amministrativamente*, 2021, n. 4. Con riferimento anche al successivo d.m. 100/2021 del Ministero dell'economia e delle finanze, si veda anche: G. Lo Sapio, *Il regolatore alle prese con le tecnologie emergenti. La regulatory sandbox tra principi dell'attività amministrativa e rischio di illusione normativa*, in *Federalismi.it*, 16/11/2022.

¹⁴¹ Artt. 1-12, d.lgs. n. 36/2023.

¹⁴² P. Costa, *La sicurezza della global city*, cit.; D. Testa, *Governo e autogoverno della città digitale*, cit. Più in generale, sul rapporto della città con poteri privati, specie di natura economico-finanziaria: D. Harvey, *Città Ribelli*, Milano, Il Saggiatore, 2013. In tema di *smart city*, si veda anche: F. Fracchia, P. Pantalone, *Smart City: condividere per innovare (e con il rischio di escludere?)*, in *Federalismi.it*, 2015, n. 22.

¹⁴³ G. Allegri, *La città come istituzione entro e oltre lo Stato. Una prefazione tra tradizioni costituzionali e innovazioni tecno-sociali*, in *La città come istituzione, entro e oltre lo Stato*, a cura di G. Allegri, L. Frosina, A. Guerra, A. Longo, Roma, Sapienza Università Editrice, 2023, 21. Cfr. C. Iaione, *La città come bene comune*, in *Aedon*, 2013, n. 1, a proposito del «valore aggiunto» della collaborazione.

mento agli attori locali, ci si è dunque chiesti «se i soggetti dell'autonomia trovino nelle risorse digitali strumenti per espandere l'autogoverno oppure nuove forme di potere che ne limitano la possibilità di azione»¹⁴⁴, secondo il presupposto che l'autonomia, nel nostro sistema costituzionale, sia anzitutto autogoverno¹⁴⁵ e dunque partecipazione alla vita democratica. Se da un lato appare infatti chiaro che gli strumenti digitali siano forieri di grandi opportunità, è stato osservato come la loro diffusione, in mancanza di adeguata regolamentazione, possa incidere significativamente sulla democrazia locale, tanto da «costituire una fonte di normazione in grado di comprimere ulteriormente l'autonomia delle città, ovvero di quel complesso di relazioni che comprendono le amministrazioni locali, i cittadini, le organizzazioni della società civile e le imprese»¹⁴⁶.

Tale rilievo conduce alla terza e ultima direttrice, che si può collocare idealmente a cavallo tra le precedenti, ovvero la capacità delle istituzioni di raccordare le differenti dimensioni territoriali e valorizzare in particolare la sfera giuridica e politica più prossima ai cittadini, supportando le iniziative dei territori senza per questo limitare indebitamente la loro spontanea intraprendenza.

Nel contesto eurounitario, si assiste alla «presa d'atto da parte dell'Unione europea del ruolo istituzionale giocato o che possono giocare le città e, di conseguenza, dell'opportunità di governarle o di coinvolgerle nel policy-making»¹⁴⁷, nonché della stretta relazione tra i contesti urbanizzati e le zone rurali¹⁴⁸. Ciò ha comportato una progressiva definizione della politica urbana – ovvero in particolare dell'Agenda urbana per l'Ue – come «materia trasversale»¹⁴⁹, sviluppatasi all'interno del dibattito sullo sviluppo sostenibile in un rapporto di reciproca interconnessione¹⁵⁰

¹⁴⁴ A. Michieli, *Città e nomos digitale*, in *L'autonomia locale*, cit.

¹⁴⁵ F. Pizzolato, *Democrazia come autogoverno: la questione dell'autonomia locale*, in *Costituzionalismo.it*, 2015, n. 1.

¹⁴⁶ A. Michieli, *Città e nomos digitale*, in *L'autonomia locale*, cit. Sulla città, e in particolare la *smart city*, come sistema di relazioni, più che soggetto od oggetto, si vedano: C. Iaione, *Legal Infrastructure and Urban Networks for Just and democratic Smart Cities*, in *Italian Journal of Public Law*, n. 2, 2019, 750 ss.; F. Pizzolato, *Città e diritti fondamentali: le ambivalenze della politicità dei diritti*, in *Ist.fed.*, 2022, n. 1, 155 ss.

¹⁴⁷ E. Tatì, *L'Europa delle città. Per una politica europea del diritto urbano*, Milano, Franco-Angeli, 2020, 253. A proposito del ruolo delle città nell'integrazione europea, si veda anche: G. Comazzetto, *Le Città nel processo di integrazione europea*, in *La città oltre lo Stato*, a cura di F. Pizzolato, G. Rivosecchi, A. Scalone, Torino, Giappichelli, 2022.

¹⁴⁸ *Ibidem*. Si veda anche *supra*, quanto esposto al par. 5.

¹⁴⁹ E. Tatì, *L'Europa delle città*, cit., 250 ss.

¹⁵⁰ Ivi, 250. Nel medesimo testo, si osservi in particolare il ragionamento che mette in

che abbraccia, come si è visto nel presente scritto, anche la dimensione digitale.

Tanto nel contesto europeo, quanto in quello nazionale, però, rimane fermo il problema della geometria variabile e fortemente disomogenea delle iniziative: si è già osservato infatti come una buona parte della pianificazione e dell'attuazione di questi obiettivi, a partire dalla creazione di sinergie tra gli attori coinvolti, sia lasciata alla spontanea iniziativa di singole città, che invece di agire in modo coordinato e strategico si trovano spesso a muoversi sulla base dei programmi e dei finanziamenti (come gli *Horizon 2020* e gli *Horizon Europe*) che sono in grado di intercettare.

Non si tratta, d'altra parte, di un problema di facile soluzione, né limitato alla transizione digitale e allo sviluppo tecnologico. Più in generale, entra infatti in gioco il difficile equilibrio tra un'autonomia locale che richiede di essere valorizzata a partire dalle differenze di ciascun territorio e una visione comune dello sviluppo sostenibile a livello quantomeno nazionale ed europeo; un difficile obiettivo che necessita sia di strumenti operativi e strategici, come la predisposizione di strumenti digitali comuni e una regolamentazione dell'innovazione tecnologica volta a bilanciare le spinte innovative e la protezione dei cittadini dal consolidamento di poteri privati, che finanziari, ad esempio attraverso un uso mirato dei fondi strutturali.

Si ricerca pertanto un'autonomia, interpretata alla luce dei principi europei e costituzionali – in particolare quelli di sussidiarietà, adeguatezza e differenziazione¹⁵¹ – che si fonda sulla capacità delle città, in sinergia con gli attori locali e le istituzioni nazionali e sovranazionali, di perseguire gli obiettivi di transizione sostenibile, comprensivi dei profili digitali, garantendo, in virtù all'aderenza al tessuto socio-economico dei territori, la massima riduzione dei divari e delle discriminazioni esistenti, in aderenza al fondamentale principio di uguaglianza¹⁵².

Abstract

The digital divide in Italy is evident both in comparison to other European countries and within the national territory, resulting in clear disparities and precluding strong innovation processes. Italy aims to address these gaps through the National

relazione la politica urbana con gli obiettivi di sostenibilità sulla base dei principi fondamentali dell'Ue e, segnatamente, dell'art. 3 par. 3, c. 1, TUE (ivi, 241-242).

¹⁵¹ C. Pinelli, *Città oltre lo Stato?*, in *La città come istituzione*, cit., 48-49.

¹⁵² *Ibidem*.

digitalizzazione della pubblica amministrazione e innovazione territoriale

Recovery and Resilience Plan (NRRP), dedicating Mission 1 to digitalization. This contribution examines the digitalization and innovation tandem in the public sector. It starts with an analysis of the Italian legal framework and observes the partially unsuccessful digitalization process within public administration. It then highlights the need to structurally integrate the private sector into strategic areas linked to digitalization and to invest in digital literacy. Finally, mapping out virtuous case studies related to the use of new technologies for innovation within smart cities and lands, the necessity is advocated for adopting a public innovation strategy aware of the importance of technological and digital infrastructures.

ARTICOLI

TOMMASO COCCHI

LA CYBERSICUREZZA NEL PRISMA DEL DIRITTO DEI CONTRATTI PUBBLICI: UN TENTATIVO DI RICOSTRUZIONE DELLE REGOLE DEL GIOCO TRA REQUISITI DI PARTECIPAZIONE, CRITERI DI AGGIUDICAZIONE ED ESIGENZE DI CERTEZZA

SOMMARIO: 1. Premessa. Transizione digitale della pa e PNRR: il ruolo dei privati. – 2. La cybersicurezza tra le nuove sfide per lo Stato: quali implicazioni per il diritto dei contratti pubblici? Delimitazione del campo d'indagine. – 3. La cybersicurezza nel sistema delle fonti. Cenni. – 4. La cybersicurezza come criterio di aggiudicazione: luci e ombre delle novità recate dal nuovo codice dei contratti pubblici. – 5. Il rispetto degli standard di cybersicurezza come sostanziale criterio di accesso al mercato. – 6. Primi spunti conclusivi.

1. Premessa. Transizione digitale della pa e PNRR: il ruolo dei privati

Negli ultimi anni sono emerse numerose questioni di cui i soggetti pubblici debbono occuparsi, quali l'idea di un cyberspazio come bene pubblico¹ globale, il pericolo dei processi decisionali dominati dagli algoritmi, nonché i danni delle c.d. *fake news* e la disinformazione possono provocare sia ai singoli individui, sia all'intera società. L'avanzamento tecnologico, definito da alcuni una rivoluzione² ha, d'altra parte, sempre sollecitato nuove rappresentazioni dello Stato "machina machinarum"³. Ad oggi, la stessa sovranità degli Stati viene messa in discussione da quella che è stata definita,

¹ Sul concetto di bene pubblico si vedano, tra tutti, A.M. Sandulli, *Beni pubblici*, in *Enc. dir.*, V, Milano, Giuffrè, 1959; S. Cassese, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, Milano, Giuffrè, 1969.

² L. Floridi, *La rivoluzione dell'informazione*, Torino, Codice Edizioni, 2012.

³ L. Casini, *Lo Stato nell'era di Google*, Milano, Mondadori, 2020, 48 e i contributi ivi citati sul tema tra cui N. Irti, *Lo Stato: machina machinarum*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, 309, che riprende la formula usata in C. Schmitt, *Il Leviatano nella dottrina dello Stato di Thomas Hobbes*, 69.

con un ossimoro, “sovranità privata” di imprese a dimensione planetaria⁴. In questo contesto il diritto pubblico deve predisporre contromisure efficaci, essendo sempre più spesso costretto a rincorrere una realtà in rapidissima evoluzione che richiederebbe invece reazioni tempestive da parte delle istituzioni nazionali e sovranazionali.

Le nuove tecnologie, dal web, alle connessioni 5G, all’intelligenza artificiale, alla *blockchain*, al metaverso, creano contesti di mercato nuovi, generano stili di vita e avviano nuove modalità di relazione tra persone e cose. Si tratta di cambiamenti radicali che segnano un’epoca nell’evoluzione del genere umano⁵.

In tale contesto, l’Amministrazione pubblica interpreta più “parti nella commedia”. Essa, proprio come la collettività, subisce l’evoluzione tecnologica e ne è condizionata; tuttavia, spesso se ne serve per svolgere le proprie funzioni; infine, tenta di esercitare nei suoi confronti l’essenziale attività di regolazione.⁶

Con riferimento a tale processo evolutivo, alcuni Autori hanno iniziato a parlare di “Stato Digitale”⁷ che, pur continuando a svolgere le sue funzioni

⁴ M. Clarich, *Prefazione*, in A. Lalli, *L’Amministrazione pubblica nell’era digitale*, Torino, Giappichelli, 2022, XIV.

⁵ Y.N. Harari, *Homo Deus, breve storia del futuro*, Milano, Bompiani, 2018.

⁶ A. Lalli, *Introduzione*, in *L’Amministrazione pubblica nell’era digitale*, cit., XVI. Sul tema dell’utilizzo delle nuove tecnologie a servizio della sfera pubblica si veda anche *Rapporto sui principali problemi dell’Amministrazione dello Stato* presentato al Parlamento il 16 novembre 1979 dall’allora Ministro della Funzione Pubblica M.S. Giannini. Riferimento ripreso in A. Police, *Scelta discrezionale e decisione algoritmica*, in *Il diritto nell’era digitale*, a cura di Giordano, Panzarola, Police, Preziosi e Proto, Milano, Giuffrè, 2022, 496. Per una disamina approfondita del Rapporto si veda D’Auria, *Giannini e la riforma amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1209.

⁷ L. Torchia, *Lo Stato digitale. Una Introduzione*, Bologna, Il Mulino, 2023. Nello stesso senso, sul concetto di “Pubblica Amministrazione 4.0” si veda D.U. Galetta e J.G. Corvalan, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *Federalismi*, 3/2019, ove gli autori, ricostruendo il percorso di sviluppo tecnologico della p.a. affermano efficacemente che «nel XX secolo, l’evoluzione delle tecnologie dell’informazione e della comunicazione (ICT) ha modellato una combinazione asimmetrica fra tre paradigmi della Pubblica Amministrazione: la Pubblica Amministrazione 1.0, che corrisponde al classico modello di Pubblica Amministrazione del diciannovesimo secolo, caratterizzato dall’utilizzo di carta, stampa e macchina da scrivere. La Pubblica Amministrazione 2.0, che incorpora computer, processori di testo, stampante e fax. La Pubblica Amministrazione 3.0 verso cui, nel XXI secolo, il settore pubblico ha iniziato a migrare grazie all’uso di internet, dei portali digitali, delle applicazioni mobili e dei social network. Attualmente la Pubblica Amministrazione si trova, tuttavia, già in una quarta fase di evoluzione. Questa quarta fase è collegata alla c.d. Quarta Rivoluzione Industriale ed ha come minimo comun denominatore un alto grado di automazione e di interconnessione che sta esercitando

la cybersicurezza nel prisma del diritto dei contratti pubblici

tradizionali presenta almeno due caratteristiche nuove rispetto al passato. Sotto un primo profilo, l'attività pubblica nel suo complesso viene trasformata, sia nei modi che negli strumenti, mediante l'applicazione delle nuove tecnologie⁸. In sostanza, che si tratti della sicurezza o dei servizi pubblici, della realizzazione delle infrastrutture, della moneta, della difesa, della salute o del governo del territorio, si impone il ricorso a strumenti tecnologici e tale fenomeno richiede la ridefinizione delle regole di esercizio del potere pubblico e le relative modalità di controllo.

Sotto concorrente profilo, lo sviluppo tecnologico investe i rapporti economici e sociali in misura tale da rendere spesso inidonee e obsolete le regole vigenti. Di qui la necessità di una nuova regolazione pubblica volta ad aggiornare le discipline già esistenti, e a introdurre principi e regole che si adattino a tali nuovi fenomeni, come sta accadendo per i servizi digitali e per l'applicazione dell'intelligenza artificiale⁹.

Ebbene, data l'irrinunciabile esigenza di una transizione digitale dell'Amministrazione pubblica, essa è stata posta al centro degli investimenti connessi al Next generation Eu¹⁰. In riferimento al contesto italiano, nello specifico, il Piano nazionale di ripresa e resilienza¹¹ dedica una specifica Mis-

un impatto importante sull'essere umano stesso e sul suo modo di essere, oltre che sul suo ambiente di riferimento».

⁸ Sul fenomeno della digitalizzazione della pubblica amministrazione si vedano, *ex plurimis*, senza pretesa di esaustività, *Il diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale*, a cura di D.U. Galetta e R.C. Perin, Torino, Giappichelli, 2020; R. Cavallo Perin, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, in *Dir. amm.*, 2020, 305 ss.; *L'amministrazione pubblica con i big data: da Torino un dibattito sull'intelligenza artificiale*, a cura di R. Cavallo Perin, Torino, Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Torino, 2021; L. Torchia, *Lo Stato digitale. Una Introduzione*, cit., *passim*; A. Lalli, *L'Amministrazione pubblica nell'era digitale*, Torino, Giappichelli, 2022; A. Masucci, *Digitalizzazione dell'amministrazione e servizi pubblici "online". Lineamenti del disegno normativo*, in *Diritto pubblico*, n. 1/2019, 124.; E. Carloni, *Algoritmi su carta. Politiche di digitalizzazione e trasformazione digitale delle amministrazioni*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 363 ss.; F. Cardarelli, *Amministrazione digitale, trasparenza e principio di legalità*, in *Dir. Inf.*, 2015, 227 ss.

⁹ L. Torchia, *Lo Stato digitale*, cit., 19; dal punto di vista normativo, ci si riferisce al Progetto di regolamento in fase di approvazione da parte del Parlamento Europeo e del Consiglio, volto a stabilire regole armonizzate dell'intelligenza artificiale. Il testo della proposta formulata dalla Commissione (COM(2021) 206 final) è disponibile al seguente link: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=celex%3A52021PC0206>.

¹⁰ https://next-generation-eu.europa.eu/index_it

¹¹ Disponibile al seguente link: <https://www.governo.it/sites/governo.it/files/PNRR.pdf>. Per un inquadramento giuridico dello strumento si veda, *ex plurimis*, M. Clarich, *Il PNRR tra diritto europeo e nazionale: un tentativo di inquadramento giuridico*, luglio 2021, in *Corriere Giuridico*, 2021, 1025 ss.

sione (denominata M1C1 – «Digitalizzazione Innovazione e Sicurezza della PA», inserita nella Missione generale «Digitalizzazione, innovazione, competitività, cultura e turismo») alla quale sono dedicati circa dodici miliardi di Euro di investimenti. In tale ambito è in fase di sviluppo un'infrastruttura *cloud* nazionale, sulla quale migreranno i dati conservati dalle amministrazioni pubbliche aderenti (Polo strategico nazionale)¹², ma anche una Piattaforma nazionale digitale dati che renderà possibile l'interoperabilità dei sistemi informativi delle pubbliche amministrazioni e dei gestori dei servizi pubblici mediante l'accreditamento dei soggetti abilitati¹³.

Per essere all'altezza delle esigenze della collettività, il processo di transizione digitale dell'amministrazione deve inevitabilmente concretizzarsi nell'utilizzo da parte della stessa di sistemi di intelligenza artificiale, *software*, *data computing* e piattaforme *blockchain*. Nella maggior parte dei casi, le amministrazioni non hanno al loro interno le competenze necessarie per integrare questi strumenti nelle loro infrastrutture, il che le porta inevitabilmente a rivolgersi al mercato in *outsourcing*¹⁴.

Questa tendenza pone al centro del dibattito la dialettica tra settore pubblico e privato, tra amministrazione e grandi aziende specializzate nell'implementazione di soluzioni ad alta tecnologia. Queste ultime sono infatti chiamate a contribuire al perseguimento dell'interesse pubblico attraverso la fornitura di strumenti idonei a guidare la transizione digitale del settore pubblico. Secondo alcuni autori, esiste un vero e proprio rapporto di subordinazione del settore pubblico rispetto a quello privato¹⁵ che affonda le sue radici nell'incapacità delle amministrazioni pubbliche di formulare le proprie strategie di trasformazione digitale e di individuare gli strumenti

¹² G. Napolitano, *Il partenariato pubblico-privato per la realizzazione del Polo strategico nazionale* in *Giorn. dir. amm.*, 2021, 703-707. Per un'attenta disamina delle tecnologie cloud nel prisma della tutela della sicurezza nazionale si veda I. Di Pietro, *Il cloud e gli ulteriori servizi, beni, rapporti, attività e tecnologie rilevanti ai fini della sicurezza cibernetica*, in *Golden Power*, a cura di R. Chieppa, D. Ciro Piro e R. Tuccillo, Roma, La Tribuna, 2023, 333 ss.

¹³ A. Sandulli, *Pubblico e privato nelle infrastrutture digitali nazionali strategiche*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, 513. Per una puntuale disamina numerica dell'incremento degli investimenti pubblici nel settore ICT si veda il Report 1/2023 "La spesa ICT nella PA italiana 2022. Principali trend e percorsi in atto" disponibile al seguente link: https://www.agid.gov.it/sites/default/files/repository_files/26_07_rapporto_spesa_ict_2022.pdf

¹⁴ D.U. Galetta, *Transizione digitale e diritto ad una buona amministrazione*, cit., 109 nonché il contributo ivi citato Mary C. Lacity-Rudy Hirschheim, *Information systems outsourcing: Myths, Metaphors and Reliabilities*, John Wiley & Sons Ltd, England, 1993.

¹⁵ A. Natalini, *Come il passato influenza la digitalizzazione delle amministrazioni pubbliche*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, 95; A. Sandulli, *Pubblico e privato nelle infrastrutture digitali nazionali strategiche*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, 513.

la cybersicurezza nel prisma del diritto dei contratti pubblici

tecnologici necessari per attuarle. A questo va aggiunto che il mercato delle *Information and Communication Technologies* (c.d. ICT) è stato caratterizzato da una fortissima concentrazione ed è ora dominato da pochi attori multinazionali¹⁶. Queste circostanze, nella sostanza, pongono le pubbliche amministrazioni e le *big tech* internazionali in uno stato di reciproca interdipendenza. Da un lato, infatti, le grandi aziende basano una parte sempre più consistente del loro *business* sulle commesse istituzionali; dall'altro, lo si ripete, il processo di transizione digitale delle pubbliche amministrazioni sarebbe difficilmente realizzabile, se non impossibile, senza il contributo dei partner tecnologici privati¹⁷.

In tale contesto, laddove si va nella direzione di un modello *Government as a Platform*¹⁸ a fronte dei notevoli benefici che potranno essere generati in termini di crescita, deriverà altresì per le amministrazioni pubbliche (e per gli studiosi di diritto amministrativo) l'esigenza di ragionare su un quadro regolatorio resiliente, capace di adattarsi alla velocità dei mutamenti prodotti dalla transizione digitale¹⁹.

2. La cybersicurezza tra le nuove sfide per lo Stato: quali implicazioni per il diritto dei contratti pubblici? Delimitazione del campo d'indagine

Alla luce di quanto detto, deve osservarsi che le infrastrutture digitali costituiscono uno strumento essenziale tramite cui viene perseguito l'interesse pubblico e vengono tutelate situazioni giuridiche soggettive, in relazione al loro impiego nell'esercizio di funzioni amministrative e nella prestazione di servizi pubblici²⁰. Conseguentemente, risulta necessario proteggere le suddette infrastrutture da attacchi o da incidenti di natura cyber, proprio in ragione della loro strumentalità rispetto alla tutela dell'interesse pubblico nonché delle posizioni degli amministrati²¹.

¹⁶ Sull'argomento si veda L. Casini, *Lo Stato nell'era di Google*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 1125, dove l'Autore mette in evidenza i differenti aspetti dell'influenza delle big companies (in particolare del settore tech) sui sistemi democratici. Sul tema si veda anche, M.R. Ferrarese, *Poteri nuovi*, Bologna, Il Mulino, 2023.

¹⁷ Per una ricostruzione dei nuovi assetti ordinamentali in materia si veda O. Pollicino, *Potere digitale*, in *Enciclopedia del Diritto, ITematici*, V – 2023, 410 ss., ove l'Autore parla di “trasfigurazione” dei soggetti privati da attori economici a poteri in senso stretto.

¹⁸ B. Boschetti, *La transizione della pubblica amministrazione*, in *L'Amministrazione pubblica nell'era digitale*, cit. 5.

¹⁹ B. Boschetti, *La transizione della pubblica amministrazione*, cit., 42.

²⁰ S. Rossa, *Cybersicurezza e pubblica amministrazione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023, 27.

²¹ Come messo in evidenza in B. Carotti, *Sicurezza cibernetica e Stato nazione*, in *Giorn.*

Per cybersicurezza s'intende «l'insieme delle attività necessarie per proteggere la rete e i sistemi informativi, gli utenti di tali sistemi e altre persone interessate dalle minacce informatiche»²².

Il tema presenta considerevoli complessità. Si tratta di un ambito intimamente connesso con il galoppante progresso tecnologico che caratterizza i nostri tempi, circostanza che ha fatto sì che il diritto e le procedure di tutela abbiano spesso arrancato dinanzi alla velocità con cui i *vendors* offrono ai clienti (*i.e.* alle amministrazioni e a tutti i consociati in generale) soluzioni tecnologiche semplici e immediatamente utilizzabili²³. Il tema è stato posto al centro del dibattito dal legislatore europeo, il quale ha chiarito che «La digitalizzazione e la connettività stanno diventando caratteristiche fondamentali di un numero di prodotti e servizi in costante aumento, e con l'avvento dell'internet degli oggetti (Internet of Things – IoT) nel prossimo decennio dovrebbero essere disponibile in tutta l'Unione un numero estremamente elevato di dispositivi digitali connessi. Sebbene un numero crescente di dispositivi sia connesso a internet, la sicurezza e la resilienza non

dir. amm., 629, l'impostazione di una strategia Statale che tenga conto tanto della “protezione” delle infrastrutture interne, quanto del loro collocamento all'interno del contesto europeo è un tema intimamente connesso a quello dell'esercizio del *golden power*, su cui, non potendosi soffermare in questa sede, si vedano, tra tutti, A. Sandulli, *la febbre del golden power*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, 743; *I “poteri speciali” del Governo nei settori strategici*, a cura di G. della Cananea e L. Fiorentino, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020; G. Napolitano (a cura di), *Foreign Direct Investment Screening, il controllo sugli investimenti esteri diretti*, Bologna, il Mulino, 2019; G. Napolitano, *L'irresistibile ascesa del golden power e la rinascita dello Stato doganiere*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 5, 2019, 551; M. Clarich, *La disciplina del golden power in Italia e l'estensione dei poteri speciali alle reti 5g*, in G. Napolitano (a cura di), *Foreign Direct Investment Screening*, cit., 118. Per una lucida analisi sul rapporto tra esercizio dei poteri speciali nell'ambito della difesa e sicurezza nazionale si veda B. Valensise, *I settori della difesa e sicurezza nazionale*, in *Golden Power*, a cura di R. Chieppa, D. Ciro Piro e R. Tuccillo, Roma, La Tribuna, 2023, 47 ss. Per un focus sull'esercizio dei poteri speciali nel settore della cibersecurity si veda inoltre B.G. Mattarella, *I poteri speciali in materia di cibersecurity*, in *Golden Power*, cit., 373.

²² Art. 2, punto 1), reg. Ue n. 881/2019 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 aprile 2019 relativo all'ENISA, l'Agenzia dell'Unione europea per la cibersecurity, e alla certificazione della cibersecurity per le tecnologie dell'informazione e della comunicazione, e che abroga il reg. Ue n. 526/2013 («regolamento sulla cibersecurity»). Definizione poi ripresa dall'art. 1 del dl 82/2019, ai sensi del quale per cybersicurezza s'intende «l'insieme delle attività, (...), necessarie per proteggere dalle minacce informatiche reti, sistemi informativi, servizi informatici e comunicazioni elettroniche, assicurandone la disponibilità, la confidenzialità e l'integrità e garantendone la resilienza, anche ai fini della tutela della sicurezza nazionale e dell'interesse nazionale nello spazio cibernetico».

²³ B. Bruno, *Cybersecurity tra legislazioni, interessi nazionali e mercato: il complesso equilibrio tra velocità, competitività e diritti individuali*, in *federalismi*, n. 14/2020, 12.

la cybersicurezza nel prisma del diritto dei contratti pubblici

sono sufficientemente integrate nella progettazione, il che rende inadeguata la cibernsicurezza»²⁴.

Parlando di cybersicurezza ci sono alcuni concetti centrali utili a tratteggiarne i confini: “pervasività”, “vulnerabilità”, “sicurezza” e “resilienza”.

Come si è detto, nel processo di “transizione digitale” della pubblica Amministrazione progressivamente e in maniera sempre più capillare la tecnologia ha “pervaso” le infrastrutture pubbliche digitali. Ciò pone lo sviluppo e la crescita degli Stati in una irrimediabile condizione di dipendenza dalle soluzioni tecnologiche realizzate e fornite da soggetti privati. Tale fenomeno, del resto, sarà progressivamente sempre più percepibile, anche alla luce delle ingenti risorse destinate alla transazione digitale della pA dai Piani nazionali di ripresa e resilienza già richiamati.

Ebbene, a fronte dei profondi benefici che la transizione digitale delle infrastrutture pubbliche comporta, non può essere trascurato che ad una maggiore pervasività delle nuove tecnologie, corrisponde inevitabilmente una maggiore *vulnerabilità* delle medesime infrastrutture alle quali le soluzioni tecnologiche sono asservite.

In questa cornice generale è pertanto evidente che non sono a rischio solo gli individui e le aziende ma, più nel complesso, lo stesso bene comune della sicurezza nazionale può potenzialmente essere considerato in serio pericolo inducendo alcuni studiosi a considerare la sicurezza cibernetica nazionale come “bene pubblico”²⁵. Si pensi alle drammatiche conseguenze che potrebbero derivare dall’alterazione dei sistemi che regolano le grandi linee di trasporto, le reti energetiche, quelle di telecomunicazione o ancora il sistema sanitario, impattando in maniera significativa sulla sfera economica di un paese, colpendone duramente i suoi interessi nazionali o addirittura dalla manomissione dei moderni sistemi di comando e controllo militari di difesa e di sicurezza governativa²⁶.

²⁴ Considerando n. 2, reg. Ue 2019/881, ove si chiarisce altresì che «In tale contesto, l’uso limitato della certificazione fa sì che gli utenti individuali, nelle organizzazioni e nelle aziende dispongano di informazioni insufficienti sulle caratteristiche dei prodotti TIC, dei servizi TIC e dei processi TIC in termini di cibernsicurezza, il che mina la fiducia nelle soluzioni digitali. La rete e i sistemi informativi sono in grado di aiutarci in tutti gli aspetti della vita e danno impulso alla crescita economica dell’Unione. Sono fondamentali per il raggiungimento del mercato unico digitale».

²⁵ R. Brighi, P.G. Chiara, *La cybersecurity come bene pubblico: alcune riflessioni normative a partire dai recenti sviluppi nel diritto dell’Unione Europea, in federalismi*, n. 21/2021; M. Taddeo, *Is Cybersecurity a Public Good?*, in *Minds & Machine*, 2019, 9.

²⁶ Nel Rapporto 2023 sulla Sicurezza ICT in Italia dell’associazione CLUSIT si legge che «tra il 2018 e il primo semestre 2023, il campione ha incluso 1»185 attacchi noti di particolare gravità che hanno coinvolto realtà governative nel mondo. Dopo una crescita

Tale contesto ridonda significativamente sulla dialettica tra soggetti pubblici e privati: lo Stato investe nel settore dell'innovazione per stimolare lo sviluppo di nuove soluzioni tecnologiche (cfr., *ex multis*, PNRR e impresa 4.0); lo Stato a sua volta è il primo fruitore delle predette soluzioni (software, banche dati, sistemi di intelligenza artificiale, *cloud computing*), che inevitabilmente accompagnano l'amministrazione pubblica nel processo di transizione digitale; a loro volta, sia Stato che imprese private coinvolte nelle infrastrutture strategiche, partecipano attivamente all'attuazione della strategia di difesa cibernetica. Sul punto, nel documento recante la «Strategia Nazionale di Cybersicurezza», pubblicato dalla Presidenza del Consiglio italiana a maggio 2022²⁷, si legge che trasversale rispetto agli obiettivi della strategia è la partnership tra pubblico e privato, improntata «ad un approccio “whole-of-society”, che vede il settore pubblico agire sinergicamente con quello privato, il mondo accademico e della ricerca, i media, le famiglie e gli individui per rafforzare la resilienza cibernetica della nazione e della società nel suo insieme. Lo spazio cibernetico è, peraltro, costituito da prodotti e servizi ICT realizzati ovvero erogati principalmente da soggetti privati. Per tale ragione, la presente strategia non può prescindere da una piena collaborazione e costante consultazione pubblico-privato [...]».

In tale scenario, significative criticità derivano dalla forte asimmetria informativa che caratterizza il rapporto pubblico-privato, laddove le imprese che forniscono le soluzioni tecnologiche all'Amministrazione custodiscono un *know-how* altamente specializzato, nemmeno minimamente comparabile alla preparazione di base della gran parte dei soggetti pubblici che dovranno selezionare, acquistare e utilizzare quei beni. Ciò conferisce agli operatori economici privati, talvolta, la facoltà di condizionare negativamente il dovere/liberà di scelta del fornitore da parte della stazione appaltante²⁸. Più nello

particolarmente significativa fra il 2019 e il 2021, il numero di attacchi gravi è rimasto pressoché costante nel 2022, per risalire poi significativamente nel primo semestre 2023. Nell'arco dei cinque anni si è comunque passati dai 15,8 attacchi per mese del 2018 ai 21,5 del primo semestre 2023, con un incremento complessivo del 36%».

²⁷ <https://www.acn.gov.it/strategia/strategia-nazionale-cybersicurezza>.

²⁸ Per un'attenta ricostruzione del fenomeno dell'asimmetria informativa nell'ambito degli appalti per la fornitura di servizi ICT, anche con riferimenti agli studi in materia di economia politica sull'argomento, si veda S. Rossa, *Cybersicurezza e pubblica amministrazione*, cit., 51, ove l'Autore chiarisce che «si ha asimmetria informativa quando una parte ha più informazioni (aspetto quantitativo) o informazioni più utili (aspetto qualitativo) rispetto ad un'altra. In questo caso, il divario informativo che si crea è in grado di incidere sugli scambi di mercato a favore della parte maggiormente o meglio informata. Vi possono essere due ipotesi di asimmetrie informative, a seconda che si concretizzano prima o dopo la conclusione dell'accordo». Si segnala altresì la dottrina che ha trattato il tema dell'asimmetria informativa

la cybersicurezza nel prisma del diritto dei contratti pubblici

specifico, in relazione al mercato ICT una delle conseguenze tipiche dell'asimmetria informativa tra le stazioni appaltanti e le imprese private è il c.d. *lock-in*²⁹, che consiste «nel fenomeno per il quale un'Amministrazione non può cambiare facilmente fornitore alla scadenza di un contratto perché non sono disponibili informazioni essenziali sul sistema informatico in uso, che consentirebbero ad un altro fornitore di subentrare al precedente in modo efficiente»³⁰. Tale fenomeno, che tipicamente caratterizza il mercato degli appalti pubblici nel settore tecnologico, costituisce un effetto patologico della suddetta asimmetria informativa, in forza del quale può accadere che la stazione appaltante, dopo aver selezionato l'impresa fornitrice della soluzione tecnologica, debba incorrere in costi transattivi molto alti qualora decidesse di cambiare fornitore, trovandosi quindi “*locked-in*” in una condizione in cui le determinazioni precedentemente assunte impattano negativamente sulla naturale esecuzione della commessa pubblica.

Le descritte criticità di natura contrattuale devono essere peraltro temperate con la prioritaria esigenza dei soggetti pubblici di rifornirsi di soluzioni tecnologiche sicure e resilienti sotto il profilo cyber. Tale necessità implica che la descritta dialettica tra soggetti pubblici e privati sia arricchita da un'ulteriore spigolatura. Il principale derivato della sovranità, ossia la sicurezza pubblica³¹ nello spazio cyber impone un approccio strategico basato non solo sulla regolazione, ma anche sulla difesa degli interessi pubblici rilevanti attraverso un'interrelazione di soggetti preposti, nazionali e sovranazionali, pubblici e privati³².

in ambito economico tra cui J. Stiglitz, *Information and the Chance in the Paradigm of Economics*, Prize Lecture, 8 dicembre 2001; G.A. Akerlof, *Market Signaling. Informational transfer in hiring and related screening processes*, Harvard University Press, Cambridge, 1974.

²⁹ In argomento si vedano, *ex multis*, G. Carullo, *Principio di neutralità tecnologica e progettazione dei sistemi informatici nella pubblica amministrazione*, in *Cib. dir.*, 2020, 33 ss.; A. Licastro, *La riscoperta dell'abuso di dipendenza economica nell'era dei mercati digitali*, in *federalismi*, n. 13/2021, 118 ss.

³⁰ La definizione data nel testo è stata formulata dalla Commissione Europea nel documento *Contro il lock-in: costruire sistemi TIC aperti facendo un uso migliore degli standard negli appalti pubblici*, Com (2013) 455 final del 25 giugno 2013.

³¹ Sull'argomento vedi G. Corso, *L'ordine pubblico*, Bologna, Il Mulino, 1979; R. Ursi, *La sicurezza pubblica*, Bologna, Il Mulino, 2022.

³² I. Forgiato, *Il ruolo strategico dell'Agenzia Nazionale per la Cybersecurity nel contesto del sistema di sicurezza nazionale: organizzazione e funzioni, tra regolazione europea e interna*, cit., 1114. Sul punto si veda anche R. Ursi, *La sicurezza cibernetica come funzione pubblica*, in *La sicurezza nel cyberspazio*, a cura di R. Ursi, Franco Angeli, Milano, 2023, 17, ove l'autore sostiene che «se la difesa del “fortino” informatico si muove, sul piano oggettivo e soggettivo, lungo le linee della funzione di sicurezza nazionale e della difesa militare, l'attività di prevenzione, volta a garantire la resilienza del sistema informatico rispetto a potenziali minacce, rappresenta

Nella regolazione del processo di acquisizione di soluzioni tecnologiche da parte delle amministrazioni pubbliche s'impone, quindi, un approccio strategico e collaborativo tra soggetti pubblici e privati, tra istituzioni nazionali e sovranazionali³³. Obiettivo del presente contributo è quello di analizzare con la lente del diritto della contrattualistica pubblica l'evoluzione dei rapporti tra attori pubblici e imprese private che contribuiscono alla "transizione tecnologica" della pubblica Amministrazione, al fine di individuare gli strumenti necessari a perseguire il difficile bilanciamento tra i diversi interessi in gioco (sicurezza pubblica e protezione delle infrastrutture critiche, da un lato e tutela degli interessi delle imprese private, del principio di concorrenza e dell'accesso al mercato delle commesse pubbliche, dall'altro), valutando l'adeguatezza (o meno) del contesto giuridico di riferimento, ragionando sulle sue possibili ulteriori evoluzioni. In particolare nei successivi paragrafi, a seguito di una breve ricostruzione del contesto giuridico di riferimento, si focalizzerà l'attenzione sulla disciplina recentemente introdotta dal legislatore in materia di contratti pubblici (d.lgs. 18 marzo 2023, n. 36), prendendo in esame la formulazione dell'art. 108 del nuovo Codice che introduce il concetto di cybersicurezza tra i criteri di aggiudicazione, nonché le altre disposizioni speciali che impongano *de facto* requisiti di partecipazione alle gare volte all'approvvigionamento di soluzioni tecnologiche da parte delle amministrazioni pubbliche. Ciò al fine di tentare di ricostruire le "regole del gioco" con cui devono interfacciarsi gli operatori economici nella partecipazione alle gare descritte, evidenziando le maggiori criticità dello scenario attuale e ragionando su possibili evoluzioni *de iure condendo*.

3. La cybersicurezza nel sistema delle fonti. Cenni

La materia della cybersicurezza riflette in maniera emblematica l'assetto multilivello che caratterizza gli ordinamenti giuridici del nostro tempo³⁴.

una funzione nuova per la quale si individua un compito pubblico, nel quale regolazione e amministrazioni assumono connotati peculiari, e una architettura organizzativa, che si contraddistingue per un modello composito in cui convivono soggetti pubblici dotati di poteri autoritativi e forme di cooperazione con soggetti privati».

³³ L. Casini, *Lo Stato nell'era di Google*, Milano, Mondadori, 2020, 48, ove si cita Y.N. Harari, *21 lezioni per il XXI secolo*, trad. it., Milano, Bompiani, 2018, 184, secondo cui alle sfide poste dalle nuove tecnologie agli Stati non può esservi alcuna risposta squisitamente nazionalista in quanto, come nel caso del cambiamento climatico, «anche per la rivoluzione tecnologica lo Stato-nazione è semplicemente la cornice sbagliata nella quale inquadrare la minaccia».

³⁴ Sull'inquadramento del concetto di ordinamento multilivello si veda, *ex plurimis*,

la cybersicurezza nel prisma del diritto dei contratti pubblici

Nella definizione del quadro giuridico di riferimento³⁵, invero, la normativa europea ha avuto un ruolo trainante nell'identificazione dei profili nevralgici e per la promozione di un approccio unitario³⁶.

Inizialmente lo sforzo dell'Ue è stato quello di costituire un'Agenzia specifica per i temi della cybersicurezza, senza intervenire con normative o prescrizioni vincolanti per gli Stati membri. In particolare, nel 2004 il reg. Ce n. 460/2004³⁷ istituì l'Agenzia europea per la sicurezza delle reti e dell'informazione (ENISA). L'approccio del regolamento era assai rispettoso delle prerogative degli Stati membri³⁸ ed essenzialmente l'ENISA è stata configurata quale organo tecnico di assistenza alla Commissione europea e a ciascuno Stato. Solo nel 2019, con reg. Ue 2019/881 (c.d. *Cybersecurity Act*), l'ENISA ha assunto un ruolo più operativo sul quale ci si soffermerà *infra*.

Un primo inquadramento sotto il profilo regolatorio dell'architettura del sistema della sicurezza cibernetica a livello europeo è stato introdotto con la dir. Ue 2016/1148³⁹, c.d. direttiva NIS (i.e. “*network and information security*”), con la quale sono stati in particolare previsti i primi meccanismi di cooperazione strategica e operativa tra gli Stati membri, alcuni obblighi riguardanti le misure di sicurezza e le notifiche degli incidenti nei principali settori strategici a livello economico e sociale.

L'Italia ha recepito la direttiva con il d.lgs. n. 65/2018. Gran parte del

M. Cartabia, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali – il cammino della giurisprudenza costituzionale italiana dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, Incontro trilaterale tra le Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola – Santiago del Compostela 16-18 ottobre 2014 disponibile in https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/RI_Cartabia_santiago2014.pdf.

³⁵ Definito non a caso “alluvionale e multilivello” in R. Ursi, *La sicurezza cibernetica come funzione pubblica*, cit., 18.

³⁶ Per una ricostruzione del contesto giuridico di riferimento si vedano S. Rossa, *Cybersicurezza e pubblica amministrazione*, cit., 65 ss.; E. Buoso, *Potere amministrativo e sicurezza nazionale cibernetica*, Torino, Giappichelli, 2023, 87 ss.

³⁷ Reg. Ce 10 marzo 2004, n. 460/2004, del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce l'Agenzia europea per la sicurezza delle reti e dell'informazione.

³⁸ Cfr. art. 1, c. 3, del regolamento, che prevedeva: «Gli obiettivi e i compiti dell'Agenzia lasciano impregiudicate le competenze degli Stati membri per quanto riguarda la sicurezza delle reti e dell'informazione che esulano dall'ambito di applicazione del trattato CE, come quelle contemplate dai titoli V e VI del trattato sull'Unione europea, e comunque le attività nel settore della pubblica sicurezza, della difesa, della sicurezza dello Stato (compreso il benessere economico dello Stato laddove le questioni riguardano problemi attinenti alla sicurezza dello Stato) e le attività dello Stato nell'ambito del diritto penale».

³⁹ Dir. Ue 2016/1148 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 luglio 2016, recante misure per un livello comune elevato di sicurezza delle reti e dei sistemi informativi nell'Unione.

decreto è dedicato alla definizione di regole di coordinamento interno tra le amministrazioni, all'individuazione di procedure per la redazione futura di documenti quali la Strategia nazionale di sicurezza cibernetica, nonché alla istituzione di punti di contatto e di cooperazione tra le diverse autorità. L'impostazione è stata criticata da alcuni autori⁴⁰, essendo molto limitate le norme realmente di impatto sugli operatori del settore ICT.

Il 10 novembre 2022 il Parlamento Europeo ha approvato la Direttiva c.d. "Nis2"⁴¹ avente il precipuo fine di ampliare il campo di applicazione della precedente Direttiva c.d. "Nis" e preparare le aziende (sia pubbliche che private) alle sfide attuali e future della cybersicurezza. Nello specifico la direttiva Nis2 ha previsto: i) una sostanziale rideterminazione e ampliamento dell'ambito di applicazione delle norme in materia di sicurezza dei dati; ii) il potenziamento degli organi e delle attività di supervisione a livello comunitario, con l'obiettivo di migliorare la collaborazione per contrastare la minaccia informatica globale, grazie alla condivisione delle esperienze tra gli stati membri; iii) la razionalizzazione dei requisiti minimi di sicurezza e delle procedure di notifica obbligatoria degli incidenti informatici; iv) l'estensione dei concetti di gestione del rischio e di valutazione delle vulnerabilità a tutta la *supply chain*, coinvolgendo tutti o un maggior numero di stakeholder coinvolti.

Giova sottolineare che la direttiva Nis 2 distingue tra operatori di "servizi essenziali" e di "servizi importanti". Nella prima categoria rientrano anche le pubbliche Amministrazioni, che si affiancano ad operatori del settore energetico, sanitario, spaziale, bancario, dei trasporti, delle infrastrutture digitali, delle comunicazioni elettroniche e delle acque (cfr. art. 3, par. I). Tra i "servizi importanti", invece, si annoverano operatori di servizi postali e di corriere, di gestione dei rifiuti, del settore chimico, del settore agroalimentare, nonché degli altri servizi enucleati dagli allegati I e II della direttiva e non ricompresi nella categoria dei "servizi essenziali".

La direttiva ha il pregio di delineare (cfr. art. 7) il concetto di «strategia nazionale per la cibersicurezza», prevedendo che gli Stati membri debbano stabilire, tra l'altro, i) un quadro di *governance* per la realizzazione degli obiettivi e delle priorità (cfr. lett. b)); ii) un quadro di *governance* che chiarisca i ruoli e le responsabilità dei pertinenti portatori di interessi a livello nazionale (cfr. lett. c)); iii) l'individuazione delle misure volte a garantire la preparazione e la risposta agli incidenti e il successivo recupero dagli stessi, inclusa la collaborazione tra i settori pubblico e privato (cfr. lett. e)); iv) un elenco delle

⁴⁰ B. Bruno, *op. cit.*, 14.

⁴¹ Dir. Ue 2022/2555, entrata in vigore il 17 gennaio 2023.

la cybersicurezza nel prisma del diritto dei contratti pubblici

diverse autorità e dei diversi portatori di interessi coinvolti nell'attuazione della strategia nazionale per la cybersicurezza (cfr. lett. f)).

Rileva particolarmente ai presenti fini il secondo paragrafo dell'art. 7, ove è previsto che nell'ambito della strategia nazionale per la cybersicurezza, «gli Stati membri adottano in particolare misure strategiche riguardanti: a) la cybersicurezza nella catena di approvvigionamento dei prodotti e dei servizi TIC utilizzati da soggetti per la fornitura dei loro servizi; b) l'inclusione e la definizione di requisiti concernenti la cybersicurezza per i prodotti e i servizi TIC negli appalti pubblici, compresi i requisiti relativi alla certificazione della cybersicurezza, alla cifratura e l'utilizzo di prodotti di cybersicurezza open source».

In altri termini, del tutto opportunamente, la cybersicurezza diviene nel quadro europeo un parametro per l'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto soluzioni tecnologiche per la pubblica amministrazione. Come si vedrà *infra*, l'Italia non ha ancora recepito integralmente la direttiva NIS2, pur avendo inserito nel nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs. 31 marzo 2023, n. 23) specifici riferimenti alla sicurezza cibernetica.

All'art. 8 è inoltre previsto che ciascuno Stato membro istituisca una o più autorità competenti responsabili della cybersicurezza e dei compiti di vigilanza e sanzionatori regolati dal capo VII della direttiva.

Da ultimo, sempre per quel che rileva ai fini del presente contributo, deve essere evidenziato che la Direttiva prevede all'art. 24 che gli Stati membri possono imporre ai soggetti “essenziali” e “importanti” di utilizzare determinati prodotti ICT, servizi ICT e processi ICT, sviluppati dal soggetto “essenziale” o “importante” o acquistati da terze parti, che siano certificati nell'ambito dei sistemi europei di certificazione della cybersicurezza adottati a norma dell'articolo 49 del reg. Ue 2019/881. Inoltre, gli Stati membri incoraggiano i soggetti essenziali e importanti a utilizzare servizi fiduciari qualificati. In altre parole, è attribuita agli Stati membri la possibilità di predefinire a monte quali siano le caratteristiche essenziali delle soluzioni tecnologiche da utilizzare per lo svolgimento di determinate prestazioni afferenti ai settori più “sensibili” enucleati dalla direttiva e sopra citati.

I successivi articoli dal 31 al 36 inoltre, pur rinviando agli Stati membri per la disciplina di dettaglio, attribuiscono alle autorità competenti nazionali penetranti poteri di vigilanza, controllo e sanzionatori sia nei confronti dei soggetti “essenziali” che di quelli “importanti”.

Svolta tale doverosa ricostruzione della disciplina sovranazionale occorre a questo punto soffermarsi sulla disciplina di recepimento adottata a livello nazionale.

Dopo l'adozione del Cybersecurity Act (reg. Ue n. 881/2019) a livello

europeo, a livello nazionale è stato adottato il d.l. n. 105/2019 recante le «disposizioni urgenti in materia di perimetro di sicurezza nazionale cibernetica». Il decreto legge ha introdotto nel nostro ordinamento l'istituto del Perimetro di sicurezza nazionale cibernetica (PSNC)⁴² – pur non fornendone una definizione – rimandando ad un decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri modalità e criteri procedurali di individuazione di amministrazioni pubbliche, enti e operatori pubblici e privati, aventi una sede nel territorio nazionale, inclusi nel perimetro di sicurezza nazionale cibernetica e tenuti al rispetto delle misure e degli obblighi previsti dalla legge.

Effettivamente, in attuazione del richiamato decreto sono stati adottati tre decreti del presidente del Consiglio dei ministri e un decreto del Presidente della Repubblica⁴³.

Nello specifico con il d.P.C. 30 luglio 2020 sono state adottate le disposizioni relative all'individuazione dei soggetti aventi le caratteristiche per essere inclusi nel perimetro nazionale di sicurezza cibernetica. In particolare, ai sensi dell'art. 3 del citato d.P.C., ai fini dell'inclusione del perimetro deve farsi riferimento ai soggetti operanti nel settore governativo nonché «gli ulteriori soggetti, pubblici o privati, operanti nei seguenti settori di attività: a) interno; b) difesa; c) spazio e aerospazio; d) energia; e) telecomunicazioni;

⁴² Per una compiuta analisi dell'istituto si vedano, tra gli altri, B. Carotti, *Sicurezza cibernetica e Stato nazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 629; S. Mele, *Il perimetro di sicurezza nazionale cibernetica e il "nuovo" golden power*, in *Il diritto di internet nell'era digitale*, a cura di S. Previti e G. Cassano, Milano, Giuffrè, 186. A. Renzi, *La sicurezza cibernetica: lo stato dell'arte*, in *Giorn. dir. amm.*, 538.

⁴³ I) Decreto del presidente del Consiglio dei Ministri 30 luglio 2020, n. 131 Regolamento in materia di perimetro di sicurezza nazionale cibernetica, ai sensi dell'articolo 1, comma 2, del decreto-legge 21 settembre 2019, n. 105, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 novembre 2019, n. 133.

II) Decreto del Presidente della Repubblica 5 febbraio 2021, n. 54 «Regolamento recante attuazione dell'articolo 1, comma 6, del decreto-legge 21 settembre 2019, n. 105, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 novembre 2019, n. 133».

III) Decreto del presidente del Consiglio dei Ministri 14 aprile 2021, n. 81 «Regolamento in materia di notifiche degli incidenti aventi impatto su reti, sistemi informativi e servizi informatici di cui all'articolo 1, comma 2, lettera b), del decreto-legge 21 settembre 2019, n. 105, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 novembre 2019, n. 133, e di misure volte a garantire elevati livelli di sicurezza».

IV) D.l. 14 giugno 2021, n. 82 convertito nella legge 4 agosto 2021, n. 109, recante disposizioni urgenti in materia di cybersicurezza, definizione dell'architettura nazionale di cybersicurezza e istituzione dell'Agenzia per la cybersicurezza nazionale.

V) Decreto del presidente del Consiglio dei Ministri 15 giugno 2021, – Individuazione delle categorie di beni, sistemi e servizi ICT destinati ad essere impiegati nel perimetro di sicurezza nazionale cibernetica, in attuazione dell'articolo 1, comma 6, lettera a), del decreto-legge 21 settembre 2019, n. 105, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 novembre 2019, n. 133.

la cybersicurezza nel prisma del diritto dei contratti pubblici

f) economia e finanza; g) trasporti; h) servizi digitali; i) tecnologie critiche, di cui all'articolo 4, paragrafo 1, lettera b), del Regolamento (UE) 2019/452 (...) l) enti previdenziali/lavoro».

Appare evidente, quindi l'attenzione con cui il legislatore ha enucleato i predetti ambiti, dato l'alto livello di "pervasività" (vedi *supra*) tecnologica che li caratterizza. Si tratta di settori tutti intimamente connessi all'erogazione di servizi essenziali, allo svolgimento di attività di interesse generale, nonché alla protezione di interessi "sensibili".

Successivamente il legislatore italiano, con il d.P.C. 15 giugno 2021, dopo aver individuato le categorie dei "soggetti" da dover inserire nel Perimetro, ha enucleato le categorie di «beni, sistemi e servizi ICT» destinati ad essere impiegati nel perimetro di sicurezza nazionale cibernetica, quali ad esempio i) le componenti *hardware* e *software* che svolgono funzionalità e servizi di rete di telecomunicazione; ii) componenti *hardware* e *software* che svolgono funzionalità per la sicurezza di reti di telecomunicazioni e dei dati da esse trattati; iii) componenti *hardware* e *software* per acquisizione dati, monitoraggio, supervisione controllo attuazione e automazione di reti di telecomunicazione e sistemi industriali e infrastrutturali; v) applicativi *software* per l'implementazione di meccanismi di sicurezza.

Alla luce di ciò, successivamente, con separato atto amministrativo del presidente del Consiglio dei ministri non sottoposto a pubblicazione (bensì esclusiva comunicazione ai diretti interessati) sono stati individuati concretamente i soggetti rientranti nel perimetro. Tale atto amministrativo è sottratto all'accesso, in linea con la finalità di tutela della sicurezza nazionale sottesa alla creazione del Perimetro, rientrando quindi tale limitazione tra quelle previste dall'art. 24, l. n. 241/1990.

A questo punto, s'intendono brevemente esaminare gli oneri e le responsabilità di un soggetto inserito nel Perimetro, soffermandosi esclusivamente su quelli ritenuti utili nell'economia del presente contributo⁴⁴.

Una volta inserito nel perimetro, il soggetto, che, si ribadisce, può essere una PA o un operatore pubblico o privato con «una sede nel territorio nazionale» e dal quale dipende l'esercizio di una funzione essenziale dello Stato ovvero «la prestazione di un servizio essenziale per il mantenimento di attività civili, sociali o economiche fondamentali per gli interessi dello Stato», ha obblighi piuttosto stringenti.

⁴⁴ Sull'argomento vedi A. Renzi, *La sicurezza cibernetica: lo stato dell'arte*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, 546 ss.; S. Mele, *Il Perimetro di Sicurezza Nazionale Cibernetica e il nuovo "golden power"*. Dalla Compliance delle aziende e della pubblica amministrazione della sicurezza nazionale, in *Il diritto di internet nell'era digitale*, G. Cassano e S. Previti, Milano, Giuffrè, 2020, 186.

In primo luogo, è previsto l'obbligo di notificare eventuali incidenti aventi impatto su reti, sistemi informativi e servizi informatici al gruppo di intervento per la sicurezza informatica in caso di incidente (*Computer Security Incident Response Team – CSIRT*). La notifica deve perfezionarsi entro un termine variabile di un'ora o sei ore, in caso di incidenti aventi ad oggetto beni ICT rientranti nell'elenco di cui all'allegato A del d.P.C. 14 aprile 2021 n. 81. Nello specifico, la notifica dovrà avvenire entro sei ore dalla scoperta, nei casi di violazione o perdita di confidenzialità o integrità, accesso tramite *malware*, movimenti laterali o azioni di raccolta e esfiltrazione di dati. Tale finestra di tempo si riduce ad una sola ora dalla scoperta, nei casi di inibizione delle funzioni di risposta, compromissione dei processi di controllo, disservizio o violazione dei servizi, sistemi o dati.

Il termine per procedere con la notifica dell'incidente si estende a settantadue ore in caso di incidenti impattanti su beni diversi da quelli inclusi nell'elenco di beni ICT predisposto dal soggetto. Gli incidenti oggetto della notifica, consistono, tra gli altri, nell'accesso, esecuzione e installazione non autorizzati, movimenti laterali, esfiltrazione di informazioni e dati, ricognizione riferita ad attività di *spearphishing*, che vanno ad impattare su *asset* che si trovano al di fuori del Perimetro e per questo motivo ritenuti meno a rischio, ma che potrebbero avere un successivo effetto negativo sui beni ICT di *asset* appartenenti alla medesima *supply-chain*.

Giova sottolineare ai fini del presente scritto che qualora un soggetto inserito nel Perimetro intenda procedere all'affidamento appalti per la fornitura di beni, sistemi o servizi ICT destinati a essere impiegati sulle reti, sui sistemi informativi e per l'espletamento dei servizi informatici, deve darne comunicazione al Centro di valutazione e vetrificazione nazionale (CVCN), istituito presso l'Agenzia per la cybersicurezza Nazionale (ACN), che (come approfondirà *infra*) può imporre l'inserimento nei bandi di gara e nei contratti di clausole, anche sospensive o risolutive, volte al rispetto delle condizioni e dei test eventualmente disposti dal CVCN.

I soggetti inseriti nel Perimetro hanno altresì l'obbligo di predisporre l'elenco di beni ICT di rispettiva pertinenza, con l'indicazione delle reti, dei sistemi informativi e dei servizi informatici che li compongono (d.P.C. 30 luglio 2020 n. 131 «Regolamento in materia di Perimetro di sicurezza nazionale cibernetica»).

In tale contesto, con il d.l. n. 82/2021, il legislatore ha definito la *governance* nazionale del sistema di sicurezza cibernetica⁴⁵, che vede al suo vertice il Presidente del Consiglio dei ministri, a cui spetta la direzione e la re-

⁴⁵ I. Forgiione, cit., 1116.

la cybersicurezza nel prisma del diritto dei contratti pubblici

sponsabilità complessiva delle politiche di sicurezza cyber, inclusa l'adozione della strategia nazionale e la nomina dei vertici della nuova Agenzia per la cybersicurezza nazionale. Quest'ultima, è stata per l'appunto istituita in recepimento della direttiva NIS, con autonomia contabile, organizzativa e finanziaria, seguendo i tratti tipici delle agenzie amministrative, ove confluiscono funzioni tecniche e specialistiche con le esigenze di indirizzo e controllo politico connesse ad un così delicato settore⁴⁶. Essa, infatti, svolge funzioni di tipo tecnico, finalizzate alla tutela degli interessi nazionali nel campo della cybersicurezza. Tuttavia, le elevate competenze tecniche tipiche del settore e l'esigenza di garantire una certa indipendenza dal potere politico, in ragione delle possibili frizioni con la garanzia dei diritti e delle libertà fondamentali, hanno indotto il legislatore a riconoscere all'Agenzia «una più marcata autonomia rispetto ad altre agenzie», collocandola così «al di fuori del modello di agenzia creato dal d.lgs. n. 300/1999»⁴⁷.

In riferimento alle funzioni svolte dall'Agenzia, dev'essere evidenziato che ad essa sono principalmente attribuiti compiti attinenti la prevenzione e la tutela della sicurezza nazionale nel cyberspazio, l'ispezione, l'accertamento e l'irrogazione delle sanzioni prescritte in caso di violazione della normativa di settore⁴⁸, la gestione delle vulnerabilità informatiche e le attività di contrasto in caso di attacco. Nell'ambito di queste ultime attività, funzioni di grande rilevanza sono attribuite al CSIRT Italia, introdotto in sede di recepimento della direttiva NIS e incardinato, dapprima, presso il DIS e, oggi, trasferito presso l'Agenzia. Spetta al predetto gruppo di intervento, in particolare, monitorare periodicamente il verificarsi di attacchi e di incidenti a livello nazionale, ricevere le segnalazioni obbligatorie provenienti dagli operatori e le segnalazioni facoltative provenienti dagli altri soggetti, pubblici e

⁴⁶ Sulla figura dell'Agenzia vedi, *ex plurimis*, G. Arena, *Agenzia amministrativa*, in *Enc. Giur. Teccani*, Roma, 1999; C. Franchini, *L'organizzazione*, in *Trattato di diritto amministrativo*, I, a cura di S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2003, 297 ss.

⁴⁷ F. Serini, cit., 249 e il Dossier sulle «disposizioni urgenti in materia di cybersicurezza, definizione dell'architettura nazionale di cybersicurezza e istituzione dell'Agenzia per la cybersicurezza nazionale» del 23 luglio 2021, disponibile all'indirizzo <https://temi.camera.it/leg19/dossier/OCD18-15472/disposizioni-urgenti-materia-cybersicurezza-definizione-architettura-nazionale-cybersicurezza-e-istituzione-agenzia-cybersicurezza.html>.

⁴⁸ Nello specifico l'Agenzia nazionale è competente all'accertamento e all'irrogazione delle sanzioni amministrative previste dal d.lgs. n. 65/2018, in tema di sicurezza delle reti e dei sistemi informatici, dal reg. Ue n. 887/2021 e dal d.lgs. 3 agosto 2022, n. 123, in tema di sistema di certificazione della cybersicurezza, dal d.l. n. 105/2019, in tema di perimetro di sicurezza nazionale cibernetica, e dal d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259 (c.d. Codice delle comunicazioni elettroniche), in tema di protezione delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico.

privati, comunque interessati da una minaccia cyber, emettere preallarmi e allerte e offrire assistenza operativa in situazioni di crisi.

Ebbene, secondo alcuni autori⁴⁹, l'istituzione dell'autorità, che opera quale interlocutore unico per i soggetti ricompresi nel perimetro di sicurezza nazionale cibernetica, pare conferire maggiore compattezza ad un disegno normativo inizialmente frammentato e complesso, che risulta oggi improntato all'accentramento delle competenze e al coordinamento delle linee strategiche e delle azioni operative, nell'ottica della semplificazione delle procedure decisionali e dell'eliminazione delle sovrapposizioni funzionali preesistenti⁵⁰.

Svolta tale doverosa ricostruzione del sistema della sicurezza cibernetica nel nostro ordinamento, occorre ora passare alla disamina delle modalità di integrazione tra quest'ultimo e il paradigma dei contratti pubblici, al fine di mettere in luce le reciproche influenze dei due ambiti, specialmente alla luce del nuovo codice⁵¹. Come si avrà modo di notare, lo si anticipa, la disciplina sui contratti pubblici pecca di una sostanzialmente generalizzata mancanza di coordinamento con quella cybersicurezza sopra descritta, nonostante le procedure ad evidenza pubblica (intese in senso lato) siano il più utilizzato modello di approvvigionamento a disposizione delle p.a. per la fornitura delle soluzioni tecnologiche di cui necessitano.

4. La cybersicurezza come criterio di aggiudicazione: luci e ombre delle novità recate dal nuovo codice dei contratti pubblici

Come anticipato, data la pervasività e la centralità delle soluzioni tecnologiche offerte da operatori economici privati per affrontare il processo

⁴⁹ L. Previti, *Pubblici poteri e cybersicurezza: il lungo cammino verso un approccio collaborativo alla gestione del rischio informatico*, in *Federalismi*, n. 25/2022, 80.

⁵⁰ Come lucidamente messo in evidenza in M. Matassa, *La regolazione della cybersecurity in Italia*, in *La sicurezza nel cyberspazio*, a cura di R. Ursi, Franco Angeli, Milano, 2023, 36, «il disegno complessivo della nuova architettura vede operare le strutture specialistiche richiamate in sinergia con altre amministrazioni tradizionali a cui sono assegnate prerogative esclusive riconosciute al loro mandato istituzionale. In tale contesto, il comparto di intelligence (e in particolare il DIS) è chiamato a fornire all'ACN un quadro informativo utile a orientare progressivamente le misure volte a garantire la corretta implementazione del piano; il Ministero dell'interno svolge attività di prevenzione e contrasto ai crimini informatici in qualità di autorità nazionale di pubblica sicurezza e, infine, il Ministero della difesa svolge funzioni di coordinamento della politica militare, governance e capacità militari nell'ambiente cibernetico».

⁵¹ D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36.

la cybersicurezza nel prisma del diritto dei contratti pubblici

di transizione digitale della pubblica Amministrazione, il tema della sicurezza cibernetica delle infrastrutture digitali appare sempre più centrale. L'acquisizione delle predette soluzioni da parte delle amministrazioni passa inevitabilmente attraverso il modello dell'evidenza pubblica, salvo che si tratti di contratti – sui quali non ci si può soffermare in questa sede – secretati⁵² o banditi direttamente dall'agenzia per la cybersicurezza nazionale⁵³.

A tal proposito, è interessante notare che il legislatore italiano ha introdotto il concetto di cybersicurezza nel nuovo Codice dei Contratti Pubblici (d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36), laddove ogni riferimento alla sicurezza cibernetica era invece assente nella precedente versione del Codice recata dal d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50. Nello specifico, il riferimento alla cybersicurezza è stato inserito tra i criteri di aggiudicazione delle procedure di gara. Nello specifico, l'art. 108 (rubricato «*criteri di aggiudicazione degli appalti di lavori, servizi e forniture*») al comma 4 dispone che le stazioni appaltanti nella valutazione degli elementi tecnici delle offerte dei concorrenti⁵⁴ tengano sempre in considerazione gli elementi di cybersicurezza nell'approvvigionamento di beni e servizi informatici, in particolare quando l'impiego dei suddetti beni e servizi risulti essere «*connesso alla tutela degli interessi nazionali strategici*».

Il punto di caduta di una simile disposizione è costituito dal fatto che le stazioni appaltanti saranno tenute alla valorizzazione di tali aspetti, per individuare il miglior rapporto qualità/prezzo e garantire «un confronto concorrenziale effettivo sui profili tecnici», compresi gli «elementi di cybersicurezza», ponendo particolare attenzione nei casi in cui l'impiego dei beni o degli strumenti sia connesso alla tutela degli interessi nazionali strategici. Viepiù in questi casi, lo stesso legislatore ha stabilito che la stazione appaltante debba decretare un tetto massimo per il punteggio economico entro il limite del 10 per cento, con una conseguente preponderante valorizzazione della componente tecnica in sede di valutazione delle offerte (specialmente rispetto al modello recato dal precedente Codice, ove si prevedeva come regola generale, al comma 10-*bis* dell'art. 95, che la componente economica potesse pesare non più del trenta per cento⁵⁵), tale da comportare un minore

⁵² Disciplinati, tra l'altro, dall'art. 139 del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 e dall'art. 42 della legge 3 agosto 2007, n. 124. In dottrina si veda D. Sabatino, *Contratti della difesa e contratti segreti*, in *Trattato sui contratti pubblici*, a cura di M.A. Sandulli e R. De Nictolis, Milano, Giuffrè, 2019, IV, 923 ss.

⁵³ Disciplinati dal d.P.C. 1 settembre 2022, n. 166.

⁵⁴ Nei casi di applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

⁵⁵ Sull'inserimento di tale limite astratto, predeterminato e obbligatorio la dottrina aveva sin da subito sollevato dubbi di compatibilità europea, teoricamente estensibili anche alla nuova formulazione dell'art. 108. Sul punto si veda F. Cardarelli, *Criteri di aggiudicazione*,

impatto della componente di prezzo, la quale risulterebbe meno determinante a fronte di altri fattori correlati alla sicurezza cibernetica e digitale.

In riferimento all'ambito d'applicazione oggettivo della disposizione, appare ragionevole ritenere che essa non si applichi alle sole forniture aventi ad oggetto dispositivi volti ad assicurare la sicurezza cibernetica delle infrastrutture digitali pubbliche, bensì in generale a tutti gli appalti finalizzati all'approvvigionamento di beni e servizi informatici, purché consessi «alla tutela degli interessi nazionali strategici»⁵⁶.

La disposizione (introdotta in sede parlamentare, laddove la bozza predisposta dalla commissione speciale istituita presso il Consiglio di Stato non vi aveva fatto alcun riferimento)⁵⁷, pur avendo il pregio di introdurre (finalmente) il parametro della sicurezza cibernetica all'interno della disciplina sui contratti pubblici⁵⁸, presenta tuttavia diverse criticità.

In primo luogo, appare ragionevole domandarsi se sia corretto (e so-

in *Trattato sui Contratti Pubblici*, a cura di M.A. Sandulli e R. De Nictolis, Milano, Giuffrè, 2019, 564.

⁵⁶ Il concetto sconta una non indifferente genericità, tanto che già dalle prime applicazioni la centrale di Committenza Consip ha escluso la rilevanza strategica di alcune procedure, onde escludere l'applicabilità del comma 4 dell'art. 108 del nuovo Codice. In riferimento è alla «Procedura aperta per l'affidamento di accordi quadro aventi ad oggetto servizi applicativi in ottica cpud e servizi di demand e pmo per le pubbliche amministrazioni locali – ID 2610». Nello specifico, nelle premesse al Capitolato d'Oneri (5), pur trattandosi di una procedura per la fornitura a livello nazionali di servizi informatici, si chiarisce che «la presente iniziativa non trova applicazione la normativa in materia di cybersicurezza in quanto l'appalto ha ad oggetto servizi ICT non strettamente riconducibili a quelli individuati dal DPCM del 15 giugno 2021, pubblicato in data 19/08/2021. Le Amministrazioni contraenti non potranno avvalersi della presente iniziativa per l'affidamento di prestazioni ricadenti in contesti di impiego “connessi alla tutela degli interessi nazionali strategici”, ai sensi dell'art. 108, comma 4, del Codice».

⁵⁷ Appare ragionevole ritenere che l'integrazione sia frutto delle indicazioni fornite dall'autorità per la Cybersicurezza Nazionale in audizione parlamentare (documento disponibile al seguente link: <https://documenti.camera.it/leg19/documentiAcquisiti/COM08/Audizioni/leg19.com08.Audizioni.Memoria.PUBBLICO.ideGes.7977.15-06-2023-15-03-25.709.pdf>) secondo cui «in considerazione della complessità dell'ambito della cybersicurezza e del digitale più in generale, si potrebbe, altresì, ragionare sul criterio di aggiudicazione degli appalti quando si utilizza quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa. (...) appare di tutta importanza, quindi, che la stazione appaltante attribuisca un opportuno peso ai profili tecnico *qualitativi di sicurezza cibernetica rispetto ai profili economici*, non potendo rischiare che l'elemento prezzo sia decisivo, anche attraverso meccanismi di gara che riconoscano la necessaria attenzione che le stazioni appaltanti debbono avere per questi aspetti».

⁵⁸ Il nuovo Codice tratta il tema della sicurezza anche all'articolo 19, comma 5, ove si afferma che i soggetti che partecipano al ciclo di vita dei contratti digitalizzato «*adottano misure tecniche e organizzative a presidio della sicurezza informatica e della protezione dei dati personali*».

la cybersicurezza nel prisma del diritto dei contratti pubblici

prattutto esaustivo) attribuire al rispetto degli elementi di cybersicurezza la valenza di “mero” criterio premiale di aggiudicazione e non anche di requisito necessario per la partecipazione (su questo secondo profilo si veda *infra*). Il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa (ove s’innesta la disposizione in commento) è il risultato della valutazione di elementi quantitativi (prezzo, tempo di esecuzione...) o qualitativi (caratteristiche estetiche e funzionali, qualità, pregio tecnico...) inerenti alla natura e all’oggetto del contratto, scelti dalla stazione appaltante ed esplicitati nella *lex specialis* di gara, ai quali la stessa stazione appaltante assegna dei “pesi” che rappresentano l’utilità che riveste il singolo elemento rispetto al risultato complessivamente perseguito attraverso l’appalto⁵⁹.

In tale prospettiva, le stazioni appaltanti sono titolari di un certo margine di discrezionalità sia nella scelta degli elementi oggetto di valutazione sia nella determinazione della misura della loro importanza, spettando ad esse di stabilire i criteri e/o sub-criteri per la valutazione comparative delle offerte, così come i relativi punteggi o sub-punteggi, evidentemente entro i limiti di proporzionalità e ragionevolezza rispetto alla specificità dell’appalto⁶⁰.

Ebbene, i suddetti margini di discrezionalità appaiono particolarmente marcati nella disposizione in commento, ove si conferisce alle stazioni appaltanti la potestà di attribuire, nella valutazione degli elementi qualitativi delle offerte attinenti all’approvvigionamento di beni e servizi informatici – «specifico e peculiare rilievo» nella valorizzazione degli «elementi di cybersicurezza». La *ratio* della norma è evidentemente quella di premiare le imprese che siano *compliance* con le esigenze di cybersicurezza richieste nell’approvvigionamento delle soluzioni tecnologiche per la pubblica amministrazione e senza dubbio dev’essere vista con favore, estrinsecando una nuova sensibilità del legislatore su questi temi. Tuttavia, applicandosi la disposizione, come si è detto, ad appalti connessi «alla tutela degli interessi nazionali strategici» non si comprende perché non sia stato fatto alcun riferimento alla richiamata architettura del perimetro nazionale di sicurezza cibernetica, *ipso iure* applicabile a questa tipologia di affidamenti, e che sarebbe stato quindi opportuno richiamare. L’applicazione di quella disciplina, peraltro, come si vedrà meglio nel successivo paragrafo, eleva il rispetto degli *standards* di cybersicurezza da criterio di aggiudicazione a requisito di parte-

⁵⁹ Così F. Cardarelli, *Criteri di aggiudicazione*, in *Trattato sui Contratti Pubblici*, cit., 560; Linee Guida ANAC n. 2. Sulla tematica dell’Oepv alla luce del nuovo codice si veda M. Mirrione, *La selezione delle offerte*, in *Il nuovo corso dei contratti pubblici. Principi e regole in cerca di ordine*, a cura di S. Fantini e H. Simonetti, *Il Foro Italiano-Gli speciali*, 2023, 146 ss.

⁶⁰ Sul punto, *ex plurimis*, Cons. St., sez. V, 7 giugno 2021, n. 4301, ma anche F. Cardarelli, *Criteri di aggiudicazione*, in *Trattato sui Contratti Pubblici*, cit., 561.

cipazione. Ciò in quanto, l'aggiudicazione di contratti afferenti al perimetro può concernere pressoché esclusivamente servizi "certificati", laddove il rispetto degli elementi di cybersicurezza non costituisce una mera circostanza da "premiare" ma più precisamente una *conditio sine qua non* per prendere parte alla procedura. Circostanza, quest'ultima, obliterata dal nuovo Codice.

Del resto, lo stesso citato secondo paragrafo dell'art. 7 della direttiva Nis II, come si è visto, ha previsto che nell'ambito della strategia nazionale per la cybersicurezza, «gli Stati membri adottano in particolare misure strategiche riguardanti: a) la cybersicurezza nella catena di approvvigionamento dei prodotti e dei servizi TIC utilizzati da soggetti per la fornitura dei loro servizi; b) l'inclusione e la definizione di requisiti concernenti la cybersicurezza per i prodotti e i servizi TIC negli appalti pubblici, compresi i requisiti relativi alla certificazione della cybersicurezza, alla cifratura e l'utilizzo di prodotti di cybersicurezza open source».

Il mancato coordinamento tra l'articolo 108 e la richiamata normativa nazionale e sovranazionale in materia di cybersicurezza, rischia di generare dubbi e incertezze in sede applicativa, a discapito delle imprese che operano nei settori descritti.

Tali criticità, in aggiunta a quelle generate dal mancato coordinamento, appaiono viepiù accentuate se si considera l'elevato margine di discrezionalità che la disposizione conferisce alle stazioni appaltanti nella valorizzazione degli elementi qualitativi delle offerte tecniche negli appalti descritti. Pur rientrando tra le condivisibili prerogative del nuovo Codice quella di lasciare alle stazioni appaltanti maggiori margini di discrezionalità nell'affidamento dei contratti pubblici⁶¹, nel caso dell'art. 108, c. 4, si rischia di sconfinare in una sorta di arbitrio conferito alle stazioni appaltanti, mancando del tutto le coordinate per l'esercizio del potere discrezionale. Si fa genericamente riferimento ai concetti di "elementi di cybersicurezza" e alla loro "valorizzazione", prestandosi tuttavia tali concetti indeterminati a una miriade di differenti declinazioni. Delle due, invero, l'una: o s'intende riferirsi alle certificazioni e agli *standards* di cybersicurezza che devono essere posseduti e rispettati dalle soluzioni tecnologiche fornite alle p.a. alla luce del quadro normativo

⁶¹ Sul punto, tra gli altri, F. Cintioli, *Il principio del risultato nel nuovo Codice dei Contratti Pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it; L. Carbone, *La Scommessa del "Codice dei contratti pubblici" e il suo futuro*, in www.giustizia-amministrativa.it; S. Perongini, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza*, in *Dir. e soc.*, 2022, 551 ss.; M.R. Spasiano, *Principi e discrezionalità nel nuovo codice dei contratti pubblici: primi tentativi di parametrizzazione del sindacato*, in *federalismi.it*, 2023, n. 24, 222 ss., nonché con riguardo allo schema del codice si v. M.A. Sandulli, *Prime considerazioni sullo Schema del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Giustiziainsieme.it*, 21 dicembre 2022.

la cybersicurezza nel prisma del diritto dei contratti pubblici

di riferimento (vedi *supra*), ma in quel caso più che di elementi premiali da “valutare” dovrebbe più correttamente pararsi di requisiti da “accertare” ai fini della partecipazione alla gara; oppure, alternativamente, qualora s’intenda fare riferimento alla generica rispondenza delle soluzioni tecnologiche fornite con i generali canoni di sicurezza cibernetica, la disposizione appare eccessivamente vaga e rischia di conferire alle stazioni appaltanti il potere di valorizzare eccessivamente o in maniera sbilanciata tali profili.

Tale ultima criticità appare ancor più evidente se s’immagina l’inevitabilmente ridotta competenza dell’amministrazione con riferimento ai profili *cyber*, specialmente sotto il profilo tecnico. Davvero si fa fatica, quindi, a immaginare una corretta parametrizzazione *ex ante* dei criteri di attribuzione dei punteggi con riferimento a tali aspetti. Secondo alcuni autori un parametro ermeneutico può essere rappresentato dalla definizione di cybersicurezza desumibile dal decreto legge n. 82/2021, che fa riferimento all’«insieme delle attività (...) e gli obblighi derivanti da trattati internazionali, necessarie per proteggere dalle minacce informatiche reti, sistemi informativi, servizi informatici e comunicazioni elettroniche, assicurandone la disponibilità, la confidenzialità e l’integrità garantendone la resilienza, anche ai fini della tutela della sicurezza nazionale e dell’interesse nazionale dello spazio cibernetico»⁶². Il riferimento, in ogni caso, non chiarisce compiutamente quali possano essere gli “*elementi di cybersicurezza*” che secondo il legislatore andrebbero valorizzati in sede di attribuzione dei punteggi.

Nella sostanza, come anticipato da alcuni primi commentatori, la disposizione risulta “*insufficiente dal punto di vista contenutistico*”⁶³ tale da dover necessariamente essere integrata tenendo conto delle altre disposizioni rilevanti in materia, onde evitare che la discrezionalità delle stazioni appaltanti sconfini in mero esercizio arbitrario di poteri pubblici idoneo a ingenerare incertezza e potenziali disparità di trattamento tra operatori economici.

Di recente pubblicazione è il disegno di legge 16 febbraio 2024 non 1717 (c.d. «Ddl Cybersicurezza» approvato dal governo e ora all’esame delle competenti commissioni parlamentari), ove il legislatore ha tentato di fornire una prima risposta alle criticità descritte. In particolare, l’art. 10 prevede che con d.P.C. da adottarsi entro 120 giorni dall’entrata in vigore della legge, sentita l’Autorità per la cybersicurezza nazionale e il Comitato interministeriale per la cybersicurezza, debbano essere individuati gli «*elementi essenziali di cybersicurezza*» da tenere in considerazione nelle attività di approvvigio-

⁶² C. Catarisano, *Commento sub. Art. 108*, in *Codice dei contratti pubblici commentato*, a cura di L.R. Perfetti, 829.

⁶³ Così S. Rossa, *Cybersicurezza e pubblica amministrazione*, cit., 133.

namento di beni e servizi informatici impiegati in un contesto connesso alla tutela degli interessi nazionali strategici. La norma chiarisce inoltre che per elementi essenziali di cybersicurezza debbano intendersi «l'insieme di criteri e regole tecniche la conformità ai quali, da parte di beni e servizi informatici da acquisire, garantisce la confidenzialità, l'integrità e la disponibilità dei dati da trattare in misura corrispondente alle esigenze di tutela di cui al primo periodo». La definizione è evidentemente ancora insufficiente per fornire alle stazioni appaltanti indicazioni sufficientemente chiare, ma è auspicabile che il problema possa essere in parte superato con l'adozione del citato Decreto del Presidente del Consiglio.

In attesa dell'implementazione del contesto regolatorio vigente un possibile elemento di mitigazione dei rischi descritti appare con ogni evidenza costituito dall'art. 93, c. 2, del Codice, ove si precisa che «la commissione è composta da un numero dispari di componenti, in numero massimo di cinque, esperti nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto». La norma, pur avendo un carattere squisitamente programmatico, dovrebbe in linea teorica consentire la formazione di commissioni giudicatrici qualificate e in grado di interpretare con sufficiente puntualità le esigenze delle stazioni appaltanti e, per l'effetto, fare confluire quest'ultime nei criteri di attribuzione dei punteggi. La disposizione, peraltro, dev'essere letta anche alla luce dell'art. 62 del nuovo codice, ove vengono regolate l'aggregazione e la centralizzazione della committenza, istituti che perseguono il precipuo fine di garantire che gli appalti superiori ad una certa soglia di rilevanza vengano gestiti ed affidati solo da stazioni appaltanti "qualificate" ovvero da centrali di committenza (quali, tra le altre, Consip). Accorgimento normativo che persegue con ogni evidenza il fine di assicurare, negli appalti di una certa rilevanza, competenze il più possibile elevate nonché proporzionate al valore e alla strategicità delle commesse da affidare⁶⁴.

5. Il rispetto degli standard di cybersicurezza come sostanziale criterio di accesso al mercato

Come anticipato, pur se non espressamente indicato all'interno del codice dei Contratti Pubblici, il rispetto degli *standard* di sicurezza cibernetica costituisce in alcuni casi, *de facto*, un prerequisito di accesso alle gare e con-

⁶⁴ In argomento si veda G. Fonderico, *I soggetti: le stazioni appaltanti e gli operatori economici*, in *Il nuovo corso dei contratti pubblici. Principi e regole in cerca di ordine*, a cura di S. Fantini e H. Simonetti, Milano, La Tribuna, 77 ss.

la cybersicurezza nel prisma del diritto dei contratti pubblici

seguentemente al mercato delle commesse pubbliche in ambito ICT, specialmente se oggetto della fornitura sono soluzioni tecnologiche per le quali sia necessario il possesso di una determinata certificazione che ne attesti la *compliance* con i requisiti sanciti a livello europeo⁶⁵.

Il rispetto dei crismi imposti dalla normativa sulla cybersicurezza diventa un requisito di accesso alle gare (come si è visto, nell'esempio italiano comporta l'inserimento nel perimetro nazionale di sicurezza cibernetica), requisito che può essere dettagliato da autorità nazionali (CVCN) che hanno il potere anche di modificare e/o integrare i bandi di gara. L'insieme di tali elementi comporta un considerevole filtro di accesso al mercato dei contratti pubblici in ambito tecnologico, con significative conseguenze in termini concorrenziali che non possono essere ignorate.

Come accennato, il d.l. n. 105 del 2019 ha attribuito al Centro di valutazione e certificazione nazionale (CVCN), oggi istituito presso l'Agenzia per la cybersicurezza Nazionale, un ruolo piuttosto peculiare che attiene alla verifica sul *procurement* dei soggetti inseriti all'interno del Perimetro di sicurezza cibernetica ovvero delle centrali di committenza alle quali i medesimi fanno ricorso⁶⁶. Tali soggetti, invero, ai sensi dell'art. 1, comma 6, del d.l. n. 105/2019, qualora intendano procedere all'affidamento di forniture di sistemi e servizi ICT che siano destinati ad essere impiegati sulle reti, sistemi informativi e per l'espletamento dei servizi informatici inseriti nel Perimetro hanno l'obbligo di comunicare tale intenzione al CVCN, unitamente alla valutazione del rischio⁶⁷ associato all'oggetto della fornitura, anche in relazione all'ambito d'impiego. A decorrere dalla ricezione della comunicazione il CVCN ha un termine di sessanta giorni (prorogabile una sola volta) per effettuare le verifiche preliminari ed eventualmente imporre anche condizioni e test di hardware e software da compiere anche in collaborazione

⁶⁵ A tal proposito, come lucidamente osservato in S. Rossa, *Cybersicurezza e pubblica amministrazione*, cit., 160, «tanto l'imposizione di standards tecnici e di misure cyber-organizzative ad hoc, quanto l'obbligo di adottare un quadro comune minimo di certificazione cyber di beni, servizi o sistemi, potrebbero risultare effettivamente utili per prevenire situazioni in grado di condurre a rischi cyber. A ben guardare, però, i due menzionati obblighi permettono di conseguire l'obiettivo di rendere cyber-safe le reti e le infrastrutture digitali solamente nel brevissimo periodo, vale a dire fintanto che il livello tecnologico degli attaccanti sia pari a quello delle Istituzioni, alle cui specifiche tecniche le normative fanno riferimento. I... Il pericolo, dunque, è che nel momento in cui tali obblighi debbano essere attuati il contesto tecnologico di riferimento sia mutato tale da rendere tali imposizioni inefficaci (...)».

⁶⁶ Per un'attenta ricostruzione si veda S. Rossa, *Cybersicurezza e pubblica amministrazione*, cit., 155 ss.

⁶⁷ L. Previti, *op. cit.*, *passim*.

con i soggetti (pubblici o privati) che effettuano la comunicazione⁶⁸. Dopo lo svolgimento dei test il CVCN può determinarsi con un provvedimento di accoglimento (con o senza prescrizioni) ovvero di diniego (inibendo quindi lo svolgimento della procedura di gara con adeguata motivazione).

Ebbene, l'esercizio di tali poteri pone alcuni ordini di problemi.

In primo luogo, dalla lettura della normativa non si comprende se le verifiche del CVCN, che gode di amplissima discrezionalità tecnica⁶⁹, debbano essere svolte prima dello svolgimento della gara pubblica oppure dopo l'aggiudicazione. In linea teorica sarebbe più opportuno svolgere tali verifiche a monte. Tuttavia, la necessità che si effettuino test sulle tecnologie da installare implica che queste siano già state individuate anche se ciò mal si concilierebbe con il principio del buon andamento nonché con quello del risultato, dato che in caso di output negativi da parte del CVCN rispetto alla soluzione tecnologica individuata si rischierebbe di vanificare la procedura.

Del resto, lo stesso art. 1 del citato d.l. n. 105 prevede che nell'ipotesi in cui il CVCN necessiti test o verifiche sui software possano essere «integrati i bandi di gara e i relativi contratti con clausole che condizionano, sospensivamente o risolutivamente, il contratto al rispetto delle condizioni e all'esito favorevole dei test». Tale previsione come lucidamente osservato in dottrina⁷⁰, stride con i fondamentali principi europei e nazionali del *favor participationis*, trasparenza e *par condicio*, in forza dei quali difficilmente potrebbe ammettersi un'eterointegrazione della *lex specialis* in corso di gara, specie se rimessa a valutazioni amministrative svolte *ex post*. Emblematico in tal senso sarebbe il caso in cui il CVCN ritenesse necessario il possesso di alcuni requisiti tecnici non previsti dalla *lex specialis* di gara e in base alla quale gli operatori economici si erano vincolati a presentare offerta.

Per tali ragioni l'ipotesi più ragionevole parrebbe quella del coinvolgimento a monte del CVCN, con un'analisi attenda dei fabbisogni della pubblica amministrazione nonché del bando di gara e dell'ulteriore documentazione, al fine di stabilire con certezza e in maniera preventiva i requisiti di partecipazione alla gara pubblica onde evitare “sorprese” per gli operatori economici concorrenti. Requisiti che, peraltro, se ritenuti eccessivamente rigorosi o preclusivi della partecipazione da parte degli operatori economici potrebbero essere contestati dinanzi al giudice amministrativo.

Non secondario sotto questo profilo appare il tema dei costi da so-

⁶⁸ La disciplina di dettaglio relativa al meccanismo dei test di valutazione, nonché ai poteri di verifica e ispezione del CVCN è stata introdotta con il D.P.R. 5 febbraio 2021, n. 54.

⁶⁹ S. Rossa, *Cybersicurezza e pubblica amministrazione*, cit., 162.

⁷⁰ B. Bruno, *op. cit.*, 31.

la cybersicurezza nel prisma del diritto dei contratti pubblici

stenere per i test eventualmente prescritti dal CVCN che, ai sensi dell'art. 9 del richiamato d.P.R. 5 febbraio 2021, n. 54 sono interamente a carico del fornitore. Tali costi, com'è evidente, possono essere davvero considerevoli ed essendo incerti non si comprende come possano essere preventivamente quantificati dall'operatore economico in sede di formulazione dell'offerta. Tale aspetto comporta, in sostanza, almeno due criticità: i) in primo luogo si rischia di violare il principio di immodificabilità dell'offerta, laddove si consentisse all'operatore economico di modificare la propria proposta economica nel corso della gara; ii) sotto concorrente profilo, laddove non si consentisse tale modifica si rischierebbe di erodere completamente l'utile preventivato dall'operatore economico così da alterare irrimediabilmente il sinallagma contrattuale⁷¹.

La barriera posta all'ingresso del mercato dei contratti pubblici dagli elevati *standards* tecnici richiesti comporta, peraltro, significativi problemi dal punto di vista concorrenziale. Ciò in quanto, com'è evidente, l'inserimento (o meno) nel Perimetro Nazionale può comportare la sopravvivenza (o meno) di un'impresa che opera nel settore dei servizi informatici data la rilevanza economica delle commesse pubbliche.

A questo proposito, deve essere evidenziato che il considerando 74 della dir. 2014/24/UE sugli appalti pubblici dispone che «le specifiche tecniche fissate dai committenti pubblici devono permettere l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nonché il conseguimento degli obiettivi di sostenibilità. A tal fine dovrebbe essere possibile presentare offerte che riflettono la varietà delle soluzioni tecniche, delle norme e delle specifiche tecniche prevalenti sul mercato, tra cui quelle definite sulla base dei criteri in materia di prestazione legati al ciclo di vita e alla sostenibilità del processo di produzione di lavori, forniture e servizi. (...) Di conseguenza, le specifiche tecniche dovrebbero essere redatte in modo da evitare di restringere artificialmente la concorrenza mediante requisiti che favoriscono uno specifico operatore economico in quanto rispecchiano le principali caratteristiche delle forniture, dei servizi o dei lavori da esso abitualmente offerti». Nello

⁷¹ Emblematica in tal senso è la risposta al quesito n. 38 rilasciata dal Consip in occasione della gara per l'affidamento della fornitura di tecnologie server e dei servizi connessi ed opzionali per le pubbliche Amministrazioni (4 Edizione – ID 2383) secondo cui «Nel caso di attivazione di verifiche preliminari e/o di imposizione di condizioni e test hardware e software sulle forniture oggetto della presente convenzione, di cui alla legge n. 133/2019, così come indicato al comma 10 dell'art 3 dello schema di convenzione richiamato, avendo le stesse carattere sospensive o risolutive dell'ordinativo di fornitura, qualora il fornitore venisse coinvolto nello svolgimento di suddette attività, i relativi costi devono essere considerati a carico del fornitore stesso limitatamente agli ambiti di specifica competenza».

stesso senso, l'art. 42, par. 2, della direttiva dispone espressamente che «le specifiche tecniche consentono pari accesso degli operatori economici alla procedura di aggiudicazione e non comportano la creazione di ostacoli ingiustificati all'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza».

In ragione di ciò, è assolutamente essenziale che le amministrazioni pubbliche, di concerto con il CVCN, nel dare concreta applicazione alle disposizioni europee che identificano i requisiti di accesso al perimetro nazionale, non corrano il rischio di alterare artificiosamente il gioco concorrenziale mercato dei servizi ICT ponendo barriere all'ingresso difficilmente valicabili. Il tutto, peraltro, sconta una scarsa razionalità dell'intero quadro giuridico di riferimento, che non consente agli operatori economici di valutare con certezza, ex ante, quali *standards* sono tenuti a rispettare e quali certificazioni possedere per essere sicuri di accedere al mercato delle commesse pubbliche nel settore *de quo*.

Ebbene, aldilà della portata letterale delle disposizioni che, come si è visto, potrebbe comportare difficoltà di non poco momento in fase applicativa, è fondamentale che gli oneri posti in capo agli operatori economici, oltre ad essere predeterminabili, siano rispettosi del principio di proporzionalità⁷², senza rischiare di comportare un'eterogeneità dei fini. A tal proposito sarà determinante il ruolo giocato dall'autorità nazionale per la cybersicurezza che dovrà vigilare sulla concreta applicazione dell'apparato normativo di riferimento, applicare le sanzioni in caso di violazioni e, ove necessario, partecipare all'implementazione del contesto regolatorio di concerto con la presidenza del Consiglio dei ministri. In tale contesto, dovrà continuare ad essere compiuto il difficile bilanciamento tra l'interesse alla sicurezza e alla "resilienza" delle infrastrutture tecnologiche della pubblica Amministrazione, da un lato, e quello della libertà dell'iniziativa economica privata nonché della libera concorrenza, dall'altro.

6. Primi spunti conclusivi

Alla luce dell'analisi svolta siano consentiti alcuni primi spunti di riflessione.

Nel delineato contesto di rapida evoluzione, ove mutano gli attori e gli interessi in gioco, appare determinante ragionare sul possibile riassetto

⁷² Sull'applicazione del principio di proporzionalità vedi D.U. Galetta, *Il principio di proporzionalità*, in M.A. Sandulli, *Codice dell'Azione Amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2017, 149 ss.

la cybersicurezza nel prisma del diritto dei contratti pubblici

della disciplina di riferimento nonché su una maggiore valorizzazione della cooperazione tra soggetti pubblici e privati.

Come si è visto, la dialettica tra soggetti pubblici e privati è quanto mai peculiare nel settore oggetto della presente analisi: lo Stato investe nell'innovazione per stimolare lo sviluppo di nuove soluzioni tecnologiche arrivando ad essere considerato come esso stesso come soggetto “innovatore”⁷³; lo Stato a sua volta è il primo fruitore delle predette soluzioni, che inevitabilmente accompagnano l'Amministrazione pubblica nel processo di transizione digitale; a loro volta, sia soggetti pubblici che privati coinvolti nell'innovazione digitale delle infrastrutture pubbliche partecipano attivamente all'attuazione della strategia di difesa cibernetica.

In tale scenario la disciplina sull'affidamento delle commesse pubbliche (*i.e.* delle le regole del gioco) dev'essere chiara e garantire la conoscibilità *ex ante* delle condizioni di accesso al mercato. Solo così, invero, può essere garantito il corretto espletamento del processo di transizione digitale in atto, consentendo alle imprese private di avvicinarsi al mercato dei contratti pubblici avendo piena contezza dei requisiti necessari per la partecipazione alle gare, nonché del “se” e “in che modo” gli elementi attinenti al profilo della cybersicurezza verranno considerati in sede di valutazione dell'offerta. Del resto, come noto, una condizione di incertezza del diritto non può che impattare negativamente sulla crescita di un Paese, sull'andamento del mercato⁷⁴ nonché, in questo caso, sul fenomeno di transizione digitale delle amministrazioni pubbliche.

⁷³ M. Mazzuccato, *Lo Stato innovatore. Sfatare il mito del pubblico contro il privato*, Bari, 2014.

⁷⁴ Sul tema, fra tutti, si veda M.A. Sandulli, *Il ruolo dei principi nel diritto amministrativo. Introduzione a Principi e regole dell'azione amministrativa – Quarta edizione 2023*, in www.giustiziainsieme.it ove l'autore chiarisce lucidamente che «In uno Stato costituzionale di diritto, il potere di interferire in modo autoritativo nella sfera giuridica altrui deve essere evidentemente definito e delimitato da un contesto normativo chiaro e certo (principio di certezza del diritto, declinato nel principio di legalità), ovvero da regole giuridiche previe, generali e astratte, più o meno stringenti (cui corrisponde la graduazione del potere amministrativo da vincolato a discrezionale (su cui si veda l'apposito contributo subito *infra*), di natura sostanziale (fissazione di obiettivi per rispondere a specifiche finalità di interesse pubblico) e procedimentale (competenza, modalità e tempistiche di azione, effetti, ecc.), che assicurino l'imparzialità dell'azione pubblica ...) e il miglior bilanciamento dei diversi interessi (pubblici e privati) coinvolti (principio di buona amministrazione...). Il rispetto di queste regole deve essere peraltro garantito attraverso appositi sistemi di controllo (interno ed esterno) e, soprattutto, attraverso adeguate modalità di tutela giurisdizionale (principio di effettività della tutela), che, tendenzialmente, giustificano un apposito sistema di giustizia amministrativa (che può o meno prevedere l'istituzione di un apparato giurisdizionale diverso e autonomo da quello ordinario)». In argomento si veda anche F. Zaccaria, *La perdita della certezza*

Sotto concorrente profilo, si concorda con chi ritiene che il fenomeno della cybersicurezza delle infrastrutture pubbliche digitali debba essere altresì ispirato ad un rapporto “collaborativo-orientato” tra soggetti pubblici e privati,⁷⁵ nel quale deve innestarsi un profondo processo di formazione e sensibilizzazione dei pubblici funzionari in materia, nonché un coinvolgimento dei privati nell’affinamento della regolazione (magari attraverso un dialogo sul modello del *notice and comment* con l’Autorità per la cybersicurezza Nazionale). Ciò consentirebbe di attenuare le criticità derivanti dall’asimmetria informativa e dal fenomeno del c.d. *lock-in*, liberando le Amministrazioni pubbliche dallo stato di costante subordinazione nei confronti delle grandi imprese fornitrici di soluzioni tecnologiche, consentendo per l’effetto alle stesse stazioni appaltanti di orientare strategicamente le proprie esigenze di acquisto e di prefissare con maggiore cognizione di causa tanto i requisiti d’accesso quanto i criteri premiali.

In tale contesto, riprendendo gli spunti anticipati in apertura, il ruolo dello Stato è quindi in fase di evoluzione. La sfera pubblica e quella privata si trovano a condividere la medesima sfida di contrasto alle minacce cyber, seppur da angolazioni differenti. Non ha quindi più senso pensare l’esperienza giuridica all’interno della contrapposizione tra pubblico e privato ed è necessario piuttosto sostituire ad esso un nuovo paradigma, caratterizzato da «interscambiabilità dei ruoli, modificazione dei rapporti, commercio delle regole e dei principi ordinatori»⁷⁶. Il panorama attuale, in conclusione, impone una ridefinizione delle priorità ed è richiesto un ruolo dello Stato

del diritto: riflessi sugli equilibri dell’economia e della finanza pubblica, Pavia, 2003; C. Mirabelli, *Il rischio da diritto. Il costo dell’incertezza ed alcune possibili economie*, in *La certezza del diritto – Un valore da ritrovare – Atti del convegno*, Firenze, 2-3 ottobre 1992, Milano, 1994, 39.

⁷⁵ S. Rossa, *Cybersicurezza e pubblica amministrazione*, cit., 221. Nello stesso senso, nel documento recante la “Strategia Nazionale di Cybersicurezza”, pubblicato dalla Presidenza del Consiglio italiana a maggio 2022, si legge che trasversale rispetto agli obiettivi della strategia è la partnership tra pubblico e privato, improntata «ad un approccio “whole-of-society”, che vede il settore pubblico agire sinergicamente con quello privato, il mondo accademico e della ricerca, i media, le famiglie e gli individui per rafforzare la resilienza cibernetica della nazione e della società nel suo insieme. Lo spazio cibernetico è, peraltro, costituito da prodotti e servizi ICT realizzati ovvero erogati principalmente da soggetti privati. Per tale ragione, la presente strategia non può prescindere da una piena collaborazione e costante consultazione pubblico-privato, (...)». Sul punto anche L. Previtì, *La collaborazione pubblico-privato nel sistema multilivello di sicurezza cibernetica*, in *La sicurezza nel cyberspazio*, a cura di R. Ursi, Franco Angeli, Milano, 2023, 157, ove l’autore prende in esame l’attuale contesto giuridico nazionale mettendo in luce tutti i suoi limiti rispetto ad una effettiva dinamica collaborativa tra soggetti pubblici e privati.

⁷⁶ S. Cassese, *L’Arena Pubblica. Nuovi Paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, 601.

la cybersicurezza nel prisma del diritto dei contratti pubblici

maggiormente lungimirante, in grado di delineare strategie nazionali finalizzate alla difesa cibernetica nonché di rafforzare le regole dell'evidenza pubblica per l'approvvigionamento di tecnologie, con lo scopo di rafforzare la resilienza organizzativa nei diversi ambiti, il tutto con una sempre più fitta cooperazione tra settore pubblico e privato.

Abstract

In recent years, technology has pervaded the public sphere and a significant portion of the administration's activities, as well as the delivery of most public services, are managed through software, artificial intelligence systems and cloud databases. These technological solutions are provided, following public tender procedures, by private economic operators. The purpose of this contribution is to analyze, through the lens of Public Procurement Code, the evolution of the relationships between public actors and private companies that contribute to the "technological transition" of the public administration. The purpose consist in identifying the tools necessary to achieve the difficult balance between the different interests at stake (public security and protection of critical infrastructures, on the one hand, and protection of the interests of private companies, competition and market access, on the other), assessing the adequacy of the current legal framework in this sense and providing with possible further evolutions.

ARTICOLI

ALBERICA AQUILI

INNOVAZIONE E SOSTENIBILITÀ NEL SETTORE ENERGETICO: NUOVE FORME PARTENARIALI E CONTRATTUALI PER LE COMUNITÀ ENERGETICHE

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le comunità energetiche in Italia. – 3. Stato, Regioni, Comuni e lo sviluppo delle CER. – 4. Contratti pubblici e comunità energetiche. – 5. Conclusioni

1. Introduzione

L'urgenza della transizione ecologica si manifesta sempre più chiaramente nel contesto economico-sociale attuale. Secondo i dati dell'*Earth Overshoot Day*, ogni anno l'attività umana accelera il consumo della biocapacità del pianeta. Diventa, così, imperativo invertire la rotta e adottare un modello di sviluppo sinergico a tutela dell'ambiente. In questo contesto, la produzione e il consumo di energia rivestono un'importanza strategica, poiché il modello energetico basato sulle fonti fossili rappresenta una delle principali fonti di emissioni di gas serra. Secondo l'Agenzia europea dell'ambiente, l'utilizzo di energia fossile è responsabile del 77,1 per cento delle emissioni di gas serra¹ e richiede un decisivo impegno per contrastare i cambiamenti climatici. Le attuali dinamiche geopolitiche internazionali, unite alla crisi delle crescenti spese energetiche, evidenziano ancor più la necessità di perseguire gli obiettivi di decarbonizzazione in modo economicamente sostenibile.

Vista l'importanza cruciale della questione energetica, le politiche europee più recenti hanno delineato ambiziosi obiettivi per lo sviluppo delle energie rinnovabili, al fine di assicurare un accesso alle fonti energetiche pulite per ridurre l'impatto ambientale e mitigare gli improvvisi aumenti di prezzo nel mercato per le famiglie e le imprese, contribuendo al contem-

¹ *Emissioni di gas serra nell'UE per paese e settore*, in sito web del Parlamento europeo, 2023. «www.europarl.europa.eu/news/it/headlines/society/20180301STO98928/emissioni-di-gas-serra-per-paese-e-settore-infografica»

po a ridurre la dipendenza dell'Ue dalle forniture estere². Con la direttiva 2018/2001/Ue, nota come Red II, sono state introdotte le comunità di energia rinnovabile (CER), che risultano essere una soluzione efficace per il raggiungimento degli obiettivi europei. Il modello delle comunità energetiche rappresenta l'immagine di organizzazioni giuridiche comunitarie, improntate al potere diffuso e all'inclusione attraverso la condivisione di valori e obiettivi comuni. Nelle CER gli impianti di produzione energetica da fonti rinnovabili sono messi a disposizione dell'intera comunità, consentendo la fruizione dei benefici ambientali, economici e sociali legati alla produzione di energia pulita. La comunità energetica rinnovabile differisce, pertanto, dalla nazionalizzazione, attuata negli anni sessanta, e dalla privatizzazione, iniziata negli anni Novanta, del mercato energetico, divenendo così un modello che per le sue peculiarità si distacca dalle logiche di proprietà pubblica e privata in precedenza adottate. Contrariamente al modello dominante basato sulla produzione energetica da parte delle *utility* e sugli scambi di mercato, la comunità energetica pone l'accento sul valore d'uso dell'energia, anziché sul suo scambio, essendo il profitto un elemento secondario³. Il modello delle comunità energetiche si caratterizza per l'obiettivo primario di realizzare una partecipazione effettiva dei consumatori nel mercato della produzione elettrica, proponendosi come un elemento significativo per ampliare un sistema energetico basato su fonti rinnovabili, massima efficienza energetica ed accesso all'energia a costi ottimizzati⁴.

Con le CER si realizza, quindi, un mercato energetico diffuso e non accentrato con riserve di attività della filiera energetica a determinati operatori del mercato. Le CER ammettono la partecipazione di soggetti pubblici e privati quali imprese, cittadini, organizzazioni no profit e consumatori vulnerabili, per la produzione, il consumo, la gestione locale dell'energia e il perseguimento di obiettivi condivisi vantaggiosi per i membri della CER stessa ed il territorio in cui sorge. Le autorità locali giocano un ruolo fondamentale, difatti, in attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale, possono facilitare lo sviluppo delle CER accrescendo la consapevolezza territoriale attraverso la sensibilizzazione del pubblico per favorire la cittadinanza attiva e l'imprenditorialità locale in campo energetico⁵.

² A. Persico, *Le comunità energetiche e il ruolo sussidiario delle pubbliche amministrazioni territoriali*, in *Riv. giur. amb.*, 2022, n. 2, 11.

³ A. Persico, *Le comunità energetiche*, cit., 16

⁴ C. Iaione, *Le Comunità energetiche, la risposta locale agli stravolgimenti generati dalla globalizzazione*, in *Labsus*, 2022. «www.labsus.org/2022/10/le-comunita-energetiche-la-risposta-locale-agli-stravolgimenti-generati-dalla-globalizzazione»

⁵ A. Persico, *Le comunità energetiche*, cit., 16

Ciò premesso, nelle pagine successive si analizza il concetto giuridico di comunità energetica rinnovabile e il suo recepimento in Italia, il ruolo assunto dalle Regioni e dai Comuni nello sviluppo delle comunità energetiche, quali pubbliche amministrazioni chiamate a realizzare un ecosistema territoriale innovativo e sostenibile. Il contributo ha inoltre l'ambizione di presentare i contratti pubblici che gli enti locali possono adottare per l'implementazione delle stesse e per innescare dei processi innovativi di contrattualistica pubblica nel settore energetico. La disamina porta così a riflettere sull'inquadramento delle CER nel mercato energetico italiano, sul ripensamento della struttura del mercato stesso e del connesso servizio energetico pubblico locale.

2. Le comunità energetiche in Italia

L'Unione europea (UE), a seguito della ratifica dell'Accordo di Parigi del 2015⁶, ha pianificato, attraverso l'*European Green Deal*, di ridurre il 55 per cento delle emissioni CO₂ entro il 2030 e raggiungere un'economia e una società ad impatto climatico zero entro il 2050⁷. Il piano punta, difatti, a trasformare l'Europa in un continente più sostenibile, riducendo le emissioni di gas serra, promuovendo l'uso delle energie rinnovabili, migliorando l'efficienza energetica e favorendo la transizione verso un'economia circolare. In linea con questi obiettivi, l'UE ha promosso l'uso delle energie rinnovabili

⁶ L'Accordo di Parigi è un trattato internazionale stipulato nel 2015 nell'ambito della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici (UNFCCC). L'obiettivo principale dell'accordo è affrontare il cambiamento climatico, attraverso la cooperazione a livello globale, evitando l'aumento della temperatura media globale al di sotto di 2 gradi celsius rispetto ai livelli preindustriali e riducendo le emissioni di gas serra del 40 per cento entro il 2030. A. Aquili, *Comunità energetiche: l'evoluzione del quadro regolatorio europeo e italiano*, in *Dir. soc.*, 2022, 802.

⁷ Con la pubblicazione, a fine 2019, della comunicazione della Commissione "Communication on the European Green Deal" (COM (2019)640), l'Unione europea ha riformulato l'impegno ad affrontare i problemi legati al clima e all'ambiente, prevedendo un Piano d'azione finalizzato a trasformare l'UE in un'economia competitiva e contestualmente efficiente sotto il profilo delle risorse, affinché nel 2050 non generi più emissioni nette di gas a effetto serra. Uno dei punti cardine del Piano è consistito nella presentazione di una proposta di legge europea sul clima, divenuta il regolamento 2021/1119/Ue. Il regolamento ha formalmente sancito l'obiettivo della neutralità climatica entro il 2050 e l'obbligo di ridurre le emissioni di gas a effetto serra di almeno il 55 per cento, rispetto ai livelli del 1990, entro il 2030. *Governance europea e nazionale su energia e clima*, in sito web Camera dei deputati, 2021. «www.camera.it/temiap/documentazione/temi/pdf/1144175.pdf?_1573088411342»

attraverso il pacchetto *Clean Energy Package*⁸, dettando per la prima volta in Europa la disciplina sulle comunità energetiche attraverso la dir. 2018/2001/ Ue per le comunità di energia rinnovabile, nota con l'acronimo CER⁹ e la dir. 2019/199/ Ue per le comunità energetiche di cittadini, identificata con l'acronimo CEC¹⁰. Attraverso l'istituzione di una comunità energetica, i consumatori finali possono partecipare in modo strutturato ad una gamma di attività nel settore dell'energia che vanno dalla generazione, condivisione, vendita, acquisto e conservazione di energia, nonché offrire servizi energetici ancillari (es. servizi di efficienza energetica, servizi di ricarica dei veicoli

⁸ L'Unione europea ha delineato gli obiettivi sul clima e l'energia per il periodo 2021-2030 attraverso il quarto pacchetto energia, *Clean Energy Package*, che si inserisce nell'ambito degli impegni assunti con l'Accordo di Parigi. Il pacchetto è stato proposto dalla Commissione europea nel novembre 2016 ed è composto da quattro direttive e quattro regolamenti, adottati tra il 2018 e il 2019, nei settori dell'efficienza energetica, delle energie rinnovabili e del mercato interno dell'energia elettrica. Gli obiettivi legislativamente stabiliti nel *Clean Energy Package* sono stati rivisti dal quinto pacchetto energia *Fit for 55 package*, presentato a luglio 2021 dalla Commissione europea, per rendere effettiva la riduzione delle emissioni nette di gas a effetto serra di almeno il 55 per cento entro il 2030. A. Aquili, *Comunità energetiche*, cit., 807; *Governance europea e nazionale su energia e clima*, cit.

⁹ L'art. 2, punto 16) della dir. 2018/2021/ Ue definisce la comunità di energia rinnovabile come un « soggetto giuridico: a) che, conformemente al diritto nazionale applicabile, si basa sulla partecipazione aperta e volontaria, è autonomo ed è effettivamente controllato da azionisti o membri che sono situati nelle vicinanze degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili che appartengono e sono sviluppati dal soggetto giuridico in questione; b) i cui azionisti o membri sono persone fisiche, PMI o autorità locali, comprese le amministrazioni comunali; c) il cui obiettivo principale è fornire benefici ambientali, economici o sociali.» L'art. 22, c. 2, prevede poi che «le comunità di energia rinnovabile abbiano il diritto di: a) produrre, consumare, immagazzinare e vendere l'energia rinnovabile, anche tramite accordi di compravendita di energia elettrica rinnovabile; b) scambiare, all'interno della stessa comunità, l'energia rinnovabile prodotta dalle unità di produzione detenute da tale comunità produttrice/consumatrice di energia rinnovabile, fatti salvi gli altri requisiti di cui al presente articolo e il mantenimento dei diritti e degli obblighi dei membri della comunità produttrice/consumatrice di energia rinnovabile come clienti; c) accedere a tutti i mercati dell'energia elettrica appropriati, direttamente o mediante aggregazione, in modo non discriminatorio».

¹⁰ L'art. 2, punto 11), dir. 2019/994/ Ue identifica la comunità energetica di cittadini come un « soggetto giuridico che: a) è fondato sulla partecipazione volontaria e aperta ed è effettivamente controllato da membri o soci che sono persone fisiche, autorità locali, comprese le amministrazioni comunali, o piccole imprese; b) ha lo scopo principale di offrire ai suoi membri o soci o al territorio in cui opera benefici ambientali, economici o sociali a livello di comunità, anziché generare profitti finanziari; c) può partecipare alla generazione, anche da fonti rinnovabili, alla distribuzione, alla fornitura, al consumo, all'aggregazione, allo stoccaggio dell'energia, ai servizi di efficienza energetica, o a servizi di ricarica per veicoli elettrici o fornire altri servizi energetici ai suoi membri o soci»

elettrici)¹¹. In questo contesto, i consumatori finali assumono il ruolo di *prosumers*, combinando la funzione di produttori e consumatori di energia. Ciò porta conseguenze positive, quali minori costi per l'acquisto dell'energia e servizi energetici, nonché minori perdite di rete, grazie alla riduzione dell'energia che transita sulle reti pubbliche. Inoltre, si promuove una diffusa accettazione sociale delle iniziative orientate alla realizzazione di nuovi impianti alimentati da fonti rinnovabili¹².

In Italia, la disciplina europea sulle comunità energetiche è stata completamente recepita attraverso l'adozione del d.lgs. 8 novembre 2021, n. 210 per le comunità energetiche di cittadini e del d.lgs. 8 novembre 2021, n. 199¹³ per le comunità energetiche rinnovabili. Il presente contributo si focalizzerà proprio su quest'ultime, in quanto per le loro caratteristiche risultano

¹¹ La vendita di energia e le attività per l'erogazione dei servizi ancillari energetici, si ricollegano allo svolgimento dell'attività economica da parte della CER, in linea con la sua natura imprenditoriale, è importante però che tutte queste attività siano svolte nello scopo principale delle CER ossia quello di produrre benefici ambientali, economici e sociali ai suoi membri o alle aree locali in cui sorge, piuttosto che profitti finanziari. La CER, infatti, non può avere come obiettivo principale il perseguimento dello scopo di lucro. Quest'ultimo può essere ammesso con forma limitata ed accessoria, ad esempio per coprire gli investimenti effettuati, per reinvestire gli utili nella realizzazione di nuovi impianti CER, per finanziare servizi destinati ai membri della CER oppure a vantaggio della comunità locale. A. Persico, *Le comunità energetiche e il ruolo sussidiario delle pubbliche amministrazioni territoriali*, cit., 11.

¹² A. Persico, *Le comunità energetiche*, cit., 1 ss.

¹³ In realtà, in Italia, il primo documento ufficiale in cui sono state menzionate le comunità energetiche è stato la Strategia Energetica Nazionale 2017, approvato dal Ministero per lo sviluppo economico (MISE) e dal Ministero per l'ambiente e per la tutela del territorio e del mare (MATTM) con il decreto del 10 novembre 2017. La Strategia afferma la necessità di una regolamentazione per le comunità energetiche, quali strumenti per favorire la partecipazione attiva dei consumatori al mercato energetico e combattere il cambiamento climatico. Il primo recepimento delle comunità di energia rinnovabile è, invece, avvenuto con l'art. 42-bis del decreto Milleproroghe, d.l. n. 162/2019 (per le CEC si è invece dovuto aspettare direttamente il d.lgs. n. 210/2021), che prevedeva una disciplina più limitante rispetto a quella prevista dal d.lgs. n. 199/2021. Difatti, la potenza di produzione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili doveva avere una potenza massima complessiva non superiore a 200 KW per essere ammessa agli incentivi economici e i punti di prelievo dei consumatori (i membri della CER) e i punti di immissione degli impianti dovevano essere ubicati su reti elettriche di bassa tensione sottese alla medesima cabina di trasformazione media e bassa tensione (c.d. cabina secondaria) sul modello regolatorio virtuale delle CER e il contributo di valorizzazione per l'energia elettrica autoconsumata. Questa prima regolamentazione è stata integrata dalla delibera 04 agosto 2020, n. 318 dell'ARERA, dal d.m. 16 settembre 2020 del MISE per la parte degli incentivi sull'energia elettrica autoconsumata dalla CER, e dalle regole tecniche per l'accesso al servizio di valorizzazione e incentivazione dell'energia condivisa del GSE del 2020, aggiornate il 4 aprile del 2022. A. Aquili, *Comunità energetiche*, cit., 823 ss.

avere un ruolo centrale nella transizione energetica e nel perseguimento della neutralità climatica¹⁴. Difatti, le CER possono produrre energia solamente tramite l'impiego di fonti rinnovabili, al contrario delle CEC che possono sfruttare fonti di produzioni di energia rinnovabile e combustibili fossili¹⁵. L'art. 31, d.lgs. n. 199/2021, definisce le CER come: «un soggetto giuridico autonomo¹⁶ con struttura aperta¹⁷ e democratica¹⁸, i cui membri sono persone fisiche, piccole imprese, associazioni con personalità di diritto privato, autorità locali, enti di ricerca e formazione, enti del terzo settore e di protezione ambientale, enti religiosi, nonché le amministrazioni comunali

¹⁴ Le CEC nel panorama italiano trovano poca attuazione e incentivazione economica proprio perché non sono vincolate alla produzione di energia esclusivamente tramite fonti rinnovabili.

¹⁵ A. Persico, *Le comunità energetiche*, cit., 2.

¹⁶ Con tale espressione si indica che le CER hanno una soggettività giuridica, sono quindi titolari di diritti ed obblighi. Il d.lgs. n. 199/2021 non indica però la forma giuridica che la CER deve assumere. Nel contesto italiano la maggior parte delle CER ha assunto la configurazione dell'associazione e della società cooperativa, in quanto incarnano un livello di flessibilità in grado di adattarsi ai principi e diversi contesti delle CER. S.A. Parente, *Le agevolazioni fiscali e gli incentivi a favore delle comunità energetiche*, in *La via italiana alle comunità energetiche*, a cura di S. Monticelli e L. Ruggeri, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2022, 130 ss.

¹⁷ Con il termine “aperta” si intende che la CER non pone barriere discriminatorie al suo ingresso né in uscita. Nel primo caso, si intende che tutti i membri elencati dalla normativa, ossia tutti i consumatori, anche quelli appartenenti a famiglie a basso reddito o vulnerabili possono essere membri della CER. G.A. Ruscitti, *La disciplina giuridica delle comunità energetiche: opportunità e criticità di un nuovo modello di sviluppo sostenibile*, in *Il Futuro delle comunità energetiche*, a cura di E. Salvatore, Milano, Giuffrè, 2023, 43.

Riguardo al secondo concetto, si fa riferimento al diritto di recesso di ciascun membro della CER. Si specifica che il soggetto pubblico può recedere ai sensi dell'art. 21-*sexies*, l. n. 241/1990 secondo cui «il recesso unilaterale dai contratti della pubblica amministrazione è ammesso nei casi previsti dalla legge o dal contratto». Il recesso comporta l'obbligo di versare un compenso, il quale non è fissato in via predeterminata dalla legge, ma deve essere calibrato nello statuto in base alle specifiche caratteristiche di ciascuna comunità energetica rinnovabile. L'unica condizione imposta dall'art. 32, d.lgs. n. 199/2021 è che il corrispettivo per il recesso anticipato sia giusto e proporzionato rispetto alla partecipazione agli investimenti sostenuti per lo sviluppo della CER. Si ritiene, inoltre, che il corrispettivo per l'uscita di privati e pubbliche amministrazioni non deve compromettere la continuità e stabilità della CER. C. Mari, *Le comunità energetiche: un nuovo modello di collaborazione pubblico – privato per la transizione ecologica*, in *federalismi.it*, 2022, n. 29, 119.

¹⁸ L'obiettivo è che la composizione eterogenea della CER non comporti una struttura interna in cui alcuni membri assumono il controllo esclusivo a discapito di altri, escludendo loro la possibilità di prendere scelte rilevanti per la comunità energetica. La CER deve basarsi su un modello di gestione democratico. G.A. Ruscitti, *La disciplina giuridica delle comunità energetiche*, cit., 44 ss.

contenute nell'elenco Istat»¹⁹. Tali soggetti hanno anche la facoltà di esercitare poteri di controllo della CER. Possono, quindi, costituire le CER, tutti i clienti finali (ossia i consumatori finali²⁰, compresi i clienti domestici), le amministrazioni comunali, con l'obbligo di essere situate nel territorio del Comune in cui è ubicato l'impianto per la produzione e condivisione dell'energia, le imprese²¹, con la specificazione che la partecipazione alla CER non può costituire l'attività commerciale e industriale principale²². La partecipazione alla CER è ammessa anche alle famiglie a basso reddito e ai soggetti vulnerabili²³, a cui però non è ammesso il controllo della stessa²⁴. Gli

¹⁹ Con l'art. 31, c. 1, lett. b), d.lgs. n. 199/2021, c'è stato un ampliamento dei potenziali partecipanti alla comunità energetica, difatti, l'art. 42-bis, d.l. n. 169/2019 (c.d. decreto Milleproroghe), convertito con modificazioni dalla l. 28 febbraio 2020, n. 8, prevedeva che i membri della CER fossero solo «persone fisiche, piccole e medie imprese, enti territoriali o autorità locali, comprese le amministrazioni comunali.» Ciò dimostra l'intento del legislatore nazionale di velocizzare attraverso l'ampliamento dell'eterogeneità dei partecipanti la diffusione delle CER e dell'energia rinnovabile per raggiungere gli obiettivi europei della decarbonizzazione entro il 2050. C. Croce e A. Scivoletto, *Contratti di compravendita*, in *La via italiana alle comunità energetiche*, a cura di S. Monticelli e L. Ruggeri, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2022, 234.

²⁰ «Il cliente finale è una persona fisica o giuridica che non esercita l'attività di distribuzione di energia elettrica e che preleva l'energia elettrica, per la quota di proprio uso finale, da una rete con obbligo di connessione di terzi anche attraverso sistemi di distribuzione chiusi o linee private» art. 1, c. 1, lett. j) del Testo Integrato sull'Autoconsumo Diffuso (TIAD).

²¹ A. Aquili, *Comunità energetiche*, cit., 825 ss.

²² Nel caso in cui la fornitura di servizi energetici sia la loro attività principale, le imprese seppur non possono diventare membri della comunità energetica, possono essere soggetti esterni che supportano le necessità della CER (es. attraverso la stipula di contratti di servizio o in qualità di produttore che mette l'impianto a fonte rinnovabile a disposizione della CER). Inoltre, tale limite si pone a tutela della democraticità della CER, per evitare che soggetti specializzati nel settore energetico possano avere un potere nella gestione vanificando l'approccio di gestione condivisa e paritetica tra i membri della CER, quale sua peculiare caratteristica. G.A. Ruscitti, *La disciplina giuridica delle comunità energetiche*, cit., 42.

²³ Il d.lgs. n. 199/2021 non definisce i soggetti vulnerabili, può riprendersi per analogia la definizione contenuta all'art. 11, c. 1, d.lgs. n. 210/2021 e più in generale quella introdotta dalla art. 28, c. 1 della direttiva IEMD che afferma: «il concetto di cliente vulnerabile può comprendere i livelli di reddito, la quota del reddito disponibile destinata alle spese per l'energia, l'efficienza energetica delle abitazioni, la dipendenza critica dalle apparecchiature elettriche per motivi di salute, l'età o altri criteri».

²⁴ L'art. 31, c. 1, lett. d), prevede, difatti che: «la partecipazione alle comunità energetiche rinnovabili è aperta a tutti i consumatori, compresi quelli appartenenti a famiglie a basso reddito o vulnerabili, fermo restando che l'esercizio dei poteri di controllo è detenuto dai soggetti aventi le caratteristiche di cui alla lettera b)», ossia le persone fisiche, PMI, associazioni con personalità giuridica di diritto privato, enti territoriali e autorità locali, ivi incluse le amministrazioni comunali, gli enti di ricerca e formazione, gli enti religiosi, quelli del terzo

impianti a fonti rinnovabili devono essere nella disponibilità²⁵ della comunità energetica per ottenere gli incentivi economici sull'energia condivisa dalla CER²⁶. L'Autorità di regolazione per energia reti e ambiente (ARERA) ha scelto il modello regolatorio virtuale²⁷, per consentire di quantificare i vantaggi economici riservati alle comunità energetiche rinnovabili e ha adottato il concetto di energia elettrica condivisa²⁸. Le CER possono quindi accedere al "servizio per l'autoconsumo diffuso" del GSE²⁹ per ottenere come contributi economici: l'incentivazione dell'energia elettrica condivisa incentivabile ai sensi del Decreto CACER³⁰ e la valorizzazione dell'energia

settore e di protezione ambientale nonché le amministrazioni locali contenute nell'elenco delle amministrazioni pubbliche divulgato dall'ISTAT.

²⁵ Con il termine "disponibilità" la delibera ARERA 318/2020/R/eel, all. A., art. 1, lett. o) ha specificato che non è obbligatorio che la Comunità detenga la proprietà degli impianti, può anche averne la detenzione, il quale implica la piena disponibilità dell'impianto in base a un titolo giuridico diverso dalla proprietà, come ad esempio l'usufrutto o il comodato d'uso. L'importante è che la mera detenzione o disponibilità dell'impianto, basata su un titolo diverso dalla proprietà, non costituisca un ostacolo al raggiungimento degli obiettivi della CER. Non è neppure obbligatorio che gli impianti siano situati su beni immobili di proprietà della Comunità, purché esista un atto giuridico adeguato a garantire la disponibilità del sito per la realizzazione dell'impianto. Inoltre, è essenziale per ottenere gli incentivi sull'energia condivisa che gli impianti siano situati entro lo spazio delimitato dalla cabina primaria alla quale sono collegate anche le utenze dei consumatori finali (ossia i membri della CER). A. Persico, *Le comunità energetiche*, cit., 10.

²⁶ Ai sensi dell'art. 2, c. 1, lett. q), d.lgs. n. 199/2021, l'energia condivisa «è, in ogni ora, il minimo tra la somma dell'energia elettrica effettivamente immessa nella rete pubblica e la somma dell'energia elettrica prelevata per il tramite dei punti di connessione che rilevano ai fini di una comunità di energia rinnovabile».

²⁷ La delibera ARERA n. 318/2020 identifica il modello di regolazione virtuale come il paradigma da adottare per implementare le comunità energetiche rinnovabili, il quale implica l'utilizzo della rete pubblica di distribuzione preesistente per facilitare lo scambio virtuale di energia tra l'impianto di produzione della CER e i suoi membri. In Italia, l'adozione del modello regolatorio virtuale ha impedito alle CER di gestire direttamente una rete di distribuzione locale collegata all'impianto della CER per lo scambio fisico dell'energia tra i suoi membri. Il modello regolatorio fisico prevede, infatti, l'utilizzo di un'infrastruttura di rete dedicata da parte della comunità energetica per la condivisione dell'energia tra i suoi membri. In quest'ottica, il modello virtuale si basa sull'uso della rete pubblica, comportando la necessità di definire con precisione l'energia effettivamente condivisa dalla CER in ciascun intervallo temporale di misurazione. A. Aquili, *Comunità energetiche*, cit., 827.

²⁸ A. Aquili, *op. loc. cit.*

²⁹ Tale servizio è erogato dal GSE ai sensi delibera ARERA n. 318/2020 e dall'art. 1, c. 1, lett. jj) del TIAD.

³⁰ Gli incentivi sono stati stabiliti, dapprima, dal decreto del MISE con il d.m. 16 settembre 2020 per le comunità energetiche con le caratteristiche previste dall'art. 42-bis, d.l. 169/2016, secondo cui «i punti di connessione dei soggetti membri della CER devono essere

elettrica autoconsumata, mediante la restituzione delle componenti tariffarie

sottesi alla cabina secondaria e gli impianti devono avere singolarmente una potenza complessiva non superiore a 200 kW, ed essere entrati in esercizio dopo la data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto Milleproroghe (e quindi a partire dal 1° marzo 2020)» e successivamente dal decreto del Ministro dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica (MASE), c.d. decreto CACER, del 7 dicembre 2023, n. 414 per le configurazioni di comunità energetiche delineate dal d.lgs. n. 199/2021. Gli incentivi previsti dal d.m del MISE prevedevano che: «l'energia elettrica prodotta da ciascuno degli impianti a fonti rinnovabili delle CER e che risulti condivisa ha diritto per un periodo di 20 anni ad una tariffa incentivante in forma di tariffa premio pari a 110€/MWh. Il decreto CACER, invece, prevede due misure principali: un incentivo tariffario e un contributo a fondo perduto. I vantaggi previsti riguardano tutte le tecnologie rinnovabili come, ad esempio, il fotovoltaico, l'eolico, l'idroelettrico e le biomasse. Secondo la prima, il GSE potrà erogare una tariffa incentivante, in forma di tariffa premio (c.d. tip) sulla quota di energia condivisa per gli impianti da fonti rinnovabili delle CER con potenza massima del singolo impianto o dell'intervento di potenziamento non superiore a 1MW e connessi alla rete di distribuzione tramite punti di connessione facenti parte dell'area sottesa alla medesima cabina primaria, salvo le deroghe per le isole minori ex art. 32, d.lgs. n. 199/2021. È dunque possibile potenziare gli impianti esistenti, ma la tariffa incentivante è limitata alla nuova sezione. La misura della tariffa incentivante si applica fino al trentesimo giorno successivo alla data del raggiungimento di un contingente di potenza incentivata pari a 5 GW e comunque fino al 31 dicembre 2027. La tariffa premio è assicurata per un periodo di 20 anni a partire dalla messa in funzione dell'impianto. È composta da una parte fissa, diversa per ogni taglia dell'impianto, e da una parte variabile, che cambia in base al prezzo di mercato dell'energia. A ciò si aggiunge una maggiorazione tariffaria legata alla localizzazione geografica dell'impianto, essendo l'irraggiamento solare diverso tra le zone. Specificatamente, quindi, per gli impianti con potenza fino a 600 KW, la tariffa è composta da un fisso di 60 € per MWh e una parte variabile max (0; 180 - Pz), si intende che la parte variabile è il massimo tra il valore 0 e il valore 180 a cui è sottratto il prezzo zonale, ad ogni modo la tariffa premio totale non può superare i 100 euro per MWh; per gli impianti di potenza compresa tra 200 kW e 600 kW, il fisso è di 70 € e la parte variabile max (0; 180 - Pz), la tariffa premio non può comunque superare i 110 euro per MWh; per gli impianti al di sotto o pari a 200 kW, il fisso è di 80 € per MWh e la parte variabile max (0; 180 - Pz), la tariffa premio non può essere oltre i 120 € per MWh. A seconda della zona geografica ove è ubicato l'impianto fotovoltaico, è previsto il fattore di correzione della tip. Si aggiunge quindi alla tariffa premio: 4 € al MWh per le Regioni del Centro (Lazio, Marche, Toscana, Umbria e Abruzzo) e 10 € al MWh per quelle del Nord (Emilia-Romagna, Friuli-Venezia Giulia, Liguria, Lombardia, Piemonte, Trentino-Alto Adige, Valle d'Aosta e Veneto).

Il Decreto CACER ha inoltre previsto che l'eventuale importo della tariffa premio eccedentario, rispetto al 55 per cento di energia incentivata (o del 45 per cento nei casi di cumulo della tariffa premio con un contributo in conto capitale) è destinato soli consumatori diversi dalle imprese e/o utilizzato per finalità sociali aventi ricadute sui territori ove sono ubicati gli impianti per la condivisione. Ciò per garantire che i contributi economici realizzino i benefici economici e sociali previsti della normativa sulle CER che vede nelle comunità energetiche uno strumento di giustizia energetica e valorizzazione del territorio locale.

La seconda misura consiste nell'erogazione di contributi a fondo perduto fino al 40 per cento finanziati con i 2,2 miliardi di euro della Missione 2 - PNRR per la costituzione di

(tariffa di trasmissione) previste dal Testo Integrato sull'Autoconsumo Diffuso (TIAD)³¹,

Ai sensi dell'art. 31, c. 2, lett. c), d.lgs. n. 199/2021, ai fini dell'accesso agli incentivi del decreto CACER previsti per la condivisione di energia i

nuovi impianti o potenziamento di quelli esistenti delle CER nei Comuni con popolazione sotto ai 5.000 abitanti per perseguire una potenza complessiva sul territorio nazionale pari almeno a 2GW ed una produzione indicativa di almeno 2.500 GW/h. Tale misura si applica fino al 30 giugno 2026. Le CER possono quindi accedere al contributo in conto capitale fino al 40 per cento delle spese sostenute per la realizzazione di impianti di produzione o potenziamenti, anche abbinati a sistemi di accumulo, ubicati in Comuni con popolazione inferiore ai 5000 abitanti. È consentita la cumulabilità della tariffa incentivante con i contributi in conto capitale fino al 40 per cento, ma la tip è decurtata proporzionalmente all'ammontare del contributo PNRR ricevuto. Tale fattore di riduzione non trova applicazione in relazione all'energia elettrica condivisa oggetto di incentivazione afferente a punti di prelievo nella titolarità di enti territoriali e autorità locali, enti religiosi, enti del terzo settore e protezione ambientale.

Le regole tecniche del GSE del 23 febbraio 2024 definiscono nel dettaglio come beneficiare del contributo. A. Aquili, *Comunità energetiche*, cit., 830 ss; *Rinnovabili sì della UE a 5, 7 miliardi di aiuti all'Italia*, in *Il Sole 24 Ore*, 2023; *Mase avvia iter con Ue su proposta decreto CER*, in sito web del MASE, 2023; *Regole tecniche del GSE del 23 febbraio 2024*. «www.mase.gov.it/comunicati/mase-avvia-iter-con-ue-su-proposta-decreto-cer» *Approvato il Testo del decreto sulle Comunità Energetiche: contributo a fondo perduto*, in MCENERGY, 2023; «[www.mcenergy.it/blog/approvato-decreto-comunita-energetiche-contributo-fondo-perduto-sostenibilita/#:~:text=Il%20decreto%20delinea%20benefici%20e,conto%20capitale%20attraverso%20il%20PNRR](http://www.mcenergy.it/blog/approvato-decreto-comunita-energetiche-contributo-fondo-perduto-sostenibilita/#:~:text=Il%20decreto%20delinea%20benefici%20e,conto%20capitale%20attraverso%20il%20PNRR.)» *Decreto CER: novità dal MASE per le comunità energetiche rinnovabili*, in *Lavori Pubblici*, 2023, «www.lavoripubblici.it/news/decreto-cer-novita-mase-per-comunita-energetiche-rinnovabili-30507» C. Dominelli, *Comunità energetiche, in arrivo incentivi e aiuti a fondo perduto. Tre fasce di potenza per le tariffe: ecco come funziona*, in *Sole 24 ore*, 2023. «www.ilsole24ore.com/art/comunita-energetiche-ecco-come-si-accede-incentivi-e-contributi-fondo-perduto-pichetto-nuova-energia-all-italia-AEsREdS?refresh_ce=1» *Decreto CER: come accedere agli incentivi del decreto MASE?*, in *BibLus*, 2023 «www.biblus.acca.it/comunita-energetiche-cer/» *Comunità Energetiche Rinnovabili: Decreto attuativo e potenzialità del Partenariato Pubblico Privato in caso di CER partecipate da enti pubblici*, in sito *Osborne Clarke*. «www.osborneclarke.com/it/insights/comunita-energetiche-rinnovabili-decreto-attuativo-e-potenzialita-del-partenariato»

³¹ Il contributo di valorizzazione per l'autoconsumo è stato introdotto dalla delibera 318/2020 e previsto poi dal successivo TIAD. Per ciascun kWh di energia elettrica autoconsumata dalla CER viene riconosciuto dal GSE un corrispettivo unitario, definito contributo di valorizzazione, relativo alla tariffa di trasmissione. Le tariffe di trasmissione sono definite annualmente dall'ARERA. Tale contributo è stato stabilito in quanto i membri delle CER continuano a pagare la bolletta al proprio fornitore che comprende delle tariffe di trasmissione, che non dovrebbero essere pagate perché la cer autoconsuma localmente l'energia. Il contributo di valorizzazione è riconosciuto sull'energia autoconsumata ossia l'energia condivisa (valore minimo tra l'energia immessa dagli impianti di produzione e l'energia prelevata in ciascuna ora dai consumatori della CER)

partecipanti alla CER devono trovarsi nella medesima zona di mercato, essere connessi alla medesima cabina primaria³² e il limite di potenza dell'impianto alimentato da fonti rinnovabili non può superare 1MW³³. Ai sensi dell'art. 31, c. 2, lett. a), d.lgs. n. 199/2021, l'energia prodotta dagli impianti della CER è utilizzata dapprima per l'autoconsumo istantaneo in sito e poi per la condivisione con i membri della comunità stessa³⁴, utilizzando la rete di distribuzione per condividere virtualmente l'energia prodotta³⁵. L'energia

³² Specificatamente i punti di connessione dei clienti finali e degli impianti di produzione appartenenti alla CER devono ricadere nell'area sottesa alla medesima cabina primaria. Si può notare un'evoluzione rispetto alla disciplina dell'art. 42-bis, d.lgs. n. 162/2019, che prevedeva uno spazio più limitato, la cabina secondaria, comportando un minor numero di potenziali partecipanti alla CER. È consentita anche la costituzione una comunità di energia rinnovabile in grado di poter gestire più cabine primarie con relative configurazioni sottese. L. Terenzi e I. Careddu, *Comunità energetiche, le forme giuridiche consolidate dalla prassi*, in *DirittoPolitecnico.it*, 7.

³³ L'art. 8, c. 1, lett. a), d.lgs. n. 199/2021 prevede difatti che possono accedere all'incentivo gli impianti a fonti rinnovabili che hanno singolarmente una potenza non superiore a 1 MW e che entrano in esercizio in data successiva a quella di entrata in vigore del presente decreto e non devono essere entrati in esercizio prima della regolare costituzione della CER. Tale previsione si discosta quindi dalla potenza degli impianti non superiore a 200 KW per accedere agli incentivi prevista dall'art 42 bis del d.l. 162/2019.

³⁴ A. Persico, *Le comunità energetiche*, cit., 10.

³⁵ Accade quindi che il produttore connesso fisicamente all'impianto di produzione (che può essere membro della CER c.d. *prosumer*, oppure, esterno alla CER garantendo attraverso un contratto la disponibilità dell'impianto alla CER) produce con l'impianto fotovoltaico l'energia rinnovabile, l'impianto collegato direttamente al produttore permette a quest'ultimo di autoconsumare fisicamente l'energia prodotta. Il produttore è collegato con il proprio POD alla rete pubblica e l'energia prodotta dall'impianto e non autoconsumata istantaneamente dal produttore, c.d. energia in eccesso, viene immessa nella rete pubblica e può essere venduta alla rete (attraverso le modalità come il ritiro dedicato del GSE o vendita a libero mercato). Questa energia in eccesso oltre a poter essere remunerata con la vendita, è anche l'energia a disposizione della CER per l'autoconsumo virtuale. Per ciascuna ora il GSE verificherà a quanto ammonta l'energia in eccesso (prodotta da tutti gli impianti della CER e non autoconsumata istantaneamente dai produttori) e immessa in rete e a quanto ammonta l'energia prelevata dalla rete pubblica da ciascun consumatore della CER (ogni consumatore è connesso alla rete pubblica tramite il proprio POD dal quale preleva energia). Questo meccanismo c.d. modello regolatorio virtuale stabilito dall'ARERA (dapprima con la delibera 318/2020 e confermato con il TIAD) permette di stabilire l'energia condivisa su cui si calcolano gli incentivi che il GSE eroga alla CER. L'energia condivisa è pari al minor valore tra queste due somme di energia, ossia «il valore minimo, in ciascuna ora, tra l'energia elettrica prodotta e immessa in rete e quella prelevata dall'insieme dei membri della CER». Tra i due valori (energia immessa ed energia prelevata), sarà scelto il valore più basso e su questo sarà calcolato l'incentivo. Si nota la virtualità del modello perché i consumatori della CER non usano fisicamente l'energia prodotta dall'impianto o la CER non ha una propria rete a cui è collegato l'impianto per il transito dell'energia prodotta dallo stesso.

in eccesso può essere venduta alla rete pubblica attraverso il libero mercato, oppure attraverso il ritiro dedicato del Gestore dei servizi energetici (GSE)³⁶. L'energia eccedentaria può essere anche accumulata ricorrendo a impianti di stoccaggio per far fronte al fabbisogno energetico della CER in altri momenti con il successivo autoconsumo della CER o per la successiva vendita a terzi³⁷.

Lo scopo principale della CER è produrre benefici ambientali, sociali ed economici ai suoi membri e all'area locale, piuttosto che profitti finanziari³⁸. Per i benefici ambientali, oltre a contrastare il cambiamento climatico e la salubrità dell'ecosistema locale grazie alla produzione di energia pulita tramite le fonti rinnovabili (le CER impiegano principalmente impianti solari o eolici), si generano, in aggiunta, altri benefici di carattere ambientale come minori perdite di rete connesse al trasporto e alla distribuzione, mitigazione dello sbilanciamento tra domanda e offerta³⁹, necessità di potenziamento delle reti esistenti e realizzazione delle nuove⁴⁰, nonché un miglioramento della sicurezza energetica, incrementando la diversificazione delle fonti di energia a livello locale⁴¹. Le CER possono anche essere utilizzate per il teleriscaldamento e per l'implementazione di sistemi di accumulo per la mobilità elettrica. Sui benefici economici, si riscontra che la comunità energetica – autoproducendo e utilizzando primariamente l'energia prodotta rispetto a quella fornita dalla rete pubblica – evita di pagare le tariffe di fornitura e permette di accedere ai contributi economici per la condivisione di energia, nonché alle detrazioni fiscali per la realizzazione degli impianti.

³⁶ La CER può chiedere il ritiro dedicato del GSE direttamente con l'istanza di ammissione al servizio per l'autoconsumo diffuso.

³⁷ A. Aquili, *Comunità energetiche*, cit., 826

³⁸ Art. 31, c. 1, lett. a) del d.lgs. 199/2021

³⁹ A. Persico, *Le comunità energetiche*, cit., 3 ss. Per l'efficientamento dei consumi, si ritiene comunque che sia necessario investire di *smart grid* e *smart meter*. C. Iaione, *Le Comunità energetiche*, cit.

⁴⁰ Tali ulteriori benefici dovuti alla configurazione delle CER sono descritti nella Memoria ARERA del 12 marzo 2019, 94/2019/I/COM e nel documento ARERA di consultazione 112/2020/R/eel, nell'approfondimento 1, paragrafo 2 della memoria si legge infatti «l'energia elettrica prodotta e consumata in sito potrebbe consentire, in prospettiva, la riduzione della necessità di potenziamento delle reti esistenti o di realizzazione di nuove reti, nella misura in cui contribuisca a ridurre la potenza massima richiesta sui punti di connessione piuttosto che nella misura in cui contribuisca a ridurre i transiti. Infatti, i costi di investimento, superiori rispetto ai costi di gestione, sono correlati al fatto che le reti elettriche, soprattutto quelle di distribuzione, vengono usualmente dimensionate e sviluppate affinché siano in grado di garantire la potenza massima che ciascun utente richiede sul punto di connessione.»

⁴¹ G. A. Ruscitti, *La disciplina giuridica delle comunità energetiche*, cit., 39.

Può ottenere inoltre una remunerazione dalla vendita dell'energia elettrica autoprodotta in eccesso e dall'erogazione dei servizi energetici⁴². Tra i benefici sociali, emergono la semplificazione dell'accesso al mercato dell'energia, il reinvestimento dei risparmi conseguiti per il finanziamento di iniziative a favore della collettività locale, il coinvolgimento delle comunità vulnerabili⁴³ che possono accedere all'energia rinnovabile, nonché il contrasto alla povertà energetica.

Le CER diventano uno strumento di innovazione sociale che alimenta l'*active citizenship*, in cui i cittadini possono collaborare con la pubblica amministrazione e gli altri soggetti privati per svolgere attività di interesse generale, come la produzione energetica, per gestire la transizione del territorio verso l'"autosostenibilità" locale. I cittadini partecipano dunque alla gestione della CER con la possibilità di diventare *prosumers*⁴⁴, entrando nel mercato energetico attraverso la produzione e il consumo di energia, contribuendo attivamente alla tutela dell'ambiente⁴⁵. Le comunità energetiche rinnovabili rappresentano, pertanto, l'affermazione dell'individuo, della solidarietà sociale, dell'ambiente e della collaborazione tra pubblico, privato e comunità.

In considerazione di ciò, si può affermare che il loro riconoscimento trova, e trovava già prima della normativa di recepimento italiana, massima legittimazione nella stessa Costituzione. Innanzitutto, la potenziale diversità dei partecipanti nelle comunità energetiche che facilita la cooperazione tra i settori pubblico, privato e comunitario trova il suo fondamento nei principi di collaborazione civica, art. 2 Cost., e della sussidiarietà orizzontale, art. 118

⁴² A. Aquili, *Comunità energetiche*, cit., 816; C.M.O.M. Pallotta, *Prime opportunità per le comunità energetiche rinnovabili in provincia di Teramo*, in *Il Futuro delle comunità energetiche*, a cura di E. Salvatore, Milano, Giuffrè, 2023, 128.

⁴³ La CER è aperta a tutti i consumatori, compresi quelli appartenenti a famiglie a basso reddito o vulnerabili.

⁴⁴ Il termine è stato coniato ufficialmente nel 1980 e nasce dalla fusione delle parole *producer* (produttore) e *consumer* (consumatore). Il *prosumer* gioca un ruolo attivo all'interno della comunità energetica, ha difatti il doppio ruolo di produttore e consumatore di energia. In una CER, i *prosumer* sono membri della comunità energetica che non solo consumano l'energia prodotta all'interno della stessa, ma contribuiscono anche alla produzione di energia attraverso impianti rinnovabili che possiedono. Si differenzia, quindi, dal consumatore, quale membro passivo della comunità energetica perché non ha la proprietà degli impianti di produzione e consuma virtualmente l'energia prodotta dalla CER. A. Aquili, *Comunità energetiche*, cit., 819 ss.

⁴⁵ L. Ruggieri, *La protezione del consumatore energetico nel quadro regolatorio italo-europeo*, in *La via italiana alle comunità energetiche*, a cura di S. Monticelli e L. Ruggieri, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2022, 25 ss.

Cost.⁴⁶ Il primo è implicito nell'adempimento dei doveri di solidarietà verso la collettività⁴⁷, che può trovare applicazione con la struttura delle CER che assumono la forma di un partenariato – pubblico – privato – comunità, in cui il pubblico e il privato collaborano pienamente per il raggiungimento di un obiettivo. Il secondo, invece, sollecita lo Stato e gli enti territoriali a promuovere l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale⁴⁸, al fine di favorire la c.d. cittadinanza attiva. Le CER sono, difatti, uno strumento della transizione energetica diretto a rendere protagonisti i cittadini-consumatori. La disposizione costituzionale riconosce l'autonomia dei singoli e delle formazioni sociali nel perseguire attività di interesse generale, sia la necessità dell'intervento pubblico per sostenere i soggetti privati quando le loro azioni non siano sufficientemente efficaci. Ad ogni livello territoriale è quindi necessario adottare programmi e normative che sostengano a livello tecnico ed economico le CER. L'amministrazione pubblica deve diventare un facilitatore. In proposito vengono in rilievo le leggi regionali sulle CER e il ruolo di aggregatore del Comune attraverso bandi comunali e campagne di informazione per promuovere le comunità energetiche. I casi di CER attivate e gestite dai privati, sostenuti e facilitati dal soggetto pubblico, dovrebbero pertanto divenire la prassi⁴⁹. Si evidenzia poi l'art. 4, c. 2 Cost.: «ogni cittadino ha il dovere di svolgere,

⁴⁶ C. Iaione e E. De Nictolis, *Le comunità energetiche tra democrazia e comunanza di interessi*, in *Dir. soc.*, 2022, 630.

⁴⁷ La sentenza della Corte Costituzionale n. 89 del 1970, il cui relatore fu Costantino Mortati, sostiene l'esistenza di questo principio, «in base al quale ogni cittadino è, secondo i casi, obbligato o facultato a svolgere attività richieste, con carattere di assoluta e urgente necessità, nel comune interesse, per far fronte ad eventi rispetto ai quali, data la loro eccezionalità o imprevedibilità, le autorità costituite non siano in grado di intervenire con la necessaria tempestività, oppure, in misura sufficiente al bisogno. Il ricorso al privato nel caso denunciato deve farsi derivare dal richiamo che l'art. 2 della Costituzione fa all'osservanza dei "doveri di solidarietà sociale", e che trova nel diritto vigente numerose specie di applicazione» C. Iaione e E. De Nictolis, *Le comunità energetiche*, cit., 612. È così diventato un principio generale che, partendo dall'adempimento dei doveri di solidarietà sociale, abilita ogni cittadino o le diverse componenti della comunità a intraprendere attività nell'interesse collettivo. A. Aquili, *Comunità energetiche*, cit., 825

⁴⁸ L'attività di produzione, accumulo e condivisione dell'energia da fonti rinnovabili ai fini di autoconsumo è considerata un'attività di interesse generale. Ciò trova conferma nell'art. 5, c. 1, lett. e) del Codice del terzo settore, d.lgs. 117/2017 come modificato dalla l. 26 luglio 2023, n. 95 che ha integrato l'art. 5 riguardante le attività di interesse generale svolte dagli enti del Terzo settore.

⁴⁹ A. Coiante, *Think global, act local. le comunità energetiche rinnovabili e il principio di sussidiarietà (anche) sociale come perno della transizione energetica*, in *Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it*, 2024, n. 1.

secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società». Il compimento di questo dovere, dovrebbe considerarsi adempiuto – e dovrebbe essere promosso – in tutte le situazioni, come le CER, in cui si svolgono attività e funzioni che, pur non generando un impatto economico diretto, hanno un impatto significativo sul piano sociale, ambientale e culturale. In relazione all'art. 2 Cost., si deduce che il principio di contribuire al progresso sociale può essere attuato sia dal singolo cittadino sia nelle sue formazioni sociali, quindi in forma di organizzazione, come nel caso delle CER⁵⁰.

L'art. 43 Cost. ammette che la statalizzazione non è l'unica possibile modalità di gestire le attività economiche e il relativo mercato energetico, prevedendo la possibilità di riservare a «comunità di lavoratori e utenti determinate imprese o categorie di imprese che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazione di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale». L'esperienza delle CER potrebbe quindi essere ricondotta all'art. 43 Cost attraverso cui rivitalizzare il dibattito sulla socializzazione, rimasta inattuata, di imprese riferite a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia⁵¹.

L'art. 3 Cost. prevede che la Repubblica rimuova gli ostacoli di ordine economico e sociale. Attraverso le CER è possibile combattere la povertà energetica, di conseguenza comuni, province, città metropolitane, regioni e Stato, costituenti la Repubblica ai sensi dell'art. 114 Cost., devono favorire e promuovere, attraverso semplificazioni amministrative e forme di finanziamento, lo sviluppo delle comunità energetiche⁵². La promozione delle CER è, altresì, fondamentale in quanto le comunità energetiche garantiscono la

⁵⁰ C. Iaione e E. De Nictolis, *Le comunità energetiche*, cit., 615.

⁵¹ A. Coiante, *Think global, act local.*, cit.

⁵² Un esempio è la politica regionale dell'Emilia-Romagna sullo sviluppo delle CER. La legge regionale n. 5/2022 del 27 maggio 2022, prevede «di concedere contributi maggiori per la costituzione di comunità energetiche rinnovabili a particolare valenza sociale e territoriale, composte da soggetti con fragilità economica, oppure da enti del terzo settore, enti proprietari di gestione di alloggi di edilizia residenziale pubblica o sociale, o situate in aree montane e interne del territorio regionale o, in alternativa, che realizzino progetti di inclusione e solidarietà in collaborazione con gli enti del terzo settore o con gli enti locali». La legge, inoltre, con l'obiettivo di premiare gli enti locali che si distinguono per il loro impegno nella lotta ai cambiamenti climatici, prevede dei contributi maggiorati per le comunità energetiche aventi tra i membri enti locali che hanno adottato piani e strategie di adattamento e mitigazione, come aderendo ai Piani di Azione per l'Energia Sostenibile e il Clima (PAESC), o che hanno reso disponibili i tetti degli edifici pubblici o aree pubbliche per l'installazione di impianti energetici. *Le comunità energetiche*, in sito web della Regione Emilia-Romagna. «energia.regione.emilia-romagna.it/comunita-energetiche/comunita-energetiche»

protezione e la salvaguardia dell'ambiente. Ciò porta l'attuazione dell'art. 9, c. 3, Cost., come modificato dalla l. cost. 11 febbraio 2022, n. 1 secondo cui la Repubblica «tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni». L'ambiente riceve una tutela espressa di diritto fondamentale della persona e della collettività, in questa prospettiva l'azione dello Stato, degli enti territoriali e dei singoli cittadini, dovrà andare nella direzione della sua salvaguardia. Sostenere quindi lo sviluppo delle CER e le fonti di energia rinnovabili, come l'installazione dei pannelli fotovoltaici, diventa un'esigenza prioritaria in nome della preservazione della salute del pianeta e della qualità della vita⁵³. L'art. 41, primo comma prevede la libertà di iniziativa economica privata, la stessa legge costituzionale ha poi specificato al secondo comma, che l'iniziativa economica deve svolgersi senza arrecare «danno alla salute e all'ambiente» e, al terzo comma, deve essere indirizzata e coordinata dalla legge, attraverso programmi e controlli, per perseguire «fini sociali e ambientali». Da ciò emerge che la disciplina economica deve e dovrà costantemente mirare non solo al conseguimento di obiettivi strettamente economici, ma allinearsi al rispetto dell'ambiente e dell'utilità sociale⁵⁴. A tal fine deve essere guidata e coordinata a livello normativo. Le CER sono uno strumento con il potenziale di apportare benefici ambientali, economici e sociali e meritano quindi di essere considerate e supportate dalla legislazione e programmi statali, regionali e comunali.

3. Stato, Regioni, Comuni e lo sviluppo delle CER

L'art. 31, c. 1, d.lgs. n. 199/2021 riconosce la partecipazione delle amministrazioni pubbliche, come gli enti territoriali e le autorità locali, in qualità di membri della comunità energetica. La partecipazione pubblica nelle CER influisce sulla forma giuridica scelta. La CER difatti è un soggetto autonomo che può assumere, secondo quanto suggerito dalla delibera ARERA n. 318/2020, la forma di: ente del terzo settore, associazione, cooperativa a mutualità prevalente o a non mutualità prevalente, cooperativa benefit, consorzio, partenariato, organizzazione senza scopo di lucro⁵⁵, purché tali entità

⁵³ G. Marcatajo, *La riforma degli articoli 9 e 41 della costituzione e la valorizzazione dell'ambiente*, in *Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it*, 2022, n. 2, 2 ss.

⁵⁴ A. Coiante, *Le potenzialità concorrenziali nascoste dell'art. 41 della Costituzione: dal riconoscimento della libertà di iniziativa economica privata all'affermazione del principio della libera concorrenza*, in *federalismi.it*, 2020, n. 6, 147 ss.

⁵⁵ La delibera ARERA n. 318 del 2020, difatti, prevede che «a mero titolo di esempio e per le attività consentite alle comunità energetiche rinnovabili dal d.l. 162/2019, in questa

rispettino le caratteristiche delineate dalla normativa sulle CER⁵⁶. La disci-

fase di prima attuazione della dir. 2018/2001 la forma giuridica prescelta potrebbe essere quella degli enti del terzo settore, così come definiti dall'articolo 4 del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117, e quindi «le organizzazioni di volontariato, le associazioni di promozione sociale, gli enti filantropici, le imprese sociali, incluse le cooperative sociali, le reti associative, le società di mutuo soccorso, le associazioni, riconosciute o non riconosciute, le fondazioni e gli altri enti di carattere privato diversi dalle società costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento, in via esclusiva o principale, di una o più attività di interesse generale in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi, ed iscritti nel registro unico nazionale del terzo settore di cui all'articolo 22 del medesimo decreto legislativo». Secondo la delibera altre forme giuridiche prescelte, oltre agli enti del Terzo settore, potrebbero essere quella delle «associazioni, cooperative a mutualità prevalente o cooperative non a mutualità prevalente, cooperative benefit, consorzi, partenariati, organizzazioni senza scopo di lucro, purché tali entità rispettino i requisiti di cui al decreto legge 162/19 e alla direttiva 2018/2001». Nella delibera, si prevede poi, che «dopo una ricognizione, avviata con il documento per la consultazione 112/2020/R/eel, in relazione alla natura giuridica del CER: «- dovrebbe essere possibile prevedere che le comunità di energia rinnovabile possano essere costituite in qualsiasi forma giuridica (associazione, cooperativa, consorzio, partenariato, organizzazione senza scopo di lucro, società benefit, società a responsabilità limitata, associazione temporanea di imprese), purché tali entità, agendo a proprio nome, possano esercitare diritti ed essere soggette a obblighi; - potrebbero essere previste anche iniziative virtuose quali le “cooperative di comunità”; - le comunità di energia rinnovabile siano compatibili con le già esistenti cooperative elettriche»». L. Terenzi e I. Careddu, *Comunità energetiche*, cit., 6.

Attualmente sulla possibilità per le CER di assumere la forma giuridica di società lucrative, come le società di capitali (es. società a responsabilità limitata o società benefit) attraverso cui «due o più persone conferiscono beni e servizi per l'esercizio in comune di un'attività economica, allo scopo di dividerne gli utili», è aperto un dibattito, in quanto secondo, la normativa europea e nazionale, l'obiettivo principale delle comunità energetiche è di fornire benefici economici, sociali ed ambientali, piuttosto che profitti finanziari. Il modello giuridico, pertanto, in cui può costituirsi deve rispettare la disciplina delle comunità energetiche e i suoi obiettivi, senza avere come scopo principale quello di lucro. Per trovare una soluzione, potrebbero essere considerate le esperienze di alcuni Stati europei (es. Germania e Francia) che ammettono la possibilità per le società di capitali di diventare CER attraverso l'adozione di un'apposita normativa proprio per le comunità energetiche che si costituiscono come società di capitali, in cui si prevede una peculiare disciplina per lo scopo di lucro e la conseguente divisione degli utili. A. Aquili, *Comunità energetiche*, cit., 814. In riferimento, poi, alla società benefit, ossia le società di cui al libro V o VI del Codice civile, caratterizzata dal perseguimento di obiettivi di beneficio comune in maniera responsabile, sostenibile e trasparente e dal bilanciamento tra gli interessi dei soci e quelli della comunità nella gestione aziendale. Questa tipologia di società potrebbe essere utilizzata quale forma giuridica di una CER se lo scopo «economico-lucrativo e finalità di beneficio comune siano in un rapporto di equiordinazione» R. Piselli, *Le comunità energetiche quale modello organizzativo transipico e come la regolazione pubblica indirettamente finisce per influenzarlo*, in *Dir. soc.*, 2022, n. 4, 789.

⁵⁶ D.lgs. n. 162/2019 e d.lgs. n. 199/2021.

plina europea e nazionale sulle comunità energetiche prevedono infatti una libertà nella scelta della veste giuridica, indicando solamente che la CER deve assumere una forma giuridica il cui obiettivo principale non sia lo scopo di lucro, ma benefici sociali, economici e ambientali⁵⁷, garantisca una soggettività giuridica autonoma e la partecipazione democratica, aperta e volontaria dei suoi membri. A seconda del modello giuridico della CER, la partecipazione delle autorità locali può risultare più o meno semplice a livello burocratico. È necessario, difatti, considerare il testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, adottato con d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, che stabilisce determinati oneri nei confronti delle amministrazioni pubbliche che costituiscono o partecipano a società⁵⁸, mentre, prevede che restano ferme le disposizioni di legge riguardanti la partecipazione dalle amministrazioni

⁵⁷ L'art. 2 par. 16, lett c), dir. 2018/2001/Ue prevede, difatti, che la CER è un « soggetto giuridico: a) che, conformemente al diritto nazionale applicabile, si basa sulla partecipazione aperta e volontaria, è autonomo ed è effettivamente controllato da azionisti o membri che sono situati nelle vicinanze degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili che appartengono e sono sviluppati dal soggetto giuridico in questione; b) i cui azionisti o membri sono persone fisiche, PMI o autorità locali, comprese le amministrazioni comunali; c) il cui obiettivo principale è fornire benefici ambientali, economici o sociali». Allo stesso modo, l'art. 31, d.lgs. 199 del 2021, c. 1, lett. a) prevede che «l'obiettivo principale della comunità è quello di fornire benefici ambientali, economici o sociali a livello di comunità ai suoi soci o membri o alle aree locali in cui opera la comunità e non quello di realizzare profitti finanziari» e alla lett. b) che la CER è un soggetto di diritto autonomo e l'esercizio dei poteri di controllo fa capo esclusivamente a persone fisiche, PMI, associazioni con personalità giuridica di diritto privato, enti territoriali e autorità locali, ivi incluse le amministrazioni comunali, gli enti di ricerca e formazione, gli enti religiosi, quelli del terzo settore e di protezione ambientale nonché le amministrazioni locali contenute nell'elenco delle amministrazioni pubbliche divulgato dall'Istituto Nazionale di Statistica (di seguito: ISTAT) [...]».

⁵⁸ L'art. 1, d.lgs. 175 del 2016, prevede difatti che «le disposizioni del presente decreto hanno a oggetto la costituzione di società da parte di amministrazioni pubbliche, nonché l'acquisto, il mantenimento e la gestione di partecipazioni da parte di tali amministrazioni, in società a totale o parziale partecipazione pubblica, diretta o indiretta. 2. Le disposizioni contenute nel presente decreto sono applicate avendo riguardo all'efficiente gestione delle partecipazioni pubbliche, alla tutela e promozione della concorrenza e del mercato, nonché alla razionalizzazione e riduzione della spesa pubblica. 3. Per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato. 4. Restano ferme: a) le specifiche disposizioni, contenute in leggi o regolamenti governativi o ministeriali, che disciplinano società a partecipazione pubblica di diritto singolare costituite per l'esercizio della gestione di servizi di interesse generale o di interesse economico generale o per il perseguimento di una specifica missione di pubblico interesse; b) le disposizioni di legge riguardanti la partecipazione di amministrazioni pubbliche a enti associativi diversi dalle società e a fondazioni.»

pubbliche in enti associativi diversi dalle società ed alle fondazioni⁵⁹. L'art. 4, c. 2, lett. a), pur ammettendo la partecipazione⁶⁰ delle amministrazioni pubbliche a società per «la produzione di un servizio di interesse generale⁶¹, ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi», e al c. 7 per «la produzione di energia da fonti rinnovabili» prevede che la partecipazione nella società rispetti quanto previsto dall'art. 4, c. 1, ossia avvenga nel rispetto e per il perseguimento delle finalità istituzionali dell'amministrazione pubblica⁶². Il rispetto di tale vincolo⁶³ deve poi risultare, ai sensi dell'art. 5, dalla motivazione dell'atto deliberativo⁶⁴ con

⁵⁹ A. Persico, *Le comunità energetiche*, cit., 4 ss.

⁶⁰ L'art. 2, lett. f), d.lgs. n. 175/2016 definisce «“partecipazione” come: la titolarità di rapporti comportanti la qualità di socio in società o la titolarità di strumenti finanziari che attribuiscono diritti amministrativi»; mentre, ai sensi della lett. g) «“partecipazione indiretta”: la partecipazione in una società detenuta da un'amministrazione pubblica per il tramite di società o altri organismi soggetti a controllo da parte della medesima amministrazione pubblica».

⁶¹ Ai sensi dell'art. 2, lett. h), d.lgs. n. 175/2016 sono «servizi di interesse generale: le attività di produzione e fornitura di beni o servizi che non sarebbero svolte dal mercato senza un intervento pubblico o sarebbero svolte a condizioni differenti in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza, che le amministrazioni pubbliche, nell'ambito delle rispettive competenze, assumono come necessarie per assicurare la soddisfazione dei bisogni della collettività di riferimento, così da garantire l'omogeneità dello sviluppo e la coesione sociale, ivi inclusi i servizi di interesse economico generale».

⁶² Nel caso in cui l'ente comunale voglia costituire o partecipare ad una società deve quindi rispettare le funzioni attribuite dall'art. 13, c. 1, secondo cui «spettano al Comune tutte le funzioni amministrative che riguardano la popolazione ed il territorio comunale, precipuamente nei settori organici dei servizi alla persona e alla comunità, dell'assetto ed utilizzazione del territorio e dello sviluppo economico, salvo quanto non sia espressamente attribuito ad altri soggetti dalla legge statale o regionale, secondo le rispettive competenze» e c. 2., «il Comune, per l'esercizio delle funzioni in ambiti territoriali adeguati, attua forme sia di decentramento sia di cooperazione con altri comuni e con la provincia».

⁶³ Ai sensi dell'art. 4, d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, c. 1, «le amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società»; c. 2, «nei limiti di cui al comma 1, le amministrazioni pubbliche possono, direttamente o indirettamente, costituire società e acquisire o mantenere partecipazioni in società esclusivamente per lo svolgimento delle attività sotto indicate: a) produzione di un servizio di interesse generale, ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi; e c.7 «sono altresì ammesse le partecipazioni nelle società aventi per oggetto sociale prevalente la gestione di spazi fieristici e l'organizzazione di eventi fieristici, la realizzazione e la gestione di impianti di trasporto a fune per la mobilità turistico-sportiva eserciti in aree montane, nonché la produzione di energia da fonti rinnovabili».

⁶⁴ Art. 5. del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, c. 1, «ad eccezione dei casi in cui la costitu-

cui si decide la costituzione o la partecipazione nella società ed è sottoposto, prima della sua adozione, a forme di consultazione pubblica⁶⁵ e una volta adottato, è inviato alla Corte dei conti⁶⁶ e all’Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM)⁶⁷. Restano poi fermi gli ulteriori oneri indicati dagli articoli seguenti del testo unico.

L’amministrazione pubblica che intende quindi costituire una CER attraverso una società a partecipazione pubblica o acquisendo partecipazioni

zione di una società o l’acquisto di una partecipazione, anche attraverso aumento di capitale, avvenga in conformità a espresse previsioni legislative, l’atto deliberativo di costituzione di una società a partecipazione pubblica, anche nei casi di cui all’articolo 17, o di acquisto di partecipazioni, anche indirette, da parte di amministrazioni pubbliche in società già costituite deve essere analiticamente motivato con riferimento alla necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali di cui all’articolo 4, evidenziando, altresì, le ragioni e le finalità che giustificano tale scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria, nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato. La motivazione deve anche dare conto della compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell’azione amministrativa; c. 2 «l’atto deliberativo di cui al c. 1 dà atto della compatibilità dell’intervento finanziario previsto con le norme dei trattati europei e, in particolare, con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato alle imprese. Gli enti locali sottopongono lo schema di atto deliberativo a forme di consultazione pubblica, secondo modalità da essi stessi disciplinate».

⁶⁵ Affinché sussista la consultazione pubblica, è necessario rendere noto l’atto deliberativo attraverso la possibilità di permettere ai soggetti interessati di fornire delle proposte e suggerimenti. Non rileva l’aver organizzato campagne di sensibilizzazione, interviste o convegni per far conoscere il progetto di costituzione della CER.

C. Conti, sez. reg. tos., n. 77/2023.

⁶⁶ La Corte dei conti, ai sensi dell’art. 5, c. 3, TUSP deve verificare che «il provvedimento adottato dall’amministrazione contenga un’analitica motivazione in ordine: i. alla necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali; ii. alle ragioni e finalità che giustificano la scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria; iii. alla compatibilità con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell’azione amministrativa; iv. all’assenza di contrasto con le norme dei Trattati europei e, in particolare, con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato alle imprese». La Corte dei conti deve pronunciarsi entro sessanta giorni dalla ricezione dell’atto deliberativo, sperito il termine, l’amministrazione può procedere ugualmente. Se, invece, il parere della Corte dei conti sia in tutto o in parte negativo, l’amministrazione, previo l’obbligo di fornire una motivazione rafforzata in cui delinea specificamente le ragioni per cui desidera discostarsi, ha la facoltà di costituire la società o acquisire la partecipazione. A titolo esemplificativo, di recente, la Corte dei Conti ha riconosciuto per l’ente pubblico di partecipare a una società cooperativa, la cui costituzione è avvenuta nel rispetto delle procedure di partenariato pubblico-privato, per attivare una comunità di energia rinnovabile (Corte Conti – Sez. Regionale di Controllo per il Friuli-Venezia Giulia n. 52/2023 – PASP). L. Terenzi e I. Careddu, *Comunità energetiche*, cit., 6

⁶⁷ G. Gianni e P. Consolandi, *Le società partecipate dalle pubbliche amministrazioni: il difficile connubio tra modello pubblico e modello privato*, in *Rivista di Diritto Amministrativo*, 2020, n. 1, 87 ss.

(anche indirette, in società già costituite, deve motivare perché lo strumento societario scelto sia funzionale e indispensabile per le finalità del c. 4, non è sufficiente indicare che permette di raggiungere gli obiettivi (benefici economici, sociali, e ambientali) caratterizzanti la natura della CER⁶⁸.

Ai sensi dell'art. 2, c. 1, lett. l) del testo unico, per società si intendono gli organismi di cui al titolo V (società di persone e di capitali) e al titolo VI, capo I (società cooperative) anche aventi come oggetto sociale lo svolgimento di attività consortili, ai sensi dell'art. 2615-ter c.c. Se pertanto si ammette, in linea astratta, la partecipazione pubblica in società il cui scopo principale è la produzione di energia da fonti rinnovabili, come nel caso delle comunità di energia rinnovabile con forma giuridica di società cooperativa, tale partecipazione deve adempiere agli obblighi indicati nel testo unico. Da ciò deriva che il modello societario, come la società cooperativa indicata in astratto come il più idoneo per l'organizzazione della comunità energetica⁶⁹, corre il rischio di non essere preferito dalle amministrazioni locali italiane per le iniziative che intendono promuovere, prediligendo la forma giuridica dell'associazione riconosciuta o della fondazione⁷⁰, poiché le regole e i controlli del d.lgs. n. 175/2016, applicabili alle operazioni societarie, risultano più gravosi e comportano oneri burocratici più stringenti⁷¹.

Una possibile interpretazione per promuovere l'impiego del modello societario (come quello della cooperativa) per le comunità energetiche in cui partecipano le amministrazioni locali, potrebbe essere considerare la

⁶⁸ A. Bonafede, *La "veste giuridica" (necessariamente sartoriale) della CER*, in sito web Studio legale Bonafede, 2023. «www.studiolegalebonafede.it/2023/09/22/la-veste-giuridica-necessariamente-sartoriale-della-cer/»

⁶⁹ La caratteristica della società cooperativa di essere un modello societario aperto alla partecipazione pubblico privata, a capitale variabile attraverso la struttura a porte aperte e con finalità mutualistiche, permette di aderire appieno ai principi della CER. C. Conti, sez. reg. tos., n. 77/2023.

⁷⁰ Si parla di associazioni riconosciute, perché la partecipazione pubblica ad associazioni non riconosciute potrebbe creare maggiori problematiche, per esempio, in termini di responsabilità personale dei soci o amministratori di società e, dunque, di riflessi responsabilità in capo agli amministratori pubblici. Le associazioni riconosciute invece risulterebbero più idonee per una partecipazione del soggetto pubblico, in quanto sono dotate di personalità giuridica e autonomia patrimoniale perfetta, per cui l'associazione risponde esclusivamente con il proprio patrimonio delle obbligazioni assunte nei confronti dei terzi e dei danni a questi causati. Infatti, il T.U.S.P. prevede limitazioni all'autonomia delle pubbliche amministrazioni, allo scopo di evitare che il socio pubblico possa assumere posizioni da cui consegua una sua responsabilità illimitata per le obbligazioni della società ed inoltre questa sarebbe poco compatibile con le regole e la funzione autorizzatoria del bilancio di previsione degli enti in regime di contabilità finanziaria.

⁷¹ A. Persico, *Le comunità energetiche*, cit., 4 ss.

clausola di riserva contenuta nell'art. 5, d.lgs. n. 175/2016 secondo cui gli oneri imposti dal d.lgs. n. 175/2016 in presenza di forme societarie si applicano «ad eccezione dei casi in cui la costituzione di una società o l'acquisto di una partecipazione, anche attraverso aumento di capitale, avvenga in conformità a espresse previsioni legislative». Nel caso delle comunità energetiche costituite in forma societaria potrebbe trovare quindi applicazione l'art. 5, in ragione del fatto che il d.lgs. n. 199/2021, attua la dir. 2018/2021/UE, consentendo la partecipazione delle amministrazioni locali alle comunità di energia rinnovabile. Si attenuerebbero così anche gli oneri motivazionali in capo all'amministrazione che vuole partecipare alla CER⁷².

I rapporti poi tra il soggetto pubblico e gli altri membri della CER, nonché la composizione e funzionamento dei suoi organi, sono regolati dallo statuto in applicazione della normativa pubblicistica e privatistica relativa al modello giuridico scelto. Una ripartizione democratica dei poteri all'interno delle CER è sicuramente funzionale per garantire una gestione che tenga in considerazione ogni partecipante, anche nell'ottica di decisioni attinenti la suddivisione dei contributi economici che la CER riceve durante la sua esistenza e il suo sviluppo.

Ad ogni modo, non esiste un modello giuridico standard per le CER da adottare automaticamente in qualsiasi contesto. Ogni amministrazione comunale che voglia creare o aderire ad un CER deve valutare attentamente gli aspetti giuridici, tecnici ed economici⁷³.

Le città sono luoghi ideali per implementare innovazioni che migliorino il contesto locale. È, quindi, l'ente locale, l'amministrazione pubblica, che se assumesse una centralità nella *governance* di una comunità energetica potrebbe favorirne la territorialità e stimolare lo sviluppo dell'economia locale⁷⁴ e del benessere sociale locale⁷⁵. I comuni, infatti, conoscono maggiormente rispetto agli altri enti territoriali i territori locali, nonché le esigenze della comunità presente.

Ciò trova riscontro nel t.u. enti loc. adottato con d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 il cui art. 3, c. 2, definisce il Comune come l'ente locale che rappresenta la propria comunità, ne cura gli interessi e ne promuove lo sviluppo.

In termini più ampi, l'attività dei Comuni nel contesto dello sviluppo delle comunità energetiche rientra nel ruolo loro assegnato come enti

⁷² A. Persico, *Le comunità energetiche*, cit., 6 ss.

⁷³ C. Conti, sez. reg. tos., n. 77/2023.

⁷⁴ C. Iaione e E. De Nictolis, *Le comunità energetiche*, cit., 630

⁷⁵ V. Scipinotti, *Il ruolo degli enti locali*, in *La via italiana alle comunità energetiche*, a cura di S. Monticelli e L. Ruggeri, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2022, 109.

istituzionalmente responsabili dell'esercizio delle funzioni amministrative concernenti la popolazione e il territorio comunale⁷⁶ ai sensi del combinato disposto degli art. 114, c. 2 e 118, c. 1, Cost.⁷⁷. Lo sviluppo delle CER supportato dal Comune è, poi, in linea con gli obiettivi dei Comuni che hanno aderito al Patto dei Sindaci⁷⁸ e per quelli che hanno adottato il Piano d'azione per l'energia sostenibile e il clima (PAESC)⁷⁹.

Per lo sviluppo delle CER, il Comune può assumere diversi ruoli all'interno di una comunità energetica. In veste di "promotore dell'iniziativa", il suo obiettivo principale è comunicare alle persone del territorio comunale l'opportunità di partecipare alla comunità energetica locale, fornendo informazioni e offrendo supporto ai potenziali soggetti interessati alla costituzione della CER. Il Comune può svolgere anche la funzione di "socio fondatore" del soggetto giuridico in cui la comunità energetica si costituisce⁸⁰. Il Comune può, altresì, assumere il ruolo di "capofila o pro-

⁷⁶ Per svolgere le sue funzioni, ai sensi dell'art. 3, c. 4, TUEL, d.lgs. n. 267/2000, il Comune «gode di autonomia statutaria, autonomia normativa, autonomia organizzativa ed amministrativa, autonomia impositiva e finanziaria».

⁷⁷ Questo ruolo è particolarmente focalizzato nei settori organici dei servizi alla persona e alla comunità, nonché nella pianificazione del territorio e nella promozione dello sviluppo economico. V. Scipinotti, *Il ruolo degli enti locali*, cit., 105.

⁷⁸ Il Patto dei Sindaci rappresenta un movimento su scala globale promosso dall'Unione europea, in cui le autorità locali si impegnano a favorire pratiche energetiche sostenibili al fine di ridurre le emissioni di CO₂. Questo impegno include l'incremento dell'efficienza energetica e l'aumento della produzione di energia da fonti rinnovabili. Lanciato nel 2008 dalla Commissione europea in seguito all'approvazione del Pacchetto europeo su clima ed energia, il Patto dei Sindaci coinvolge le città firmatarie nel perseguire attivamente l'obiettivo di ridurre del 40 per cento le emissioni di gas serra entro il 2030. Tali città si impegnano ad affrontare il cambiamento climatico e a garantire un'energia sicura, sostenibile e accessibile a tutti. Affinché le buone intenzioni si traducano in azioni concrete, le città devono sviluppare un Piano d'azione per il clima e l'energia sostenibile entro due anni dall'adesione al Patto. V. Scipinotti, *Il ruolo degli enti locali*, cit., 110.

⁷⁹ Il Piano di azione per l'energia sostenibile e il clima (PAESC) costituisce il documento attraverso il quale le autorità locali delineano le strategie per conseguire gli obiettivi stabiliti dal Patto dei Sindaci in materia di clima ed energia. Tali obiettivi includono la riduzione delle emissioni di CO₂ di almeno il 40 per cento entro il 2030, l'incremento dell'efficienza energetica, l'adozione di fonti rinnovabili, nonché la preparazione del territorio alle imminenti mutazioni climatiche. Il PAESC assume pertanto una duplice funzione, rappresentando sia un insieme di azioni finalizzate alla mitigazione delle emissioni di anidride carbonica che interventi volti all'adattamento ai cambiamenti climatici. V. Scipinotti, *Il ruolo degli enti locali*, cit., 111.

⁸⁰ Quando il Comune assume il ruolo di socio promotore e fondatore, i principali passaggi da seguire sono: «- atto di indirizzo e/o delibera di costituzione di una comunità energetica con il Comune in qualità di soggetto promotore; - delibere di recepimento di

duttore” se è titolare di un impianto di produzione energetica che condivide l’energia con altri membri della comunità. Al contrario, può essere un “membro o consumatore” nel caso in cui utilizzi l’energia prodotta da impianti di cui non è proprietario. Tutti i ruoli possono anche coesistere contemporaneamente⁸¹.

In linea generale, osservando il panorama italiano delle comunità energetiche, emerge che alcune di esse si fondano sulla relazione diretta tra i cittadini e l’ente pubblico locale, che agisce come catalizzatore dell’iniziativa. In tali contesti, gli impianti vengono installati su edifici pubblici e sono fisicamente collegati alle utenze dell’ente. Altre sperimentazioni derivano dall’iniziativa di grandi attori nel settore energetico, i quali spesso coinvolgono un Comune come fulcro aggregativo del territorio in quella specifica area. In questi casi, gli impianti possono essere collocati sia su edifici forniti dalle imprese sia su edifici comunali. Alcune sperimentazioni sono state condotte da privati cittadini, senza il coinvolgimento del Comune, ma questa è un’esperienza meno diffusa, perché richiede notevoli investimenti privati per essere implementata. Il Comune, tramite la costituzione di una CER, può consentire, tra le altre cose, l’accesso all’energia per i soggetti indigenti. In questo modo, si sostituiscono le forme di sussidio diretto nel pagamento delle bollette con un accesso diretto e agevolato all’energia, oppure, si possono promuovere progetti di innovazione sociale e *social housing* che coinvolgono comunità energetiche per la condivisione dell’energia prodotta. Queste iniziative mirano a promuovere forme di solidarietà elettrica, ridurre i costi energetici per i cittadini in difficoltà e utilizzare le comunità energetiche come strumento che promuove il principio di sussidiarietà verso l’associazionismo locale. Il ruolo del Comune dovrebbe essere quello di promotore di tutte le CER presenti nel suo territorio. Ciò non solo garantisce un trattamento equo per le diverse comunità energetiche operanti sullo stesso territorio comunale, assicura inoltre che i benefici generati da tali comunità si riflettano sull’intero territorio e non restino limitati esclusivamente ai soci o ai membri della comunità stessa⁸².

atto costitutivo, statuto, regolamento, manifesto (opzionale) e contrattualistica; – avvio ed esecuzione di una fase ricognitiva ed esplorativa delle potenziali adesioni di membri o soci; – realizzazione di uno studio preliminare per stabilire la fattibilità giuridica, amministrativa, tecnica ed economica del modello di CER più confacente; – avvio della CER e della sua governance; – manifestazione di interesse per l’ampliamento della CER». *Il ruolo degli Enti locali nelle Comunità Energetiche Europee (CER)*, in *Easy supporto agli investimenti*, 2023. «www.easy.fondazioneifel.it/ifel-easy/news/dettaglio/2TfB74oBdgUANigSA0wB/Osservatorio»

⁸¹ V. Scipinotti, *Il ruolo degli enti locali*, cit., 111.

⁸² V. Scipinotti, *Il ruolo degli enti locali*, cit., 126.

Per lo sviluppo delle comunità energetiche possono giocare un ruolo chiave anche gli accordi intercomunali. È vantaggioso sottoscrivere un accordo tra più Comuni quando il territorio designato per la comunità energetica locale o la cabina primaria coinvolta si estendono tra più enti territoriali. Allo stesso modo, l'accordo può risultare opportuno se i potenziali partecipanti alla CER, che sono collegati alla medesima cabina primaria, sono residenti in diversi comuni. Inoltre, è ragionevole considerare un accordo quando i benefici locali derivanti dall'iniziativa coinvolgono più di un Comune. Un esempio concreto potrebbe essere la costruzione di nuovi servizi di trasporto locale sostenibile⁸³. I possibili modelli aggregativi tra enti locali sono previsti dal t.u. enti loc., in particolare: art. 30 per le convenzioni, art. 31 per i consorzi e art. 32 per le unioni tra comuni. Gli accordi sovra-comunali sono strumenti essenziali per sostenere, sia dal punto di vista organizzativo che economico, i processi di trasformazione energetica a livello locale in quanto, attraverso tali accordi, i Comuni mettono insieme risorse socioeconomiche, infrastrutturali, tecniche e organizzative per facilitare lo sviluppo delle comunità energetiche.

Gli accordi tra pubbliche amministrazioni risultano utili anche per evitare che l'ente locale si trovi da solo ad affrontare problemi legati alla costituzione delle CER, come quelli di carattere tecnico (es. la redazione dello studio di fattibilità), oppure di carattere amministrativo o per le attività di informazione al pubblico. A tal fine, gli enti comunali possono stipulare anche accordi di collaborazione *ex art. 15, l. 7 agosto 1990, n. 241* con altri enti locali⁸⁴ o con altre pubbliche amministrazioni⁸⁵, noti come accordi di partenariato tra pubbliche amministrazioni, per disciplinare forme di collaborazione su attività di interesse comune. Si ritiene che specialmente per i piccoli Comuni la stipula

⁸³ V. Scipinotti, *Il ruolo degli enti locali*, cit., 112

⁸⁴ Un esempio significativo in questo contesto è rappresentato dal Comune di Malgiano Alpi, il quale ha stipulato accordi, in base all'art. 15, l. n. 241/1990, con diversi piccoli Comuni per la trasmissione delle competenze gestionali e amministrative acquisite nell'ambito della realizzazione di progetti di comunità di energia rinnovabile. A. Persico, *Le comunità energetiche*, cit., 12.

⁸⁵ Un esempio sono gli accordi tra i Comuni e il GSE, affinché quest'ultimo eroghi i servizi territoriali agli enti locali per la costituzione di comunità energetiche in attuazione dell'art. 4.11 dell'allegato A della delibera ARERA 318/2020/R/eel, secondo cui «al fine di favorire la partecipazione diretta delle autorità locali e delle Pubbliche Amministrazioni (ove consentito dal decreto legge 162/19) alle comunità di energia rinnovabile, il GSE, previa consultazione, fornisce specifici servizi di assistenza territoriale profilati per tipologia di amministrazione. Tale servizio può altresì prevedere l'implementazione di portali informativi e servizi online dedicati, con la messa a disposizione di guide informative e di tool di simulazione a supporto della realizzazione di nuovi progetti.»

di accordi con altri enti locali o amministrazioni pubbliche sia fondamentale per facilitare lo sviluppo delle CER⁸⁶, proprio perché spesso sono proprio i Comuni con ridotte dimensioni a mancare di competenze progettuali, amministrative e gestionali⁸⁷.

L'importanza della collaborazione tra pubbliche amministrazioni è messa in luce anche dal principio di auto organizzazione, introdotto all'art. 7 dal nuovo codice dei contratti pubblici, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36. Il prin-

⁸⁶ A. Persico, *Le comunità energetiche*, cit., 12.

⁸⁷ Ciò che preme sottolineare è che ai sensi dell'art. 15, l. n. 241 del 1990, per la valida conclusione degli accordi tra pubbliche amministrazioni, questi devono «disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune, inoltre, le attività non devono avere natura patrimoniale ed astrattamente reperibile presso privati» (Cons. St., sez. III, n. 6034/2021). La giurisprudenza ammette che per la stipula di tali accordi, sia sufficiente realizzare «un partenariato su ambiti di materie di interesse comune, funzionale al miglior svolgimento della pubblica funzione ovvero ad una più efficiente ed economica gestione di servizi pubblici di cui abbiano assunto la titolarità» (Cons. St., sez. VI, n. 7373/2020). È pertanto necessario che sussista un'attività di interesse comune affinché due pubbliche amministrazioni, come ad esempio due Comuni che si trovano in due Regioni diverse, possano collaborare. La materia della transizione energetica potrebbe considerarsi un'attività di interesse comune che rende possibile la stipula di tali accordi. Rimane invariato il fatto che, anche volendo considerare integrati i presupposti «sull'interesse comune» per ricorrere agli accordi in questione in modo da diffondere conoscenze e competenze tra amministrazioni comunali, tali accordi non possono riguardare attività di consulenza con natura patrimoniale altrimenti reperibile sul mercato. È quindi esclusa qualsiasi forma di corrispettivo economico nei confronti dell'amministrazione che condivide la propria esperienza (Cons. St., sez. V, n. 3849/2013). A. Persico, *Le comunità energetiche*, cit., p. 13. Difatti, il parere della Corte dei Conti – Sezioni riunite in sede di controllo del 27/07/2018 prevede che «nell'ambito dell'accordo tra amministrazioni (ex art. 15, l. 241/90), i movimenti finanziari tra i soggetti potranno configurarsi solo come mero ristoro dei costi funzionali all'attuazione degli obiettivi previsti dall'accordo (al di fuori, quindi del perimetro delle spese di personale e delle altre ordinarie di funzionamento che comunque l'ente deve sostenere) e non come corrispettivo per i servizi resi (deve quindi escludersi l'utile d'impresa) e comunque non a carico di una sola delle parti contraenti».

La giurisprudenza del TAR, in conclusione, ha poi precisato che «qualora non sia riscontrabile l'interesse comune tra pubbliche amministrazioni, cioè una cooperazione tra enti pubblici finalizzata a garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune a questi ultimi, o qualora le prestazioni da affidare abbiano natura patrimoniale e siano astrattamente reperibili presso privati, non è configurabile un accordo ai sensi dell'art. 15 della l. 241/90, non essendo ammissibile l'affidamento diretto ad altra amministrazione, ma occorre indire una procedura selettiva pubblica». TAR Palermo, sez. I, 24 settembre 2019, n. 2259). Pertanto, l'utilizzo agevole dell'art. 15, l. n. 241/90 negli accordi tra Pubbliche Amministrazioni è soggetto ad alcune limitazioni, la comprensione delle quali richiede un'analisi approfondita del contesto normativo di riferimento. L. Capozzo e A. Gorga, *Gli accordi ex art. 15 della legge 241/90 quali strumenti di regolazione dei rapporti tra una pubblica amministrazione e un ente pubblico di ricerca*, in *Rivista Amministrazione e Contabilità*, 2021.

cipio prevede l'esercizio della discrezionalità da parte delle amministrazioni pubbliche per organizzare l'esecuzione di lavori o la prestazione di servizi. Il soggetto pubblico è libero di scegliere tra tre soluzioni che il codice, in chiave innovativa, considera equipollenti: l'auto-produzione (e dunque l'attività in economia diretta o tramite società *in house*); l'esternalizzazione (attraverso appalti ed affidamenti al terzo settore) e al c. 4, proprio la cooperazione tra pubbliche amministrazioni di tipo collaborativo⁸⁸. Tale previsione codicistica è volta all'applicazione del "principio del risultato" (da intendersi in un'ottica non meramente economicistica ma, piuttosto, in termini di capacità di produrre maggiori vantaggi per la collettività) che rappresenta un significativo "criterio orientativo" per l'esercizio della discrezionalità amministrativa nella autonomia organizzativa della pubblica amministrazione al fine di individuare, nel caso concreto, la migliore soluzione tra le tre alternative, come, per l'appunto, quella della collaborazione con altre pubbliche amministrazioni, previo provvedimento motivato, per l'esecuzione e gestione di un'attività di interesse pubblico⁸⁹.

Un altro ruolo fondamentale del Comune è quello di aumentare la consapevolezza e l'alfabetizzazione sul tema delle CER nei confronti dei cittadini e delle imprese del territorio⁹⁰. La rilevanza dello scambio di informazione⁹¹ è fondamentale per garantire una conoscenza partitativa tra sog-

⁸⁸ L'art. 7, c. 4, del Codice dei contratti pubblici, d.lgs. n. 36 del 2023, prevede, di fatti, che «la cooperazione tra stazioni appaltanti o enti concedenti volta al perseguimento di obiettivi di interesse comune non rientra nell'ambito di applicazione del codice quando concorrono tutte le seguenti condizioni: a) interviene esclusivamente tra due o più stazioni appaltanti o enti concedenti, anche con competenze diverse; b) garantisce la effettiva partecipazione di tutte le parti allo svolgimento di compiti funzionali all'attività di interesse comune, in un'ottica esclusivamente collaborativa e senza alcun rapporto sinallagmatico tra prestazioni; c) determina una convergenza sinergica su attività di interesse comune, pur nella eventuale diversità del fine perseguito da ciascuna amministrazione, purché l'accordo non tenda a realizzare la missione istituzionale di una sola delle amministrazioni aderenti; d) le stazioni appaltanti o gli enti concedenti partecipanti svolgono sul mercato aperto meno del 20 per cento delle attività interessate dalla cooperazione».

⁸⁹ S. Dota e A. Di Bari, *Le principali novità del nuovo codice dei contratti*, in sito web ANCI, 2023. «www.anci.it/wp-content/uploads/Quaderno-Operativo-n.-43-Le-Principali-Novita%CC%80-del-Nuovo-Codice-dei-Contratti_DEF.pdf»

⁹⁰ C. Croce, *Accordi intercomunali e intra-comunali*, a cura di S. Monticelli e L. Ruggeri, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2022, 260.

⁹¹ L'importanza dello scambio di informazioni si evince dal punto 18 della dir. 2018/2001/UE che prevede «gli Stati membri, se del caso di concerto con le autorità locali e regionali, elaborano programmi adeguati d'informazione, sensibilizzazione, orientamento o formazione al fine di informare i cittadini sulle modalità di esercizio dei loro diritti in quanto clienti attivi e sui benefici e sugli aspetti pratici, compresi gli aspetti tecnici e finanziari, dello

getto pubblico e privato sulla disciplina delle comunità energetiche al fine di poter sviluppare i progetti sulle CER. Per agevolare l'informazione gli enti locali potrebbero pubblicare i progetti di realizzazione delle CER sui loro siti istituzionali in attuazione del principio di trasparenza *ex d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33*, oppure, utilizzare piattaforme digitali o *social media* per raggiungere un numero più ampio di cittadini. Le informazioni poi devono essere chiare e comprensibili in modo da rispettare la democraticità che caratterizza le CER e garantire la possibilità di partecipazione di tutti i cittadini e non esclusivamente di quelli più inseriti nella vita politica e sociale dei comuni. Ciò permette la realizzazione di una vera e concreta cittadinanza attiva.

Ci sono Regioni⁹² che hanno inoltre disciplinato con proprie leggi le modalità di partecipazione dei Comuni alle comunità energetiche⁹³. Il potere di legiferare in tema di comunità energetiche è attribuito alle Regioni ai sensi dell'art. 117, c. 3, Cost., secondo cui «la produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia»⁹⁴ rientra nella competenza concor-

sviluppo e dell'impiego di energia da fonti rinnovabili, incluso l'autoconsumo di energia rinnovabile o l'utilizzo nell'ambito delle comunità di energia rinnovabile».

⁹² Legislazione regionale in tema di comunità energetiche si compone della seguente normativa: Abruzzo – l. rg. 17 maggio 2022, n. 8; Calabria – l. rg. 10 novembre 2020, n. 25; Campania – l. rg. 29 dicembre 2020, n. 38; Emilia-Romagna – l. rg. 27 maggio 2022, n. 5; Liguria – l. rg. 6 luglio 2020, n. 13; Marche – l. rg. 11 giugno 2021, n. 10; Piemonte – l. rg. 3 agosto 2018, n. 12, DGR 8 marzo 2019, n. 18-8520; Puglia – l. rg. 9 agosto 2019, n. 45, DGR Puglia 7 agosto 2020, n. 1346, DGR 9 luglio 2020, n. 74; Veneto – l. rg. 5 luglio 2022, n. 16; Lombardia – l. rg. 23 febbraio 2022, n. 2; Sardegna – deliberazione 25 febbraio 2022, n. 6/20; Basilicata – l. rg. 16 giugno 2022, n. 12; Toscana – l. rg. 28 novembre 2022, n. 42. *Comunità energetiche e regioni: lo stato dell'arte*, in *Regalgrid*, www.regalgrid.com/magazine/comunita-energetiche-e-regioni-lo-stato-dellarte.

⁹³ A. Persico, *Le comunità energetiche*, cit., 7

⁹⁴ Dopo la riforma del Titolo V, con la l. cost. n. 3 del 2001 che ha posto la «produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia» nella competenza concorrente tra Stato e Regioni, la dottrina si è interrogata se in questa espressione rientrassero anche tutte le altre attività della filiera energetica come l'importazione, l'esportazione, lo stoccaggio, la vendita e la raffinazione. Si è deciso che tale espressione comprendesse il concetto di «governo dell'energia» nel suo complesso, perché altrimenti le fasi sopra descritte sarebbero dovute rientrare nella competenza generale residuale delle Regioni. Ciò trova conferme anche nella sentenza della Corte Costituzionale n. 383 del 2005, con cui la Corte ha ritenuto che la suddetta espressione corrispondesse alle nozioni di settore energetico e politica energetica nazionale, e pertanto la voce costituzionale dell'art. 117, c. 3, ricomprenderebbe qualsiasi fonte di energia (anche l'energia rinnovabile) e la «distribuzione locale dell'energia» sulla base del fatto che le reti locali sono un'articolazione della rete di distribuzione nazionale disciplinata dalla legge statale, eliminando così ciò che potesse rientrare nella competenza legislativa generale residuale delle Regioni *ex art. 117, c. 4. G. Provvvisorio, L'energia, le comunità energetiche rinnovabili*

innovazione e sostenibilità nel settore energetico

rente⁹⁵ dello Stato e delle Regioni⁹⁶. Nella materia delle comunità energetiche, quindi, allo Stato spetta la determinazione dei principi fondamentali, mentre, alle Regioni la disciplina di dettaglio in conformità a quanto stabilito a livello nazionale⁹⁷. Le modalità specifiche di intervento e coinvolgimento delle amministrazioni locali sono delineate nelle leggi regionali che identificano strumenti per promuovere la cooperazione orizzontale per la realizzazione di progetti energetici⁹⁸. Alcune di queste come quelle delle Regioni Puglia e Piemonte, stabiliscono anche i criteri per la redazione del bilancio energetico delle comunità energetiche; i criteri e le caratteristiche del documento strategico delle comunità energetiche, che descrive le azioni da intraprendere per ridurre i consumi energetici da fonti non rinnovabili e l'efficiamento dei consumi energetici; nonché le modalità di sostegno finanziario alla costituzione delle comunità energetiche⁹⁹ e la possibilità di stipulare convenzioni con l'ARERA per migliorare la gestione e l'utilizzo delle reti¹⁰⁰.

Le leggi regionali prevedono anche forme di supporto economico complementari agli incentivi previsti dal quadro legislativo e regolatorio nazionale. Prevedono, dunque, meccanismi integrativi di incentivi in

e le regioni, in *Il Futuro delle comunità energetiche*, a cura di E. Salvatore, Milano, Giuffrè, 2023, 74 ss.

⁹⁵ La riforma costituzionale 2001 del Titolo V ha derogato la Legge Bassanini (legge delega n. 59 del 1997 e d.lgs. n. 112 del 1998) che aveva attribuito la materia energetica alla competenza esclusiva dello stato, disponendo che per tutte le funzioni attinenti al settore energetico (anche per quelle relative alle fonti rinnovabili) che non avessero rilievo nazionale, la competenza residuava in campo alle Regioni. G. Provisiero, *op. cit.*, 72 ss.

⁹⁶ G.A. Ruscitti, *La disciplina giuridica delle comunità energetiche*, cit., 47

⁹⁷ La direttiva 2018/2001/UE impone rigorosi requisiti sia per il regime giuridico delle comunità energetiche che per i principi di implementazione, a livello sia nazionale che regionale. Esclude chiaramente la possibilità di regimi normativi discriminatori per le attività, i diritti e gli obblighi delle comunità, che possono agire come consumatori finali, produttori, fornitori o gestori del sistema di distribuzione. Il quadro normativo deve promuovere lo sviluppo delle comunità senza introdurre nuovi ostacoli normativi o amministrativi ingiustificati. Tuttavia, si riscontrano maggiori criticità a livello regionale rispetto a quello statale. G.A. Ruscitti, *op. cit.*, 49.

⁹⁸ A. Persico, *Le comunità energetiche*, cit., 7.

⁹⁹ Si veda a titolo esemplificativo l'art. 4, l. rg. n. 45/2019 della Regione Puglia. V. Caforio e V. Scipinotti, *Best practice italiane*, in *La via italiana alle comunità energetiche*, a cura di S. Monticelli e L. Ruggeri, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2022, 174.

¹⁰⁰ Si veda a titolo esemplificativo l'art. 3, lett. a), l. rg. n. 12/2018 della Regione Piemonte. V. Caforio e V. Scipinotti, *Best practice italiane*, cit., 172

conto capitale, di accesso al credito o forme di finanziamento condiviso per promuovere gli interventi di riqualificazione energetica per una massimizzazione dell'energia condivisa o per interventi a favore della mobilità sostenibile e per sostenere la realizzazione delle comunità energetiche. Un altro ruolo fondamentale che potrebbero assumere le Regioni è quello di sensibilizzare i consumatori finali (ovvero cittadini e imprese) al tema delle CER, attraverso sportelli informativi o predisposizione di linee guida¹⁰¹.

A livello statale, invece, l'incentivazione alla costituzione delle CER avviene principalmente attraverso il Piano nazionale integrato per l'energia e il clima (PNIEC) e il Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) diretti, in particolare, a sostenere i Comuni di dimensione ridotte che avrebbero più difficoltà nel finanziare la transizione energetica. Il PNIEC¹⁰² promuove l'istituzione delle CER con particolare attenzione ai piccoli comuni, al fine di evitare inefficienze nello sviluppo della rete energetica.

Questo piano, infatti, prevede che le comunità di energia rinnovabile saranno supportate prioritariamente per la valorizzazione della rete elettrica esistente. Le CER costituiranno un mezzo per sostenere le economie dei piccoli comuni, offrendo opportunità per la produzione e il consumo locale di energia rinnovabile. Inoltre, rivestiranno un ruolo significativo per il consenso locale, facilitando l'autorizzazione e la realizzazione degli impianti e delle infrastrutture¹⁰³. Il PNRR, approvato a luglio 2021, assegna nella missione 2 – “Rivoluzione verde e transizione ecologica” un finanziamento di € 2,2 miliardi per sostenere la realizzazione di impianti fotovoltaici, configurazioni di autoconsumo collettivo e comunità energetiche¹⁰⁴.

4. Contratti pubblici e comunità energetiche

Le CER costituiscono una nuova forma di partenariato pubblico-privato basato sul principio di sussidiarietà orizzontale ai sensi dell'art. 118, c. 4,

¹⁰¹ V. Caforio e V. Scipinotti, *Best practice italiane*, cit., 171 ss.

¹⁰² Il Piano nazionale integrato per l'energia e il clima è stato pubblicato il 21 gennaio 2020 dal Ministero dello sviluppo economico, predisposto con il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti. Il Piano recepisce gli obiettivi del “Green Deal europeo” e pianifica la politica energetica e ambientale italiana per perseguire la decarbonizzazione. V. Scipinotti, *Il ruolo degli enti locali*, cit., 113.

¹⁰³ V. Scipinotti, *Il ruolo degli enti locali*, cit., 113

¹⁰⁴ G. Provisiero, *L'energia, le comunità energetiche rinnovabili e le regioni*, cit., 72; A. Aquili, *Comunità energetiche*, cit., 839.

Cost., che richiede agli enti territoriali di promuovere l'iniziativa autonoma dei cittadini per svolgere attività di interesse generale. Questo modello si spinge sulla strada virtuosa dell'avvicinamento del cittadino alle imprese e alle amministrazioni, soprattutto comunali, per far fronte al fabbisogno energetico e realizzare vantaggi sociali, economici, ambientali a favore della comunità e del territorio locale. Questa collaborazione implica un'espansione della partecipazione individuale, senza che ciò comporti una riduzione delle responsabilità degli enti pubblici, i quali continuano a svolgere un ruolo attivo nella promozione e nell'intervento diretto delle iniziative¹⁰⁵.

Pertanto, è essenziale comprendere le caratteristiche peculiari di questa forma innovativa di partenariato nel settore energetico e il ruolo specifico degli enti locali nello sviluppo delle comunità energetiche rinnovabili. Come già menzionato, un singolo Comune può, alternativamente: proporre la creazione di una comunità energetica e parteciparvi sia come produttore che come consumatore di energia o solamente come consumatore; promuovere l'istituzione di una comunità energetica senza farne parte, oppure unirsi a una comunità energetica già esistente e diventarne membro. Una disposizione comune nelle leggi regionali prevede che i Comuni interessati a costituire o aderire a una comunità energetica devono adottare un protocollo d'intesa specifico¹⁰⁶. Tale protocollo può coinvolgere sia un soggetto pubblico che privato e deve essere redatto in base ai criteri stabiliti dalla giunta regionale, sentita la commissione consiliare competente¹⁰⁷. I protocolli possono riguardare la sola costituzione delle comunità energetiche o comprendere aspetti più ampi legati alla promozione delle energie rinnovabili¹⁰⁸.

¹⁰⁵ C. Mari, *Le comunità energetiche*, cit., 113.

¹⁰⁶ Tra le leggi regionali che prevedono l'adozione del protocollo d'intesa si menzionano: l. rg. del Piemonte n. 12/2018, l. rg. della Puglia n. 45/2019; art. 20 della legge di bilancio regionale 2021 della Campania, l. rg. n. 1/2020 del Lazio. V. Caforio e V. Scipinotti, *Best practice italiane*, cit., 172 ss.

¹⁰⁷ Si veda a titolo esemplificativo l'art. 1, c. 2, l. rg. Piemonte, n. 12/2018 e l'art. 1, c. 2, l. rg. Liguria, n. 13/2020, secondo cui «i Comuni che intendono proporre la costituzione di una comunità energetica, oppure aderire a una comunità energetica esistente, adottano uno specifico protocollo d'intesa, redatto sulla base dei criteri adottati con provvedimento della Giunta regionale entro novanta giorni dall'entrata in vigore della legge, sentita la commissione consiliare competente».

¹⁰⁸ In questo caso, le parti si impegnano ad effettuare uno studio di fattibilità con la progettazione e la stima dei costi dell'intervento di realizzazione di una CER, del possibile modello di CER da adottare e tra gli altri aspetti possono, ad esempio, prevedere un sistema di ricarica elettrica per i veicoli elettrici, stabilendo dove collocare le colonnine di ricarica, alimentate dall'energia immessa in rete prodotta dalla CER. I protocolli sono dunque uno

Quando un ente locale intende istituire una comunità, può fare riferimento anche alla normativa presente nel codice dei contratti pubblici, il quale contempla tre diverse modalità di indagine atte a favorire la creazione di futuri rapporti per la costituzione di comunità energetiche. La prima consiste nella manifestazione di interesse, uno strumento informativo collegato a una procedura negoziata per l'affidamento di contratti sottosoglia. Mediante la pubblicazione di un avviso, l'ente appaltante comunica l'oggetto contrattuale e sollecita gli operatori economici a presentare la propria richiesta di partecipazione alla futura gara, svolta tramite procedura negoziata. In questa fase preliminare, non è strettamente necessario che gli aspiranti offerenti già possiedano i requisiti di partecipazione, a meno che l'ente appaltante non abbia precedentemente stabilito tale condizione. Le norme di riferimento per individuare i requisiti degli operatori economici sono l'art. 65 e gli artt. dal 94 al 98, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, noto come Codice dei contratti pubblici. Secondo tali disposizioni, l'operatore economico¹⁰⁹ può essere una persona fisica, con partita Iva iscritta ad un albo professionale, una ditta individuale iscritta alla camera di commercio, una società di persone, una società di capitali, oppure un ente pubblico e le relative associazioni temporanee di impresa. È importante sottolineare che l'ente appaltante ha ampia discrezionalità nella selezione degli operatori economici da invitare alle procedure negoziate sotto la soglia stabilita¹¹⁰.

Per lo sviluppo delle CER, il Comune può pubblicare una manifestazione di interesse con differenti obiettivi. Un avviso di manifestazione di interesse per attività di consulenza e collaborazione per supportare lo sviluppo delle comunità energetiche¹¹¹, in questo caso il Comune delinea i requisiti

strumento di collaborazione pubblico – privato per individuare le migliori modalità per la costituzione delle comunità energetiche.

Riguardo la natura giuridica dei protocolli, si ritiene che non siano dei veri accordi tra amministrazioni pubbliche e privati ai sensi dell'art. 11, l. n. 241/1990, né accordi di programma ex art. 34 del Testo Unico degli enti locali n. 267 del 2000. La carenza di quest'esatta qualificazione potrebbe rendere difficoltosa la realizzazione di questa effettiva collaborazione tra i soggetti coinvolti che andrà quindi verificata attraverso l'esperienza pratica della loro attuazione. C. Mari, *Le comunità energetiche*, cit., 125.

¹⁰⁹ L'allegato A I.1, lett. I) del d.lgs. 36/2023 prevede che "operatore economico" sia «qualsiasi persona o ente, anche senza scopo di lucro, che, a prescindere dalla forma giuridica e dalla natura pubblica o privata, può offrire sul mercato, in forza del diritto nazionale, prestazioni di lavori, servizi o forniture corrispondenti a quelli oggetto della procedura di evidenza pubblica».

¹¹⁰ V. Scipinotti, *Il ruolo degli enti locali*, cit., 100.

¹¹¹ Un avviso per la manifestazione di interesse con tali caratteristiche è stato ad esempio pubblicato dal Comune di Vigonza, in provincia di Padova. V. Scipinotti, *Il ruolo degli*

per la partecipazione, cercando soggetti privati qualificati con competenze tecniche, operative ed economico-finanziarie nel settore energetico e nei progetti legati alle comunità energetiche¹¹².

L'obiettivo è supportare il Comune nelle attività preliminari alla costituzione delle CER. Tra le attività richieste vi sono l'assistenza tecnica nell'implementazione della comunità energetica, il supporto tecnico ai dipendenti comunali, cittadini e alle piccole e medie imprese locali, lo svolgimento di attività di sensibilizzazione per la comunità. Inoltre, si richiede la predisposizione di documenti essenziali per la costituzione delle comunità energetiche, come l'atto costitutivo e lo statuto. L'avviso di manifestazione di interesse¹¹³ può altresì essere impiegato per individuare cittadini interessati e soggetti privati *profit* o *non profit*, a costituire una comunità di energia rinnovabile. Nel documento, vengono richiesti i dati anagrafici ed alcune informazioni tecniche relative all'utenza, tra cui il punto di prelievo dell'elettricità, al fine di identificare la posizione geografica in cui l'energia elettrica viene prelevata dall'utente.

La seconda modalità di indagine contemplata dal codice dei contratti pubblici consiste nella pubblicazione di un avviso o di un bando. Questa forma di indagine rappresenta una fase preliminare ad una procedura ristretta, come indicato dall'art. 72 del codice, o a una procedura negoziata competitiva con negoziazione, come previsto dall'art. 73. In questo contesto, il bando di gara presenta elementi di preselezione, ma a differenza della manifestazione di interesse, individua già una fase effettiva della gara, ossia quella di prequalificazione. In tale circostanza, il possesso dei requisiti deve essere posseduto sia nella fase preliminare che in quella concorsuale. Pur mantenendo alcune caratteristiche dell'indagine, come l'esplorazione e la verifica del mercato, il bando assume più chiaramente il ruolo di una vera fase, sebbene distinta dalla procedura principale di gara¹¹⁴.

enti locali, cit., 103. In questo caso il Comune cerca un soggetto privato esperto nel settore energetico per il ruolo di attuatore, gestore o facilitatore della CER, quindi di supporto al Comune per la costituzione della comunità energetica. A. Persico, *Le comunità energetiche*, cit., 8. Un esempio è Enel X che opera mediante un contratto di servizio per la creazione, gestione e sviluppo delle CER. Specificatamente, può predisporre la documentazione necessaria (es. lo statuto), realizzare gli impianti, occuparsi delle analisi dei consumi energetici. Nelle CER, difatti, le imprese private possono sia partecipare come membri della CER, oppure operare all'esterno per favorirne lo sviluppo. C. Mari, *Le comunità energetiche*, cit., 124.

¹¹² V. Scipinotti, *Il ruolo degli enti locali*, cit., 103.

¹¹³ Tipicamente, questa manifestazione di interesse prevede un periodo di affidamento dell'incarico limitato a tre anni, conformemente agli accordi o convenzioni stipulati tra le pubbliche amministrazioni.

¹¹⁴ V. Scipinotti, *Il ruolo degli enti locali*, cit., 100.

Una terza forma di indagine è rappresentata dal dialogo tecnico non competitivo, identificato dall'art. 77 del codice come «consultazioni preliminari di mercato» e dettagliato nelle linee guida dell'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) del 2019¹¹⁵. Si tratta di un dialogo tecnico preliminare non competitivo, distinto dalla procedura di gara del dialogo competitivo ai sensi dell'art. 74 del codice dei contratti pubblici, che le stazioni appaltanti possono avviare con l'obiettivo di ottenere consulenze utili per la preparazione del capitolato tecnico, purché tali interazioni non compromettano la concorrenza. In questa fase, emerge una distinzione significativa rispetto alle modalità di indagine menzionate in precedenza: le consultazioni preliminari non hanno lo scopo di preselezione o prequalificazione, ma mirano esclusivamente a scopi informativi preliminari e alla preparazione degli aspetti tecnici del successivo appalto futuro. Di conseguenza, in questa circostanza, non è richiesto che l'amministrazione aggiudicatrice verifichi il possesso dei requisiti generali e speciali. È importante notare che, pur essendo un'indagine, questa procedura non condivide con le prime due tipologie di indagine descritte in precedenza l'obiettivo preselettivo, che è invece una caratteristica essenziale per la manifestazione di interesse e l'avviso. L'indagine preliminare prepara il terreno per un affidamento diretto. La descrizione di questa attività esplorativa e di consultazione del mercato è chiaramente delineata nelle linee guida ANAC, dove si specifica che la stazione appaltante può acquisire informazioni, dati e documenti per identificare le soluzioni presenti sul mercato per soddisfare i propri bisogni e coinvolgere i potenziali affidatari

Per la costituzione di una CER, emerge l'importanza anche del partenariato pubblico-privato (PPP). Il PPP è una forma di cooperazione tra il soggetto pubblico e quello privato finalizzato alla realizzazione di progetti di interesse pubblico, in particolare per la realizzazione di un'opera o la gestione di un servizio. La produzione, l'accumulo e la vendita di energia da fonti rinnovabili può essere oggetto del PPP, proprio perché è stata riconosciuta dalla giurisprudenza come un'attività di interesse pubblico¹¹⁶.

¹¹⁵ Linee guida n. 14 recanti «Indicazioni sulle consultazioni preliminari di mercato» adottate dall'ANAC con delibera del 6 marzo 2019, n. 161.

¹¹⁶ Si veda Cons. St., sez. VI, n. 1201/2016; Cons St., sez. IV, n. 2983/2021; Cons St., sez. IV, n. 2242/2022, con cui si qualifica in giurisprudenza la produzione di energia da fonti rinnovabili come attività di interesse pubblico. Inoltre, «la condivisione, l'accumulo e la vendita della stessa (a condizione che avvenga nel rispetto dell'art. 31, d.lgs. n. 199/2021) possono assolvere ad una finalità pubblica purché si dimostri che si tratta di attività di produzione e fornitura di un bene (nel caso di specie l'energia elettrica) che in relazione al territorio di riferimento, non sarebbe svolta dal mercato senza un intervento pubblico o sarebbe espletata a condizioni differenti in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discri-

innovazione e sostenibilità nel settore energetico

Attraverso il PPP, l'ente pubblico può impiegare risorse sia pubbliche che private per favorire la transizione energetica a livello locale. Difatti, con il PPP, i Comuni possono sfruttare competenze specializzate e utilizzare le tecnologie provenienti dal settore privato per trovare soluzioni innovative adatte al contesto locale, nonché impiegare risorse finanziarie del settore privato, gravando meno sul bilancio pubblico locale.

Il PPP è stato introdotto nel 2004 a livello europeo con il Libro Verde¹¹⁷, che detta le caratteristiche principali, quali: la partecipazione del privato in ogni fase della creazione dell'infrastruttura e nella fornitura dei servizi; una durata medio lunga della collaborazione; il finanziamento sostenuto in tutto o in parte dal privato; un'allocazione dei rischi principalmente sul soggetto privato, in particolare del rischio operativo (legato alla realizzazione dell'opera o gestione del servizio); l'equilibrio economico-finanziario caratterizzato, da un lato, dalla convenienza economica (ossia la capacità di creare valore per la durata del contratto e di generare un livello di redditività proporzionato al capitale investito) e dall'altro, dalla sostenibilità finanziaria (intesa come la capacità del progetto di generare flussi monetari adeguati per garantire il rimborso dei finanziamenti); infine, dal modulo procedimentale aperto, nel senso che la cooperazione tra soggetto pubblico e privato del PPP può portare alla conclusione di molteplici schemi contrattuali per la realizzazione dell'operazione oggetto del partenariato. Il Libro verde distingue poi tra PPP contrattuale e PPP istituzionalizzato. Il primo è un accordo tra le diverse parti coinvolte, che implica l'affidamento all'imprenditore privato dell'attività di progettazione, realizzazione e gestione di un'opera pubblica o di un servizio. Questo modello prevede altresì che l'imprenditore si assuma l'onere di trovare le risorse finanziarie e gestire complessivamente i rischi associati alla costruzione e allo sfruttamento economico dell'infrastruttura. Il secondo, invece, consiste in forme di collaborazione che si concretizzano attraverso la costituzione di una nuova entità giuridica separata, di solito una società, in cui sia l'amministrazione pubblica che gli investitori privati

minazione, qualità e sicurezza, e che il Comune, nell'ambito delle competenze attribuite dalla legge, assume come necessaria per assicurare la soddisfazione dei bisogni della collettività (C. Conti, sezione regionale di controllo per la Lombardia, deliberazione n. 201/2017/PAR)» A. Mura, *Il nuovo codice appalti e le CER: quali aspetti considerare per le procedure di evidenza pubblica?*, atti del convegno della 5° giornata di approfondimento 2023 organizzato dall'Osservatorio Provinciale Appalti Pubblici Modena

¹¹⁷ Il Libro Verde presentato il 30 aprile 2004 definisce il partenariato pubblico-privato proprio come «forme di cooperazione tra le autorità pubbliche e il mondo delle imprese che mirano a garantire il finanziamento, la costruzione, il rinnovamento, la gestione o la manutenzione di un'infrastruttura o la fornitura di un servizio».

partecipano congiuntamente al capitale, per la realizzazione di un'opera o la fornitura di un servizio a beneficio del pubblico¹¹⁸. Il PPP è stato poi recepito dagli artt. 179 – 199 del Codice dei contratti pubblici e definito come un contratto, contrariamente a quanto previsto dallo stesso Libro verde, secondo cui il PPP è una forma di cooperazione che dà vita a differenti schemi contrattuali¹¹⁹.

Il partenariato pubblico-privato è stato recentemente innovato nel nuovo Codice dei contratti pubblici, con il d.lgs. n. 36/2023 che introduce per la prima volta una disciplina organica del PPP attraverso gli artt. 174 e 175. In particolare, il nuovo codice definisce, in linea con quanto previsto dal Libro verde, il PPP come un'«operazione economica» e non più come un contratto¹²⁰. Tale definizione è funzionale a rendere più agevole il ricorso

¹¹⁸ A. Mura, *Il nuovo codice appalti e le CER*, cit.

¹¹⁹ Il primo recepimento del partenariato pubblico-privato è avvenuto con l'art. 3, c. 15 ter, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/Ce e 2004/18/Ce), secondo cui i «contratti di partenariato pubblico-privato sono contratti aventi per oggetto una o più prestazioni quali la progettazione, la costruzione, la gestione o la manutenzione di un'opera pubblica o di pubblica utilità, oppure la fornitura di un servizio, compreso in ogni caso il finanziamento totale o parziale a carico di privati, anche in forme diverse, di tali prestazioni, con allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti. Rientrano, a titolo esemplificativo, tra i contratti di partenariato pubblico-privato la concessione di lavori, la concessione di servizi, la locazione finanziaria, il contratto di disponibilità, l'affidamento di lavori mediante finanza di progetto, le società miste. Possono rientrare altresì tra le operazioni di partenariato pubblico-privato l'affidamento a contraente generale ove il corrispettivo per la realizzazione dell'opera sia in tutto o in parte posticipato e collegato alla disponibilità dell'opera per il committente o per utenti terzi». Il d.lgs. n. 163/2016 è stato poi abrogato dal successivo Codice dei contratti pubblici con il d.lgs. n. 50 del 2016. Ai sensi dell'art. 180, c. 1, d.lgs. n. 50 del 2016, il contratto di partenariato è definito all'art. 3, c. 1, lett. e), come «il contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto con il quale una o più stazioni appaltanti conferiscono a uno o più operatori economici per un periodo determinato in funzione della durata dell'ammortamento dell'investimento o delle modalità di finanziamento fissate, un complesso di attività consistenti nella realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un'opera in cambio della sua disponibilità, o del suo sfruttamento economico, o della fornitura di un servizio connessa all'utilizzo dell'opera stessa, con assunzione di rischio secondo modalità individuate nel contratto, da parte dell'operatore».

¹²⁰ L'art. 174, c. 1, d.lgs. n. 36/2023 definisce: «il partenariato pubblico-privato è un'operazione economica in cui ricorrono congiuntamente le seguenti caratteristiche: a) tra un ente concedente e uno o più operatori economici privati è instaurato un rapporto contrattuale di lungo periodo per raggiungere un risultato di interesse pubblico; b) la copertura dei fabbisogni finanziari connessi alla realizzazione del progetto proviene in misura significativa da risorse reperite dalla parte privata, anche in ragione del rischio operativo assunto dalla medesima; c) alla parte privata spetta il compito di realizzare e gestire il progetto, mentre alla parte pubblica quello di definire gli obiettivi e di verificarne l'attuazione; d) il rischio

a forme di PPP, dove non è più necessario stipulare un contratto con contenuti rigidamente definiti. Difatti, la nuova disciplina sottolinea la natura di operazione economica del partenariato pubblico-privato, evidenziando la complessità di questo fenomeno, che si basa sulla logica del trasferimento del rischio operativo, interamente o in parte (ma comunque in modo significativo) all'operatore privato. La definizione evidenzia che la collaborazione tra il settore pubblico e gli operatori privati deve necessariamente perseguire finalità di interesse generale, rispettando vincoli di bilancio e valorizzando il contributo dei soggetti privati in termini di apporto finanziario e competenze specifiche¹²¹. L'art. 174, c. 3¹²², chiarisce che da questa cooperazione, il PPP può portare alla conclusione di diversi tipi di contratto come la concessione, la locazione finanziaria, il contratto di disponibilità. Ciò che appare di particolare rilevanza nel terzo comma, non è l'indicazione dei possibili contratti oggetto del PPP, ma soprattutto il concepire il PPP come una fattispecie aperta, predisposta per adottare soluzioni atipiche, a condizione che soddisfino interessi meritevoli di tutela e rispettino le caratteristiche delineate al primo comma¹²³. La relazione illustrativa¹²⁴ del Consiglio di Stato spiega proprio che attraverso il PPP si introduce un ampio rinvio alla capacità generale del diritto privato, consentendo alle amministrazioni di utilizzare figure contrattuali atipiche, lasciando dunque la libertà di trovare soluzioni specifiche al caso concreto, in attuazione della legge delega¹²⁵ che richiede l'espansione delle forme di partenariato pubblico-privato¹²⁶.

Si specifica poi che per l'affidamento del PPP sussistono due principali

operativo connesso alla realizzazione dei lavori o alla gestione dei servizi è allocato in capo al soggetto privato».

¹²¹ A. Mura, *Il nuovo codice appalti e le CER*, cit.

¹²² L'art. 174, c. 3 prevede che «il partenariato pubblico-privato di tipo contrattuale comprende le figure della concessione, della locazione finanziaria e del contratto di disponibilità, nonché gli altri contratti stipulati dalla pubblica amministrazione con operatori economici privati che abbiano i contenuti di cui al comma 1 e siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela».

¹²³ Come indicato nella nota precedente nell'ottica di semplificazione, per tutti i PPP di tipo contrattuale (tipici e atipici) descritti al c. 3 dell'art. 174 è stato introdotto un rinvio generale alla disciplina delle concessioni riguardo a: «(a) procedure di affidamento ed esecuzione; (b) assegnazione del rischio operativo; (c) durata del contratto; (d) modalità di determinazione della soglia e metodi di calcolo del valore stimato».

¹²⁴ Cons. St., *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*, 2022.

¹²⁵ L. 21 giugno 2022, n. 78, *Delega al Governo in materia di contratti pubblici*.

¹²⁶ A. Mura, *Il nuovo codice appalti e le CER*, cit.

moduli applicabili. Da un lato, la procedura ad iniziativa pubblica: «l'intervento proviene dall'amministrazione che provvede alla redazione della progettazione di fattibilità ex artt. 182 e ss. del d.lgs. n. 36/2023, salve le particolari previsioni inserite agli articoli 196 per la locazione finanziaria e 197 per il contratto di disponibilità¹²⁷». La procedura a iniziativa pubblica ha un nucleo comune negli artt. 182 e ss. sull'affidamento delle concessioni e viene integrata per le specifiche tipologie di contratto di PPP (locazione finanziaria o contratto di disponibilità). Dall'altro, la procedura ad iniziativa privata è rappresentata dalla finanza di progetto ai sensi degli artt. 193 e ss. del d.lgs. n. 36/2023 e può riguardare qualsivoglia schema contrattuale tipico o atipico di PPP. Attraverso questa procedura è il soggetto privato proponente ad individuare l'opera da realizzare o il servizio da offrire all'amministrazione. La procedura contempla anche il c.d. "diritto di prelazione", inteso come il diritto ad essere preferito al miglior offerente, che può «essere esercitato entro quindici giorni dalla comunicazione di aggiudicazione della gara a patto che il promotore garantisce l'adeguamento alle migliori condizioni offerte dall'aggiudicatario¹²⁸».

Per il PPP di tipo istituzionalizzato, non si applica, invece, il Codice dei contratti pubblici, in quanto l'art. 174, c. 4, d.lgs. n. 36/2023¹²⁹, rinvia, difatti, alle norme del Testo unico sulle società a partecipazione pubblica di cui al d.lgs. n. 175 del 2016. La differenza è rilevante per lo sviluppo delle comunità energetiche, difatti, laddove la pubblica amministrazione vuole partecipare come socio ad una CER si tratta di un PPP di tipo istituzionale regolato non dal d.lgs. n. 36/2023, ma dal d.lgs. n. 175 del 2016.

Diverso è per le comunità energetiche attuate con la finanza di progetto, ove, quindi, un operatore economico intenda promuovere la realizzazione di una comunità energetica può presentare una proposta di PPP contrattuale

¹²⁷ *Partenariato Pubblico Privato e Finanza di Progetto*, in sito del Dipartimento per la programmazione e il coordinamento della politica economica della Presidenza del Consiglio dei ministri. «www.programmazioneeconomica.gov.it/partenariato-pubblico-privato»

¹²⁸ Inoltre, nel caso in cui il promotore non eserciti il diritto di prelazione ha comunque il diritto di ricevere, da parte dell'aggiudicatario, il pagamento dell'importo delle spese sostenute per la predisposizione della proposta nei limiti di cui al c. 8 dell'art. 193, d.lgs. 36/2023. *Partenariato Pubblico Privato e Finanza di Progetto*, in sito del Dipartimento per la programmazione e il coordinamento della politica economica della Presidenza del Consiglio dei ministri. «www.programmazioneeconomica.gov.it/partenariato-pubblico-privato»

¹²⁹ L'art. 174, c. 4, d.lgs. n. 36/2023, prevede difatti che: «il partenariato pubblico-privato di tipo istituzionale si realizza attraverso la creazione di un ente partecipato congiuntamente dalla parte privata e da quella pubblica ed è disciplinato dal testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, di cui al decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, e dalle altre norme speciali di settore».

attraverso la finanza di progetto nel rispetto della relativa disciplina prevista dall'art. 193, d.lgs. n. 36/2023¹³⁰.

In particolare, il *project finance* è un'operazione economico-finanziaria basata sulla possibilità per i soggetti privati di presentare proposte per la realizzazione di investimenti a favore delle pubbliche amministrazioni e la connessa gestione delle attività. Ciò implica la progettazione e l'implementazione di interventi a carico del settore privato, riducendo così il rischio associato per il soggetto pubblico che beneficia, totalmente o parzialmente, dell'esecuzione di tali interventi. La finanza di progetto si dimostra particolarmente vantaggiosa anche quando il soggetto pubblico che intende sviluppare una CER, manca di risorse economiche per la realizzazione degli investimenti necessari per la costituzione e avviamento della CER, difatti, con il *project finance* è possibile realizzare la CER, attraverso il finanziamento del progetto principalmente a carico del soggetto privato coinvolto. Si mostra, dunque, come il PPP nelle sue differenti accezioni risulti essere uno strumento particolarmente idoneo a favorire forme di collaborazione strategica tra il settore pubblico e quello privato, con l'obiettivo di realizzare opere di interesse comune e, soprattutto, di apportare benefici tangibili alla comunità¹³¹.

Nello sviluppo delle comunità energetiche viene in rilievo anche il codice del terzo settore, d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117, come specificato dal decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali del 31 marzo 2021, n. 72. Gli enti locali possono, difatti, promuovere la costituzione di una comunità energetica utilizzando gli strumenti della co-programmazione e co-progettazione previsti dal codice e precisati dalle linee guida del Ministero del

¹³⁰ Difatti l'art. 193, c.1, d.lgs. n. 36/2023 prevede che ogni proposta di *project finance* deve contenere «un progetto di fattibilità, una bozza di convenzione, il piano economico-finanziario asseverato e la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione». Un ulteriore novità prevista per la finanza di progetto dall'art. 194, d.lgs. n. 36/2023 è l'obbligo della costituzione di una società di scopo in forma di società per azioni o a responsabilità limitata, anche consortile, per importi degli affidamenti superiori alle soglie comunitarie per il proponente che si aggiudica il PPP, la società di scopo diventa dunque parte del contratto. Viene quindi creata un'entità a sé che non può prevedere la parte pubblica. Nel caso, quindi, in cui l'entità sia una comunità energetica attuata tramite la finanza di progetto, non può prevedere la parte pubblica come socio, perché il soggetto pubblico nella compagine societaria della CER comporta la configurazione di un PPP di tipo istituzionale (regolamentato dal Testo unico delle società a partecipazione pubblica) e non di tipo contrattuale, come la finanza di progetto, (regolamentato dal Codice dei contratti pubblici). A. Mura, *Il nuovo codice appalti e le CER*, cit.

¹³¹ *Comunità Energetiche Rinnovabili: Decreto attuativo e potenzialità del Partenariato Pubblico Privato in caso di CER partecipate da enti pubblici*, cit.

lavoro e delle politiche sociali¹³². Le linee guida si applicano, difatti, a tutti gli enti pubblici qualificabili come amministrazioni pubbliche ai sensi del d.lgs. n. 165/2001.

I comuni, pertanto, che sono promotori di comunità energetiche, possono attingere a questa nuova forma di partenariato e adoperare gli strumenti della co-programmazione e della co-progettazione. Il Codice del terzo settore prevede che la co-programmazione è un'istruttoria partecipata e condivisa, attraverso cui l'ente pubblico, quale "amministrazione precedente" ai sensi della l. n. 241/1990, identifica: i bisogni da soddisfare, i relativi interventi e le modalità di realizzazione degli stessi, nonché le risorse pubbliche¹³³ e private disponibili, insieme ai partecipanti al procedimento, ossia gli enti del terzo settore¹³⁴. La fase successiva consiste nella co-progettazione, in cui l'ente pubblico e i soggetti privati (enti del terzo settore) definiscono i progetti di servizio o di intervento finalizzati a soddisfare i bisogni individuati con la co-programmazione¹³⁵.

Dall'art. 55 del Codice del terzo settore, che disciplina la co-programmazione e la co-progettazione, si evince il profilo collaborativo che può instaurarsi tra enti del terzo settore e pubblica amministrazione per il soddisfacimento degli interessi generali, in chiave di attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale ex art. 118, c. 4, Cost. L'ente del terzo settore (ETS) si caratterizza, infatti, per il perseguimento di attività di interesse generale, rendendolo simile per finalità, a un ente pubblico. Per questa ragione, sono previste modalità di interazione tra i due enti che non implicano, come avviene

¹³² Decreto 31 marzo 2021, n. 72 «Adozione delle linee guida sul rapporto tra pubbliche amministrazioni ed enti del terzo settore negli articoli 55 e 57 del d.lgs. n. 117 del 2017».

¹³³ Le linee guida n. 72 del 2021 prevedono che, data la peculiarità della metodologia della co-progettazione, le risorse pubbliche messe a disposizione dei partecipanti possono essere di vario tipo come: risorse economiche proprie dell'ente precedente o di un altro soggetto; beni mobili e immobili; risorse umane proprie dell'ente precedente o di cui esso si avvale a vario titolo (es. per attività di stage o tirocinio). Durante la co-progettazione per la costituzione di una CER, l'ente locale può quindi porre a disposizione risorse pubbliche che non sono solo risorse economiche, ma possono essere edifici pubblici o più in generale beni mobili o immobili per realizzare le attività funzionali alla costituzione di una CER. Inoltre, le linee guida stabiliscono che quando un ente concede l'utilizzo di un proprio bene immobile, dovrebbe redigere una relazione descrittiva del bene. Questa relazione fornisce informazioni rilevanti sulla situazione amministrativa del bene, comprese eventuali limitazioni urbanistiche edilizie e la stima del valore d'uso del bene, che è distinto dal valore dominicale. Il valore d'uso viene utilizzato per determinare il prezzo di vendita nel caso di cessione del canone di locazione o del canone di concessione. V. Scipinotti, *Il ruolo degli enti locali*, cit., 124.

¹³⁴ V. Scipinotti, *Il ruolo degli enti locali*, cit., 122.

¹³⁵ C. Petheruti, *Il ruolo del Terzo settore nella tutela dell'ambiente e nella transizione energetica. Esperienze europee a confronto*, in *Società e Diritti*, 2023, n. 15, 133.

con i soggetti di mercato, interessi divergenti e contrastanti, ma piuttosto un partenariato volto a perseguire congiuntamente una finalità condivisa¹³⁶. Tra le attività considerate di interesse generale che gli ETS possono svolgere, l'art. 5, c. 1, lett. e) del codice, come modificato dalla l. 26 luglio 2023, n. 95 prevede proprio «la produzione, l'accumulo e la condivisione di energia da fonti rinnovabili a fini di autoconsumo, ai sensi del d.lgs. 8 novembre 2021, n. 199». Pertanto, quando un ente locale intende sviluppare una CER può attivare la collaborazione con un ente del terzo settore per la definizione del progetto. In tal caso, l'ente locale, in qualità di amministrazione pubblica, sarà tenuto a pubblicare un avviso¹³⁷ finalizzato all'implementazione del progetto innovativo e sperimentale che specifica le fasi del procedimento, i risultati attesi e quelli che si raggiungono all'esito della collaborazione¹³⁸. L'iniziativa può essere avviata anche da uno o più ETS, affinché l'ente locale attivi un processo di co-progettazione. In questo caso, gli ETS, singolarmente o associati, devono presentare ufficialmente all'amministrazione una proposta progettuale. Questa proposta deve chiaramente indicare l'idea del progetto, le attività oggetto del partenariato affidate all'ETS, comprese le risorse messe a disposizione e le eventuali richieste, anche in termini di risorse,

¹³⁶ *Co-programmazione e Co-progettazione*, in *Cantiere Terzo Settore*, 2019. www.cantiere-terzosettore.it/riforma/rapporto-con-pa/co-programmazione-e-co-progettazione.

¹³⁷ Al riguardo, le linee guida n. 72 del 2021 precisano che «di norma, come nelle procedure di co-programmazione, è l'amministrazione pubblica, in quanto precedente a indire il procedimento sulla base di un apposito provvedimento con il quale viene indicato il codice unico di progetto ed individuato il responsabile del procedimento ai sensi degli articoli 5 e sei della legge n. 241 del 1990 e quindi avviato il procedimento previa approvazione dei relativi atti. Segue la pubblicazione dell'avviso. Coerentemente con la specifica finalità del presente documento, si ritiene che tale avviso, a sua volta, dovrebbe avere un contenuto minimo; in via veramente semplificativa, esso potrebbe avere almeno i seguenti elementi: a) finalità del procedimento; b) oggetto del procedimento; c) durata del partenariato; d) quadro progettuale ed economico di riferimento; e) requisiti di partecipazione e cause di esclusione con particolare riguardo alla disciplina in materia di conflitti di interesse; f) fasi del procedimento e modalità di svolgimento; g) criteri di valutazione delle proposte, anche eventualmente finalizzate a sostenere, nel rispetto dei principi di ragionevolezza e di proporzionalità, la continuità occupazionale del personale dipendente degli ETS; h) conclusione del procedimento». Le linee guida prevedono poi che «gli atti del procedimento di coprogettazione, potrebbero prevedere anche di disciplinare la valutazione dell'impatto sociale generato dall'attività degli ETS, in applicazione di quanto previsto dall'art. 7, c. 3, l. n. 106/2016 e dal DM del 23 luglio del 2019.» V. Scipinotti, *Il ruolo degli enti locali*, cit., 123.

¹³⁸ Difatti, le linee guida n. 72 del 2021 prevedono specificatamente che «laddove il procedimento di co-progettazione sia finalizzato all'attuazione di un progetto innovativo e/o sperimentale, l'avviso, ma in generale tutte le fasi del procedimento, dovranno indicare e dar conto dei risultati attesi e di quelli conseguiti ad esito della collaborazione». V. Scipinotti, *op. loc. cit.*

rivolte all'ente. Se la proposta presentata dagli ETS viene accettata, l'amministrazione pubblica emette un avviso, comunicando la valutazione positiva della proposta ricevuta e dando agli altri ETS, eventualmente interessati, la possibilità di presentare le proprie proposte progettuali, con successiva valutazione comparativa tra le proposte ricevute¹³⁹. Ad ogni modo, indipendente dall'iniziativa pubblica o privata della co-progettazione, «l'amministrazione conclude il procedimento con atto motivato, cui seguirà la sottoscrizione della convenzione per l'attivazione del rapporto di collaborazione con gli ETS, singoli o associati, la cui proposta progettuale sia stata ritenuta come quella più rispondente alle finalità dell'ente medesimo»¹⁴⁰. Pertanto, nel caso in cui, il progetto preveda lo sviluppo di una CER, è necessaria la stipula della convenzione per segnare l'avvio della fase operativa¹⁴¹.

In considerazione di quanto esposto, gli enti del terzo settore possono collaborare con la pubblica amministrazione per co-progettare una CER di cui diventarne membro insieme alla P.A. interessata o senza di essa (in questo caso la pubblica amministrazione assume solo il ruolo di promotore o facilitatore per la costituzione della CER), oppure, diventare essi stessi una CER, a cui potrebbe partecipare anche l'ente locale. Quest'ultimo caso è ammissibile, poiché si ricorda che la forma giuridica che può assumere una comunità energetica è proprio quella di ente del terzo settore ai sensi della delibera ARERA n. 318/2020¹⁴². Le stesse CER, in qualità di enti del terzo

¹³⁹ Secondo le linee guida n. 72 del 2021 «per quanto riguarda, invece, lo svolgimento delle sessioni di co-progettazione, ferme restando le eventuali previsioni e/o indicazioni regionali e locali, la prassi dimostra sostanzialmente due modalità, fra loro alternative: i) l'attivazione del c.d. tavolo di co-progettazione con i soli ETS utilmente collocati nella graduatoria finale o, comunque, la cui proposta progettuale sia stata valutata positivamente; ii) l'ammissione di tutti gli ETS, purché in possesso dei requisiti previsti dagli avvisi, alla coprogettazione».

¹⁴⁰ Linee guida sul rapporto tra pubbliche amministrazioni ed enti del Terzo settore negli artt. 55-57 del d.lgs. n. 117/2017 (codice del Terzo settore), n. 72 del 2021 del Ministero del lavoro e delle politiche sociali.

¹⁴¹ V. Scipinotti, *Il ruolo degli enti locali*, cit., 125.

¹⁴² La forma giuridica alla base della CER potrà quindi essere quella prevista dall'art. 4 del Codice del Terzo settore, secondo cui possono diventare enti del Terzo settore, se iscritti nel registro unico nazionale del Terzo settore, «le organizzazioni di volontariato, le associazioni di promozione sociale, gli enti filantropici, le imprese sociali, incluse le cooperative sociali, le reti associative, le società di mutuo soccorso, le associazioni, riconosciute o non riconosciute, le fondazioni e gli altri enti di carattere privato diversi dalle società costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento, in via esclusiva o principale, di una o più attività di interesse generale in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi»; e tra le attività di interesse generale, ai sensi dell'art. 5, c. 1, rientrano proprio quelle di «interventi e servizi finalizzati alla salvaguar-

settore, potrebbero, poi, sviluppare altre relazioni partenariali con gli enti locali e le amministrazioni pubbliche ai sensi dell'art. 55 del codice del terzo settore, partecipando alla co-programmazione e co-progettazione per determinati progetti o servizi¹⁴³.

Alla luce di quanto esposto, si evince che attraverso questi strumenti innovativi si può offrire la possibilità al Comune di sperimentare forme di partenariato pubblico-privato volte allo sviluppo delle comunità energetiche e rendere l'ente locale protagonista della transizione energetica, dell'innovazione tecnologica e sociale¹⁴⁴.

Quando poi il Comune non vuole far parte della CER, può agevolare la costituzione attraverso la stipula di contratti di comodato per concedere i propri edifici pubblici su cui installare gli impianti CER¹⁴⁵. Riguardo, invece, al finanziamento degli impianti da fonti rinnovabili da mettere a disposizione delle CER, qualora il Comune non volesse utilizzare tutte le sue risorse economiche, potrebbe utilizzare forme di partenariato disciplinate dal codice dei contratti pubblici come la locazione finanziaria¹⁴⁶ e la finanza di progetto¹⁴⁷.

dia e al miglioramento delle condizioni dell'ambiente e all'utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali» e di «produzione, all'accumulo e alla condivisione di energia da fonti rinnovabili a fini di autoconsumo, ai sensi del decreto legislativo 8 novembre 2021, n. 199».

¹⁴³ A. Persico, *Le comunità energetiche*, cit., 11.

¹⁴⁴ V. Scipinotti, *Il ruolo degli enti locali*, cit., 127.

¹⁴⁵ Si veda a titolo esemplificativo la comunità energetica di Storo (TN). A. Persico, *Le comunità energetiche*, cit., 9.

¹⁴⁶ Ai sensi dell'art. 196, d.lgs. n. 36/2023 «gli enti concedenti possono stipulare contratti di locazione finanziaria (*leasing*) per finanziare la realizzazione, l'acquisizione e il completamento di opere pubbliche o di pubblica utilità. La società di locazione finanziaria acquisita da un operatore economico un bene esistente o da realizzare, e lo cede in godimento, per un determinato periodo di tempo, alla pubblica amministrazione a fronte del pagamento di un canone periodico fisso e comprensivo di eventuali servizi accessori».

¹⁴⁷ L'art. 193, d.lgs. n. 36/2023 considera «la finanza di progetto (*project finance*) una particolare forma di contratto di concessione con una modalità di finanziamento a progetto. La finanza di progetto è infatti proprio quel peculiare tipo di procedura di affidamento, di un contratto di concessione o di partenariato pubblico-privato, ad iniziativa di operatori economici privati che presentano una proposta progettuale all'amministrazione al fine della valutazione della fattibilità e del pubblico interesse della stessa e della successiva messa in gara per l'affidamento del contratto». R. Cori, *La Finanza di progetto nel nuovo Codice dei Contratti pubblici: verso un'ulteriore liberalizzazione dell'istituto*, in sito web Piselli & Partners, 2023. «www.piselliandpartners.com/news-codice-contratti-2023/la-finanza-di-progetto-nel-nuovo-codice-dei-contratti-pubblici»

5. Conclusioni

Il settore energetico potrebbe risultare come uno dei principali motori su cui concentrarsi per avviare una nuova fase di sviluppo. Sfruttare le straordinarie opportunità offerte dalle energie rinnovabili potrebbe attivare sia a livello europeo che nazionale una crescita socioeconomica improntata alla sostenibilità ambientale ed energetica¹⁴⁸. Il modello delle CER risponde, da un lato, alla volontà proveniente dall'UE, di sviluppare forme innovative di produzione di energia pulita, basate sulla partecipazione e sulla responsabilizzazione degli attori della filiera energetica. Dall'altro lato, di promuovere la cittadinanza attiva e l'autodeterminazione dei consumatori energetici¹⁴⁹.

Le comunità energetiche presentano il vantaggio di orientare il settore energetico verso un'energia comunitaria, attraverso la proprietà distribuita dell'energia, concentrata soprattutto a livello locale. Questo approccio evita la centralizzazione della ricchezza nelle mani di pochi operatori energetici, abbandonando un modello centralizzato di generazione e distribuzione di energia focalizzato sulla massimizzazione del profitto. Con le CER, si adotta un modello decentralizzato in cui le iniziative per la formazione delle comunità energetiche derivano da processi decisionali inclusivi e partecipativi, ispirati dalla volontà di apportare benefici ambientali, sociali ed economici ai membri e alla comunità territoriale in cui si sviluppano. In questa prospettiva, le CER si configurano come zone di produzione autonome, capaci di rispondere in modo autosufficiente alle esigenze delle comunità territoriali attraverso impianti diffusi a fonti rinnovabili, evitando, allo stesso tempo, la dipendenza dall'importazione di fonti fossili¹⁵⁰. Il modello di collaborazione pubblico-privato adottato con le comunità energetiche consente, difatti, di superare le tradizionali logiche di proprietà degli strumenti di produzione.

Queste comunità diventano mezzi di condivisione di attività produttive e di consumo, promuovendo la sostenibilità locale e affrontando la povertà energetica. La finalità delle comunità energetiche non è la produzione per il profitto, bensì il beneficio Comune e globale della collettività. Questo rafforza il legame di solidarietà tra il territorio e i suoi cittadini, che sono

¹⁴⁸ V.M. Brescia, *Politiche energetiche comunitarie e dinamiche socioeconomiche di sviluppo sostenibile. Possibili direttrici nell'era della pandemia*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, 2020, n. 2, 469.

¹⁴⁹ A. Chiappetta, *Comunità energetiche rinnovabili e costituzione: un nuovo modello di formazione sociale nel segno della sussidiarietà orizzontale*, in *Il Futuro delle comunità energetiche*, a cura di E. Salvatore, Milano, Giuffrè, 2023, 1 ss.

¹⁵⁰ G.A. Ruscitti, *La disciplina giuridica delle comunità energetiche*, cit., 56.

chiamati a proteggerlo con una nuova consapevolezza¹⁵¹. In questo quadro, le CER potrebbero fornire la base per attualizzare l'art. 43 Cost., innescando forme innovative di partenariato pubblico-privato per la gestione del servizio energetico. Si apre, dunque, la strada alla proprietà collettiva ispiratrice dell'art. 43 per ripensare una nuova concezione di servizio pubblico¹⁵². Il fine delle CER è senza dubbio di utilità generale, il cui perseguimento è assicurato dalla partecipazione, in qualità di membro, delle autorità pubbliche locali.

L'intervento pubblico, in attuazione dell'autonomia degli enti locali, comporta una rinnovata organizzazione del servizio pubblico locale energetico, garantendo, allo stesso tempo, un efficiente svolgimento del servizio a beneficio della collettività¹⁵³. Si riscopre la partecipazione collettiva nell'azione amministrativa, superando l'approccio tradizionalmente centralista. Si ribalta il modo in cui i servizi pubblici locali vengono erogati, allontanandosi dal rigido paradigma gerarchico dell'amministrazione-amministrato¹⁵⁴. Si favorisce l'istituzionalizzazione di esperienze effettive di autogoverno nei sistemi territoriali, e il perseguimento dell'interesse generale diventa responsabilità diretta anche dei cittadini¹⁵⁵. Questa visione è allineata con il d.lgs. n. 201/2022, che ha apportato modifiche alla disciplina dei servizi pubblici locali di interesse generale, con una specifica attenzione, ai sensi dell'art. 10, sulla regolamentazione del coinvolgimento di privati. La comprensione di quali siano i contratti pubblici e gli strumenti partenariali per erogare servizi innovativi e orientati alla sostenibilità diventa quindi una sfida cruciale per la diffusione delle comunità energetiche e rendere effettiva la transizione energetica.

Abstract

The paper analyses the innovation targets and sustainability goals in the Italian energy sector focusing on the topic of energy communities as a new form of partnership that fits into the public regulation of energy and in the new Public Procurement Code. The goal is to identify virtuous legal mechanisms for implementing energy

¹⁵¹ A. Chiappetta, *Comunità energetiche rinnovabili e costituzione*, cit., 27.

¹⁵² C. Iaione, *Le società in-house. Contributo allo studio dei principi di auto-organizzazione e auto-produzione degli enti locali*, Napoli, Jovene, 2012, 111 ss.

¹⁵³ C. Iaione e E. De Nictolis, *Le comunità energetiche*, cit., 633.

¹⁵⁴ R. Chieppa e G. Bruzzone, *La riforma dei servizi pubblici locali*, Milano, Giuffrè, 2023, 545 ss.

¹⁵⁵ A. Chiappetta, *Comunità energetiche rinnovabili e costituzione*, cit., 15 ss.

alberica aquili

communities and rethinking the role of local public utilities within the electricity supply chain. Thus, the study analyses the role of local governments in the development of energy communities. It highlights their possible forms of participation, while also reflecting on the importance of their role within the energy transition process. In fact, local authorities give a crucial response to climate change, reducing energy poverty and enhancing urban sustainability.

ARTICOLI

ADRIANO CONTARDI

INNOVAZIONE E SOSTENIBILITÀ NEL SETTORE CULTURALE: I PARTENARIATI COME STRUMENTO DI INNOVAZIONE SOCIALE*

SOMMARIO: 1. Il perimetro dell'indagine. – 2. La collaborazione tra pubblico e privato nelle diverse “fasi” della valorizzazione dei beni culturali. – 3. Il partenariato per l'uso esclusivo di un bene culturale e la gestione di servizi per il pubblico. – 4. I partenariati per la gestione di un bene culturale pubblico. – 5. Conclusioni.

1. Il perimetro dell'indagine

Nel contesto del settore culturale, è auspicabile integrare l'innovazione e la sostenibilità come principi centrali nell'attività contrattuale da parte della pubblica amministrazione. In questo senso, la cooperazione pubblico-privato nella valorizzazione dei beni culturali rappresenta uno strumento di sicuro rilievo, anche alla luce del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 (d'ora in avanti «codice dei contratti pubblici»)¹.

Peraltro, la dicotomia pubblico – privato non coglie nel segno la complessità del fenomeno. Da un lato, tale espressione sembra suggerire una polarizzazione tra interessi opposti, quasi antitetici, che si incontrano occasionalmente per il perseguimento di una determinata finalità².

* Il presente contributo è stato prodotto nell'ambito del Dottorato di ricerca in Diritto e Impresa XXXVII ciclo («Intervento per il rafforzamento della ricerca e innovazione nel Lazio – incentivi per i dottorati di innovazione per le imprese e per la PA» – l.r. n. 13/2008) con il supporto di Zètema Progetto Cultura S.r.l.

¹ Come si vedrà nel corso del paragrafo 3, tale riforma ha in parte affrontato le criticità che erano state rilevate in dottrina con riferimento agli strumenti di cooperazione pubblico-privato dopo la modifica del codice dei contratti pubblici realizzata con il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50; in tal senso, G. Sciuillo, *Il partenariato pubblico-privato in tema di patrimonio culturale dopo il Codice dei contratti*, in *Aedon*, 2021, n. 3.

² Nel settore dei beni culturali, ad esempio, secondo alcuni la cooperazione andrebbe limitata ai soli compiti di valorizzazione del patrimonio culturale e non anche alla

Dall'altro lato, l'espressione pubblico – privato induce una semplificazione che non cattura la complessità delle relazioni esistenti nell'evoluzione dei rapporti sociali³. In altre parole, esistono differenti tipologie di soggetti pubblici e privati che non è possibile ridurre ad unità se non per ragioni nozionistiche.

Nella gestione di un determinato bene culturale, ad esempio, l'ente locale competente può intervenire direttamente o attraverso una propria società *in house*⁴, come previsto dall'art. 115, d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 (d'ora in avanti «codice dei beni culturali»). Analogamente, le imprese private possono essere interessate a trarre un beneficio economico dalla gestione di servizi per il pubblico in un determinato sito, come previsto dall'art. 117 del codice dei beni culturali. Tra questi due estremi, si colloca un *tertium genus* costituito da soggetti animati da finalità civiche o di utilità sociale, per l'appunto denominati enti del terzo settore, come ad esempio associazioni o cooperative sociali, che non possono non essere presi in considerazione in un'analisi che tenti di ricostruire le relazioni che ruotano attorno alle attività di valorizzazione del patrimonio culturale per le finalità di cui all'art. 5, d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117 (d'ora in avanti «codice del terzo settore»), nelle modalità di cui all'art. 55 del medesimo codice del terzo settore⁵. Peraltro, non sempre le organizzazioni di cittadini raggiungono quel grado di strutturazione necessario a rientrare nell'alveo degli enti del terzo settore e spesso si assiste ad iniziative di singoli cittadini che autonomamente provvedono alla cura di un bene culturale abbandonato al degrado. Infine, la collaborazione dei cosiddetti enti cognitivi (università ed enti di ricerca) può risultare fondamentale ai fini del successo di esperienze di valorizzazione dei beni culturali, alla luce dello specifico *know-how* di cui sono detentori e su cui costantemente operano nelle proprie attività di ricerca⁶.

tutela. Come si vedrà più approfonditamente nel corso del presente contributo, gli strumenti previsti dall'ordinamento sembrano andare al di là di tale distinzione, prevedendo la possibilità di cooperare attraverso accordi, intese o altri strumenti giuridici a disposizione della pubblica amministrazione; M. Cammelli, *Cooperazione*, in *Diritto del patrimonio culturale*, a cura di C. Barbati, M. Cammelli, L. Casini, G. Piperata e G. Sciuillo, Bologna, il Mulino, 2017, 286 ss.

³ S. R. Foster, C. Iaione, *Co-Cities. Innovative Transitions toward Just and Self-Sustaining Communities*, Cambridge MA, MIT Press, 2022, 191.

⁴ C. Iaione, *Le società in house. Contributo al principio di auto-organizzazione e auto-produzione degli enti locali*, Napoli, Jovene, 2007.

⁵ G. Clemente di San Luca, *Volontariato, non-profit e beni culturali*, in *federalismi.it*, 2017, n. 10, 5 ss.

⁶ Ad esempio, nel 2020 l'Università di Catania ha siglato un accordo di partenariato speciale pubblico-privato con l'associazione Officine Culturali che si occuperà fino al 2030

Il coinvolgimento delle cinque tipologie di attori sopra menzionati è stato teorizzato dal modello di sviluppo, in chiave sostenibile, della quintupla elica⁷, per la realizzazione del quale è opportuno valutare gli strumenti a disposizione del decisore pubblico. L'adozione di questo modello favorirebbe il conseguimento dell'obiettivo di garantire una partecipazione più ampia delle comunità nella gestione del patrimonio culturale. In aggiunta alla vasta letteratura sul punto⁸, è importante sottolineare come molteplici fonti di carattere sovranazionale riconoscono il diritto delle comunità a partecipare alla gestione del patrimonio culturale⁹, su tutte si veda la nozione di «Comunità patrimoniali» di cui alla Convenzione di Faro¹⁰ e il Patto di Amsterdam¹¹. Analogamente, nell'ordinamento italiano, un riconoscimento

della valorizzazione e della fruizione di alcune eccellenze del patrimonio culturale e museale universitario. Come menzionato sul sito dell'Ateneo, tale accordo è stato reso possibile grazie agli strumenti previsti dal codice dei contratti pubblici, che prevedono la possibilità di sperimentare la fruizione del patrimonio culturale e la disseminazione della ricerca scientifica. Per approfondire cfr. <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:xSf95uow-tigJ:https://www.unict.it/it/ateneo/news/unict-e-officine-culturali-insieme-la-valorizzazione-patrimonio-dateneo+&cd=1&chl=it&ct=clnk&gl=it>

⁷ Per un approfondimento sulla quintupla elica si veda E. Carayannis, T.D. Barth, D.F.J. Campbell, *The Quintuple Helix innovation model: global warming as a challenge and driver for innovation*, in *Journal of Innovation and Entrepreneurship*, 2012; E. Carayannis, D.F.J. Campbell, *Triple Helix, Quadruple Helix and Quintuple Helix and How Do Knowledge, Innovation and the Environment Relate To Each Other?* in *International Journal of Social Ecology and Sustainable Development*, 2012. Sull'adattamento di tale modello di innovazione si veda S. R. Foster, C. Iaione, *Co-Cities*. cit., 30.

⁸ C. Iaione, E. De Nictolis e M. E. Santagati, *Participatory Governance of Culture and Cultural Heritage: Policy, Legal, Economic Insights From Italy*, in *Frontiers in Sustainable Cities*, in www.frontiersin.org; G. M. Flick, *L'articolo 9 della Costituzione: dall'economia di cultura all'economia della cultura. Una testimonianza del passato, una risorsa per il futuro*, in *Rivista AIC*, 2015, n. 1, 6.

⁹ Cfr. art. 27, c. 1, Dichiarazione Universale dei Diritti Umani: «Ogni individuo ha diritto di prendere parte liberamente alla vita culturale della comunità, di godere delle arti e di partecipare al progresso scientifico ed ai suoi benefici»; art. 15, c. 1, lett. a), Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali: «gli Stati parti del presente Patto riconoscono il diritto di ogni individuo a partecipare alla vita culturale»; art. 15, Convenzione per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale: «Nell'ambito delle sue attività di salvaguardia del patrimonio culturale immateriale, ciascuno Stato contraente farà ogni sforzo per garantire la più ampia partecipazione di comunità, gruppi e, ove appropriato, individui che creano, mantengono e trasmettono tale patrimonio culturale, al fine di coinvolgerli attivamente nella sua gestione».

¹⁰ Cfr. artt. 2, 12 e 13 della Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sul valore del patrimonio culturale per la società, fatta a Faro il 27 ottobre 2005, cui l'Italia ha dato esecuzione con la legge 1° ottobre 2020, n. 133.

¹¹ Cfr. Agenda Urbana per l'Unione europea, siglata ad Amsterdam il 30 maggio 2016.

indiretto del medesimo principio potrebbe rintracciarsi nel combinato disposto dell'art. 9¹² e dell'art. 118, ultimo comma, della Costituzione¹³.

Tale necessità è resa ancor più attuale dall'impatto che sta generando nell'ordinamento interno il Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR), caratterizzato da un processo decisionale centralizzato con un impianto di tipo *top-down*¹⁴. Per garantire il successo degli investimenti previsti, è stato osservato come sia “*costituzionalmente necessario*”¹⁵ garantire il coinvolgimento delle autonomie interessate¹⁶, anche ai fini della riduzione degli squilibri territoriali esistenti¹⁷. Tuttavia, a causa della necessità di conseguire in tempi stretti e ben determinati *milestone* e *target*, non sempre è stato possibile garantire un adeguato confronto con tutti gli *stakeholders* coinvolti, soprattutto nella fase di messa a terra degli investimenti previsti. A tale circostanza, si accompagna l'emersione di una nuova caratteristica del metodo di governo delineato dal PNRR, vale a dire l'impossibilità di fare marcia indietro sulle riforme adottate (c.d. divieto di *reversal*¹⁸). Conseguentemente, la necessità di garantire gli obiettivi di coesione sociale mediante l'utilizzo dei fondi dell'Unione europea, come peraltro previsto dall'art. 175 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, potrebbe essere in ogni caso raggiunto prevedendo la predisposizione di strumenti che misurino gli impatti (anche sociali) prodotti dai già menzionati investimenti.

Dopo aver condotto un'analisi della fase “ascendente” e “discendente” del processo di valorizzazione dei beni culturali, il presente contributo si concentrerà sull'esame degli strumenti giuridici a disposizione delle ammi-

¹² Sulla portata dell'art. 9 si veda M. Cecchetti, *Art. 9, in Commentario alla Costituzione*, a cura di A. Celotto, R. Bifulco, M. Olivetti, Torino, 2006, 218 ss.

¹³ C. Iaione, E. De Nictolis, M. E. Santagati, *Participatory Governance of Culture and Cultural Heritage: Policy, Legal, Economic Insights From Italy*, cit., 8.

¹⁴ Sulla *governance* del PNRR con riferimento alle autonomie locali si veda M. Cecchetti, *L'incidenza del PNRR sui livelli territoriali di governo e le conseguenze nei sistemi amministrativi*, in *Rivista AIC*, 2022, n. 3, 281 ss.

¹⁵ N. Lupo, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e alcune prospettive di ricerca per i costituzionalisti*, in *federalismi.it*, 2022, n. 1, 11.

¹⁶ Per un approfondimento sull'autonomia delle amministrazioni interessate nell'implementazione delle politiche pubbliche con i fondi derivanti dal PNRR si veda E. Tati, *I controlli amministrativi alla luce del Piano nazionale di ripresa e resilienza: problemi e prospettive tra efficienza e condizionalità*, in *federalismi.it*, 2022, n. 33, 112 ss.

¹⁷ A. Poggi, *Il PNRR come possibile collante dell'unità repubblicana? (Riflessioni in margine al regionalismo e al divario Nord-Sud)*, in *Le Regioni*, 2021, 209.

¹⁸ N. Lupo, *Il divieto di invertire la marcia (c.d. reversal) nelle riforme PNRR già adottate: si chiarisce un altro elemento essenziale del nuovo “metodo di governo”*, in www.forumcostituzionale.it.

nistrazioni al fine di coinvolgere la comunità, con un'attenzione particolare alla valutazione del livello di innovazione e partecipazione di tutti gli attori coinvolti nel modello della quintupla elica. Si esploreranno così le modalità attraverso le quali le amministrazioni possono promuovere la partecipazione attiva di cittadini, enti del terzo settore, imprese, istituzioni cognitive, al fine di creare un ambiente in cui la valorizzazione dei beni culturali avvenga in modo sinergico e sostenibile. Si valuterà dunque la portata innovativa degli strumenti adottati, attraverso il filtro concettuale della quintupla elica, focalizzandosi su come essi possano favorire l'interazione tra tutti i soggetti sopra menzionati.

In ultima analisi, l'obiettivo è contribuire alla costruzione di un processo di valorizzazione dei beni culturali che risponda alle esigenze della comunità, promuovendo al contempo lo sviluppo sostenibile, l'innovazione e la collaborazione tra i diversi soggetti coinvolti.

2. La collaborazione tra pubblico e privato nelle diverse “fasi” della valorizzazione dei beni culturali

La collaborazione tra soggetto pubblico, imprese private, enti cognitivi, enti del terzo settore e imprenditori civici trova un terreno di sperimentazione particolarmente ampio nelle funzioni di gestione e valorizzazione dei beni culturali. Da queste, è opportuno tenere distinte le funzioni di tutela, rispetto alla quale prevale una dimensione che è stata definita “statica”¹⁹, intesa come interesse a che il patrimonio artistico della nazione venga difeso. Per questa ragione, all'interno di tale ambito, lo spazio di coinvolgimento di differenti tipologie di attori appare meno ampio e anche le stesse modalità di selezione dei privati chiamati ad operare direttamente sul patrimonio culturale appaiono più rigorose²⁰. Tale rigidità traspare anche sul piano del riparto delle competenze tra lo Stato e le regioni. Infatti, la tutela dei beni culturali è stata attribuita alla potestà legislativa esclusiva statale²¹, al contrario delle funzioni di valorizzazione che rientrano tra le materie a legislazione concorrente²².

¹⁹ A. Moliterni, *Pubblico e privato nella disciplina del patrimonio culturale: l'assetto del sistema, i problemi, le sfide*, in *Patrimonio culturale e soggetti privati. Criticità e prospettive del rapporto pubblico-privato*, a cura di A. Moliterni, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, 32.

²⁰ L. Delbono, A. Jacoangeli e M. Tarantino, *Contratti di appalto nel settore dei beni culturali*, in *Patrimonio culturale e soggetti privati*, cit., 329.

²¹ Art. 117, c. 2, lett. s), Cost.

²² Art. 117, c. 3, Cost.; in ogni caso, nella tutela dei beni culturali, possono essere attri-

La nozione di valorizzazione appare dinamica e aperta²³, difficilmente inquadrabile all'interno di ristrette categorie, che è tuttavia possibile cogliere riflettendo sulle finalità proprie di questa funzione. L'attività di valorizzazione è infatti «diretta soprattutto alla fruizione del bene culturale»²⁴. Sin dalla legge Ronchey, è stato previsto un ampio coinvolgimento dei privati arrivando ad attribuire loro la possibilità di «concorrere, cooperare o partecipare»²⁵ alle attività di valorizzazione, ferma la titolarità in capo allo Stato e agli altri enti pubblici territoriali delle iniziative volte a favorire la pubblica fruizione e la valorizzazione del patrimonio culturale, impostazione successivamente confermata ai sensi dell'art. 1, c. 3, del codice dei beni culturali.

In particolare, nella definizione che l'art. 6, c. 3 del codice dei beni culturali fornisce di tale funzione si stabilisce il sostegno della Repubblica a forme di «partecipazione dei soggetti privati, singoli o associati, alla valorizzazione del patrimonio culturale». Peraltro, l'ampiezza della nozione di valorizzazione è strettamente connessa alla definizione di bene culturale su cui la suddetta attività insiste. Segnatamente, il codice dei beni culturali ne fornisce una definizione agli artt. 2, c. 2, 10, 11. Non è certo questa la sede per affrontare una trattazione esaustiva della nozione di bene culturale, su cui ha avuto modo di interrogarsi autorevole dottrina²⁶, ma non si può non considerare come una riflessione sulla complessità dell'attività di valorizzazione del patrimonio culturale italiano non possa non intrecciarsi con la delimitazione dei confini dei beni su cui la suddetta attività insiste.

Come affermato, la nozione di valorizzazione si colloca all'interno di incerti confini definitivi, tanto da indurre il legislatore a regolare differenzialmente il grado di coinvolgimento dei soggetti privati nelle varie fasi (o momenti) di cui si compone il processo di valorizzazione, segnatamente nella fase strategica²⁷, nella fase di programmazione e nella fase di concreta gestione.

In particolare, nella fase (strategica) disciplinata dall'art. 112, c. 4, del codice dei beni culturali, i privati possono essere eventualmente coinvolti

buite alle Regioni ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia ex art. 116, c. 3, Cost.

²³ L. Casini, *La valorizzazione dei beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, 690.

²⁴ Corte costituzionale, sentenza 13 gennaio 2004, n. 9.

²⁵ Si veda l'art. 111, c. 1, ultimo periodo, codice dei beni culturali.

²⁶ M. S. Giannini, *I beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, 31; G. Morbidelli, *Il valore immateriale dei beni culturali*, in *Aedon*, 2014, n. 1.

²⁷ Il momento strategico ha la funzione di definire strategie e obiettivi comuni della valorizzazione, i piani strategici di sviluppo culturale e i programmi di valorizzazione dei beni culturali appartenenti allo Stato. Per un approfondimento cfr. G. Severini, *Art. 112*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M. A. Sandulli, Milano, Giuffrè, 2019, 1024 ss.

in quanto proprietari dei beni oggetto di disciplina negli specifici accordi²⁸, gli altri soggetti privati²⁹ potranno partecipare nelle fasi successive. In questo modo, viene delineata la partecipazione dei privati (solo eventuale) alle attività di valorizzazione del patrimonio culturale³⁰. È interessante altresì notare che in questa fase possono essere adottate delle decisioni che riguardano infrastrutture e settori produttivi collegati, secondo quanto previsto dall'art. 6 del codice dei beni culturali. In questo modo diviene manifesto il nesso esistente tra sviluppo della cultura e sviluppo del territorio³¹.

Nella successiva fase intermedia³² di elaborazione dei «conseguenti piani strategici di sviluppo culturale», ai sensi dell'art. 112, c. 4, 5, 8, del codice dei beni culturali, nel caso in cui vengano istituiti appositi soggetti giuridici³³ cui affidare l'elaborazione e lo sviluppo dei suddetti piani, possono partecipare altresì «persone giuridiche private senza fine di lucro, anche quando non dispongano di beni culturali che siano oggetto della valorizzazione, a condizione che l'intervento in tale settore di attività sia per esse previsto dalla legge o dallo statuto»³⁴. Infine, anche indipendentemente dall'elaborazione dei suddetti progetti, i soggetti privati, nella forma di associazioni culturali o di volontariato dotate degli adeguati requisiti, possono stipulare

²⁸ Ai sensi dell'art. 112, c. 4, del codice dei beni culturali «[...] Gli accordi medesimi possono riguardare anche beni di proprietà privata, previo consenso degli interessati [...]».

²⁹ Ai sensi dell'art. 112, c. 9, del codice dei beni culturali, possono essere stipulati ulteriori accordi «[...] le associazioni culturali o di volontariato, dotate di adeguati requisiti, che abbiano per statuto finalità di promozione e diffusione della conoscenza dei beni culturali».

³⁰ G. Severini, *Art. 112*, cit., 1024.

³¹ S. Cassese, *I beni culturali: dalla tutela alla valorizzazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 1998, 673; P. Chirulli, *Il governo multilivello del patrimonio culturale*, in *Dir. amm.* 2019, 697 ss. Analogamente, è interessante osservare come alcune leggi regionali hanno espressamente escluso dal campo di applicazione di interventi di rigenerazione urbana i beni culturali sottoposti a vincoli, cfr. l. rg. Emilia-Romagna 21 dicembre 2017 n. 24, art. 25, c. 2, lett. a): «La pianificazione territoriale e urbanistica è diretta a conformare il territorio, disciplinando gli usi e le trasformazioni compatibili con la sua tutela e valorizzazione e accertando i limiti, condizioni e vincoli che derivano: a) da uno specifico interesse pubblico insito nelle caratteristiche del territorio, stabilito da leggi statali o regionali relative alla tutela dei beni ambientali, paesaggistici e culturali, alla protezione della natura ed alla difesa del suolo».

³² Tale fase è essenziale verificare in concreto la realizzazione degli obiettivi pubblici; G. Severini, *Art. 112*, cit., 1024 ss.

³³ Si tratta degli organismi per la valorizzazione; cfr. L. Casini, *Valorizzazione e gestione*, in *Diritto del patrimonio culturale*, cit., 211.

³⁴ Tuttavia, ai sensi dell'art. 115, c. 3, del codice dei beni culturali, i privati che eventualmente partecipano ai soggetti indicati all'articolo 112, c. 5, non possono comunque essere individuati quali concessionari delle attività di valorizzazione. In ogni caso, qualora la gestione del bene culturale venisse affidata alle fondazioni di partecipazione, possibilità prevista dall'art. 115, c. 6, del codice dei beni culturali, tale divieto verrebbe aggirato.

accordi «per regolare servizi strumentali comuni destinati alla fruizione e alla valorizzazione di beni culturali» (art. 112, c. 9, codice dei beni culturali)³⁵. Tuttavia, pur in presenza di un coinvolgimento dei privati che in questa fase è stato definito “cooperativo”³⁶, non sembrano chiari i criteri attraverso cui operare tale selezione. Lo spazio per il coinvolgimento delle comunità locali appare dunque molto limitato.

Al contrario, nella fase di concreta gestione e attuazione dei suddetti accordi di valorizzazione, l’apporto del privato, selezionato tramite procedura ad evidenza pubblica ex art. 115, c. 3, del codice dei beni culturali appare in funzione alternativa a quello del soggetto pubblico³⁷, da preferirsi secondo alcuni in astratto ove in grado di garantire un più elevato livello di valorizzazione del patrimonio culturale³⁸. Il rapporto dei soggetti privati selezionati con le «amministrazioni cui i beni pertengono» saranno poi regolati sulla base di uno specifico contratto di servizio. In ogni caso, dovranno essere rispettati i livelli minimi uniformi di qualità delle attività di valorizzazione su beni di pertinenza pubblica per garantire standard minimi omogenei, secondo le modalità definite dal combinato disposto degli artt. 114, c. 3 e 115, c. 4, codice dei beni culturali³⁹.

All’interno di tale contesto non può non essere preso in considerazione il codice del terzo settore che indica delle disposizioni che in parte si sovrappongono a quanto previsto dal codice dei beni culturali. In particolare, l’art. 55 del codice del terzo settore dispone che le pubbliche amministrazioni assicurano il coinvolgimento attivo degli enti del terzo settore, attraverso forme di co-programmazione (corrispondente alla fase strategica disciplinata dal codice dei beni culturali), e co-progettazione (corrispondente alla fase

³⁵ Per questa tipologia di soggetti non vi è la medesima preclusione sancita dall’art. 115, c. 3, del codice dei beni culturali.

³⁶ M. Cammelli, *Cooperazione*, in *Diritto del patrimonio culturale*, cit., 295 ss.

³⁷ Ai sensi dell’art. 115, c. 1, codice dei beni culturali: «La gestione diretta è svolta per mezzo di strutture organizzative interne alle amministrazioni, dotate di adeguata autonomia scientifica, organizzativa, finanziaria e contabile, e provviste di idoneo personale tecnico. Le amministrazioni medesime possono attuare la gestione diretta anche in forma consortile pubblica». A ciò, si aggiunga la possibilità per l’amministrazione di affidare una gestione in forma diretta mediante affidamento in house alle condizioni previste dal d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36.

³⁸ Cfr. art. 115, c. 4, codice dei beni culturali; A. Moliterni, *Pubblico e privato nella disciplina del patrimonio culturale*, cit., 29.

³⁹ Cfr. d.m. n. 113 del 21 febbraio 2018 «Adozione dei livelli minimi uniformi di qualità per i musei e i luoghi della cultura di appartenenza pubblica e attivazione del sistema museale nazionale».

di programmazione disciplinata dal codice dei beni culturali)⁴⁰. In ogni caso, alla luce di quanto analizzato, i differenti momenti i cui è articolato il processo di valorizzazione non sembrano essere stati strutturati per intercettare la complessità delle relazioni esistenti sul piano sociale.

Fermo quanto precede, la stessa nozione di valorizzazione ha comportato un'apertura ai privati nel settore dei beni culturali, con un complessivo innalzamento della qualità dei servizi offerti. D'altra parte, la rigida contrapposizione con le funzioni connesse alla tutela⁴¹, sottratte all'alveo dei rapporti tra l'amministrazione e il privato come sopra evidenziato, ha avuto l'effetto di accentuare le distinzioni tra queste due categorie di funzioni, in alcuni casi peraltro difficile da tracciare in linea teorica poiché la medesima attività può perseguire entrambe le finalità⁴². Conseguentemente, si è delineata una relazione quasi gerarchica tra tali tipologie di funzioni⁴³, in quanto le attività di valorizzazione devono essere svolte in forme compatibili con la tutela e non possono pregiudicarne le esigenze. Altra parte della dottrina ha invece sottolineato «la concreta inutilità di tracciare una linea di confine netta»⁴⁴ tra le attività riconducibili alla tutela e alla valorizzazione, in quanto tali funzioni «si compenetrano l'una nell'altra»⁴⁵.

Per di più, i soggetti cui il Codice dei beni culturali fa riferimento, segnatamente le associazioni culturali o di volontariato, non rappresentano gli unici soggetti interessati nelle attività di valorizzazione del patrimonio culturale. A parere di chi scrive, occorre interrogarsi sulla necessità di adottare strumenti differenti, per la piena realizzazione degli obiettivi di co-programmazione e co-progettazione, tanto nella fase ascendente quanto nella

⁴⁰ Sulla portata dell'art. 55 di veda la sentenza n. 131/2020 della Corte costituzionale, che ha stabilito che «l'art. 55 realizza per la prima volta in termini generali una vera e propria procedimentalizzazione dell'azione sussidiaria».

⁴¹ Analoghe considerazioni possono essere effettuate con riferimento alla funzione della fruizione. Con quest'ultimo termine sembra intendersi il mero accesso al patrimonio mentre per valorizzazione ogni attività aggiuntiva volta alla promozione della conoscenza del bene. Per una critica a tale contrapposizione cfr. A. Moliterni, *Pubblico e privato nella disciplina del patrimonio culturale*, cit., 35.

⁴² Come, ad esempio, il restauro; cfr. A. Moliterni, *Pubblico e privato nella disciplina del patrimonio culturale*, cit., 34.

⁴³ Art. 1, c. 6; art. 6, c. 2 del codice dei beni culturali; art. 117 Cost. che assegna le funzioni di tutela alla competenza esclusiva dello Stato e la valorizzazione alla competenza concorrente.

⁴⁴ M.C. Pangallozzi, *Le modalità di affidamento ai privati nell'ambito della valorizzazione dei beni culturali*, in *Il coinvolgimento degli enti privati nella valorizzazione e nella gestione dei beni culturali pubblici*, a cura di F.G. Albisinni, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022, 89.

⁴⁵ M. C. Pangallozzi, *op. cit.*, 90.

fase discendente, catturando così la complessità delle relazioni intercorrenti tra tutti i soggetti compresi nel modello della quintupla elica⁴⁶.

Pertanto, l'analisi si concentrerà ora sulle diverse forme di partenariato per la valorizzazione del patrimonio culturale, cercando di determinare quale tra i vari strumenti giuridici a disposizione dell'amministrazione sia più idoneo per coinvolgere una pluralità di attori e, soprattutto, la comunità locale.

3. Il partenariato per l'uso esclusivo di un bene culturale e la gestione di servizi per il pubblico

Nel presente paragrafo verranno analizzate brevemente le varie tipologie di partenariato per l'uso esclusivo di un bene culturale e per la gestione di servizi per il pubblico, attraverso il filtro concettuale della quintupla elica.

Una prima tipologia di partenariato pubblico-privato è rappresentata dal caso in cui l'amministrazione conceda ad un privato un bene culturale in uso esclusivo per finalità compatibili con la sua conservazione. Così facendo, seppur per un periodo limitato, tale concessione condiziona la fruizione del bene oggetto dell'accordo. Tale limitazione è giustificata dal pagamento di una somma che verrà poi impiegata per la valorizzazione del bene stesso. In questo senso, in primo luogo, si fa riferimento alla concessione dell'*uso individuale dei beni culturali* ex art. 106 e all'*uso strumentale e precario e riproduzione di beni culturali* ex art. 107 del codice dei beni culturali. Tali fattispecie vengono pertanto in rilievo quando l'amministrazione concede un bene culturale per una finalità egoistica del privato, che se ne serve, come detto, compatibilmente con le esigenze di conservazione dello stesso. Pur con una compressione di una delle finalità cui l'attività di valorizzazione tende, vale a dire la fruizione del bene⁴⁷, che viene per l'appunto limitata o sospes-

⁴⁶ Gli investimenti del Piano nazionale di ripresa e resilienza sembrano muoversi in questa stessa direzione, destinando una parte delle risorse allo sviluppo di piattaforme digitali per la valorizzazione del patrimonio culturale. Piattaforme così concepite permetterebbero infatti di coinvolgere, in modalità da definirsi, una molteplicità di attori rilevanti e di fruitori del bene stesso, valorizzandolo e contribuendo a perseguire gli obiettivi sanciti dall'art. 9 della Costituzione (si veda M1C3 – Investimento 1.1 «Strategie e piattaforme digitali per il patrimonio culturale»).

⁴⁷ In questo senso, i casi in cui la fruizione pubblica risulti del tutto compromessa dovrebbero rappresentare episodi eccezionali: così S. De Nitto, *Concessioni d'uso del patrimonio culturale*, in *Patrimonio culturale e soggetti privati*, cit., 219.

sa temporaneamente⁴⁸, si reperiscono risorse che verranno successivamente destinate alla valorizzazione e alla tutela del bene stesso.

Analogamente, una forma di partenariato giustificata prettamente da ragioni di carattere economico è rappresentata dai contratti di sponsorizzazione⁴⁹, disciplinati dall'art. 120 del codice dei beni culturali⁵⁰. Ai sensi dell'art. 119 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (d'ora in avanti "TUEL"), anche gli enti locali possono ricorrere a tali tipologie di partenariato.

Pur non venendo in rilievo una fattispecie che preveda la concessione in uso esclusivo di un bene culturale, si prevede però il versamento di un contributo economico-finanziario destinato alla realizzazione di interventi connessi alla valorizzazione del patrimonio⁵¹. In questo senso, la causa del contratto è rappresentata tanto dal ritorno in termini di immagine conseguito dallo *sponsor* quanto dal ricevimento di una somma di denaro o svolgimento di un servizio di cui il soggetto pubblico beneficerà. Da tale fenomeno deve essere tenuto distinto il mecenatismo culturale⁵², caratterizzato dall'*animus donandi*, che si concretizza in vere e proprie donazioni senza che

⁴⁸ La linea di demarcazione temporale delle attività oggetto della concessione d'uso costituisce la base della distinzione tra le due figure: nel caso di attività prolungate, necessarie ad esempio per l'organizzazione di un servizio di ristorazione, si è in presenza della fattispecie disciplinata dall'art. 106; nel caso di attività di breve durata, come un qualsiasi evento privato, verrà in rilievo l'art. 107 del codice dei beni culturali. In questo senso F. Caporale, *Le forme di collaborazione pubblico-privato nella gestione del patrimonio culturale*, in *Il coinvolgimento degli enti privati*, cit., 164.

⁴⁹ I contratti di sponsorizzazione sono quei contratti atipici mediante i quali lo *sponsor* offre un contributo, in beni o servizi, allo scopo di far sì che lo *sponsee* (il soggetto pubblico) conceda la promozione nome/marchio/immagine/attività dello *sponsor* sull'immagine dell'iniziativa sponsorizzata. Più specificamente, si distinguono tre differenti tipologie di sponsorizzazioni: la sponsorizzazione "tecnica" con la quale lo sponsor realizza in tutto o in parte la progettazione e le prestazioni richieste; nella sponsorizzazione "pura" lo sponsor adempie le obbligazioni di pagamento dovute dall'amministrazione; nella sponsorizzazione "mista" lo sponsor può, ad esempio, curare la progettazione e finanziare le lavorazioni previste; cfr. d.m. 19 dicembre 2012 «Approvazione delle norme tecniche e linee guida in materia di sponsorizzazioni di beni culturali e di fattispecie analoghe o collegate».

⁵⁰ La disciplina delle sponsorizzazioni è altresì contenuta nell'art. 134, c. 4, del "nuovo" codice dei contratti pubblici, di fatto riproponendo quanto contenuto nell'art. 19 del "vecchio" codice. La soluzione dell'evidenza pubblica *soft*, soddisfatta mediante la "pubblicazione sul sito internet della stazione appaltante, per almeno trenta giorni, di apposito avviso" contenente i requisiti richiesti dalla legge, è stata confermata.

⁵¹ A. Berti Suman, *Le sponsorizzazioni e il mecenatismo*, in *Patrimonio culturale e soggetti privati*, cit., 295.

⁵² Più complessa appare invece la distinzione tra i contratti di sponsorizzazione e le donazioni modali (art. 793 del codice civile), dal momento che il *modus* imposto a carico del donatario potrebbe avere una rilevanza economica per il donante.

il privato ottenga alcuna controprestazione in termini di promozione del proprio nome/marchio/immagine/attività. Il c.d. *Art bonus*⁵³ ha contribuito a sfumare la differenza tra i contratti di sponsorizzazioni e gli atti di liberalità, dal momento che il beneficio fiscale e il ringraziamento, comunque solitamente dovuto al donatore da parte del soggetto pubblico, potrebbero rappresentare, in alcuni casi, una controprestazione quasi più vantaggiosa di quella prevista nell'ambito di un contratto di sponsorizzazione⁵⁴. Infine, come rilevato dalla Corte dei conti, in alcuni casi la scarna disciplina degli impegni negoziali assunti dallo *sponsor* rischia di far emergere «forme surrettizie di privatizzazione del patrimonio culturale, così inibendo lo sviluppo di un autentico mecenatismo culturale in Italia»⁵⁵.

In ogni caso, tali strumenti sono stati concepiti più come dispositivi per soddisfare interessi di carattere economico che non come strumenti di coesione sociale in grado di coinvolgere la comunità locale. Per di più, anche con riferimento alle predette finalità di carattere economico, la dottrina ha evidenziato margini di potenziamento nell'impiego di tali mezzi⁵⁶.

Una differente tipologia di partenariati è disciplinata dall'art. 117 del codice dei beni culturali, che si riferisce all'istituzione di servizi di assistenza culturale e di ospitalità per il pubblico. L'eterogeneità delle funzioni ivi elencate è il sintomo dello smarrimento dell'originario impianto legislativo, secondo cui al privato sarebbero stati affidati solo i servizi aggiuntivi, come ad esempio e servizi di caffetteria, ristorazione e guardaroba, vale a dire il «sovrappiù per il pubblico, completando l'offerta pubblica»⁵⁷. Il meccanismo applicato a questa forma di cooperazione è quello della concessione delle attività di valorizzazione, con la necessità di individuare tutta una serie di servizi minimi che comunque devono essere garantiti alla pubblica amministrazione⁵⁸. Conseguentemente, ciò che rileva per questa tipologia di partenariati appare essere la necessità di garantire standard minimi nell'erogazione

⁵³ L'*Art bonus* (di cui al d.l. 31 maggio 2014, n. 83, convertito con modificazioni dalla l. 29 luglio 2014, n. 106 e s.m.i.) ha previsto un credito d'imposta fino al 65 per cento per erogazioni liberali in denaro in favore della cultura e dello spettacolo.

⁵⁴ cfr., P. Barrera, *Art. 120*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, cit., 1070.

⁵⁵ Cfr. Deliberazione 4 agosto 2016, n. 8/2016/G nella quale emergono le perplessità della Corte dei Conti in ordine alla sponsorizzazione del Colosseo, relativamente alla quantità e alla durata dei diritti.

⁵⁶ A. L. Tarasco, *Il talento sotterrato. Il patrimonio culturale tra valorizzazione ed equilibrio dei bilanci pubblici*, in *Riv. giur. ed.*, 2018, 487.

⁵⁷ M. Cammelli, *Pubblico e privato nei beni culturali: condizioni di partenza e punti di arrivo*, in *Aedon*, 2007, n. 2.

⁵⁸ Cfr., *Linee Guida in materia di attivazione ed affidamento in concessione dei servizi per il pubblico negli istituti di cultura italiani*, allegate alla circolare n. 49 del 23 marzo 2009.

dell'offerta pubblica e nemmeno in questo caso assume rilevanza la finalità legata al coinvolgimento di differenti tipologie di attori (segnatamente quelli indicati nel modello di sviluppo della quintupla elica) per innescare meccanismi virtuosi di integrazione sociale.

4. I partenariati per la gestione di un bene culturale pubblico

Attraverso i partenariati per la gestione di un bene culturale pubblico, l'amministrazione affida la gestione di un bene culturale a un soggetto privato per un determinato periodo di tempo, allo scopo di riqualificarlo. All'interno di tale categoria rientrano, ad esempio, gli accordi per la valorizzazione del patrimonio culturale di cui all'art. 112, c. 4, del codice dei beni culturali⁵⁹ e la concessione di attività di valorizzazione di cui all'art. 115, c. 5, del codice dei beni culturali.

Uno strumento che rientra all'interno di tale tipologia di partenariato e si presta a sperimentazioni più ampie⁶⁰, anche alla luce del filtro concettuale della quintupla elica, è rappresentato dalla forma speciale di partenariato per il patrimonio culturale, originariamente previsto dall'art. 151, c. 3, attualmente disciplinato dall'art. 134, c. 2., del codice dei contratti pubblici⁶¹. In primo luogo, è opportuno sottolineare come il legislatore, attraverso l'utilizzo di una formulazione ampia, abbia sfumato la rigidità della contrapposizione sopra evidenziata tra tutela e valorizzazione, prevedendo tra le finalità per cui è possibile ricorrere a tale istituto «il recupero, il restauro, la manutenzione programmata, la gestione, l'apertura alla pubblica fruizione e la valorizzazione di beni culturali».

La flessibilità di tale formulazione fa trasparire pertanto la *ratio* di tale strumento progettato per stimolare la cooperazione, reimmettendo nel cir-

⁵⁹ M. Cammelli, *Cooperazione*, in *Diritto del patrimonio culturale*, cit., 286.

⁶⁰ Cfr. circolare del 9 giugno 2016, n. 17461, che fa espressamente riferimento alla possibilità che questa disposizione garantisca «uno specifico riconoscimento e una più sicura base giuridica» a molteplici forme di collaborazione che possono instaurarsi con enti del terzo settore e associazioni di volontariato.

⁶¹ È opportuno rilevare che la nuova formulazione ha espressamente previsto che tale forma speciale di partenariato può essere attivata per favorire «la ricerca scientifica applicata alla [...] tutela o alla [...] valorizzazione» del patrimonio culturale, e non solo alla sua tutela, come previsto dal d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50. L'incongruenza della precedente formulazione della norma che menzionava la sola possibilità di favorire la ricerca scientifica relativa alla sola tutela e non anche alla valorizzazione era stata rilevata in dottrina da G. Sciuillo, *Il partenariato pubblico-privato in tema di patrimonio culturale dopo il Codice dei contratti*, cit.

cuito sociale un bene culturale⁶² che non necessariamente richiede interventi di restauro, bensì chiuso (anche solo parzialmente⁶³) al pubblico⁶⁴. A tal proposito, se da un lato tale forma speciale di partenariato sembra essere finalizzata al recupero di beni culturali dismessi⁶⁵, dall'altro potrebbe rappresentare un vero e proprio strumento di promozione della coesione sociale⁶⁶, in attuazione dei principi costituzionali di solidarietà sociale (art. 2 Cost.) e sussidiarietà (art. 118, c. 4 Cost.)⁶⁷, anche alla luce del fatto che la nuova formulazione della norma prevede la possibilità di attivare tali forme speciali di partenariato per i “beni culturali”, e non più esclusivamente per i “beni culturali immobili”, come previsto dal d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50. Pertanto, tale tipologia di partenariato potrà avere ad oggetto anche altre tipologie di beni culturali mobili rientranti nel demanio culturale dello Stato, delle regioni e degli altri enti pubblici territoriali (come, ad esempio, le raccolte dei musei, delle pinacoteche, degli archivi, delle biblioteche) o nel loro patrimonio indisponibile (come, ad esempio, cose mobili di interesse storico, archeologico, paleontologico, paleontologico e artistico non incluse in raccolte).

D'altra parte, in alcuni casi, la stessa vaghezza della formula utilizzata può comportare una concreta difficoltà per la pubblica amministrazione nella comparazione delle proposte competitive ricevute a seguito della pubblicazione dell'avviso sul proprio sito istituzionale, per la mancanza di elementi oggettivamente comparabili nelle offerte da confrontare⁶⁸, oltre al

⁶² L'attuale formulazione della norma prevede la possibilità di attivare tali forme speciali di partenariato per i “beni culturali”, e non più esclusivamente per i “beni culturali immobili”, come precedentemente previsto. L'incongruenza di tale limitazione era stata rilevata in dottrina; cfr., G. Sciuillo, *Il partenariato pubblico-privato in tema di patrimonio culturale dopo il Codice dei contratti*, cit.

⁶³ In questo senso, è stato rilevato che «le forme speciali di partenariato assumono il concetto di riqualificazione in un'accezione puramente formale (la presenza del bene nella vita della collettività) e non materiale (la necessità di interventi strutturali di recupero del bene)», F. Caporale, *Le forme di collaborazione pubblico-privato*, cit., 153.

⁶⁴ Cfr., Circolare 8 novembre 2019, n. 45, che fa espressamente riferimento alla possibilità di attivare tale istituto «per la gestione di immobili o siti museali/archeologici ad oggi non aperti al pubblico».

⁶⁵ F. Caporale, *Le forme di collaborazione pubblico-privato*, cit., 153.

⁶⁶ M. D'Isanto, *Il partenariato speciale pubblico-privato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Aedon*, 2023, n. 2.

⁶⁷ C. Napolitano, *Il partenariato pubblico-privato nel diritto dei beni culturali: vedute per una sua funzione sociale*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 2/2019.

⁶⁸ In questo senso, si veda Cons. Stato, sez. V, sentenza 28 dicembre 2020 n. 8403, che ha riformato la pronuncia del TAR Campania, Napoli, sez. V, sentenza 19 agosto 2019, n. 4366. Nella vicenda in questione i giudici di Palazzo Spada hanno statuito che, a fronte di una procedura estremamente semplificata come quella prevista dal partenariato speciale,

rischio dell'impiego di tale strumento per finalità estranee a quelle originariamente previste.

In ogni caso, l'obiettivo della coesione sociale potrebbe essere analogamente raggiunto attraverso l'impiego di altre possibili soluzioni a disposizione del decisore pubblico per garantire il coinvolgimento della comunità nelle attività di gestione e valorizzazione del patrimonio culturale⁶⁹. Fra tanti, assume una certa rilevanza l'art. 71, c. 3, del codice del terzo settore che, nel disciplinare gli affidamenti di riqualificazione e riconversione riservati agli enti del terzo settore, fa riferimento proprio alla necessità di individuare il concessionario secondo le modalità della forma speciale di partenariato prevista (ora) dall'art. 134, c. 2, del codice dei contratti pubblici. Pertanto, pur condividendo con l'istituto precedentemente analizzato le modalità di individuazione dell'operatore e le finalità di valorizzazione del patrimonio culturale, tale affidamento rappresenta uno strumento ben distinto in quanto avente ad oggetto beni che «richiedono interventi di restauro», e non chiusi al pubblico, ed è indirizzato agli enti del terzo settore, e dunque non indistintamente a qualsiasi soggetto privato⁷⁰.

Per completezza, è opportuno altresì segnalare la tipologia di affidamenti prevista dall'art. 3-*bis* del d.l. 25 settembre 2001, n. 351, rubricato «Valorizzazione e utilizzazione a fini economici dei beni immobili tramite concessione o locazione». Come previsto dalla stessa rubrica, tale tipologia di schema di partenariato è stato previsto non solo per la «riqualificazione e riconversione» di beni «tramite interventi di recupero, restauro, ristrutturazione» ma anche per permettere al privato di trarne benefici economici, con la conseguenza di ottenere un sistema in cui la giustificazione per l'adozione

pur nel rispetto dei principi fondamentali di imparzialità e parità di trattamento, considerata la difficile comparabilità delle proposte in gara, «la scelta del partner privato può orientarsi verso il proponente che oggettivamente presenti un ragionevole affidamento di migliore e, comunque più sicura, valorizzazione del bene culturale». In aggiunta, è stato affermato che ciò «comporta una valutazione che, benché non libera, è inevitabilmente connotata da ampia discrezionalità e che ha per risultato da attentamente calcolare la prospettiva de futuro [...] del sinallagmatico conseguimento di un valore aggiusto, o di costo risparmiato, per il compito pubblico di valorizzazione culturale di beni culturali in mano pubblica».

⁶⁹ C. Iaione, *L'azione collettiva urbana tra partenariato pubblico-comunità e pubblico-comunità-privato*, in *La Co-Città. Diritto urbano e politiche pubbliche per i beni comuni e la rigenerazione urbana*, a cura di P. Chirulli, C. Iaione, Napoli, Jovene, 2018, 28.

⁷⁰ Proprio per la tipologia di sforzo (anche economico) che si richiede al privato, entrambe le tipologie di partenariato coprono un arco temporale di medio-lungo periodo (cfr., Mibact, circolare 9 giugno 2016, prot. n. 17461), con la conseguente necessità di specificare in maniera piuttosto dettagliata gli obblighi connessi alla valorizzazione del patrimonio culturale (cfr. Mibact, circolare 8 novembre 2019, n. 45, prot. n. 15518).

di tale modello è rappresentata dalla volontà dell'amministrazione di mettere a reddito il proprio patrimonio immobiliare, più che valorizzarne l'aspetto culturale⁷¹.

Analogamente, l'art. 89, c. 17 del codice del terzo settore prevede la possibilità di attivare forme speciali di partenariato con enti del terzo settore per lo svolgimento di attività «dirette alla prestazione di attività di valorizzazione di beni culturali immobili di appartenenza pubblica». In questo caso, il coinvolgimento di attori privati è previsto attraverso lo svolgimento di attività di valorizzazione, eventualmente finalizzate alla successiva alienazione dello stesso, più che per il compimento di attività di recupero di un bene degradato.

Infine, è opportuno menzionare in questa sezione la possibilità di affidare la valorizzazione dei beni culturali a fondazioni di partecipazione, quale forma di partenariato pubblico-privato istituzionalizzato⁷². Come sopra menzionato trattando della fase intermedia di elaborazione dei “*conseguenti piani strategici di sviluppo culturale*”, l'art. 112, c. 5 del codice dei beni culturali prevede espressamente tale possibilità per gli enti pubblici territoriali. Nelle intenzioni originarie del legislatore, tale strumento avrebbe potuto rappresentare una forma di apertura alla partecipazione dei privati, garantendo altresì un passaggio graduale a modalità gestionali di tipo imprenditoriale. Secondo parte della dottrina, la struttura particolarmente macchinosa prevista dalla disciplina di dettaglio⁷³ ha frustrato la possibilità di raggiungere tali obiettivi⁷⁴.

⁷¹ M. Croce, S. De Nitto, *I partenariati per la valorizzazione del patrimonio dismesso, in disuso o scarsamente fruito*, in *Patrimonio culturale e soggetti privati*, cit., 181.

⁷² G. Severini G., *op. cit.*, 1025; F. Savo Amodio, *Il partenariato istituzionalizzato per la valorizzazione del patrimonio culturale*, in A. Moliterni, *Pubblico e privato nella disciplina del patrimonio culturale*, cit., 255. In generale, sul partenariato pubblico-privato si veda Chiti, M. P., (a cura di) *Il partenariato pubblico-privato: concessioni, finanza di progetto, società miste, fondazioni*, Napoli, Editoriale scientifica, 2009.

⁷³ Tale disciplina, oggi contenuta negli artt. 112 e 115 del codice dei beni culturali, era disciplinata dall'art. 10 del d.lgs. 20 ottobre 1998, n. 368. Segnatamente, la normativa di dettaglio è stata prevista dal Ministero per i beni e le attività culturali nel decreto 27 novembre 2001, n. 491. Si veda in particolare l'art. 13 del suddetto decreto inerente le potestà del Ministero.

⁷⁴ A. Magliari, *Le fondazioni di partecipazione al crocevia tra diritto pubblico e privato. Cenni alle principali problematiche*, in *Amministrare le fondazioni, amministrare per fondazioni*, a cura di A. Averardi, A. Gualdani e A. Magliari, Napoli, Editoriale scientifica, 2022, 39.

5. Conclusioni

La collaborazione pubblico-privato nella valorizzazione dei beni culturali, come visto sin qui, può assumere differenti tipologie di intensità, variando tanto nelle differenti “fasi” del procedimento di valorizzazione quanto in base agli strumenti giuridici in concreto adottati dall’amministrazione.

In primo luogo, tra le differenti fasi (o momenti) del procedimento di valorizzazione, la collaborazione pubblico-privato beneficia di uno spazio di sperimentazione più ampio nella fase gestoria, anche se non si possono escludere aperture analoghe anche nella fase strategica⁷⁵.

In secondo luogo, dall’esame delle differenti tipologie di partenariato per l’uso esclusivo di un bene culturale e per la gestione di servizi per il pubblico, è emerso come prevalgano maggiormente logiche di carattere economico nell’utilizzo di questi strumenti nell’intento, certamente condivisibile, di reperire risorse da destinare alla valorizzazione del patrimonio culturale. Al contrario, analizzando le tipologie di partenariato per la gestione di un bene culturale pubblico, è stato possibile osservare come la forma speciale di partenariato di cui all’art. 134 del codice dei contratti pubblici si presti a sperimentazioni più ampie, anche alla luce della recente riforma del codice dei contratti pubblici, che ha ampliato la categoria di beni culturali oggetto di tale partenariato speciale. Oltretutto, il ricorso a tale istituto permetterebbe di superare l’equivoco secondo cui attività socialmente utili, scopo di lucro e valorizzazione dei beni culturali non potrebbero coesistere⁷⁶. Infatti, il ricorso a tale tipologia di partenariato speciale potrebbe ampliare l’offerta artistica del territorio, implementando una proposta di progetto che ne dimostri la sostenibilità economico-gestionale, con impatti positivi sulla comunità, grazie al coinvolgimento diretto di soggetti privati all’interno della compagine partenariale o, in ogni caso, tramite una vera e propria forma di rigenerazione urbana, soprattutto nel caso in cui tali accordi abbiano ad oggetto beni culturali chiusi al pubblico.

I centri di ricerca o le università potrebbero così porsi come soggetti valutatori indipendenti per certificare gli impatti prodotti da queste tipologie di partenariato. In questo modo, tutti gli attori menzionati nel modello della quintupla elica sarebbero pienamente coinvolti per garantire l’inno-

⁷⁵ In questo senso, infatti, il partenariato speciale consentirebbe di superare la distinzione tra queste fasi; così, M. Croce, S. De Nitto, *I partenariati per la valorizzazione del patrimonio dismesso, in disuso o scarsamente fruito*, cit., 191.

⁷⁶ A. L. Tarasco, *Il federalismo demaniale e la sussidiarietà obliqua nella gestione dei beni culturali*, in *Riv. giur. mezz.*, 2011, 1082.

vazione e la sostenibilità di tali meccanismi di *governance* del patrimonio culturale.

In linea teorica, tale strumento potrebbe altresì intrecciarsi con il dibattito aperto sul *procurement* innovativo, quale strumento di promozione dell'innovazione, anche sociale. Infatti, fermo il crescente ricorso a forme di partenariato pubblico-privato contrattuale da parte della pubblica amministrazione, assume rilevanza in questo contesto la ricerca di strumenti innovativi da parte della pubblica amministrazione per ripensare la *governance* delle forme di gestione dei beni culturali, nell'ottica di una più ampia valorizzazione. In particolare, all'interno della variegata tipologia di strumenti a disposizione dell'amministrazione per adottare soluzioni innovative e sostenibili⁷⁷, potrebbero nascere interessanti tipologie di sperimentazione.

A questo proposito, su scala nazionale, il sito www.appaltinnovativi.gov.it, gestito dall'Agenzia per l'Italia Digitale (AGID) potrebbe rappresentare un'interessante vetrina per la promozione e la mappatura di iniziative di questo tipo. In questo senso, il 6 settembre 2023 è stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale Europea l'avviso di preinformazione di un appalto innovativo per la valorizzazione dei beni culturali avente ad oggetto la seguente denominazione «Smarter Italy – Soluzioni innovative per lo sviluppo delle comunità del territorio attraverso la valorizzazione dei beni culturali»⁷⁸. Non si può escludere l'utilizzo di meccanismi giuridici che si intrecceranno con il procedimento enucleato dall'art. 134 del codice dei contratti pubblici. Analogamente, anche a livello locale si assiste ad iniziative di questo tipo⁷⁹. In questo senso, il progetto *Open Heritage* ha permesso la costituzione di Co-Roma⁸⁰, una piattaforma collaborativa che mira a supportare la costituzione di partenariati per la valorizzazione del patrimonio culturale come strumento di sviluppo sostenibile e innovazione per il territorio.

Ben note sono invece le altre tipologie di partenariati multi-attoriali

⁷⁷ C. Iaione, A. Coiante, *Il partenariato per l'innovazione sostenibile nel settore sanitario*, *Riv. giur. ed.*, 2022, 516 ss.

⁷⁸ Si veda <https://appaltinnovativi.gov.it/consultazioni/sviluppo-delle-comunita-del-territorio-attraverso-la-valorizzazione-dei-beni-culturali>

⁷⁹ Ad esempio, la realizzazione del Polo del Benessere Santa Maria della Pietà, uno dei Piani Urbani Integrati finanziati a Roma dall'Unione europea (Linea di investimento PNRR, M5C2 – 2.2) potrebbe prevedere la realizzazione di partenariati pubblico-privati-comunità, per moltiplicare gli impatti degli investimenti sull'economia locale e sulla qualità dei servizi pubblici erogati. Anche in questo caso, non si può escludere che verranno utilizzati meccanismi che richiamino il procedimento contenuto nell'art. 134, c. 2 del codice dei contratti pubblici.

⁸⁰ Si veda <https://co-roma.it/chi-siamo/>; cfr. A. Piperno, P. P. Zitti, *La cultura, nuovo pilastro dello sviluppo sostenibile*, in questa *Rivista*, 2021, 619.

che hanno dato luogo a interessanti forme di sperimentazione in ambito locale, dai patti di collaborazione⁸¹ al partenariato sociale⁸² di cui all'art. 201 del Codice dei contratti pubblici, alla creazione di vere e proprie unità organizzative da parte di Comuni virtuosi deputate all'abilitazione di partenariati che coinvolgono tutti gli attori della quintupla elica⁸³. Tali tipologie di partenariato potrebbero rappresentare il punto d'ingresso all'interno del nostro ordinamento di un concetto che è stato definito "*Urban Science and Innovation Partnerships*", vale a dire l'applicazione di un modello di *co-governance* urbana a quintupla elica⁸⁴. In altre parole, l'emersione di tale nuovo modello di partenariati multi-attoriali⁸⁵ potrà portare a ripensare in chiave innovativa e sostenibile la *governance* della gestione del patrimonio culturale.

Abstract

Innovation and sustainability within the contractual activities of public administration for the valorisation of cultural heritage must be translated into the use of legal instruments that involve local communities. This work focuses on the involvement of different types of actors at different stages of the valorisation process and on the tools available to the administration to implement a model that involves all the actors of the quintuple helix model. The study concludes with an in-depth analysis of the specific partnership for the valorisation of cultural heritage, also in the light of the recent reform of the Public Procurement Code. The same objective of social cohesion could be achieved through a strategic use of innovation procurement.

⁸¹ Dopo l'approvazione del Regolamento sulla collaborazione tra cittadini e amministrazione per la cura e la rigenerazione dei beni comuni urbani da parte del Consiglio comunale di Bologna nel 2014, molte città hanno importato tale modello; si veda C. Iaione, *Participatory governance in EU cities and its potential implementation in the cultural sector: the urban science and innovation partnerships as an enabling tool*, in *Riv. giur. ed.*, 2023, 47; G. Arena, C. Iaione, *L'Italia dei beni comuni*, Roma, Carocci, 2012; P. Michiara, *I patti di collaborazione e il regolamento per la cura e la rigenerazione dei beni comuni urbani. L'esperienza del Comune di Bologna*, in *Aedon*, 2016, n. 2; F. Giglioni, *I regolamenti comunali per la gestione dei beni comuni urbani come laboratorio per un nuovo diritto delle città*, in *Munus*, 2016, 291 ss.

⁸² C. Iaione, *L'azione collettiva urbana*, cit., 29.

⁸³ Si vedano in questo senso le attività del *City Science Office* di Reggio Emilia in F. Berni, L. De Franco e N. Levi, *Il City Science Office di Reggio Emilia: percorsi di ricerca e innovazione in campo energetico e sociale* in *Diritto e Società*, 2022, 871 ss.

⁸⁴ C. Iaione, *Participatory governance in EU cities*, cit., 37 ss.

⁸⁵ Si veda in questo senso la nozione di partenariato pubblico-privato-comunità in C. Iaione, *Urban Sustainable Development and Innovation Partnerships*, *IJPL*, 2022, 521 ss.

ARTICOLI

NICOLETTA LEVI – FEDERICA DELLA VENTURA

INNOVAZIONE E SOSTENIBILITÀ DEGLI STRUMENTI CONTRATTUALI ALTERNATIVI PER LA LOTTA AL CAMBIAMENTO CLIMATICO. IL CASO DI REGGIO EMILIA

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La normativa Europea, gli strumenti e le strategie rilevanti in tema di *impact investments*. – 3. I Partenariati Pubblico-Privato e gli strumenti di Misurazione dei loro impatti sul cambiamento climatico: un inedito combinato disposto. – 4. Le esperienze pratiche: il punto di vista urbano. – 4.1. Il caso di Barcellona: i rischi del ricorrere agli strumenti tradizionali. – 4.2. Il caso di Amsterdam: le opportunità di investire in una consapevole collaborazione pubblico-privata. – 5. Il caso di Reggio Emilia: partenariato pubblico-comunità e la misurazione degli impatti. – 5.1. Il ruolo dell'attore pubblico. – 5.2. Il partenariato come contesto (formale e reale) per l'interesse generale. – 5.3. L'esempio reggiano come approccio evolutivo al partenariato pubblico-privato e la necessità di inglobare strumenti generalizzabili per la misurazione dell'impatto. – 6. *Segue*. Il Partenariato per lo sviluppo Sostenibile e l'Innovazione e il futuro della misurazione ESG: il Bilancio di comunità. – 7. Conclusioni.

1. Premessa

Il preoccupante stato di salute del nostro pianeta pone all'attenzione del legislatore, dell'amministratore locale e degli stessi cittadini la necessità di attivare politiche di contrasto all'inquinamento e di lotta al cambiamento climatico, in un'ottica di azioni integrate tra Unione europea, stati nazionali, regioni ed enti locali¹. Se nell'immediato dopoguerra si riteneva

¹ Queste circostanze assumono un significativo rilievo nel contesto degli obiettivi, stabiliti dall'Unione Europea, della rivoluzione verde e della transizione ecologica, anche nel contesto dell'appena conclusasi Conferenza sul futuro dell'Europa che ha affrontato, tra le altre, nel suo Panel 3, il tema «Cambiamento climatico, ambiente, salute per l'Europa». La relazione sul risultato finale della Conferenza, comprensiva di 49 proposte, è stata presentata ai presidenti delle tre istituzioni il 9 maggio 2022 ed è disponibile al seguente link: tinyurl.com/mrdrbw3c, Bruxelles, 24 giugno 2022 (OR. en) EUCO 24/22 CO EUR 21 CONCL 5 NOTA.

che lo sviluppo dei processi economico-produttivi, cui si accompagnava lo sfruttamento delle risorse naturali, assicurasse il miglioramento della qualità della vita della popolazione, la successiva coscienza dell'esauribilità delle risorse stesse spinge oggi a un cambio di orientamento delle politiche degli stati, inteso ad assicurare il benessere delle generazioni presenti ma anche di quelle future².

In anni recenti è risultata sempre più evidente la vulnerabilità delle nazioni ai cambiamenti climatici, i cui effetti sono già da tempo conclamati: malattie, inquinamento dell'aria, migrazioni forzate, eventi meteorologici estremi.

Nel corso di questa trattazione si procederà, in primo luogo, a ripercorrere le politiche, gli strumenti e le strategie sviluppate ai vari livelli territoriali ed extraterritoriali in questo ambito, per poi dimostrare la necessità di una cooperazione tra il settore pubblico e privato. A tal fine si concluderà prendendo ad esempio alcune concrete esperienze internazionali e locali, evidenziandone gli aspetti positivi e le fragilità³.

² Il principio di solidarietà intergenerazionale ha fatto il suo ingresso nel Trattato sull'Unione europea a partire dal Trattato di Lisbona del 2007, che ha introdotto nell'art. 3, c. 3, secondo paragrafo, la formulazione già prevista dalla mai approvata Costituzione europea: «L'Unione combatte l'esclusione sociale e le discriminazioni e promuove la giustizia e la protezione sociali, la parità tra donne e uomini, la solidarietà tra le generazioni e la tutela dei diritti del minore». Ciò comporta l'ingresso della dimensione cronologica nella tutela dei diritti fondamentali, ovvero l'esigenza che gli ordinamenti costituzionali si facciano carico anche dei cittadini di domani. Sul tema J.D. Sachs, *L'era dello sviluppo sostenibile*, Milano, Università Bocconi Editore, 2015, 521; C. Iaione, *Città, scienza e innovazione. Il diritto alla scienza per la città come pietra angolare di una nuova governance urbana orientata allo sviluppo sostenibile e alla responsabilità intergenerazionale*, in questa *Rivista*, 2021, 491-516; A. D'Aloia e R. Bifulco, *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, Jovene Editore, 2008, IX-792; F. Martini, *Riflessioni sul principio di sostenibilità per le generazioni future e lo stato di algoritmizzazione della finanza pubblica*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2016, 1199.

³ Nel nostro ordinamento, un anno e mezzo fa ha visto la luce la legge costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1 la quale, «con il dichiarato obiettivo di colmare un'atavica lacuna della nostra Carta repubblicana» (v. la relazione illustrativa), ha introdotto un riferimento espresso alla tutela degli interessi delle future generazioni all'interno della Costituzione, a latere della previsione dell'obbligo della Repubblica di tutelare l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi. All'art. 9 Cost. è stato infatti aggiunto un terzo comma che recita: «[La Repubblica] tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali». R. Bifulco, *Primesime riflessioni intorno alla l. cost. 1/2022 in materia di tutela dell'ambiente*, in *Federalismi.it*, 2022, 1-8.

2. La normativa Europea, gli strumenti e le strategie rilevanti in tema di *impact investments*

Come premesso, il cambiamento climatico e il degrado ambientale rappresentano la più grande minaccia esistenziale per l'Europa e per il mondo. Già nel 2009 la Commissione europea ha identificato la transizione socio ecologica come una delle principali sfide per l'Unione in un'ottica di sviluppo sostenibile⁴ e ha avviato un percorso di riforme normative e finanziamenti al fine di arginare il problema.

Tuttavia, affinché lo sviluppo si possa definire sostenibile, dovrà essere inteso in un contesto al contempo locale e globale che coinvolga tutti gli attori che interagiscono in un determinato territorio e che ne formano il panorama socio economico, per raggiungere obiettivi e risolvere sfide comuni⁵. È questa l'ottica della *governance* c.d. a quintupla elica, la quale considera i cinque attori chiave da coinvolgere nei processi di sviluppo territoriale: le istituzioni pubbliche, le istituzioni cognitive, come ad esempio le università e i centri di ricerca, il settore privato e la società civile intesa sia sotto forma di organizzazioni (associazioni, fondazioni, enti del terzo settore) che di attori non organizzati (cittadini partecipativi, *city makers* ed innovatori sociali). Includere tutti questi operatori genera innovazione, promuove inclusività e sostenibilità e può aumentare la capacità di produrre gli effetti desiderati e raggiungere le mete prestabilite⁶.

Partendo dal ruolo delle istituzioni pubbliche, e dalle azioni volte a promuovere politiche mirate a raggiungere gli importanti obiettivi climatici

⁴ Per approfondire sul tema, cfr., *ex multis*, F. Fracchia, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010.

⁵ E.G. Carayannis, D.F.J. Campbell, *Open innovation diplomacy and a 21st century fractal research, education, and innovation (FREIE) ecosystem: building on the Quadruple and Quintuple Helix innovation concepts and the "Mode 3" knowledge production system*, in *Journal of the Knowledge Economy*, 2011, 2(3), 327-372.

⁶ Tale approccio è ispirato all'insegnamento di Elinor Ostrom, premio Nobel per l'economia, e si fonda sulla conoscenza locale e sulla cooperazione tra diversi attori o utenti di una risorsa comune; estende la sua prospettiva non solo ai beni naturali e cognitivi, che erano il *focus* principale di Ostrom, ma anche alla città nel suo complesso e a tutte le risorse presenti in essa. N. Dolšák and E. Ostrom, *The challenges of the commons*, in *The commons in the new millennium: challenges and adaptation*, 2003, 3-34. Ma anche L. Morlino, et al. *Modelli di co-governance urbana, sostenibilità, bancabilità ed eleggibilità finanziaria di imprese civiche o di comunità: il partenariato pubblico-comunità e il partenariato pubblico-privato-comunità*, 20018 Rapporto ENEA Per il Ministero dello Sviluppo Economico disponibile su: iris.luiss.it/retrieve/f2081888-9c2f-4a4e-b03b-e3708882b600/RdS-PAR2017-068_compressed.pdf.

prefissati, l'Unione Europea ha promosso innanzitutto importanti riforme normative, ad esempio quelle contenute nel “*Fit for 55*”. Questo è un ampio pacchetto di riforme e regolamenti economici e sociali, mirati a contrastare il cambiamento climatico e a ridurre le emissioni di gas serra apportando modifiche al sistema energetico europeo, grazie anche alla riduzione dell'uso dei combustibili fossili e l'aumento dell'utilizzo delle fonti rinnovabili⁷.

Nell'ottica di fornire un quadro armonico ed in grado di supportare la completa riforma del sistema vigente, l'Unione Europea ha poi, varato il c.d. Regolamento sulla Tassonomia, entrato in vigore il 12 luglio 2020, con lo scopo di definire ciò che la stessa considerasse “sostenibile”⁸. Attraverso questo strumento l'Ue ha tentato, di creare un sistema di classificazione comune stabilendo le quattro condizioni generali che un'attività economica debba soddisfare per essere considerata sostenibile dal punto di vista ambientale, giova evidenziare tuttavia che tale sistema non è stato esente da critiche⁹.

⁷ L'Unione europea ha stabilito l'ambizioso obiettivo di essere il primo continente a raggiungere la neutralità climatica entro il 2050. A questo scopo, gli Stati membri e il Parlamento europeo hanno concordato, attraverso la normativa europea sul clima, di ridurre le emissioni di gas a effetto serra di almeno il 55 per cento entro il 2030. Per realizzare tali obiettivi è stato necessario. Questo processo è iniziato già con il Reg. Ce n. 663/2009 del parlamento europeo e del consiglio del 13 luglio 2009 che istituisce un programma per favorire la ripresa economica tramite la concessione di un sostegno finanziario comunitario a favore di progetti nel settore dell'energia nonché il Reg. Ce n. 715/2009 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 13 luglio 2009, relativo alle condizioni di accesso alle reti di trasporto del gas naturale e che abroga il reg. Ce n. 1775/2005.

⁸ L'obiettivo, previsto dal pacchetto «Fit for 55%» («Pronti per il 55%») è un insieme di proposte volte a rivedere e aggiornare le normative dell'Ue e ad attuare nuove iniziative al fine di garantire che le politiche dell'Ue siano in linea con gli obiettivi climatici concordati dal Consiglio e dal Parlamento europeo, ossia raggiungere un'economia climaticamente neutrale nell'Ue entro il 2050, con una riduzione del 55 per cento già attuata nel 2030. Reg. Ue n. 1119/2021 del parlamento europeo e del consiglio del 30 giugno 2021 che istituisce il quadro per il conseguimento della neutralità climatica e che modifica il reg. Ce n. 401/2009 e il reg. Ue n. 1999/2018 («Normativa europea sul clima») disponibile al link eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32021R1119&rid=8

⁹ In precedenza, non esisteva una definizione chiara di attività economica “verde”. Il regolamento sulla tassonomia dell'Ue crea un quadro chiaro per il concetto di sostenibilità, definendo esattamente quando un'azienda o un'impresa opera in modo sostenibile o rispettoso dell'ambiente. Rispetto ai concorrenti, queste aziende si distinguono positivamente e dovrebbero quindi beneficiare di maggiori investimenti. Con l'inserimento nel reg. delegato n. 12146/2022 della produzione di energia dal nucleare e dal gas come “sostenibili” alcune delle più note e apprezzate ong a livello europeo hanno intrapreso azioni legali per contrastare, a loro detta, “il greenwashing della tassonomia” sul tema G. Alberti di Catenaja, , A. Ballabio, e D. Berardi. “*Tassonomia europea delle attività eco-sostenibili: il caso della gestione dei*

innovazione e sostenibilità per la lotta al cambiamento climatico

Nella stessa ottica l'Ue ha poi, tramite la nuova *Directive Corporate Sustainability Reporting Directive (CSRD)*, entrata in vigore il 5 gennaio 2023 ridefinito gli obblighi su come redigere l'informativa sulla sostenibilità¹⁰, per imprese di grandi dimensioni e quotate. Fin da subito, si rende quindi apparente come il compito delle Istituzioni si stia orientando verso un ruolo più di guida, lasciando spazio agli altri attori della quintupla elica di cui sopra.

Con riguardo poi agli investimenti istituzionali, l'irrompere della pandemia da Covid-19 e un'accresciuta sensibilità alla crisi ambientale, ha dato il necessario impulso per il varo di molteplici misure di finanza sostenibile, nonché del *Recovery Plan Europe* e di piani nazionali di resilienza.

Durante questi ultimi anni si è assistito ad un'introduzione di programmi di investimento temporanei, orientati a obiettivi sociali senza precedenti, inclusa l'emissione di *green bonds* e *social bonds*, garantiti dal bilancio dell'Ue¹¹. Tra gli strumenti principali posti in essere in ambito Ue, vale menzionare il *Next Generation EU* (o *Recovery Plan*) e il programma di sostegno economico SURE (Support to mitigate Unemployment Risks in an Emergency), approvato durante il primo *lockdown*¹².

rifiuti." Tassonomia europea delle attività eco-sostenibili: il caso della gestione dei rifiuti in Torrossa 2022 p. 455-481.

¹⁰ Rispetto alla precedente direttiva NFRD, la nuova direttiva estende la portata degli obblighi informativi a tutte le imprese di grandi dimensioni e quotate e impone l'obbligo di certificazione delle informazioni sulla sostenibilità. Prevede inoltre la standardizzazione del reporting c.d. non finanziario, tramite l'adozione di parametri di misurazione. Non bisogna però dimenticare le critiche che questa nuova normativa ha generato, soprattutto relativamente al reporting aziendale sulla rendicontazione non finanziaria, a causa della mancanza di standard giuridicamente vincolanti che ha fatto sì che le aziende divulghino selettivamente le informazioni contenute nei rapporti di sostenibilità. Più sul tema: F. Ducoulombier, *More meaningful corporate sustainability reporting required*, 2023 in *Sustainable Views, a Financial Times Group intelligence service on ESG policy and regulation*, EFRAG, 2021; "Proposals for a relevant and dynamic EU sustainability reporting standard setting"

¹¹ Si tratta di un fondo del valore monetario di 750 miliardi di euro approvato dal Consiglio Ue nel luglio 2020 al fine di sostenere — attraverso investimenti nell'economia sostenibile— gli Stati membri colpiti dalla pandemia da Covid-19, che copre gli anni 2021-2023 ed è garantito sul bilancio Ue 2021-2027, per un valore monetario di 1824,3 miliardi di euro.

¹² Il «Support to mitigate Unemployment Risks in an Emergency-SURE» è un fondo europeo del valore monetario di cento miliardi di euro di assistenza finanziaria in forma di prestiti con cui nel 2020 la Commissione ha previsto l'erogazione di prestiti a condizioni favorevoli agli Stati membri costretti a mobilitare risorse per preservare l'occupazione. Il Reg. Ue n. 672/2020 del Consiglio del 19 maggio 2020 che istituisce uno strumento europeo di sostegno temporaneo per attenuare i rischi di disoccupazione nello stato di emergenza (SURE) a seguito dell'epidemia di Covid-19 può essere trovato al seguente link: eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32020R0672. Maggiori informazi-

Gli investimenti istituzionali dunque sono andati oltre la mera possibilità di emettere *green bonds* governativi, investire in fondi pensione sostenibili, emettere obbligazioni sociali o sostenibili per finanziare progetti pubblici ad impatto positivo, ma hanno abbracciato l'opportunità di adottare approcci specifici tramite il *Green Public Procurement* (GPP), che consente di partecipare a progetti di sviluppo locale sostenibile¹³.

Tra gli strumenti previsti dalla disciplina dei contratti pubblici, quello che si considera qui preferibile, come più avanti si intende dimostrare, è il modello del partenariato pubblico-privato¹⁴. L'uso di criteri di aggiudicazione verdi nell'assegnazione di contratti pubblici, e specialmente di partenariati pubblico-privato, può migliorare le prestazioni di eco-innovazione e tramite uno strumento di contrattazione adeguatamente progettato, può effettivamente guidare una rivoluzione ambientale¹⁵.

Più in generale, l'Unione Europea si è dimostrata una fonte importante di riforma e finanziamento per il contrasto a cambio climatico con i suoi programmi ed interventi normativi. In particolare, il Green Deal europeo ha ridisegnato i propri obiettivi, puntando a trasformare l'Europa nel primo Continente a emissioni di gas serra zero entro il 2050, e destinato a questo obiettivo un terzo degli investimenti del piano di ripresa *Next Generation EU* e del bilancio settennale dell'Unione¹⁶. Del programma *Next Generation EU* e del suo

oni su: P. Utting, N. Van Dijk, M.A. Matheï, *Social and solidarity economy: Is there a new economy in the making?*, in UNRISD Occasional Paper: Potential and Limits of Social and Solidarity Economy, No. 10. 2014 e C. Borzaga, G. Salvatori, R. Bodini, *Social and solidarity economy and the future of work*, in *Journal of Entrepreneurship and innovation in emerging economies*, n. 5 (1), 2019, 37-57. Altri esempi di finanziamenti europei sono quelli promossi dall'Employment and Social Innovation (Easi) dalla European Investment Bank (EIB) e dallo European Fund for Strategic Investments (EFSI).

¹³ E. Chiti, *Managing the Ecological Transition of the EU: The European Green Deal as a Regulatory Process*, in *CMLR*, 2022, n. 59, 19.

¹⁴ F. Cinti, *The Uptake of Green Public Procurement in the EU in Light of New Directives, Policies and Expectations: Towards a Modern Holistic Society, or Just an Integrated Economic Governance for the EU?*, in *Trento Student Law Review*, 2020, n. 2(1), 11-35.

¹⁵ Per maggiori informazioni si veda C. Yu and T. Morotomi, *Impacts of green public procurement on eco-innovation: Evidence from EU countries* in *Global Public Policy and Governance*, 2022, n. 2(2), 154-174 il quale raggiunge queste conclusioni esaminando ventotto paesi europei nel periodo 2010-2018.

¹⁶ Il *Green New Deal* europeo o nuovo patto verde europeo è il termine utilizzato per indicare l'insieme di misure ed iniziative politiche promosse dalla Commissione Europea, Bruxelles, 11 dicembre 2019, COM(2019) 640 final. Per approfondire, L. Lionello, *Il Green Deal europeo. Inquadramento giuridico e prospettive di attuazione*, in *Riv. sc. giur.*, 2020, n. 2, 105-142.

Parte della dottrina sostiene che il *Green Deal*, in virtù della sua forte orientazione ambientale, presenta delle potenzialità che potrebbero essere considerate "sovversive": il suo

più importante strumento, il *Recovery and Resilience Facility*, deve essere messa in luce la visione di lungo periodo e, quindi, l'attenzione per la sostenibilità.

Nonostante i notevoli investimenti finanziari e lo sforzo normativo, è chiaro però che la possibilità per l'Ue di raggiungere gli obiettivi fissati anche alla luce dell'appena conclusosi vertice sul clima COP 28¹⁷ dipende sempre di più dal sostegno del settore privato e dalla comune accettazione dei nuovi scenari. Per far ciò, l'Europa ha dato vita a diversi strumenti per promuovere, tra gli altri, gli investimenti privati. Il primo può essere il sistema europeo di scambio delle emissioni, inaugurato nel 2005¹⁸. Accanto a questo è stato poi introdotto un nuovo meccanismo di aggiustamento, il c.d. *Carbon Border Adjustment Mechanism*, entrato in vigore nel maggio 2023, il quale, per garantire condizioni di parità alle imprese europee che decidano di seguire questa strada, garantirà che anche i prodotti importati paghino un prezzo alla frontiera commisurato alle emissioni di carbonio prodotte. Si tratta di uno strumento prezioso per promuovere la riduzione delle emissioni a livello mondiale e per sfruttare il mercato dell'Ue per perseguire gli obiettivi climatici globali¹⁹.

obiettivo è sviluppare una «logica della sostenibilità e dell'economia circolare», anticipando uno sviluppo che potrebbe non essere necessariamente in sintonia con gli altri obiettivi dell'azione politica dell'Unione. Secondo G. Santini, autore di *Costituzione e ambiente: la riforma degli artt. 9 e 41 Cost.* pubblicato su *Forum di Quad. cost.*, 2021, il *Green Deal* rappresenta invece un equilibrio tra un «manifesto politico-programmatico e un sistema regolatorio vincolante». La natura del *Green New Deal* è stata da altri definita quale un «manifesto politico-programmatico e un sistema regolatorio vincolante», come descritto da D. Bevilacqua in *La normativa europea sul clima e il Green New Deal. Una regolazione strategica di indirizzo*, pubblicato su *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022. Il re. Ue n. 955/2023 del Parlamento europeo e del Consiglio del 10 maggio 2023 ha istituito il nuovo Fondo sociale per il clima, il quale destinerà, tra il 2026 e il 2032, 65 miliardi di euro provenienti dal bilancio dell'Ue per sostenere i cittadini più vulnerabili e le piccole imprese nella transizione verde. Ciò garantirà opportunità per tutti, affrontando le disuguaglianze e la povertà energetica e rafforzando la competitività delle imprese europee, senza lasciare indietro nessuno. Il testo è disponibile a eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32023R0955.

¹⁷ Il vertice Onu sul clima, conosciuto anche come Conferenza delle parti (COP), giunto l'anno scorso alla 28ma edizione, ha avuto luogo dal 30 novembre al 12 dicembre 2023 a Dubai, Emirati Arabi Uniti. Maggiori informazioni sugli esiti del vertice presso la pagina ufficiale del Consiglio Europeo: www.consilium.europa.eu/it/meetings/international-summit/2023/12/01-02/

¹⁸ Di più sul European Union Emissions Trading Scheme in A. Perez-Laborda, I. Sikora, *The determinants of CO2 prices in the EU emission trading system* in *Applied Energy*, 2022, 305: 117903; R. Mandaroux, K. Schindelbauer e H.B. Mama, *How to reinforce the effectiveness of the EU emissions trading system in stimulating low-carbon technological change? Taking stock and future directions*, in *181 Energy Policy*, 2023, 113697.

¹⁹ Il c.d. *Carbon Border Adjustment Mechanism* è entrato in vigore nel maggio 2023 e

Anche se il ruolo delle Istituzioni resta fondamentale (ad esempio, si pensi all'assistenza tecnica fornita dal gruppo tecnico sulla finanza sostenibile della Commissione europea)²⁰ l'attuazione di riforme ed investimenti dipende in larga parte dagli attori privati; ne deriva che, per accompagnare i programmi verso risultati concreti, sono necessari, oltre che strumenti adeguati, una comunanza di intenti e, quindi, alleanze tra pubblico e privato a tutti i livelli territoriali²¹. Questa affermazione è tanto più importante, quanto più riforme e investimenti mirano a contrastare il cambiamento climatico, data l'interdipendenza intrinseca delle sfide in campo²².

Nell'ambito del settore privato, già da diversi anni si sostiene che la soluzione alla crisi ambientale consiste nell'investire in settori in grado di generare non solo un rendimento finanziario ma anche un positivo impatto sociale e ambientale²³. Questo fenomeno, ora entrato nel mondo della finanza *mainstream*, prende il nome di finanza sostenibile, un campo della finanza in evoluzione che comprende una vasta gamma di strumenti comunemente riconducibili al genere obbligazionario che include obbligazioni verdi, sociali, sostenibili (*green, social, sustainable*) provenienti sia da organizzazioni private che da titoli di organismi pubblici internazionali, europee e nazionali²⁴.

riguarda i beni provenienti da industrie ad alta intensità energetica. Inizialmente, esso si applicherà alle emissioni dirette, ovvero ai gas a effetto serra emessi durante la produzione dei beni fino alla loro importazione nell'Ue; in seguito, si applicherà anche alle emissioni indirette.

²⁰ Autorevole dottrina ha sottolineato che, il modello d'azione comunitario prospettato nel programma potrà essere effettivamente valutato per la sua innovatività solamente in seguito alla predisposizione di atti normativi e di pianificazione a livello comunitario e nazionale. Infatti, occorre che settore pubblico ricopra un ruolo di indirizzo delle nuove iniziative pubblico/private in linea con gli obiettivi comunitari orientati verso la sostenibilità ambientale. Sul tema L. Aristei, *Il Ministero della Transizione Ecologica e la sostenibilità dello sviluppo economico* in *Diritto costituzionale: rivista quadrimestrale*, 2022, n. 2.

²¹ Sul tema, A. Rosanò, *Le conseguenze economiche del Coronavirus e la battaglia sul quadro finanziario pluriennale 2021-2027: alla ricerca di un principio di solidarietà europea*, in *federalismi.it*, 2020; C. Bastasin et al., *Una visione del Paese per una grande opportunità. Le necessarie scelte del governo italiano in vista di Next Generation-EU*, Luiss SEP Policy Brief, n. 42, 6 dicembre 2020.

²² T. Di Marcello, *Strategia europea sulla finanza sostenibile, informazione societaria e possibili riflessi sulla gestione della società*, in *Giur. cost.*, 2023, n. 4, 607.

²³ Qui impatto sociale e ambientale sono usati come termini intercambiabili dal momento che non si vede come la dimensione sociale e quella ambientale possano essere viste come alternative, quando si tratta di ambiti strettamente interconnessi, così F. Bandini e F. Pallara, *Impact Investing: Il quadro italiano*, Bologna, Università di Bologna-Dipartimento di Scienze Aziendali-Yunus Social Business Center (YSBC), 2021, 160.

²⁴ Tra questi vale la pena citare ad esempio la Banca europea per gli investimenti (BEI), fondamentale sia come principale banca di sviluppo dell'Europa sia, come la Banca mondiale, quale leader di pensiero in materia di finanziamenti innovativi e partecipazione del settore privato, concentrandosi quasi esclusivamente sui finanziamenti verdi sostenibili. M. Cossu,

Senza pretesa di completezza, possiamo poi annoverare tra i prodotti di finanza sostenibile la c.d. *finanza a impatto*, la quale coinvolge investimenti in progetti o aziende che mirano a generare un impatto sociale o ambientale; i fondi ESG (Ambientali, Sociali e di Governance), i quali investono in società che adottano e rispettano *standard* ambientali, sociali e di *governance*; gli investimenti responsabili, strategie di investimento che considerano non solo i rendimenti finanziari, ma anche l'impatto delle aziende in cui si investe; i certificati di investimento etico, prodotti finanziari che vengono valutati in base a criteri etici e di sostenibilità; ETF (*Exchange-Traded Fund*) Sostenibili, ossia fondi negoziati in borsa che seguono indici sostenibili, integrando criteri ambientali, sociali e di *governance* nelle decisioni di investimento, *green* o *sustainable loans* (prestiti verdi o sostenibili) e prestiti concessi alle imprese per finanziare progetti sostenibili o a impatto positivo c.d. *impact investing*²⁵. Tutti questi strumenti possono variare considerevolmente in termini di approccio e impatto; il panorama della finanza sostenibile è pertanto in continua evoluzione, con l'aggiunta di nuovi strumenti e iniziative, fatta eccezione forse per quanto riguarda gli strumenti di finanza sostenibile dedicati alle PMI (piccole e medie imprese), le quali possono accedere quasi esclusivamente ai *mini-bonds*, *sustainable bonds*, *sustainable-linked bonds* e *sustainability-linked loans*²⁶.

Sostenibilità e mercati: la sostenibilità ambientale dell'impresa dai mercati reali ai mercati finanziari, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 2023, IV, 558.

²⁵ Termine coniato al Bellagio Center della Rockefeller Foundation nel 2007, e di difficile definizione per gli accademici, tanto da generare corposa letteratura a riguardo, ad esempio: M.J. Epstein, K. Yuthas, *Measuring and Improving Social Impacts A Guide for Nonprofits, Companies and Impact Investors*, London, Routledge, 2017, ma anche J. Rodin and M. Brandenburg, *The Power of Impact Investing Putting Markets to Work for Profit and Global Good*, Philadelphia, PA Wharton Digital Press, 2014 e E. Barman, *Caring Capitalism The Meaning and Measure of Social Value*, New York, Cambridge University Press, 2016. L'organizzazione di riferimento a livello internazionale, la Global Impact Investing Network (GIIN) definisce l'*impact investing* come «l'insieme degli investimenti in imprese, organizzazioni e fondi realizzati con l'intento di generare un impatto sociale e ambientale misurabile e in grado, allo stesso tempo, di produrre un ritorno economico per gli investitori» nel suo *Annual Impact Investor Survey*, anno?. V. anche M. Cossu, *Delle scelte di investimento dei Post-Millennials, e del difficile rapporto tra analfabetismo finanziario e finanza sostenibile*, in *Riv. soc.*, 2021, 1270, da cui si cita, e anche in *Governance e mercati. Studi in onore di Paolo Montalenti* (nt. 105), III (nt. 105), 2033 ss. e J. Boivin, *Sustainability: the Tectonic Shift Transforming Investing* in Blackrock Investment Institute 28 febbraio 2020; S. Cavaliere, *La prospettiva dei green bonds per la finanza sostenibile*, in *DPER Online*, 2020, 1, 37.

²⁶ Si v. S. Ando, F. Roch, C. Wiradinata and C. Fu, *Sovereign Climate Debt Instruments: An Overview of the Green and Catastrophe Bond*, in *Staff Climate Note*, 2022/004, 7 luglio 2022, nonché il SME EnterPRIZE, l'iniziativa lanciata da Generali nel 2021 per promuovere una

Questo attuale, quindi, può essere considerato un momento particolarmente favorevole perché gli investitori comincino ad assumere, concretamente, un approccio responsabile e sostenibile e orientino le rispettive operazioni su investimenti adatti a raggiungere gli obiettivi ESG (*Environment, Social, e Governance*)²⁷. A questo fine spiccano due nuovi strumenti: il programma *InvestEU* e il *Just Transition Mechanism*, entrambi dotati di fondi associati. *InvestEU* si basa sul precedente Piano Juncker e fornisce esempi di incentivi disponibili per gli operatori privati, tra cui garanzie e strumenti di prestito come il Fondo per gli investimenti strategici²⁸. Il Meccanismo di transizione giusta (e il relativo fondo) fornirà supporto finanziario, tecnico e di consulenza ai portatori di interessi delle regioni carbonifere e di altre regioni ad alta intensità di carbonio, nella transizione verso una produzione di energia a bassissime/zero emissioni di carbonio²⁹.

Sebbene quindi gli strumenti finora evidenziati possano certamente aiutare nella lotta ai cambiamenti climatici, è evidente che tale emergenza non possa essere gestito dalle sole istituzioni. Né potrebbero essere sufficien-

cultura della sostenibilità tra le PMI europee con l'intenzione di supportarle nella transizione sostenibile, coerentemente con l'ambizione europea di sviluppare un'economia più "green". Di più sul *White Paper* pubblicato da Generali al link: www.generali.com/it/sustainability/responsible-insurer/SME-EnterPRIZE, Bandini, Pallara, *Impact Investing*, cit., p. 158; A. Pirani, F. Zandonai, *Il Riposizionamento dell'Economia Sociale e Solidale nei Modelli di Consumo della "Grande Contrazione" (Repositioning Strategies of Social and Solidarity Economy in the Consumption Models of the 'Great Shrinkage')*, Euricse Working Paper n.97, 2017 disponibile in: euricse.eu/wp-content/uploads/2017/11/WP-97_17-Pirani-Zandonai.pdf.

²⁷ ESG è un acronimo che sta per Environment, Social e Governance, ovvero i 3 Pilastri della sostenibilità per l'Unione Europea: i tre fattori fondamentali per verificare, misurare e sostenere l'impegno in termini di sostenibilità di una impresa o di una organizzazione.

²⁸ Sebbene questo strumento non sia innovativo, resta indubbio il rinnovato ruolo, anche alla luce della crisi pandemica, nella politica economica dell'Unione Europea con speciale riguardo anche al ruolo della BEI che dalla sua tradizionale missione di sviluppo e supporto all'economia, vede il rafforzarsi della sua componente istituzionale, di più sul tema: E. Tatì, *Il Programma InvestEU e la Banca europea degli investimenti nella governance economica europea* in *Dir. cost.*, 2022, n. 2; M. Gnes ed E. Chiti *Cronache Europee*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 265 e C. Iaione, *Participatory Governance in EU cities and its potential implementation in the cultural sector: The Urban Science and Innovation Partnerships as an enabling tool*, in *Riv. giur. edil.*, 2023, n. 1, 37. Reg. Ue n. 1056/2021 del 24 giugno 2021. Cfr. C. Giannino, *La costruzione dell'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile. Questione ambientale e nuove economie urbane nella politica di coesione*, in *Riv. giur. Mezzogiorno*, 2021, 701-723.

²⁹ Critiche a fondi del genere sono che non includono strumenti per coprire le incertezze a lungo termine relative ai prezzi delle emissioni di carbonio o opzioni per cartolarizzare i benefici futuri per pagare gli investimenti. T. Di Marcello, *Strategia europea sulla finanza sostenibile, informazione societaria e possibili riflessi sulla gestione della società*, in *Giur. comm.*, 2023, n. 4, 607

ti le misure comunitarie, tanto quelle economiche quanto quelle legislative, o le azioni dei singoli stati membri, anche perché i singoli governi nazionali non hanno la capacità finanziaria per sostenere da soli adeguatamente la riconversione verde del proprio sistema produttivo: si deve, pertanto, fare affidamento su una maggiore partecipazione del settore privato³⁰.

3. I partenariati pubblico-privato e gli strumenti di misurazione dei loro impatti sul cambiamento climatico: un inedito combinato disposto

Tra le leve a disposizione del pubblico nel suo rapporto con il privato, come innanzi si accennava, va segnalato il partenariato pubblico-privato (d'ora in avanti PPP), che consiste in accordi in cui i finanziamenti privati contribuiscono a ridurre la necessità di investimenti pubblici diretti. Questo strumento offre il notevole vantaggio di ridurre le pressioni sui bilanci pubblici, in quanto il *partner* privato assume responsabilità finanziarie e operative, alleviando la pubblica amministrazione da oneri finanziari e di efficientamento.

Lo strumento del PPP, se ben strutturato con il coinvolgimento dei vari attori (istituzionali, di ricerca e privati), favorisce l'innovazione e la crescita, libera risorse pubbliche per altri impieghi e rende possibile proporre agli investitori privati contesti di condivisione delle risorse, dei rischi ma soprattutto degli obiettivi da raggiungere³¹. E sappiamo come il contrasto ai cambiamenti climatici necessiti di tutte queste condizioni per essere efficace.

³⁰ Una transizione verde di successo sarà infatti in grado di promuovere un dialogo ed una consapevolezza anche a livello sociale sulle pratiche sostenibili e sulle strategie economiche da promuovere e che imprese e privati potranno attuare in concerto con la Pubblica Amministrazione. La letteratura sul tema risale almeno agli anni Ottanta del secolo scorso, e si possono menzionare già S. Cassese, *Il privato e il procedimento amministrativo. Un'analisi della legislazione e della giurisprudenza*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1971, 25 ss.; F. Levi, *Partecipazione e organizzazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1977, 1625 ss.; M.P. Chiti, *Partecipazione popolare e pubblica amministrazione*, Pisa, Pacini, 1977; G. Bergonzini, *L'attività del privato nel procedimento amministrativo*, Padova, Cedam, 1975; G. Berti, *Procedimento, procedura, partecipazione*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova, Cedam, 1975; M. Nigro, *Il «nodo» della partecipazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1980, 225 e ss.; A. Romano, *Il cittadino e la pubblica amministrazione*, in *Il diritto amministrativo degli anni '80*, Atti del XXX Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna, 20-22 settembre 1984, Milano, Giuffrè, 1987, 155 ss. Fino a E. Frediani, *Percorsi Evolutivi Della Partecipazione Civica Al Tempo Del Piano Nazionale Di Ripresa E Resilienza*, in *Dir. amm.*, 2023, 301.

³¹ I PPP hanno tracciato la strada con contratti e meccanismi di pagamento specifici

L'imprescindibile esigenza di attrarre attori privati con ruoli chiave per gestire la crisi ambientale è stata recepita, a livello nazionale, dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), il quale, se pur criticato per la mancanza di coinvolgimento dei cittadini nella fase “ascendente”, porta con sé un modello di riconoscimento della centralità della partecipazione degli attori privati nella fase “discendente” ovvero un modello che postula la centralità della partecipazione ad un livello di prossimità³².

In breve, il dibattito sull'impatto del PNRR evidenzia preoccupazioni riguardo a una carenza di partecipazione pubblica nella fase di formazione del piano; parte della dottrina ha infatti evidenziato la mancanza di coinvolgimento dei cittadini nella definizione dei contenuti del PNRR. Tuttavia, è stato pure evidenziato, vi è spazio di partecipazione durante l'attuazione del piano, specialmente a livello locale. L'analisi di piani simili in altri paesi dell'Unione europea testimonia che la necessità di risposte rapide non implica necessariamente una mancanza di coinvolgimento civico; andrebbe invece considerato il modello di «democrazia degli abitanti», che enfatizza la partecipazione a livello territoriale e scalare³³.

In sostanza, la capacità amministrativa nel contesto del PNRR e nel quadro della ripresa post-pandemica è cruciale per ridefinire l'organizzazione e l'azione amministrativa in un ruolo di progettazione, decisione e attuazione delle politiche pubbliche e per garantire efficienza e sviluppo innovativo; tuttavia, risulta parimenti necessario che l'amministrazione pubblica operi in un sistema democratico dove vengano utilizzati e potenziati gli strumenti partecipativi³⁴.

Questo nuovo assetto normativo ha valorizzato quale strumento prefe-

per affrontare questo aspetto. Ad esempio, il fondo pensione canadese CDPQ sta investendo nel nuovo sistema di metropolitana leggera di Montreal con co-investitori pubblici e il diritto di commercializzare soluzioni di transito dell'ultimo miglio e di collegare le stazioni al ramo di sviluppo delle aree commerciali del fondo.

³² A. Moliterni, *Le prospettive del partenariato pubblico-privato nella stagione del PNRR* In *Diritto Amministrativo*, n.2, 2022, 441.

³³ Si rinvia, sul punto, a V. Molaschi, *L'economia circolare nel Piano nazionale di ripresa e resilienza*, in *Ambienteditto.it*, 2022, spec., 10 ss, la quale osserva come «le criticità sul piano partecipativo che hanno connotato la costruzione del Piano hanno spostato l'attenzione sulla possibilità di garantire una maggiore partecipazione “a valle”, nella fase attuativa». G. Allegretti, *L'economia circolare deve avere relazioni con i luoghi*, intervista pubblicata in *Economicircolare.com*, 10 giugno 2021, ma anche G. Mocavini e G. Napolitano (a cura di), *I Piani nazionali di ripresa e resilienza in prospettiva comparata*, in *Irpa.eu*, 30 aprile 2021.

³⁴ Sulla tendenza a considerare i contratti pubblici come un strumento di policy, G. Piga e T. Tatrai (eds.), *Public Procurement Policy*, London, 2015; sul collegamento tra strumentalizzazione dei contratti pubblici nel guidare il contesto economico di riferimento, G. Cal-

innovazione e sostenibilità per la lotta al cambiamento climatico

ribile della collaborazione tra settore pubblico e privato, al fine di ottenere la promozione del benessere sociale e collettivo, lo strumento della contrattazione pubblico-privata³⁵. Di qui, l'esigenza per le pubbliche amministrazioni di «utilizzare gli appalti pubblici strategicamente nel miglior modo possibile per stimolare l'innovazione [...] e nello stesso tempo per affrontare le principali sfide a valenza sociale»³⁶.

Il PPP è uno strumento in costante sviluppo e interessato da cambiamenti, anche recenti, derivanti dal diritto dell'Unione Europea, che hanno contribuito all'adozione di forme gestionali, capaci di valorizzare il ruolo degli investimenti privati.

Negli ultimi tempi si è assistito all'emergere di modelli di *business* che si basano su una stretta collaborazione tra il settore pubblico e privato; ciò è conseguenza della progressiva consapevolezza della necessità di trovare, nell'apporto di competenze specifiche del settore privato e della ricerca, la soluzione ai crescenti limiti che gli enti pubblici hanno nel finanziamento e nel perseguimento dei propri interessi istituzionali. Negli anni recenti, i PPP sono stati considerati come uno strumento privilegiato per apportare correttivi al mercato e alle attività delle autorità pubbliche, nel finanziamento e nella gestione dei servizi³⁷.

Ad oggi, in Italia il fenomeno del PPP è disciplinato dal Codice dei Contratti Pubblici riformato nel 2016, con il d.lgs. n. 50/2016, e in seguito nel 2023 con il d.lgs. n. 36/2023³⁸.

lender and D. Matthews, *The economic context of government procurement: New challenges and new opportunities*, in *Journal of Public Procurement*, 2002, 2(2), 216 ss.

³⁵ Sul ruolo dei contratti pubblici per l'innovazione, V. Lember, R. Kattel and T. Kalvet (eds.), *Public Procurement, Innovation and Policy. International Perspectives*, Heidelberg, New York, 2014; C. Edquist, N.S. Vonortas, J.M. Zabala-Iturriagoitia and J. Edler (eds.), *Public Procurement For Innovation*, Cheltenham, 2015; G.M. Racca and C. Yukins (eds.), *Joint Public Procurement and Innovation. Lessons Across Borders*, Bruxelles, Bruylant, 2019; R. Caranta and P.C. Gomes, *Public procurement and innovation*, in *ERA Forum – Journal of the Academy of European Law*, 2021, 371 ss.

³⁶ Considerando 47 della dir. 2014/24/Ue.

³⁷ Relazione speciale: *Partenariati pubblico-privato nell'UE: carenze diffuse e benefici limitati* a cura della Corte dei Conti Europea 2018.

³⁸ Nel vigente Codice dei contratti pubblici, d.lgs. n. 36/2023, cit., il PPP è disciplinato nel Libro IV, artt. 174 e segg. In particolare, l'art. 174, c. 1, fornisce la nozione generale dell'istituto in esame: «Il partenariato pubblico-privato è un'operazione economica in cui ricorrono congiuntamente le seguenti caratteristiche: a) tra un ente concedente e uno o più operatori economici privati è instaurato un rapporto contrattuale di lungo periodo per raggiungere un risultato di interesse pubblico; b) la copertura dei fabbisogni finanziari connessi alla realizzazione del progetto proviene in misura significativa da risorse reperite dalla parte privata, anche in ragione del rischio operativo assunto dalla medesima; c) alla parte privata

Il filo conduttore che lega gli sviluppi delle forme partenariali nei codici è il ruolo delle politiche pubbliche. Come detto, il processo di contrasto al cambiamento climatico è un fenomeno complesso e fortemente trasversale ai territori e agli attori e quindi non può prescindere dal requisito dell'intervento attivo del settore pubblico, chiamato, soprattutto nei tempi di crisi, a favorire politiche di *governance* territoriale in grado di abilitare tutti gli operatori verso obiettivi comuni. Non a caso infatti l'Unione Europea, accanto alle misure di sostegno finanziario diretto, incoraggia anche un uso strategico degli strumenti contrattuali e suggerisce un adeguamento dei modelli previsti nei sistemi giuridici e amministrativi degli Stati membri, *condicio sine qua non* per consentire alle pubbliche amministrazioni politiche più agili e orientate alla gestione di processi complessi, a forte interdipendenza ma, soprattutto, ad alto contenuto di innovazione rispetto ai tradizionali modelli contrattuali³⁹.

Il PPP può essere uno strumento utile e in grado di incoraggiare i cambi di prospettiva, sia nel settore pubblico che nel settore privato e capace di combinare le risorse (imprese o enti *no-profit*), anche al fine di raggiungere obiettivi sociali.

Occorre sottolineare, tuttavia, che, rispetto ad altri paesi, il suo uso in Italia è stato difficile e necessita semplificazione, in particolare per quanto riguarda gli aspetti amministrativi; i fattori principali che contribuiscono a rallentare l'utilizzo del PPP sono la complessità delle procedure amministrative e le distorsioni della concorrenza, dovute al cosiddetto "diritto di prelazione" che in passato ha scoraggiato molte imprese a partecipare alle gare d'appalto; si aggiunge, poi, la difficoltà di regolamentare attraverso i contratti una corretta allocazione dei rischi, l'elevato rischio amministrativo che caratterizza le procedure di aggiudicazione⁴⁰e, infine, la fonte dei finanziamenti, generalmente concessi dalle banche e raramente forniti dal mercato dei capitali⁴¹.

L'obiettivo del nuovo codice è quello di scongiurare questi rischi e rendere più attrattivi e semplici gli strumenti per gli operatori economici

spetta il compito di realizzare e gestire il progetto, mentre alla parte pubblica quello di definire gli obiettivi e di verificarne l'attuazione; d) il rischio operativo connesso alla realizzazione dei lavori o alla gestione dei servizi è allocato in capo al soggetto privato [...]».

³⁹ In proposito si veda: Mangialardo, A., & Micelli, E. (2017). *Processi partecipati per la valorizzazione del patrimonio immobiliare pubblico: il ruolo del capitale sociale e delle politiche pubbliche*, 2017 in *LaborEst*, n. 14, 52-57.

⁴⁰ E. Iossa e F. Antellini-Russo, *Potenzialità e criticità del Partenariato pubblico privato in Italia*, in *Rivista di politica economica*, 2008.

⁴¹ F. Etro, *Public-private partnerships. Working Paper Dipartimento di Economia Politica*, Milano, Università di Milano Bicocca, 2007, 120.

e, allo stesso tempo, evitare l'uso poco efficiente del PPP, in particolare la tendenza, tramite politiche di bilancio poco idonee a ricorrere a tale istituto per ovviare surrettiziamente alle misure restrittive della finanza pubblica. Il nuovo Codice dei contratti pubblici ha fornito una definizione del PPP, diversa da quella c.d. «per sottrazione» prevista dal codice del 2016⁴², qualificando il PPP (art. 174) quale «operazione economica»; questa modifica, lungi dall'essere meramente formale, ha il merito di rendere il ricorso alle forme di partenariato più agevole, non essendo più necessario stipulare un contratto con contenuti rigidamente definiti⁴³.

Ulteriore novità degna di nota del nuovo Codice è prevista all'art. 175, ove il legislatore è intervenuto anche con riferimento agli strumenti di programmazione, specificando come il ricorso al PPP debba essere preceduto da una valutazione preliminare di convenienza e fattibilità che confronti la stima dei costi e dei benefici del progetto di PPP – nell'arco dell'intera durata del rapporto – rispetto al ricorso ad un tradizionale contratto di appalto. La stessa norma ha regolamentato anche le successive fasi di controllo e monitoraggio, prevedendo l'adozione di un programma triennale delle esigenze pubbliche idonee ad essere soddisfatte tramite PPP⁴⁴.

Di notevole rilievo è poi il superamento del limite quantitativo del quarantanove per cento di contributo pubblico (il valore monetario che l'ente pubblico può trasferire al privato)⁴⁵, ad ulteriore conferma di un netto *favor* del legislatore verso una maggiore partecipazione dell'attore privato nella contrattazione pubblica. Nello stesso senso sono da segnalare la possibilità di modificare il contratto durante il periodo di efficacia senza indire una nuova procedura di gara ed infine, relativamente all'istituto della finanza di progetto, l'eliminazione della finanza di progetto ad iniziativa pubblica sostanziale (che rappresentava, in sostanza, una mera duplicazione dell'istituto della concessione).

Tutte le innovazioni introdotte dal nuovo Codice da una parte poten-

⁴² Secondo il quale si possano chiamare PPP tutti quei rapporti contrattuali che coinvolgono una P.A. e che non sono di natura passiva, nel senso che l'amministrazione non deve prevedere un esborso di denaro, e che non sono classificati come appalto.

⁴³ S. Fantini e H. Simonetti (a cura di), *Il nuovo corso dei contratti pubblici*, Milano, La Tribuna, 2023; R. Chieppa, M. Santise e H. Simonetti (a cura di), *Il nuovo codice dei contratti pubblici. Questioni attuali sul D.L.vo n. 36/2023*, Milano, La Tribuna, 2023.

⁴⁴ V. sopra

⁴⁵ Occorre rilevare come questa non sia un assoluta novità, alla stessa conclusione era già giunta L'ANAC con la sua delibera n. 432 del 20 settembre 2022 denominata «Oggetto Il limite del 49% di contributo pubblico nelle operazioni di PPP (del decreto legislativo n. 50 del 2016 e ss.mm.)», e utilizzo dei contributi europei a fondo perduto».

ziano il ruolo degli amministratori, maggiormente orientato ad un profilo di monitoraggio, coordinamento e gestione del rapporto con il privato, dall'altra richiamano la già menzionata strategia europea relativa alla necessità di stimolare e facilitare la partecipazione del privato alla attività pubblica⁴⁶.

4. Le esperienze pratiche del combinato disposto: il punto di vista urbano

Al fine di valutare la compatibilità di un progetto di investimento pubblico, in collaborazione con il privato, con riferimento ai profili ESG, occorre sviluppare un quadro di indicatori cui gli amministratori possano far riferimento per determinare i rischi e i benefici dell'attivazione di un progetto, al fine di incorporarli nel processo decisionale⁴⁷.

Infatti, sebbene con i sovracitati regolamenti sulla Tassonomia e CSRD l'Unione Europea abbia tentato di fornire una definizione delle attività sostenibili e di come queste debbano essere rendicontate, resta tuttavia irrisolto il problema dell'armonizzazione degli *standard* di rendicontazione, nonché degli indicatori, per valutare la qualità e la quantità dei risultati raggiunti, ad esempio, da un partenariato pubblico-privato⁴⁸; in particolare, a livello *profit* manca un sistema di rendicontazione condiviso, che renda possibile la comparazione delle informazioni ESG⁴⁹.

A livello locale, diverse città stanno cercando di sviluppare un sistema di misurazione degli impatti dei singoli partenariati che hanno attivato, con il dichiarato obiettivo di fornire un modello, la cui replicabilità possa renderlo un punto di riferimento condiviso.

Tra le esperienze degne di nota al fine di poter evidenziare il possibile ruolo degli enti locali o, meglio ancora, delle città, nel produrre un impatto significativo grazie agli strumenti di contrattazione pubblica e di finanza sostenibile si segnalano quelle delle città di Barcellona, di Amsterdam e di

⁴⁶ Convegno “*Il codice dei contratti pubblici (prime impressioni)*”, organizzato dalla Società Italiana Avvocati Amministrativisti, tenutosi presso il T.A.R. Calabria, Catanzaro, in data 13 luglio 2023

⁴⁷ M. De Giorgi e A. Lupo, *Governare l'incertezza. Percorsi di innovazione sociale per nuovi partenariati pubblico-privato*, collana Università-Economia, Franco Angeli, 2022 pp.210

⁴⁸ G.D. Mosco, R. Felicetti, *Prime riflessioni sulla proposta di direttiva UE in materia di Corporate Sustainability Due Diligence*, in *Analisi Giuridica dell'Economia, Studi e discussioni sul diritto dell'impresa*, 2022, n. 1, 185-211.

⁴⁹ D. Galli e R. Torelli, *Il valore della sostenibilità: modelli emergenti di rendicontazione non finanziaria tra le imprese italiane leader ESG* in *Il valore della sostenibilità*, 2021, 1-305.

Reggio Emilia. Occorre rilevare, infatti, che già da tempo, specialmente in Europa, i principali *drivers* di innovazione sociale ed urbana a tutela dell'ambiente, sono proprio le città⁵⁰.

4.1. Il caso di Barcellona: i rischi del ricorrere agli strumenti tradizionali

Considerata tuttora, a livello europeo ma anche internazionale, come un modello dell'innovazione sociale e urbana nella lotta al cambiamento climatico, la città di Barcellona ha proposto un proprio particolarissimo modello innovativo di pianificazione urbana, il progetto delle *Superilles* ("super-isole" di verde urbano), in gran parte finanziato con i fondi europei *Next Generation EU*, il quale definisce una nuova visione per il futuro, che, riorganizzando la mobilità generale per generare nuove aree verdi, restituisce ai cittadini lo spazio pubblico e, allo stesso tempo, riduce l'inquinamento atmosferico, acustico e le emissioni di gas serra, principali responsabili della crisi climatica⁵¹.

In primo luogo, occorre evidenziare i meriti di questi programmi *Superilles*, che, realizzati con il coinvolgimento di residenti, associazioni e organizzazioni locali, hanno permesso una partecipazione a chiunque fosse interessato, in ogni fase del processo e ove il ruolo del Comune di Barcellona è stato quello di forza motrice permanente, tramite la creazione di un ufficio centrale del progetto e di un organo consultivo per monitorare e convalidare i progetti e la loro successiva attuazione⁵².

Tuttavia, il progetto non è stato privo di problemi.

Ad esempio, la *Superilla* della strada *Consell de Cent* ha portato ad un contenzioso promosso da *Barcelona Oberta*, l'unione dei commercianti turistici di Barcellona, e a una sentenza che ha imposto lo smantellamento di una trasformazione verde che era costata 25 milioni di euro⁵³.

⁵⁰ C. Golino e A. Martelli, *Un modello sociale europeo? in Itinerari dei diritti di welfare tra dimensione europea e nazionale*, Milano, Franco Angeli, 2023, 221.

⁵¹ K. Pérez, M. Olabarria, D. Rojas-Rueda, E. Santamariña-Rubio, C. Borrell and M. Nieuwenhuijsen, *The Health and Economic Benefits of Active Transport Policies in Barcelona* Transport Health 2017, 4, 316–324 e F Magrinyà, *Plan Buits de Barcelona*, in *Innovación Social y Políticas Urbanas en España, experiencias significativas en las grandes ciudades*, editado por J. Subirats, A. García-Bernardos, Barcelona, Icaria Editorial, 2015, 307–324.

⁵² I progetti hanno evidenziato l'importanza di richiedere il rispetto di criteri di sostenibilità, di utilizzare materiali a basso impatto sociale, che l'arredo urbano si inclusivo e prioritizzare l'efficienza energetica e l'accessibilità. Ajuntament de Barcelona. *Medida de Gobierno. Superilla Barcelona Para Regenerar Barcelona y Sus Barrios*; Ajuntament de Barcelona: Barcelona, Spain, 2021; disponibile presso: <http://hdl.handle.net/11703/126249>.

⁵³ Il giudice ha affermato che per realizzare la pedonalizzazione della strada è neces-

Anche se è improbabile che si faccia davvero un passo indietro, visti gli investimenti necessari e i disagi che si genererebbero, la bocciatura di questo piano di riqualificazione testimonia l'esistenza di controindicazioni di non scarso rilievo all'utilizzo di forme di contrattazione pubblica ordinarie nonché la mancata attenzione all'esatto rilievo degli impatti causati dal progetto. Infatti, se è indubbio che l'ecosistema urbano abbia potuto godere di un salto di qualità in termini di riduzione dell'inquinamento e promozione della mobilità sostenibile, da una parte la decisione del Comune di affidare il progetto tramite una formula molto simile al nostro concorso di progettazione di cui all'art. 46 d.lgs. n. 36/2023 (il vecchio appalto integrato) e di finanziarlo esclusivamente tramite fondi europei ha reso il progetto più esposto a controversie di tipo giuscontabile. Lo scarso coinvolgimento di partner c.d. «profit», tramite ad esempio partenariati pubblico-privati o in alternativa *green project bond*⁵⁴, avrebbero permesso infatti una condivisione del rischio di contezioso⁵⁵.

D'altra parte, occorre evidenziare che la stessa sentenza (Jutjat Con-

sario modificare il Piano Generale Metropolitan *pla general metropolità* (PGM), il comune ha osservato che questo Piano non stabilisce alcun riferimento alle caratteristiche che gli sviluppi stradali dovrebbero avere o quale percentuale di terreno dovrebbe essere dedicata a ciascun mezzo di trasporto e rimprovera al giudice di non aver valutato le relazioni municipali fornite in risposta alla petizione di *Barcelona Oberta*, che ha avviato la procedura per annullare i lavori. Il comune ha anche criticato il fatto che la sentenza in nessun momento fa un'analisi specifica delle opere realizzate.

Il giudice ha anche sostenuto che il comune non ha presentato alcuno studio o rapporto socio-economico o ambientale sulle opere, al che il comune risponde che la sentenza “non cita quale precetto sia stato violato” per non averli forniti, e afferma che sono stati effettuati studi sulla mobilità, sull'attività economica, sulla salute e sulla qualità ambientale prima di approvare i progetti. Riferimenti della sentenza: Jutjat Contenciós Administratiu núm. 05 de Barcelona, Avinguda Gran Via de les Corts Catalanes, 111, edifici I – Barcelona 08075 disponibile su www.foment.com/wp-content/uploads/2023/09/Sentencia-Jutjat-Contencios-Administratiu-num-05-Barcelona.pdf

⁵⁴ . I green bond potrebbero essere una valida alternativa per finanziare progetti verdi coinvolgendo i mercati di capitali, ove gli investitori possono ottenere un'esposizione a settori difficilmente raggiungibili con gli strumenti finanziari tradizionali. Tuttavia, prendere decisioni di investimento basate esclusivamente sul rating/rendimento senza analizzare il progetto sottostante potrebbe non essere un approccio prudente all'investimento in questa classe di attività, sta quindi all'autorità governativa appaltante la capacità di coinvolgere l'operatore privato fin da subito, dalla fase di *design* del progetto

⁵⁵ Infatti l'utilizzo di PPP, i quali riuniscono le competenze e le risorse del settore pubblico e privato e distribuiscono la quota di rischi e responsabilità tra le parti interessate avrebbe consentito all'amministrazione di trarre vantaggio dalle competenze del settore privato e, soprattutto, di aprire nuove fonti di finanziamento per la realizzazione di opere pubbliche senza l'onere di dover rendicontare.

tenciós Administratiu núm. 05/2022) ha individuato quale vulnerabilità del progetto la difficoltà del Comune, di supportare, attraverso misurazioni precise, l'effettivo beneficio ambientale creato⁵⁶. Nota rilevare che il Comune di Barcellona ha annunciato che intende appellare la sentenza che annulla la pedonalizzazione di Consell de Cent, difendendo la legalità dell'opera e confutando le argomentazioni addotte dal tribunale per annullare il progetto.

La vicenda descritta dimostra che, nonostante risultano innegabili i meriti di questo tipo di iniziativa, si ritiene che altrettanto fondamentale sia la scelta dello strumento giuridico adeguato attraverso il quale implementarla.

4.2. Il caso di Amsterdam: le opportunità di investire in una consapevole collaborazione pubblico-privata

Relativamente invece all'esperienza della città di Amsterdam, si può osservare che l'obiettivo dichiarato delle iniziative intraprese è stato quello di mettere in contatto investitori privati con istituzioni pubbliche e università, al fine di avviare partenariati pubblico-privati ma anche attivare strumenti di finanza sostenibile, con l'obiettivo di finanziare progetti utili per le città. Occorre anche rilevare che, seppur sia possibile rilevare varie dimensioni significative, tuttavia le iniziative sono attualmente in una fase di sperimentazione, i cui risultati saranno visibili solo nei prossimi anni.

Uno dei primi progetti della città di Amsterdam è l'*ESG Innovation Collective*, una *task force* ESG guidata dalla città, la quale ha avviato un quadro intersettoriale per portare avanti l'agenda della sostenibilità ambientale e sociale. Il Collettivo si interfaccerà, tra gli altri, con *leader* del mondo politico, accademico, dei dati urbani, dell'industria dell'impatto e della finanza, delle agenzie di *rating*, degli sviluppatori e degli operatori immobiliari, delle orga-

⁵⁶ La denominazione utilizzata nel bando di concorso è: «Concurs de projectes obert amb intervenció de jurat per a la contractació dels serveis de definició del Document de model d'espai públic dels nous eixos verds del programa Superilles, així com la redacció dels Projectes de quatre nous eixos verds i l'Assistència tècnica a la Direcció d'obra, al Districte de l'Eixample de la ciutat de Barcelona, amb mesures de contractació sostenible» ossia «Concorso aperto di progettazione con intervento della giuria per l'affidamento dei servizi di definizione del documento modello dello Spazio Pubblico per i nuovi assi verdi del programma Superilles, nonché della stesura dei Progetti di quattro nuovi assi verdi e dell'Assistenza Tecnica alla Direzione dei Lavori, nel quartiere Eixample della città di Barcellona, con misure contrattuali sostenibili», molto simile al vecchio appalto-concorso (poi appalto integrato) e all'attuale concorso di progettazione di cui all'art. 46 d.lgs. n. 36/2023. La denominazione può essere desunta dal bando di gara disponibile sul Portal de Contractació Electrònica licitacions.bcn.cat/site/26/licitacion/licitacions/detalle?id=2839448.

nizzazioni culturali e dei rappresentanti delle comunità, al fine di individuare le esigenze, i fattori trainanti e le basi comuni per facilitare gli investimenti sociali orientati all'azione che possono essere misurabili per gli investitori, aggiungendo valore ai loro rating ESG⁵⁷. Il Collettivo è intenzionato ad ampliare il proprio impegno con un maggior numero di partner del settore privato, agenzie di *rating* e città, collaborando a una metodologia che fornisca dati SROI e ROI misurabili attraverso un nuovo quadro di misurazione ESG⁵⁸ che rappresenterà un'opportunità significativa per i partner c.d. Profit e un enorme sollievo per i bilanci delle città locali⁵⁹.

L'idea a fondamento di questo tipo di progetti è quello di unire finanziamenti provenienti da *stakeholders* del settore pubblico (il Comune di Berlino ed Amsterdam) ma anche da partner del settore privato, che si impegnano a portare avanti l'agenda ESG (Pinebridge, GSK.de).

Altro progetto degno di nota è poi il Social Exchange Index, il MAEX Amsterdam. Questa è la piattaforma di transazione per l'impatto sociale di Amsterdam, ove le iniziative sociali della città possono registrarsi gratuitamente e creare un profilo con il quale verranno evidenziati l'impatto sociale, le diverse esigenze, i possibili partner e ciò che hanno da offrire ad Amsterdam. Questa piattaforma ha l'obiettivo di mettere in contatto queste iniziative con aziende, fondi, istituti di conoscenza e privati⁶⁰.

Se pertanto sembra, al momento, che la città di Amsterdam stia seguendo un percorso estremamente promettente in tema di innovazione am-

⁵⁷ Maggiori informazioni sulla missione e sul programma dell'iniziativa al sito www.esginnovationcollective.com/about, nonché in openresearch.amsterdam/en/overview/96942.

⁵⁸ Il Collettivo è un'iniziativa di Investitionsbank Berlin, Berlin Partner, visitBerlin e Leading Culture Destinations. Il gruppo dirigente comprende leader di pensiero come la Prof.ssa Caroline Nevejan (CSO della città di Amsterdam), Burkhard Kieker (CEO di visit-Berlin), Philipp Rode (Direttore esecutivo della London School of Economics, LSE Cities), Florian Wupperfeld (CEO di Leading Culture Destinations), Hugo Cox (Giornalista, Real Estate & Finance, Financial Times, TIMES, Londra) e Habidatum (Urban Tech & Data Partner).

⁵⁹ Misurare l'indice SROI, *Social Return on Investment* (Ritorno Sociale sull'Investimento), permette alle aziende e/o alle organizzazioni di misurare l'impatto dei propri investimenti o iniziative di *welfare* aziendale in termini di rendimento sociale, questa iniziativa è stata particolarmente apprezzata dalla London School of Economics la quale l'ha definita «veramente innovativa» e «un nuovo meccanismo di finanziamento vitale che si concentra sulla creazione di valore pubblico».

⁶⁰ Il 20 giugno, il vicesindaco Rutger Groot Wassink ha aperto la giornata di contrattazioni dell'AEX in occasione dell'avvio dell'Amsterdam Impuls sul MAEX. Questo Impuls è un fondo dedicato in cui la città di Amsterdam e diversi fondi di Amsterdam hanno donato con l'obiettivo di rafforzare le iniziative sociali cittadine.

ministrativa e sociale. Occorrerà tuttavia, al contempo, attendere i risultati almeno preliminari delle sperimentazioni, iniziate solo l'anno scorso.

5. Il caso di Reggio Emilia: partenariato pubblico-comunità e la misurazione degli impatti

Alla luce dei contenuti offerti dalla disamina fino a qui proposta, la sperimentazione avviata dal Comune di Reggio Emilia si presenta potenzialmente interessante rispetto a tre elementi: il ruolo dell'attore pubblico e le condizioni di legittimazione formale; gli strumenti di attuazione concreta per garantire il raggiungimento del proprio obiettivo di innovazione; la proposta di valutazione, focalizzata sulla produzione di valore *pubblico* (vs le metriche tradizionali) e ancorata al "soggetto collettivo" generato dal partenariato (vs il risultato individuale).

L'esperimento di Reggio Emilia suggerisce che nuove traiettorie nelle relazioni tra gli attori di un territorio e per obiettivi comuni sono possibili e, anzi, auspicabili.

5.1. Il ruolo dell'attore pubblico

A partire dal 2014 il Comune di Reggio Emilia ha avviato una sperimentazione per la realizzazione di un modello di amministrazione e città collaborativa⁶¹.

La "città collaborativa" pensata a Reggio Emilia è un sistema urbano in cui le risorse essenziali per il benessere delle comunità (ambientali, infrastrutturali, culturali, cognitivi e digitali) sono considerate beni comuni e, perciò, vengono condivise, gestite, generate o rigenerate collettivamente dai cinque attori della *co-governance* urbana – istituzioni pubbliche, imprese, organizzazioni della società civile, istituzioni cognitive (ossia scuole, università, ecc.) ed innovatori sociali (ossia cittadini attivi, *makers*, innovatori digitali, rigeneratori urbani, innovatori urbani, ecc.)⁶².

Lo strumento con cui il Comune di Reggio Emilia ha avviato questa sperimentazione è stato il Regolamento dei Laboratori di cittadinanza⁶³, che

⁶¹ Di più sul concetto di città collaborativa per il comune di Reggio Emilia su: *Cos'è la città collaborativa?* comune di Reggio Emilia, febbraio 2022 disponibile su: www.comune.re.it/argomenti/citta-collaborativa/cose-la-citta-collaborativa

⁶² C. Iaione ed E. De Nictolis, *Urban pooling* in *Fordham Urb. LJ*, n. 44, 2017, 665.

⁶³ Il testo integrale è disponibile per la consultazione sul sito del comune al seguente

ha offerto una propria interpretazione del concetto di bene comune (anche rispetto allo standard di regolamenti sui beni comuni che in quel periodo storico veniva adottato da diverse città italiane, dopo il caso di Bologna) e una configurazione amministrativa al partenariato pubblico-comunità/collettività⁶⁴.

Per Reggio Emilia il focus delle collaborazioni è un concetto *esteso* di bene comune: esso non è un bene di volta in volta individuato dalla comunità, ma è il bene comune inteso come interesse generale a perseguire un miglioramento della qualità della vita (materiale e immateriale) delle comunità in un determinato territorio. Sotto questa accezione, quindi, il modello di partenariato che Reggio sperimenta si rivolge a tutti i soggetti potenzialmente interessati a perseguire insieme quello scopo e vede l'amministrazione mettere a disposizione tutta una serie di strumenti utili per la realizzazione concreta dell'Accordo di cittadinanza, che disciplina il partenariato multi-attoriale. L'obiettivo è produrre un cambiamento nel contesto oggetto dell'intervento e negli attori che ne sono protagonisti e beneficiari, investendo quindi risorse non per acquistare beni o servizi ma per generare quel cambiamento; lo strumento è l'Accordo di cittadinanza.

L'Accordo di cittadinanza è, contemporaneamente, un processo e un atto.

Come processo, esso consiste nella creazione di un luogo, fisico e ideale, il Laboratorio di cittadinanza, in cui tutti i soggetti di un territorio possano confrontarsi e condividere decisioni orientate a trovare soluzioni collaborative per problemi sociali. Questa fase, aperta dal Comune con proprio provvedimento, si svolge secondo una scansione e un sistema di regole che consentono di promuovere, facilitare, tracciare e rendere trasparente la partecipazione e il confronto fra i diversi attori⁶⁵.

Il Laboratorio di cittadinanza si rivolge, potenzialmente, a tutta la comunità che vive o lavora all'interno di una specifica porzione del territorio comunale, secondo una geografia di quartieri codificata nel Regolamento⁶⁶. Il processo collaborativo è gestito da personale del Comune, che ha il

link www.comune.re.it/documenti-e-dati/atti-normativi/regolamenti/regolamento-dei-laboratori-di-cittadinanza,

⁶⁴ Sul tema, v. F.Viola, *Beni comuni e bene comune*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, 381-398.

⁶⁵ Così all'art. 4 «Laboratori di cittadinanza» del Capo II – Disposizioni di Carattere Procedurale del Regolamento dei Laboratori di Cittadinanza.

⁶⁶ In proposito vedasi il progetto QUA «Quartiere Bene Comune» attivato dal comune di Reggio Emilia, maggiori informazioni al presente link: www.comune.re.it/argomenti/citta-collaborativa/i-progetti/qua-il-quartiere-bene-comune/il-progetto-quartiere-bene-comune.

compito di orientare i partecipanti verso la mediazione degli interessi e la definizione di un obiettivo comune, facilitare il co-design delle soluzioni e dei progetti condivisi, la redazione delle relative schede che dovrà dettagliare anche con quali risorse e attività, in quali tempi e con quali indicatori il partenariato misurerà, ex post, i risultati e gli impatti conseguiti.

La descrizione del processo di confronto nelle sue diverse fasi e le schede dei progetti da attuare costituiscono la base per il successivo documento partenariale che è, appunto, l'Accordo di cittadinanza⁶⁷. Tale atto ha origine da un atto deliberativo adottato dalla Giunta comunale, che impegna l'Amministrazione a realizzare quanto pattuito collaborativamente, per la responsabilità che l'Amministrazione deve portare rispetto al raggiungimento dell'obiettivo comune; ha poi luogo la sottoscrizione, da parte degli altri soggetti, degli impegni assunti all'interno del partenariato, per portare a compimento l'intrapresa collaborativa.

L'Accordo costituisce, quindi, il contesto formale che legittima il processo reale di collaborazione multi-attoriale; per come descritto e assunto nella prassi amministrativa del Comune di Reggio Emilia, tale genere di accordo non trova una previsione nella disciplina dei contratti di appalti e servizi nei confronti degli operatori privati, né nelle diverse fattispecie contenute nel d.lgs. n. 50/2016 e neppure in quelle di cui al recente d.lgs. n. 36/2023. Esso prende a riferimento, invece, l'art. 118 Cost., la l. n. 241/1990 sul procedimento amministrativo, con riferimento all'art. 11 per gli accordi sostitutivi o integrativi del provvedimento e l'art. 55 del Decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117, Codice del Terzo settore (CTS), laddove esso prevede che le pubbliche amministrazioni, nell'esercizio delle loro funzioni di programmazione e organizzazione a livello territoriale degli interventi e dei servizi, assicurano il coinvolgimento attivo degli enti del Terzo settore, attraverso forme di co-programmazione e co-progettazione e accreditamento, poste in essere nel rispetto dei principi delle norme sul procedimento amministrativo.

⁶⁷ Secondo l'art. 2 lettera e), del Regolamento dei Laboratori di Cittadinanza, per Accordo di cittadinanza si intende: «l'Accordo attraverso il quale Comune e i/le cittadini/e protagonisti/e definiscono i progetti che entrano a fare parte dell'impegno reciproco e della reciproca condivisione di risorse, impegni e responsabilità nell'ambito degli interventi di cura della città e/o della comunità. L'Accordo di cittadinanza si compone di due parti strettamente integrate: – una parte strategica con una visione progettuale di lungo e/o medio periodo rispetto alla dimensione spaziale e sociale del contesto territoriale sviluppata a partire dalle competenze e vocazioni del territorio, scaturite dalla lettura del contesto da parte dell'Architetto di Quartiere e dalla fase di Ascolto della cittadinanza. – una parte operativa con le singole progettualità disegnate e attuate dai cittadini protagonisti dei Laboratori di cittadinanza coerentemente alla visione generale».

Una conferma di questo ultimo inquadramento può trovarsi nella sentenza della Corte costituzionale n. 131 del 2020, che affronta il tema molto discusso del rapporto fra la pubblica amministrazione e gli enti del terzo settore (ETS), di cui al citato art. 55 del Codice del Terzo settore. Afferma infatti la Corte costituzionale: «L'art. 55 CTS, infatti, pone in capo ai soggetti pubblici il compito di assicurare, nel rispetto dei principi della legge 7 agosto 1990, n. 241, nonché delle norme che disciplinano specifici procedimenti ed in particolare di quelle relative alla programmazione sociale di zona, il coinvolgimento attivo degli ETS nella programmazione, nella progettazione e nell'organizzazione degli interventi e dei servizi, nei settori di attività di interesse generale definiti dall'art. 5 del medesimo CTS»⁶⁸.

Tale pronuncia è stata definita, da alcuni commentatori, quale *pietra miliare* del diritto costituzionale nel campo del Terzo settore; si è infatti sostenuto che essa abbia avuto il merito di esprimere chiaramente i limiti e i presupposti in base ai quali delimitare il perimetro dell'azione degli enti del Terzo settore, focalizzarsi sulla co-progettazione per delineare un profilo partecipativo destinato ad includere tutto il pluralismo sociale, valorizzando l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, richiamando espressamente la responsabilità della politica e dell'amministrazione all'applicazione del principio di sussidiarietà di cui all'art. 118 Cost.⁶⁹.

Nell'esperienza di Reggio Emilia, in particolare, risulta centrale il cambiamento di ruolo dell'attore pubblico e la tendenziale simmetria nelle relazioni con i privati. Il passaggio dalla vecchia funzione (regolare la vita della comunità) alla nuova (stimolare l'innovazione e il cambiamento) implica per il Comune abbandonare progressivamente il tradizionale modello di *government*, caratterizzato dal ruolo degli organi decisionali legittimamente eletti, che definiscono le *policies* per poi eventualmente discuterle con i cittadini, ad un modello di *governance* che presuppone e implica una maggiore sinergia e simmetria con gli operatori sociali, economici e la comunità, allo scopo di pervenire a una soluzione collettiva dei bisogni comuni, secondo un approccio *bottom-up*. Alla base del concetto di *governance* vi è il principio di sussidiarietà, che presuppone un governo a rete anziché piramidale e che presuppone una reciproca fiducia tra istituzioni e comunità: da un lato gli enti di governo riconoscono nella comunità un soggetto competente per

⁶⁸ L.Gori, *Gli effetti giuridici «a lungo raggio» della sentenza n. 131 del 2020 della Corte costituzionale*, in *Riv. impresa sociale*, 2020, n. 3 e G. Boletto, *La sentenza della Corte Costituzionale n. 131 del 2020 Il suo (possibile) impatto nel sistema di imposizione dei redditi del Terzo settore in Impresa Sociale*, n. 2, 2021, 7-16.

⁶⁹ F Pizzolato, *Il volontariato davanti alla Corte costituzionale* in *dirittifondamentali.it*, Fascicolo 3/2020

la definizione di specifiche azioni progettuali per la scala locale, anche con la gestione diretta di determinati interventi e delle relative risorse finanziarie; dall'altro, i cittadini sono chiamati ad abbandonare l'atteggiamento di disinteresse, frutto di una – tuttora in parte persistente – logica NIMBY⁷⁰ e stimolati invece a partecipare attivamente, a fianco del Comune, nell'elaborazione e realizzazione delle progettualità che riguardano il loro territorio, condividendo sia il presupposto, la responsabilità amministrativa diffusa, sia l'obiettivo sociale che si intende raggiungere.

5.2. Il partenariato come contesto (formale e reale) per l'interesse generale

Pur volendosi limitare al rapporto pubblico e comunità, il *framework* reggiano presenta caratteristiche specifiche.

In primo luogo, il principio di corresponsabilità. Nella progettazione del modello collaborativo, la volontà di rendere orizzontale e tendenzialmente paritario il rapporto tra cittadini e governo pubblico si concretizza nel concetto di corresponsabilità, intesa come compartecipazione all'azione comune da parte di tutti gli attori in gioco: il Regolamento di Reggio Emilia rappresenta una infrastruttura di dialogo e co-produzione di beni comuni, tangibili e intangibili, per l'interesse generale, a cui possono partecipare tutti coloro che si riconoscono in quell'interesse⁷¹.

La seconda caratteristica specifica è il perimetro spaziale della collaborazione. Per sperimentare nuovi modelli di amministrazione basati su relazioni orizzontali, è stato definito anche un nuovo perimetro dell'azione collaborativa, svincolata sia dai tradizionali ambiti di policy (comunità di interesse) sia da criteri di tipo giuridico formali (le precedenti Circoscrizioni). Da qui il presupposto che l'ambito in cui si vive, il quartiere appunto, può determinare l'esistenza di una comunità, in grado di (e interessata a) prendersi cura di quel luogo e, quindi, anche di sé stessa⁷².

Infine, relativamente ai temi della collaborazione, l'approccio alla pianificazione strategica è stato individuato come elemento caratterizzante del confronto fra gli attori, quartiere per quartiere. Da qui la dimensione multisettoriale e multidisciplinare della partecipazione, dalla cura della città – in termini di manutenzione dello spazio fisico e di qualità dei luoghi; di valo-

⁷⁰ Acronimo di «Not In My Back Yard». Termine che indica l'opposizione di una comunità a uno progetto indesiderato, di più su: T. Gibson, *NIMBY and the civic good*. in *City & community*, n. 4, 2005, 381–401.

⁷¹ Così all'art. 1 Finalità, oggetto ed ambito di applicazione, Capo I – Disposizioni generali del Regolamento

⁷² E. Manzini, *Abitare la prossimità: Idee per la città dei 15 minuti*, Milano, EGEA, 2021.

rizzazione del paesaggio e di sviluppo della mobilità sostenibile; di interventi di manutenzione del territorio; di tutela del verde e delle risorse naturali – alla cura della comunità, dal welfare all’educazione, dalla socializzazione allo sport e tempo libero, dal benessere alla cultura, alle opportunità per lo sviluppo della conoscenza, della creatività e della cultura digitale.

L’architetto di quartiere è la figura chiave di questo nuovo paradigma della relazione centro-periferia e cittadini-Amministrazione: è il ruolo professionale che ha il compito di potenziare il protagonismo attivo e di salvaguardare l’ecosistema locale. Gli architetti di quartiere sono inseriti all’interno dell’organico del Comune, in un Servizio espressamente dedicato alla gestione del programma collaborativo e dotato di risorse proprie⁷³.

Con queste caratteristiche l’esperienza di Reggio Emilia propone da subito un partenariato non di tipo binario (pubblico-*profit*), ma multi-attoriale, in quanto si propone di supportare la relazione tra l’amministrazione e la comunità nelle sue articolazioni giuridico-formali (altre organizzazioni) e concrete (cittadini singoli e gruppi informali); assume la natura di strumento trasversale, tanto rispetto agli obiettivi di politica pubblica – potendo interessare tanto la dimensione infrastrutturale quanto quella dei servizi – quanto rispetto ai territori, poiché il partenariato è il contesto entro il quale gli attori interessati sono chiamati a collaborare per la costruzione di una intrapresa comune, quartiere per quartiere. Da parte sua, il Comune offre una serie di strumenti, formali, a partire dal Regolamento e sostanziali, in particolare la figura professionale innanzi ricordata, a garanzia dell’esercizio di un diritto di cittadinanza consapevole e responsabile.

In tal modo, possono essere attivati processi generativi fondati su comunità interessate a uno scopo che potrà migliorare il punto di partenza ma che è raggiungibile solo mediante alleanze, orizzontali e verticali, presenti nel network di partenariato: le comunità, intese come soggetti dotati di una “capacità amministrativa”, sono inserite nel contesto di programmazione del Comune in modo organico e strutturato, divengono strumento di defini-

⁷³ Secondo l’art. 2 lettera l), del Regolamento dei Laboratori di Cittadinanza, per «Architetto di quartiere» si intende: «La figura dell’Amministrazione comunale alla quale spetta il compito di potenziare il protagonismo attivo e responsabile della comunità, supportare processi di innovazione sociale in modo da configurarne un ruolo di attore primario a fianco dell’Amministrazione. Il suo compito è quello di co-progettare con la comunità nuove soluzioni, di costruire nuove connessioni o facilitare quelle esistenti tra Comune e cittadinanza, nei territori e tra i territori, per arrivare alla definizione di progetti condivisi per la cura della città in termini di qualità dello spazio fisico e di qualità dei luoghi, e la cura delle comunità, ovvero della capacità di interconnessione delle risorse già esistenti, in termini sociali e culturali».

zione delle politiche pubbliche e attori in grado di co-produrre servizi ed opportunità in risposta a bisogni sociali localizzati.

L'amministrazione collaborativa di Reggio Emilia è quindi qualcosa di più di un esperimento di democrazia deliberativa: essa prende le mosse dalla soppressione delle circoscrizioni come problema di partenza, per immaginare un nuovo approccio al dialogo centro-periferie e Comune-comunità, concettualmente e operativamente diverso da quello esistente, ma arriva a disegnare una politica pubblica il cui risultato è un modello di *governance* collaborativa, in cui tutti i soggetti del territorio possono collaborare, ideativamente e concretamente, alla gestione e al miglioramento della loro città, in termini sociali (cura della persona) e ambientali (cura della città come bene comune)⁷⁴.

5.3. L'esempio reggiano come approccio evolutivo al partenariato pubblico-privato e gli strumenti per la misurazione

L'esperimento collaborativo di Reggio Emilia si è dotato di un modello e una *dashboard* per produrre dati, informazioni e valutazioni sia sui risultati (*output*) relativi all'attuazione del programma, quartiere per quartiere, sia su quanto accade all'interno dei processi collaborativi, per verificare quali cambiamenti si siano generati nei contesti e nei soggetti protagonisti di quell'esperienza, in una relazione causa/effetto con l'attuazione stessa del programma⁷⁵. Ciò che è sembrato interessante quindi non è solo la valutazione dei risultati (quantità di prodotti) ma anche la comprensione delle

⁷⁴ U. Allegretti, *Modelli di partecipazione e governance territoriale: Prospettive per i processi partecipativi nei comuni" dopo" le circoscrizioni*, in *Ist. fed.*, 2011, 193-214; F. Pizzolato, *Dopo le circoscrizioni, i quartieri*, in *Amministrare*, 2014, n. 44 (II), 281-304.

⁷⁵ Travaglini, C.; Pozzoli, M. (2019). Valutazione d'impatto sociale, dopo il decreto ecco cosa sapere e cosa fare. In Vita. Reperibile qui: <http://www.vita.it/it/article/2019/09/26/valutazione-dimpatto-sociale-dopo-il-decretoecco-cosa-sapere-e-cosa-fare/152770/>. Con la pubblicazione nel 2019 delle "Linee guida per la realizzazione di sistemi di valutazione dell'impatto sociale delle attività svolte dagli enti del Terzo Settore" si è sottolineata la necessità di misurare le performance di quei soggetti la cui principale finalità è la creazione di valore sociale. Questa è una prassi emersa negli ultimi anni dal contesto internazionale nota come "Social Impact Measurement" che ha trovato un suo riconoscimento anche in Commissione Europea, vedasi il documento: *Proposed approaches to social impact measurement in European Commission legislation and in practice relating to EuSEFs and the EaSI*, del Directorate General for Employment, Social Affairs and Inclusion. GECES sub-group on impact measurement 2015. Reperibile qui: op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/0c0b5d38-4ac8-43d1-a7af-32f7b6fcf1cc

dinamiche relazionali e dei relativi effetti (qualità nei processi), in un'ottica di valutazione complessiva dei cambiamenti generati.

La metodologia utilizzata ha individuato tre livelli di valutazione giudicati rilevanti. Per ciascuno di questi livelli sono stati poi definiti la dimensione e gli indicatori da valutare, in coerenza con gli obiettivi di partenza.

Una prima dimensione valutata è stata la partecipazione (*engagement*) e la capacità di attivazione del programma (*empowerment*). La distinzione tra questi due concetti è stata considerata utile rispetto alle caratteristiche del protocollo collaborativo, nello specifico rispetto al principio di corresponsabilità: prendere parte a una decisione (democrazia deliberativa) e attivarsi concretamente con proprie risorse (democrazia collaborativa) rappresentano, nel *framework* proposto, due effetti sequenziali non identici né, tantomeno, scontati. Altre due dimensioni importanti, molto utilizzate dagli studiosi di scienza dell'organizzazione, sono quelle relative all'efficienza nell'uso delle risorse e nella distribuzione delle risorse medesime fra attore pubblico e attore privato (rapporto tra *input* e *output*) nonché all'efficacia dei risultati conseguiti, ovvero la coerenza tra ciò che è stato realizzato e ciò che si voleva realizzare, sulla base della collaborazione fra i soggetti. Infine, sono stati valutati anche gli impatti di innovazione sociale, ovvero i cambiamenti prodotti nei contesti territoriali e nelle persone direttamente e indirettamente coinvolte, e di innovazione organizzativa, con specifico riferimento ai cambiamenti generati nell'organizzazione pubblica in funzione della partecipazione all'azione collaborativa.

Tutti i soggetti coinvolti hanno interpretato in maniera innovativa il rispettivo ruolo: l'attore pubblico è stato (ed è effettivamente stato visto come) il soggetto che ha attivato contesti collaborativi, più che produrre direttamente risultati di *performance* organizzativa. Cittadini e associazioni, a loro volta, hanno potuto vivere un'esperienza di collaborazione attiva, con positive ricadute in termini anche di fiducia verso gli altri e verso le istituzioni, oltre che di propensione all'impegno civico, in una logica non individuale ma di gruppo. Nel *policy making* e nelle pratiche organizzative, il confronto e la collaborazione hanno contribuito a indicare nuove possibili strade per lo sviluppo del proprio territorio, anche nell'ottica di una maggiore attenzione alla sfida sociale, climatica e ambientale. La condivisione di obiettivi concreti (sinergie di scopo), ha implementato la fiducia reciproca e contribuito, oltre che alla realizzazione degli obiettivi concreti, anche alla creazione di un valore che va oltre il risultato delle azioni prodotte e che consiste nell'indicazione di un metodo di lavoro replicabile in futuro.

Il modello finora descritto, indicato dall'esperienza di Reggio Emilia, rappresenta inoltre un significativo passo avanti sia rispetto ai classici

innovazione e sostenibilità per la lotta al cambiamento climatico

strumenti di valutazione dell'impatto delle attività pubbliche che di quelli introdotti nel più moderno contesto dell'impatto della finanza sostenibile. Ciò in quanto il soggetto pubblico (Comune) ha acquisito definitiva consapevolezza sul valore e sulla necessità del coinvolgimento degli altri attori; i soggetti privati, per parte loro, hanno potuto individuare contesti interessanti in cui investire, anche con gli strumenti di finanza sostenibile: contesti orientati all'innovazione e in grado di remunerare le risorse impegnate. Ciò ha inoltre offerto la possibilità di analizzare in che modo fondi pubblici e privati possano essere investiti e per quali obiettivi, anticipando, in un'ottica locale, una logica simile a quella sottesa al Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR).

In tale ottica, la valutazione dell'impatto si configura come uno strumento chiave per comprendere l'effettivo contributo delle attività sostenibili al benessere della comunità. Nel confronto con città come Barcellona e Amsterdam, l'esperienza di Reggio Emilia dimostra un maggiore avanzamento nella sperimentazione ed evidenzia così il ruolo pionieristico e l'approccio innovativo adottato dalla città nell'affrontare le sfide della sostenibilità⁷⁶.

⁷⁶ Alla luce di questa impostazione metodologica, il comune è riuscito a dare conto di quanto realizzato alla fine del primo ciclo di vita del programma (2014-2019).

In sintesi, in termini di risultati e *output*, nel corso dei quattro anni il protocollo collaborativo ha consentito di realizzare 163 progetti, ha visto l'ingaggio principale delle organizzazioni del terzo settore (una su tre in termini di engagement e due su tre in termini di *empowerment*), più dell'80 per cento dei progetti ha avuto effetti positivi nei territori e le opportunità nate dai contesti collaborativi hanno offerto un'opportunità concreta a quasi 14.000 utenti. Il comune ha investito risorse di spesa corrente per quasi 800.000 euro mentre gli altri attori hanno garantito oltre 30.000 ore di lavoro.

Più interessanti sotto il profilo delle metriche e del modello di valutazione del valore prodotto sono le considerazioni emerse direttamente dai protagonisti dell'esperienza collaborativa e che riguardano la dimensione stessa del processo collaborativo.

Il contesto proposto, infatti, ha generato importanti cambiamenti nel sistema relazionale esterno (ad esempio più simmetrie, più fiducia sia verso gli altri omologhi che verso l'istituzione pubblica, più densità relazionali) e negli attori (ad esempio più disponibilità all'impegno, più soddisfazione, più senso del lavorare insieme, meno competizione e più attenzione al risultato comune, orientamento all'obiettivo comune e non alla propria remunerazione).

All'interno dell'amministrazione pubblica, i settori coinvolti nei processi collaborativi hanno testimoniato le potenzialità di innovazione organizzativa che questo esperimento ha innescato: dai prodotti tradizionali ai prodotti con ibridazioni di *policy* e *place based*, dalle relazioni verticali a quelle orizzontali e simmetriche, dai criteri di gerarchizzazione basati sullo storico della spesa alla gerarchizzazione secondo le esigenze delle comunità, dall'orientamento formale e centrato sull'adempimento alla propensione al risultato e all'innovazione, dalla standardizzazione allo sperimentalismo. Questi risultati sono stati evidenziati in un Report pubblicato sul sito del comune e disponibile al link: www.comune.re.it/argomenti/citta-colaborativa/i-progetti/qua-il-quartiere-bene-comune/il-progetto-quartiere-bene-comune

In sintesi, la proposta di un contesto collaborativo in forma di partenariato evoluto pubblico-comunità, ha prodotto cambiamenti sia a livello sociale che organizzativo, contribuendo al benessere della comunità residente e alla trasformazione dell'approccio della pubblica amministrazione verso gli altri attori, e viceversa. Si è prodotto, in altri termini, un valore pubblico (non dell'attore pubblico ma dell'intera collettività interessata), le cui caratteristiche non possono essere misurate sotto il profilo meramente quantitativo, ma che comunque sono largamente remunerative sotto il profilo dell'incremento del benessere generale e in un'ottica culturale.

6. Segue. Il Partenariato per lo sviluppo Sostenibile e l'Innovazione e il futuro della misurazione ESG: il Bilancio di comunità

Sulla scorta dei risultati raggiunti con la prima esperienza, è stata intrapresa la strada della revisione del Regolamento, con la definizione di un nuovo strumento partenariale, il Partenariato per lo sviluppo Sostenibile e l'Innovazione (PSSI), che recepisce le novità normative nel frattempo prodotte dal legislatore nazionale (essenzialmente, il nuovo Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 36/2023) e focalizza esplicitamente l'azione dei partenariati sul tema della interdipendenza tra sviluppo sostenibile, inclusione e innovazione.

All'interno del nuovo schema, sulla base della riflessione *ex post* prodotta dall'esperienza collaborativa precedente, è stato opportunamente definito lo strumento di *accountability* del valore prodotto, in una logica di trasparenza (pubblica), rendicontazione (pubblica e privata) e remunerazione sociale (nel senso della produzione di valore per la collettività dell'esperienza partenariale). In questa ottica, il Bilancio di comunità rappresenta la proposta di un nuovo framework per la valutazione delle esperienze di partenariato, che potrebbe interessare le diverse tipologie di soggetti che collaborano e che potrebbe aiutare a legittimare di più e meglio l'azione collettiva al di fuori delle metriche tradizionali, sia per la PA che per il mercato.

Il Partenariato per lo Sviluppo Sostenibile e l'Innovazione, secondo quanto delineato dal nuovo Regolamento, rappresenta un partenariato multi-attoriale, basato sulla condivisione di obiettivi, azioni, risorse, che propone soluzioni sperimentali e nuovi strumenti di valutazione, condiviso da attori urbani appartenenti a diverse categorie socio-economiche, che decidono di agire in modo non autoritativo ex art. 1, c. 1-*bis*, l. n. 241/1990, ma secondo interessi ed obiettivi comuni.

Il contenuto del PSSI è costituito dai progetti di sperimentazione e

di innovazione urbana, elaborati con il procedimento di co-progettazione; progetti caratterizzati da un elevato contenuto di innovazione, non abitualmente presente nei servizi pubblici e privati e che mantengono come elemento distintivo il coinvolgimento attivo delle comunità anche nelle fasi di gestione del progetto e della successiva valutazione dei risultati e degli impatti prodotti. Resta fermo, in tale ottica, il principio di responsabilità e collaborazione civica, ovvero l'esplicita "*assunzione di impegni e ruoli in tutte le fasi del ciclo di vita del progetto e per tutti gli attori coinvolti*"; quest'ultima, in effetti, è la vera cifra distintiva del modello reggiano di *governance* collaborativa.

Infine, rispetto alle esperienze precedenti, vengono individuati gli obiettivi che giustificano l'adozione di questo strumento partenariale nella gestione delle politiche pubbliche: attraverso i PSSI l'amministrazione intende indirizzare gli attori verso "*la realizzazione della giustizia urbana e climatica*" per la comunità; vale a dire, il raggiungimento dell'interesse generale e di forme di giustizia fra gli individui e fra gli individui e il pianeta che abitano.

Sotto il profilo dell'*accountability*, lo strumento di valutazione che il nuovo Regolamento individua è il Bilancio di comunità, parte sostanziale del contratto multi-attoriale, che rappresenta "*(...) lo strumento per il monitoraggio, la misurazione e la valutazione degli impatti prodotti da ciascun Partenariato per lo sviluppo sostenibile e l'innovazione*": un meccanismo, non tradizionale, di controllo e rendiconto del lavoro dell'ente pubblico e dell'utilizzo dei fondi pubblici.

Il Bilancio di comunità, in altri termini, è uno strumento di rendicontazione di come la collaborazione generata nel partenariato abbia prodotto impatti positivi per le comunità e l'interesse generale; esso costituisce quindi, in primo luogo, la garanzia della correttezza delle azioni svolte da tutti gli attori coinvolti nel PSSI, in un rapporto di coerenza rispetto agli obiettivi di innovazione sostenibile.

In secondo luogo, il Bilancio di comunità è il meccanismo per misurare gli impatti creati dalle azioni poste in essere. A tale proposito, il Regolamento individua un *panel* di macro-dimensioni di *policy* tra cui: l'impatto territoriale e ambientale; l'impatto economico; l'impatto sociale e sanitario; l'impatto tecnologico e digitale; l'impatto educativo e culturale e l'impatto sul sistema dei diritti, nonché l'impatto sulle generazioni future, all'interno del quale gli attori coinvolti nel processo partenariale sceglieranno quella/quelle coerenti e utili per rendicontare la propria specifica azione. Per ciascuna dimensione saranno poi individuate le metriche quali-quantitative che valuteranno gli impatti prodotti, giustificando in questo modo le risorse impegnate e le ragioni della partecipazione all'esperienza collaborativa. Su questo fronte si potranno tenere in considerazione i tradizionali modelli di valutazione ma

anche le proposte più recenti, come quelle degli SDGs dell'Agenda 2030⁷⁷ e gli ESG dell'Unione Europea⁷⁸.

Il Bilancio di comunità del prossimo Regolamento comunale sceglie però di mantenere anche una dimensione di rendicontazione sulla produzione di valore pubblico, costituito dalla creazione di nuove forme di relazione tra i diversi attori coinvolti, con la coesione sociale e la generazione e rigenerazione di capitale sociale; si tratta, cioè, dei valori che si producono grazie al (e all'interno della cornice del) partenariato e del processo collaborativo, ovvero se e quali cambiamenti si realizzano nel contesto e nei soggetti, ad esempio rispetto alla componente civica (orientamento al civismo e al senso civico, all'interesse generale e ai beni comuni), a quella relazionale (quantità e qualità delle relazioni, mutuo riconoscimento, inclusione, fiducia, impegno, soddisfazione nella relazione), a quella delle competenze (specialistiche) e delle attitudinali (*soft skills*), nell'orientamento verso la comunità come componente della *mission* e non come esternalità più o meno intenzionale.

Si tratta di un approccio incrementale alla valutazione degli impatti, non limitata alle metriche tradizionali – diverse, peraltro, da organizzazione a organizzazione – ma valida per tutti i soggetti del partenariato, in grado di offrire loro informazioni utili sulla qualità delle relazioni, sullo spirito collaborativo, sul miglioramento delle capacità istituzionali delle organizzazioni: un approccio, quindi, capace di rappresentare un soggetto collettivo coinvolto in un'esperienza più che un'organizzazione alle prese con il proprio risultato.

Nella sostanza questa metodologia, una volta verificata e opportunamente adottata, potrebbe mettere in luce le ragioni per cui il partenariato multi-attoriale è un'opzione preferibile tra quelle in campo per orientare gli attori verso traguardi da perseguire non separatamente ma nelle rispettive interdipendenze.

Si tratta di una logica alternativa a quelle attuali; una logica in cui il senso dell'agire di persone e organizzazioni si ridefinisce in rapporto allo

⁷⁷ Con la Risoluzione A/70/L.I del 25 settembre 2015- Trasformare il nostro mondo: l'Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile, l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite ha adottato seguente documento: «Trasformare il nostro mondo: l'Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile», disponibile presso unric.org/it/wp-content/uploads/sites/3/2019/11/Agenda-2030-Onu-italia.pdf

⁷⁸ In particolare il Reg. delegato Ue n. 1253/2021 della Commissione del 21 aprile 2021 che modifica il reg. delegato Ue n. 565/2017 per quanto riguarda l'integrazione dei fattori di sostenibilità, dei rischi di sostenibilità e delle preferenze di sostenibilità in taluni requisiti organizzativi e condizioni di esercizio delle attività delle imprese di investimento, disponibile al link: eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A32021R1253.

sviluppo sostenibile di un territorio e agli equilibri sociali della comunità di appartenenza, ma anche alla produzione di nuove traiettorie culturali e di una nuova qualità della democrazia.

7. Conclusioni

In un contesto come quello attuale, la sfida per contrastare i cambiamenti climatici è quella che più evidenzia la necessità, da parte degli attori protagonisti dello sviluppo di un territorio, di porsi in una logica che metta in discussione due caratteristiche oggi prevalenti: da una parte la massimizzazione del profitto, indipendentemente dai costi sociali ed ambientali che si producono; dall'altra i comportamenti organizzativi orientati a mantenere il modello c.d. "a canne d'organo" (vale a dire, tante strutture separate tra di loro). E ciò, non tanto per ragioni legate al contesto di globalizzazione in cui viviamo, ma perché non esiste un'efficace capacità di azione se non si converge verso obiettivi comuni, in una logica che porti necessariamente a sviluppare rapporti, sinergie e modelli di governance larghi.

Da qui, pertanto, l'importanza che le istituzioni nazionali e internazionali stanno ponendo al tema dei partenariati e della collaborazione pubblico-privato come *framework* alternativo a quello della competizione tra proposte di soggetti diversi che origina il classico contratto tra cliente e fornitore. La spinta verso forme di dialogo *multi-stakeholder*, in una logica di sussidiarietà orizzontale, e fra livelli diversi di governo, in una logica di sussidiarietà verticale, è oggi molto più forte anche solo di qualche anno fa e sembra orientare in modo trasversale gli strumenti giuridici delle istituzioni nazionali ed europee. I nuovi strumenti sembrano maggiormente idonei non solo a superare certe rigidità dei processi amministrativi, ma anche a consentire agli enti della pubblica amministrazione di individuare innovazioni e sperimentazioni territoriali, in cui diversi soggetti vengono coinvolti per superare insieme ostacoli e raggiungere obiettivi comuni. Questa nuova impostazione culturale potrà contribuire a sostenere sfide nuove per tutti, come quelle dei cambiamenti climatici: per queste sfide è necessario lasciare al *policy making* la possibilità di esplorare soluzioni inedite, con il concorso di tutte le risorse disponibili; la decisione pubblica non può risolversi, quando in gioco c'è la sopravvivenza del pianeta, nel mero adempimento, nell'acquisto di un prodotto sul mercato, nel ricorso a una soluzione standardizzata.

In un contesto in cui la necessità di attrarre risorse per contrastare il cambiamento climatico e gestire in modo efficiente gli investimenti presenti e futuri è sempre più pressante, si rende indispensabile considerare e valo-

rizzare il ruolo degli operatori privati. La premessa fondamentale, in questo senso, è quella di sfruttare al massimo tali investimenti attraverso i partenariati pubblici-privati, visti come strumenti chiave per superare la rigidità dei processi amministrativi. Questi partenariati consentono un approccio più flessibile e dinamico, fondamentale per rispondere in modo efficace alle sfide ambientali che caratterizzano la società contemporanea.

Qui il ruolo degli enti locali, in tale quadro complessivo, diventa cruciale. Nonostante gli sforzi legislativi, soprattutto post-pandemia, vi è una evidente difficoltà nel tenere il passo con i tempi ristretti imposti dalla crisi ambientale in atto. Le riforme, anche quelle più audaci, si scontrano spesso con normative preesistenti che ne limitano l'attuabilità. Diviene quindi essenziale potenziare il ruolo dell'autonomia locale, l'unica realmente in grado di comprendere e soddisfare le esigenze specifiche del rispettivo territorio e della propria comunità, nella logica del d.lgs. n. 267/2000, testo unico degli enti locali (TUEL).

È proprio nelle città e grazie alla spinta dei governi locali, infatti, che si possono osservare alcune nuove traiettorie del *policy making*, orientare verso le questioni oggi più centrali, come il cambiamento climatico e l'assenza di una equa logica redistributiva e l'aumento delle diseguaglianze, sociali e territoriali. In questi contesti, come nel caso di grandi città come Amsterdam e Barcellona ma anche in un piccolo centro come Reggio Emilia, le sfide vengono poste all'interno di logiche di interazione e mutualità fra gli attori e di focalizzazione di questi verso la produzione di cambiamenti strutturali e di sistema.

In conclusione, in un'epoca caratterizzata da sfide complesse e multivoli, la collaborazione tra pubblico e comunità, in senso multi-attoriale, guidata da una gestione innovativa e responsabile da parte degli enti locali, si presenta non solo come una necessità, ma come una reale opportunità di crescita e sviluppo sostenibile. La chiave sta nel bilanciare con saggezza l'uso delle risorse, nell'adottare strategie di valutazione centrate sugli impatti e non sulle mere *performances*, nell'ascolto attento delle esigenze delle comunità interpretate come soggetti e non come destinatari dell'azione pubblica e nell'incoraggiare nuove culture della responsabilità civica degli attori di un territorio, per poter affrontare con successo le difficoltà della moderna gestione pubblica e perseguire obiettivi di sostenibilità sociale ed ambientale.

Abstract

The aim of this contribution is to explore the impact of regulatory measurement tools and their application, in the contexts of public-private partnerships in order to achieve public policy goals, especially those related to environmental protection, ecological transition, and contrasting climate change. To do so, the article intends to analyse various concrete tools provided by international, national, and local legislation and specifically the Reggio Emilia Municipality Regulations and their practical application.

In the first part, the paper reconstructs the path of key institutions capable of supporting actors who want to embark on the path of combating climate change, such as the Taxonomy Regulation, the Carbon Adjustment Mechanism, and the public-private partnership, both in the European framework and in the new Italian public procurement framework.

In the second part, the analysis also extends to international experiences, with a focus on the strategies of the city of Barcelona and Amsterdam.

However, in the last part, the focus of the analysis is on the case of the Municipality of Reggio Emilia, examining the experience of its regulation able to consider the municipality itself as an infrastructure for legitimizing multi-actor partnerships in a collaborative paradigm, and to provide with an accountability model, as a useful basis for reasoning around the issue of outcomes.

ARTICOLI

PIER PAOLO ZITTI

INNOVAZIONE E SOSTENIBILITÀ DELLE INFRASTRUTTURE VERDI: UNA RIFLESSIONE GIURIDICA

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'inquadramento giuridico delle infrastrutture verdi. – 3. Il paradigma e gli strumenti della finanza sostenibile. – 4. I partenariati pubblico-privati: un'integrazione innovativa per la sostenibilità nel governo del territorio. – 5. Il contributo responsabile dei privati: quale spazio per le infrastrutture verdi nella rinnovata disciplina dei contratti pubblici? – 6. Riflessioni conclusive.

1. Premessa

Come si evince dall'ultimo rapporto dell'*Intergovernmental Panel on Climate Change* (IPCC), nel mondo le città detengono una quota del settantacinque per cento del totale del consumo di risorse naturali e contribuiscono quasi all'ottanta per cento delle emissioni complessive di gas serra¹.

Infatti, secondo il rapporto IPCC del 2023: «Più di un secolo di utilizzo di combustibili fossili e di uso iniquo e non sostenibile dell'energia e del suolo ha portato a un riscaldamento globale di 1,1 °C... Da questa situazione sono scaturiti eventi meteorologici estremi più frequenti e più intensi che hanno causato impatti sempre più pericolosi sulla natura e sulle persone in ogni regione del mondo»², il settantacinque per cento delle aree urbane del mondo sta sperimentando gli effetti del cambiamento climatico³ e più della metà

¹ L'IPCC è stato istituito nel 1988 dalla *World Meteorological Organization* (WMO) e dallo *United Nations Environment Programme* (UNEP) allo scopo di fornire al mondo una visione chiara e scientificamente fondata dello stato attuale delle conoscenze sui cambiamenti climatici e sui loro potenziali impatti ambientali e socio-economici. Nello stesso anno, l'Assemblea Generale delle Nazioni unite ha avallato l'azione di WMO e UNEP, istituendo l'IPCC.

² Per un maggior approfondimento si veda il sito: <https://www.ipcc.ch>.

³ Come emerso dalla relazione sullo stato di attuazione degli impegni per la riduzione delle emissioni di gas serra della Camera dei deputati, la proiezione futura di tali minacce è in crescita, il che rende le aree urbane particolarmente vulnerabili agli impatti climatici anche a causa dell'alta densità demografica. Tale relazione sullo stato di attuazione degli impegni per la

della popolazione vive in regioni vulnerabili a tale mutamento⁴.

Le città, come definito da autorevole dottrina⁵, hanno un ruolo di primario ordine nella sfida ambientale, trovandosi in una posizione privilegiata per implementare una vasta gamma di strategie e azioni per la mitigazione e l'adattamento climatico⁶.

Già nel 2000, al termine della Seconda conferenza europea delle città per i diritti dell'uomo, veniva ascrivita la *Carta Europea dei diritti umani nella città* di cui l'art. 19 ne è la massima espressione: «*uno sviluppo urbanistico ordinato, in grado di garantire una relazione armoniosa tra l'habitat, i servizi, le strutture, il verde pubblico, e le attrezzature destinate ad uso collettivo*»⁷.

E' chiaro come le istituzioni, soprattutto quelle locali, si trovino in una posizione strategica per affrontare queste sfide, essendo chiamate a fornire un grande numero di servizi, opere e lavori, tanto pubblici quanto privati, che risentono del cambiamento climatico o che devono sopperire alle sue conseguenze. Alla luce di questa temeraria, come emerso dalla dottrina più recente, fa d'uopo promuovere, valorizzare e governare nuovi strumenti sostenibili tanto giuridici quanto ingegneristici⁸.

riduzione delle emissioni di gas ad effetto serra allegata al DEF 2023 è predisposta dal Ministro dell'ambiente e della sicurezza energetica (MASE) ai sensi dell'art. 10, c. 9, l. 31 dicembre 2009, n. 196, come modificato dall'art. 2, c. 2, l. 7 aprile 2011, n. 39 .

⁴ Cfr. United Nations, department of economic and social affairs, population division, *The World's Cities in 2018 – Data Booklet (ST/ESA/SER.A/417)*, 2018; United Nations, Department of economic and social affairs , population division, *World Urbanization Prospects: The 2018 Revision (ST/ESA/SER.A/420)*, 2018.

⁵ A. Moliterni, *La sfida ambientale e il ruolo dei pubblici poteri in campo economico*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 2020, n. 2, 43, Id., *Transizione ecologica, ordine economico e sistema amministrativo*, in *Rivista quadrimestrale di Diritti Comparati*, 2022, 402.

⁶ M.G. Della Scala, *Lo sviluppo urbano sostenibile e gli strumenti del governo territoriale tra prospettive di coesione e tutela dei diritti fondamentali*, in *Dir. amm.*, 2019, 787-837. Di tale legame anche Papa Francesco, nel 2015 e 2023, tramite le encicliche *Laudato Si'* e *Laudate Deum* è voluto intervenire, offrendo un potente appello alla responsabilità ambientale e alla cura del pianeta Terra. Nella Lettera enciclica di Papa Francesco, *Laudato si'*. *Sulla cura della casa comune*, Città del Vaticano, Libreria editrice vaticana, 2015, si fa riferimento al concetto di «ecologia integrata», sottolineandosi il fatto che «il deterioramento dell'ambiente e quello della società colpiscono in modo speciale i più deboli del pianeta»; da questo punto di vista, «non ci sono due crisi separate, una ambientale e un'altra sociale, bensì una sola e complessa crisi socio-ambientale».

⁷ Cfr. M. Varotto, *Strumenti finanziari comunitari per promuovere lo sviluppo sostenibile dell'ambiente urbano*, in *Azienditalia*, 2002, n. 9; P. Lombardi, *Il governo del territorio tra politica e amministrazione*, Milano, Giuffrè, 2012, 211-221; M.G. Della Scala, *Lo sviluppo urbano sostenibile e gli strumenti del governo territoriale tra prospettive di coesione e tutela dei diritti fondamentali*, cit., 804-807.

⁸ M. G. Della Scala, *Lo sviluppo urbano sostenibile e gli strumenti del governo territoriale tra prospettive di coesione e tutela dei diritti fondamentali*, in *Dir. amm.*, 2018, n. 4.

innovazione e sostenibilità delle infrastrutture verdi

Per rispondere a questi problemi che affastellano in maniera sempre più dirompente le realtà territoriali, in connessione con gli obiettivi della riduzione di 1,5 gradi sancito a Parigi⁹, l'Unione europea ha imposto una revisione delle strategie politiche, economiche e sociali.

È divenuto imprescindibile, infatti, adottare soluzioni altamente resilienti, sostenibili e naturali come le *Nature-Based Solutions* (NBS)¹⁰ e in particolare le infrastrutture verdi¹¹.

Quest'ultime, secondo il rapporto dell'*UN Climate Action Summit 2019*, sono divenute uno dei più importanti strumenti innovativi nella lotta al cambiamento climatico e fondamentali per raggiungere gli obiettivi di ripristino degli ecosistemi stabiliti dalla Strategia per la biodiversità dell'Ue per il 2030¹².

⁹ L'Accordo di Parigi è un trattato internazionale stipulato nell'ambito della Convenzione quadro delle Nazioni unite sui cambiamenti climatici (UNFCCC). È stato adottato il 12 dicembre 2015 durante la Conferenza sul clima delle Nazioni Unite (COP21) a Parigi, da cui prende il nome. L'obiettivo principale dell'accordo di Parigi è affrontare il cambiamento climatico e limitare l'aumento della temperatura media globale al di sotto di due gradi Celsius rispetto ai livelli preindustriali, cercando di perseguire lo sforzo di limitare l'aumento a 1,5 gradi Celsius.

¹⁰ Cfr. N. Seddon, A. Chausson, P. Berry, C. Girardin Cécile, A. Smith and B. Turner, *Understanding the value and limits of nature-based solutions to climate change and other global challenges*, Phil. Trans. R. Soc, 2020; C. Shacham, E. Walters, G. Janzen and S. Maginnis, *Nature-based Solutions to address global societal challenges*, Gland, Switzerland: IUCN. Xiii, 97. E. Balian, H. Eggermont and X. Le Roux, *Outputs of the Strategic Foresight workshop "Nature-Based Solutions in a BiodivERSA context*, Brussels June 11-12, 2014; European Commission and Directorate-General for Research and Innovation (2015). *Towards an EU Research and Innovation policy agenda for Nature-Based Solutions & Re-Naturing Cities*. Brussels, Belgium: European Commission; Bauduceau, Nicolas, et al. "Towards an EU research and innovation policy agenda for nature-based solutions & re-naturing cities: Final report of the horizon 2020 expert group on nature-based solutions and re-naturing cities", 2015; J.B. Ellis, *Sustainable surface water management and green infrastructure in UK urban catchment planning*, Journal of Environmental Planning and Management, 56:1, 24-41, 2013; M. Cavallo and S. Ferraro, *Nature-based solutions for smarter cities. Bringing cities to life, bringing life into cities*, Revue Internationale des Gouvernements Ouverts. Vol. 9, 93-103, 2020. E. Cohen-Shacham, G. Walter, C. Janzen, S. Maginnis, *Nature-based Solutions to address global societal challenges*, IUCN, Gland, 2016; N. Faivre, M. Fritz, T. Freitas, B. de Boissezon and S. Van de Woestijne, *Nature-Based Solutions in the EU: Innovating with nature to address social, economic and environmental challenges*, Environment Resources. 159: 509-518, 2017.

¹¹ ISPRA, *Infrastrutture verdi e mobilità dolce – esperienze e considerazioni per nuove sinergie*, Roma, 2018.

¹² La strategia dell'Ue sulla biodiversità per il 2030 è un piano complessivo, ambizioso e a lungo termine per proteggere la natura e invertire il degrado degli ecosistemi. La strategia mira a portare la biodiversità dell'Europa sulla via della ripresa entro il 2030 e prevede azioni e impegni specifici.

Per sviluppare nuove strategie di gestione e governo del territorio che enfatizzino l'innovazione e promuovano servizi ed opere altamente efficienti e sostenibili da un punto di vista ambientale, sociale ed economico, il legislatore ha deliberatamente concesso alle amministrazioni pubbliche e alle reti d'impresa strumenti giuridici specifici come, ad esempio, i partenariati per l'innovazione.

Infatti, quest'ultimi divengono un quadro flessibile e collaborativo per favorire la cooperazione tra enti pubblici, imprese e altre organizzazioni.

Questi strumenti giuridici rappresentano un terreno fertile per l'elaborazione e l'attuazione di politiche e progetti incentrati sull'innovazione territoriale, agevolando, inoltre, la costruzione di modelli di business più sostenibili ed efficienti in grado di soddisfare le esigenze della comunità e dell'ambiente.

Inoltre, i partenariati per l'innovazione promuovono l'elaborazione di strategie a lungo termine, incentivando il progresso di nuove tecnologie, processi e servizi mirati a rispondere alle sfide emergenti.

2. L'inquadramento giuridico delle infrastrutture verdi

Da anni oramai le questioni ambientali sono un tema centrale nell'agenda internazionale e nazionale.

L'esigenza di orientare la maggior parte delle politiche pubbliche verso la tutela ambientale viene enfatizzata in una vasta gamma di documenti giuridici e politici, sia a livello internazionale che nazionale.

Nel quadro del diritto positivo, soprattutto nel contesto del diritto comunitario, tale concetto trova massima espressione nel principio di integrazione, come precisato nell'articolo 11 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE)¹³. In esso si attribuisce la massima priorità alla tutela dell'ambiente durante la formulazione e l'attuazione delle politiche e delle azioni dell'Unione¹⁴

Una significativa dimostrazione dell'efficacia di tale "integrazione" si manifesta nell'implementazione delle infrastrutture verdi. Queste ultime costituiscono un fondamentale pilastro, poiché, se pianificate e gestite cor-

¹³ Cfr. Art. 11 TFUE, già articolo 6 del TCE.

¹⁴ Cfr. M. Cafagno, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema complesso, adattativo, comune*, Torino, Giappichelli, 2007, 218-21; O. Porchia, *Le politiche dell'Unione europea in materia ambientale*, in *Trattato di Diritto dell'ambiente. Le politiche ambientali, lo sviluppo sostenibile e il danno*, I, diretto da R. Ferrara e C.E. Gallo, Milano, Giuffrè, 2014, 164-72.

innovazione e sostenibilità delle infrastrutture verdi

rettamente, non solo generano valore economico e sociale nel lungo periodo ma contribuiscono altresì alla creazione di opportunità occupazionali, al miglioramento della qualità della vita nelle zone urbane e all'incremento dell'attrattività delle città.

Le infrastrutture verdi emergono come un settore cruciale in cui la finanza, in particolare quella *green*, indirizza concretamente i suoi investimenti¹⁵.

Come evidenziato anche dall'Agenzia europea dell'ambiente¹⁶, nel tempo le città hanno continuato a espandersi senza sosta, inglobando sempre più le aree naturali esterne e ridefinendo l'aspetto e l'assetto urbano con le cosiddette "nebulose urbane"¹⁷.

La Commissione Europea ha sottolineato la necessità di promuovere un contesto urbano più salubre e abitabile nel documento dedicato agli orientamenti riguardanti le migliori pratiche per limitare, mitigare e compensare l'impermeabilizzazione del suolo¹⁸, sottolineando, inoltre, l'importanza cruciale di adottare strategie e pratiche che contrastino l'ulteriore impermeabilizzazione del terreno¹⁹.

Infatti, la necessità di mitigare l'impatto dell'espansione indiscriminata urbana diventa un obiettivo fondamentale per garantire un ambiente urbano più sostenibile per il benessere delle comunità locali²⁰. L'adesione a queste buone pratiche protese a limitare l'ulteriore impermeabilizzazione del suo-

¹⁵ Questi progetti possono includere sviluppo di energia rinnovabile, trasporti pubblici efficienti, edifici a zero emissioni, reti di riciclo e gestione sostenibile delle risorse idriche.

¹⁶ Agenzia europea dell'ambiente, Report «*The European environment – state and outlook 2020: Knowledge for transition to a sustainable Europe*», 2019. Il documento è consultabile al seguente link: https://www.eea.europa.eu/publications/soer-2020/chapter-14_soer2020-summary-assessment/view.

¹⁷ S. Boeri, *Europa-città: spunti di riflessione, in Economia dei servizi*, 2017, 339.

¹⁸ Commissione europea, Direzione generale dell'ambiente, Orientamenti in materia di buone pratiche per limitare, mitigare e compensare l'impermeabilizzazione del suolo, Ufficio delle pubblicazioni, 2012, <https://data.europa.eu/doi/10.2779/81286>

¹⁹ Documento consultabile al link https://ec.europa.eu/environment/soil/pdf/guidelines/pub/soil_it.pdf. Cfr. Agenzia europea dell'ambiente, Segnali 2019- Suolo e territorio in Europa. Perché dobbiamo usare in modo sostenibile queste risorse vitali e limitate, laddove si registra che, sebbene il tasso di crescita delle superfici artificiali sia rallentato, passando da 1086 Km² all'anno tra il 2000 e il 2006 a 711 Km² all'anno tra il 2012 e il 2018, l'Unione europea non è sulla buona strada né per conseguire l'obiettivo di arrestare la perdita di biodiversità, né per raggiungere l'obiettivo strategico di un consumo netto di suolo pari a zero entro il 2050. Il documento è consultabile in <https://www.eea.europa.eu/it/publications/eea-segnali-2019-suolo-e>.

²⁰ S. Fanetti, *Ambiente e beni comuni. Contenimento del consumo di suolo e riflessioni sulla proprietà privata in un'ottica di diritto comparato*, op. cit., 211-213.

lo, rappresenta un passo essenziale verso la creazione di città più resilienti e capaci di offrire un ambiente urbano più salutare e gradevole per tutti i cittadini poiché come sostenuto dall'Arch. Stefano Boeri: «difendere senza alcuna remora la presenza degli spazi verdi e delle aree agricole che ancora compongono, a macchia di leopardo, le grandi conurbazioni europee»²¹ è divenuta la principale forma di tutela e valorizzazione delle città²².

In questa cornice, le infrastrutture verdi assumono un ruolo di fondamentale importanza per le nuove politiche economiche e sociali rappresentando un perno centrale e strategico per la sostenibilità ambientale e culturale delle città oltre che delle zone rurali circostanti²³.

Gli investimenti attualmente in corso non soltanto sono finalizzati alla creazione e all'implementazione di nuove infrastrutture eco-sostenibili ma anche all'integrazione di tali soluzioni nell'ambiente urbano preesistente. Tale approccio mira a valorizzare le risorse naturali già presenti e promuovere la biodiversità, riducendo contemporaneamente l'impatto ambientale e contribuendo alla coesione sociale²⁴.

La data del 5 giugno 2021 ha scandito l'inizio del decennio delle Nazioni unite per il ripristino degli ecosistemi, un programma proteso, tra

²¹ *Ibidem*.

²² V. Giomi, *Il verde pubblico come risorsa comune: da necessario strumento di soddisfacimento di bisogni collettivi a forma di tutela di beni vincolati*, in *Le proprietà pubbliche: tutela, valorizzazione e gestione*, a cura di A. F. Di Sciascio e F. G. Scoca, Napoli, Editoriale scientifica, 2016, 149-74; M. Atelli, *Il verde pubblico è servizio locale*, in *Rivista quadrimestrale di Diritto dell'ambiente*, 2015, 234-47; A. Abrami, *La disciplina giuridica del verde urbano e periurbano*, 538-42; A. Di Mario, *Il verde urbano avanti il giudice amministrativo*, 1039-45; G. Mari, *Il verde urbano pubblico e la pubblicizzazione del verde privato*, in *Riv. giur. edil.*, 2018, 39-61; B. Graziosi, *I nuovi regolamenti comunali per il verde urbano e la pubblicizzazione del verde privato*, in *Riv. giur. edil.*, 2012, 189-204.

²³ L'epifania di tale termine è nata negli Stati Uniti, ove verso la metà degli anni Novanta del XX secolo la US Environmental Protection Agency descrisse le c.d. green infrastructures come: «una categoria di manufatti, tecnologie e pratiche che utilizzano sistemi naturali, o artificiali che simulano i processi naturali, con il fine di migliorare la qualità ambientale e fornire servizi di pubblica utilità, o ancora meglio una rete di spazi multifunzionali, che includono parchi, orti, boschi, corridoi verdi, corsi d'acqua, alberi lungo le strade e campagne».

²⁴ Cfr. Commissione europea, Orientamenti in materia di buone pratiche per limitare, mitigare e compensare l'impermeabilizzazione del suolo; Commissione europea, Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, infrastrutture verdi -rafforzare il capitale naturale in Europa, COM(2013) 249 definitivo, Bruxelles, 6 maggio 2013. 501;

Commissione europea, Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, La nostra assicurazione sulla vita, il nostro capitale naturale: strategia della biodiversità fino al 2020, COM(2011) 244 definitivo, Bruxelles, 3 maggio 2011.

il 2021 e il 2030, a rimuovere almeno ventisei gigatonnellate di gas serra dall'atmosfera. Questo obiettivo sarà e può essere raggiunto attraverso la valorizzazione degli ecosistemi e l'attuazione di soluzioni basate sulla natura nelle città e nei contesti locali.

Attualmente sono molteplici le definizioni attribuite alle infrastrutture verdi e in modo più generale alla nature based solution (NBS), essendo questo un concetto “ombrello” comprendente un profluvio tanto di definizioni quanto di approcci e tipologie. Quest'ultime sono state ufficialmente formalizzate come strumento giuridico nel 2013 quando la Commissione europea ha emanato la prima strategia dell'Ue sulle infrastrutture verdi, evidenziando il loro potenziale e quello degli ecosistemi per promuovere la mitigazione e l'adattamento ai cambiamenti climatici, la gestione del rischio di catastrofi, la protezione e il ripristino del capitale naturale nell'Ue.

Questa strategia²⁵, inoltre, ha favorito lo sviluppo di una Rete Trans-Europea di Infrastrutture verdi (TEN-G) al fine di imitare il ruolo delle reti esistenti nei settori delle infrastrutture di tipo grigio come i trasporti, l'energia e le tecnologie della comunicazione (ICT)²⁶.

Pochi anni dopo la presentazione ufficiale delle NBS da parte della Commissione europea, è stato presentato anche il Piano d'azione dell'Ue sul quadro di riferimento Sendai per la riduzione del rischio di disastri 2015-2030²⁷, non solo limitandosi alla semplice promozione e valorizzazione delle NBS esistenti ma anche stabilendo nuove forme e strumenti per il ripristino della biodiversità e per la prevenzione delle catastrofi ambientali.

Nel contesto italiano, in seguito alla comunicazione del 2013 emanata

²⁵ Nel corso del 2017, la Commissione europea ha elaborato una relazione con l'intento di valutare i progressi compiuti e le difficoltà riscontrate nell'Unione europea per l'implementazione delle infrastrutture. La relazione ha evidenziato la mancanza di un approccio strategico definito a livello europeo per le infrastrutture verdi, sottolineando la necessità di stabilire un quadro di riferimento (regolatorio, normativo, istituzionale, finanziario) atto a incentivare più incisivamente la pianificazione e la realizzazione delle stesse. Le infrastrutture verdi, frequentemente implementate su scala ridotta, spesso non ricevono il riconoscimento adeguato dei potenziali benefici economici e sociali che derivano dall'adozione di tali infrastrutture in alternativa o in complemento a quelle convenzionali (definite “grigie”). Inoltre, per un maggior approfondimento sulle possibili NBS presenti in Europa, dal 2015 è possibile consultare la piattaforma *Natural Water Retention Measures* (NWRM).

²⁶ P.P. Zitti, *Le infrastrutture energetiche sostenibili nelle politiche europee*, in *Dir. soc.*, 2022, n. 4.

²⁷ *Sendai Framework for Disaster Risk Reduction (2015-2030)* è un documento internazionale adottato dagli stati membri delle Nazioni Unite il 15 marzo 2015 durante la Conferenza mondiale sulla riduzione del rischio di disastri tenutasi a Sendai, in Giappone e approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni unite nel giugno 2015.

dalla Commissione Europea, è stata promulgata la l. n. 14/2013 «Norme per lo sviluppo degli spazi verdi urbani»²⁸.

L'art.42 evidenziava come le pubbliche amministrazioni attraverso iniziative locali potessero stipulare contratti di sponsorizzazione ed accordi di collaborazioni con partner privati al fine di incrementare e migliorare la componente green nelle città.

Inoltre, per amplificare la portata e l'utilizzo delle infrastrutture verdi, l'art. 6 richiedeva agli enti pubblici di sviluppare nuovi strumenti giuridici e ambientali per migliorare la componente verde.

Uno dei primi strumenti giuridici concepiti per ottimizzare l'ambiente ed il verde all'interno delle aree urbane fu il Piano comunale del verde promosso per aiutare le amministrazioni locali ad intervenire e a migliorare le infrastrutture esistenti²⁹.

Infatti, pochi anni dopo con la l. n. 221/2015 «Disposizioni in materia ambientale per promuovere misure di green economy e per il contenimento dell'uso eccessivo di risorse naturali» e nello specifico con l'art. 67 fu creato il Comitato per il capitale naturale per fornire linee guida per l'implementazione di un sistema di valutazione del medesimo, introducendo all'art. 70 nuovi incentivi e remunerazioni per l'installazione di nuovi e più performanti servizi ed opere ecosistemiche.

Nel 2019, anche il *Green Deal* Europeo³⁰ ha definito le NBS ed in

²⁸ La l. n. 14/2013 si distingue per la sua ampia gamma di disposizioni, tra cui la possibilità di sponsorizzare aree verdi (art. 5), la promozione di iniziative locali per lo sviluppo degli spazi verdi urbani al fine di migliorare l'ambiente e sensibilizzare la cittadinanza (art. 6), e la tutela degli alberi monumentali (art. 7), considerati veri e propri "patriarchi verdi" di grande valore culturale, oltre che ambientale ed estetico.

²⁹ Il piano comunale del verde rappresenta un fondamentale strumento di pianificazione settoriale, complementare alla pianificazione urbanistica locale, che delinea una visione strategica a medio e lungo termine per il sistema del verde urbano e periurbano. Il suo scopo principale è approfondire l'analisi degli spazi a verde pubblico esistenti e fornire linee guida per il loro potenziamento, fungendo da base per le fasi successive di progettazione. Inoltre, stabilisce una scala di priorità per gli interventi, orientata verso la definizione del Programma delle opere pubbliche comunali. Tra gli obiettivi del piano del verde comunale figura l'identificazione delle potenziali connessioni ecologiche tra diverse aree di valore naturalistico e agricolo, nonché tra queste e le aree a verde urbano, proponendo una rete per mitigare gli impatti delle infrastrutture, degli insediamenti produttivi e dei progetti di trasformazione previsti.

³⁰ Il patto verde europeo o *Green deal* europeo è un insieme di iniziative politiche proposte dalla Commissione europea con l'obiettivo generale di raggiungere la neutralità climatica in Europa entro il 2050. Sarà inoltre presentato un piano di valutazione d'impatto per innalzare ad almeno il cinquanta per cento l'obiettivo di riduzione delle emissioni di gas a effetto serra dell'Unione europea entro il 2030 e verso il cinquantacinque per cento rispetto ai livelli del 1990. L'intenzione è quella di rivedere ogni legge vigente in materia di clima

innovazione e sostenibilità delle infrastrutture verdi

particolare le infrastrutture verdi come uno dei più validi strumenti per contrastare i cambiamenti climatici e la riduzione del rischio di catastrofi, rimarcandone non solo la dimensione di *adaptation* (attraverso la pianificazione) ma anche di *mitigation* (come risposta agli eventi calamitosi e, quindi, alle emergenze)³¹.

La Strategia UE sull'adattamento ai cambiamenti climatici del 2021 è intervenuta per implementare e migliorare gli interventi attraverso tre chiare e specifiche linee d'azione: (i) integrare l'adattamento ai cambiamenti climatici nella politica macro-fiscale, (ii) aumentare l'adozione di Nbs e delle infrastrutture verdi e (iii) promuovere l'attuazione di azioni di adattamento locali.

Considerando il contesto attuale, caratterizzato dalla crescente frequenza di eventi ambientali catastrofici, il 27 febbraio 2024, il Parlamento europeo ha ratificato una misura di importanza storica per la natura e la lotta al crimine ambientale: la legge sul ripristino della natura, nota come «*Nature Restoration Law*»³². Tale legge prevede il ripristino del 20% degli ecosistemi degradati entro il 2030, in quanto solo il quindici per cento degli habitat europei attualmente si trova in condizioni ottimali, con torbiere, dune e habitat costieri in uno stato particolarmente critico. Il costante deterioramento del nostro ambiente è causato da una molteplicità di problemi spesso interconnessi che vanno dalla proliferazione delle aree agricole e urbane all'aumento dell'inquinamento, dalla scarsità di risorse idriche ai cambiamenti climatici. Mentre interi ecosistemi continuano a declinare a un ritmo allarmante, diventa sempre più imperativo garantire la presenza di habitat naturali resilienti e adattivi per affrontare le crisi globali.

La recente legge sul ripristino della natura ha adottato un approccio incentrato sulle infrastrutture verdi per l'importanza di queste soluzioni nel promuovere la rigenerazione ecosistemica. Tale approccio è stato consacrato al centro delle politiche euro-unitarie, sottolineando l'utilità di pratiche e interventi ispirati alla natura stessa.

e di introdurre nuove leggi sull'economia circolare, sulla ristrutturazione degli edifici, sulla biodiversità, sull'agricoltura e sull'innovazione.

³¹ Cfr. E. Ferreroz, «Decreto Clima»: contrasto ai cambiamenti climatici e miglioramento della qualità dell'aria, in attesa del Green New Deal, in *Ambiente & Sviluppo*, 2019, 798.

³² Proposta per la prima volta nel giugno 2022 dalla Commissione europea come parte del *Green deal* europeo e della sua Strategia per la biodiversità 2030, la Legge sul ripristino della natura mira a riportare ecosistemi sani in Europa. Infine, la legge giunge in un momento in cui la comunità internazionale ha raggiunto un accordo storico sulla protezione della biodiversità a livello mondiale. Alla Conferenza sulla biodiversità delle Nazioni unite (COP15), la comunità internazionale ha concordato di proteggere il trenta per cento delle terre, delle aree costiere e degli oceani del mondo.

Queste includono la riforestazione, il ripristino degli ecosistemi naturali, la gestione sostenibile delle risorse idriche, la creazione di corridoi ecologici, la promozione della biodiversità e l'implementazione di infrastrutture verdi. Tale strategia non solo affronta le sfide ambientali attuali ma anche promuove la sostenibilità a lungo termine, riflettendo una consapevolezza crescente della necessità di integrare soluzioni basate sulla natura nei nostri sforzi di protezione e conservazione ambientale³³.

La normativa evidenzia inequivocabilmente l'importanza di reintrodurre la natura nelle aree urbane, con l'obiettivo specifico di arrestare la perdita di spazi verdi entro il 2030 e di incrementarne la copertura di almeno il tre per cento entro il 2040 e il cinque per cento entro il 2050³⁴. Questa direttiva risponde alla crescente consapevolezza dell'importanza vitale degli spazi verdi urbani per la salute delle comunità e per il benessere dell'ambiente urbano nel suo complesso.

Particolarmente significativo è il fatto che nel 2020, tramite il Quadro globale della biodiversità post-2020, siano stati stabiliti obiettivi specifici per le soluzioni basate sulla natura³⁵.

Questa nuova prospettiva rappresenta il collante tra le opere pubbliche e le infrastrutture, evidenziando il riconoscimento istituzionale di queste come nuove opere e servizi pubblici.

In questo contesto, risulta fondamentale approfondire il ruolo delle infrastrutture nel panorama italiano.

Infatti, per la loro posizione e funzione si configurano come tematiche di notevole complessità, richiedendo un'attenta analisi dell'evoluzione

³³ S. Annunziata, *Gentrification non è rigenerazione: alcune precisazioni concettuali*, in *Urbanistica informazioni*, 2008, n. 218, 12-14.

³⁴ Per attuare questi obiettivi, gli Stati membri saranno obbligati a formulare piani nazionali con misure concrete per garantire la protezione e il ripristino dei loro ecosistemi naturali in linea con gli obiettivi della legge entro il 2030 e il 2050. Nel corso degli anni ci sono stati molti riconoscimenti internazionali per le NBS. Nel 2018, la Convenzione sulla Diversità Biologica (CBD) inerente alla decisione della quattordicesima riunione della Conferenza delle parti della CBD ha individuato alcune strategie per il raggiungimento di alcuni degli obiettivi di Aichi.

³⁵ Target 7: entro il 2030, aumentare i contributi all'adattamento e alla mitigazione dei cambiamenti climatici e alla riduzione del rischio di catastrofi da soluzioni basate sulla natura e approcci basati sugli ecosistemi, garantendo la resilienza e riducendo al minimo qualsiasi impatto negativo sulla biodiversità – Target 10: Entro il 2030, garantire che le soluzioni basate sulla natura e l'approccio ecosistemico contribuiscano alla regolamentazione della qualità dell'aria, dei pericoli e degli eventi estremi e della qualità e quantità dell'acqua per almeno [XXX milioni] di persone – Target 11: Entro il 2030, aumentare i benefici della biodiversità e degli spazi verdi/blu per la salute e il benessere umani, compresa la percentuale di persone con accesso a tali spazi di almeno il [100%], in particolare per gli abitanti delle città.

infrastrutturale nell'ambito della normativa costituzionale. Infatti, se antecedentemente alla riforma costituzionale del 2001 la potestà legislativa all'art. 117 Cost. era di competenza statale per tutte le opere e le infrastrutture pubbliche con l'unica eccezione che veniva concessa in maniera esclusiva alle Regioni per le materie: «viabilità, acquedotti e lavori pubblici di interesse regionale», nel rinnovato titolo V all'articolo 117 della Costituzione la responsabilità legislativa per le opere e le infrastrutture è affidata alle regioni, senza distinzione tra opere di interesse nazionale, regionale o comunale.

Questa competenza è soggetta solamente ai vincoli generali imposti dal rispetto della Costituzione, degli accordi internazionali e delle regolamentazioni comunitarie ed anche per via di una diversa attenzione alla temperie attuale connessa ai problemi ambientali³⁶.

Nella recente ripartizione delle competenze si delineano nuove materie, in relazione al tema delle infrastrutture, quali: «grandi reti di trasporto e navigazione», «porti e aeroporti civili» e «impianti per la produzione, il trasporto e la distribuzione nazionale dell'energia».

Per queste materie, è prevista la condivisione di poteri legislativi tra lo Stato e le regioni, come indicato nell'art. 117, c. 3, Cost.³⁷.

Nonostante questa chiara ripartizione l'art. 117 ha generato una serie di questioni interpretative complesse, rendendo sempre più necessario l'intervento del giudice costituzionale.

In particolare, infatti, la conferma della competenza legislativa esclusiva dello Stato riguardante settori come la «tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali» ha richiesto un intervento della Corte costituzionale per delineare il ruolo delle Regioni in relazione alla tutela ambientale.

Attraverso la sentenza del 26 luglio 2002, numero 407, la Corte ha precisato che, simile ad altri ambiti indicati nell'art. 117, c. 2, Cost., la sfera ambientale non può essere interpretata come una materia in senso ristretto³⁸.

Di conseguenza, l'ambiente deve essere considerato un valore protetto dalla Costituzione e che in virtù di tale status: «delinea una sorta di materia

³⁶ F. Leotta, *Possiamo fare a meno della sussidiarietà "verticale" nel riparto di competenze legislative delineato nel Titolo V della seconda parte della Costituzione?*, Osservazioni a margine del d.d.l. cost. S. 1429-D, in *rivistaaic.it*, n. 2/2016.

³⁷ U. De Siervo, *I più che discutibili contenuti del progettato art. 117 della Costituzione*, in *Aa.Vv., Scritti in ricordo di Paolo Cavaleri*, Napoli, Editoriale scientifica, 2016, 291 ss.; *Id.*, *La brutta fine del nostro regionalismo*, in *federalismi.it*, 2016, n.12; Sull'evoluzione della funzione di indirizzo e coordinamento si v. B. Caravita, *La Costituzione dopo la riforma del Titolo V Stato, Regioni e autonomie fra Repubblica e Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2002.

³⁸ R. De Nictolis, *La funzione di pianificazione urbanistica e la localizzazione e realizzazione di opere pubbliche*, 2272; Cons. St., sez. IV, 14 dicembre 2002, n. 6917.

“trasversale”, in ordine alla quale si manifestano competenze diverse che ben possono essere regionali, spettando allo Stato le determinazioni che rispondono ad esigenze meritevoli di disciplina uniforme sull’intero territorio nazionale».

In conclusione, ciò non preclude ed ha precluso alle Regioni la facoltà di tutelare gli interessi ambientali mediante l’esercizio delle proprie competenze, incluso quelle aventi ad oggetto le modalità di trasformazione nell’utilizzo del territorio.

L’intersezione giuridica tra il governo del territorio e l’art. 117 Cost. ha generato ulteriori incertezze interpretative in quanto, all’interno dell’art. 117, c. 3, Cost., si elencano le materie di competenza concorrente, includendo il governo del territorio³⁹.

Di conseguenza, è sorto il dubbio se l’urbanistica dovesse essere inclusa all’interno della definizione di governo del territorio o trattata come un ambito separato e, quindi, di competenza esclusiva delle regioni.

La Corte costituzionale è intervenuta mediante la sentenza n. 303 del 2003, c.d Legge obiettivo, affermando che il governo del territorio non si limita esclusivamente all’urbanistica o all’edilizia ma le comprende come componenti non esaustive⁴⁰.

Con la sentenza del 2003, la Corte costituzionale ha apportato una reinterpretazione della competenza legislativa in materia di infrastrutture strategiche. Infatti, la Corte evidenzia un’innovazione nel testo costituzionale del 2001, più precisamente all’art. 118, c. 1, evidenziandone un elemento di flessibilità.

Infatti, al punto 2.1 la Corte chiarisce: «il quale si riferisce esplicitamente alle funzioni amministrative, ma introduce per queste un elemento dinamico che finisce col rendere meno rigida ... la stessa distribuzione delle

³⁹ La Costituzione non soltanto disciplina la gestione del territorio nell’art. 117, al fine di distribuire la relativa competenza legislativa tra lo Stato e le Regioni, ma anche, seppur in modo indiretto, negli artt. 41 e 42. Nell’art. 41, c. 3, si prevede che la legislazione determini i programmi e controlli appropriati affinché l’attività economica sia orientata e coordinata verso scopi sociali. L’art. 42 stabilisce che l’ordinamento giuridico protegge la proprietà privata pur garantendone la funzione sociale. Il legame con la gestione del territorio emerge chiaramente se si considera che l’ottimale utilizzo del suolo richiede necessariamente l’orientamento e la supervisione delle autorità pubbliche sull’attività dei proprietari immobiliari e degli imprenditori privati.

⁴⁰ Cfr. F. Salvia, C. Bevilacqua e N. Gullo, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, Giuffrè, 2021, 258 ss. Si v. pure G. Morbidelli, *La localizzazione delle opere pubbliche*, 792 ss.; A. Fiale e E. Fiale, *Diritto urbanistico*, cit., 831 ss.; F. Salvia e F. Teresi, *Diritto urbanistico*, 254-255; per la giurisprudenza, TAR Campania, Napoli, sez. V, 27 marzo 2003, n. 3037; TAR Abruzzo, L’Aquila, 22 aprile 2005, n. 205; TAR Abruzzo, Pescara, 2 maggio 2005, n. 192.

competenze legislative, la dove prevede che le funzioni amministrative generalmente attribuite ai Comuni, possano essere allocate ad un livello di governo diverso per assicurarne l'esercizio unitario, sulla base di principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza».

La Corte stabilisce, per la prima volta dopo l'entrata in vigore della riforma dell'ottobre 2001 che i principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza non si limitano a essere criteri per l'attribuzione legislativa di competenze amministrative.

Al contrario, essi servono ad "attrarre" allo Stato tutte le funzioni, sia amministrative che legislative, che richiedono un'esecuzione unitaria per la loro natura intrinseca. Seguendo questa direzione, il principio di sussidiarietà funge da criterio interpretativo e integrativo nella distribuzione delle competenze legislative, superando il mero aspetto testuale dell'art. 117.

Un secondo elemento di innovazione è delineato nel punto 16 della sentenza. Si tratta della possibilità per la legge statale, a seguito dell'entrata in vigore del Titolo V di introdurre norme suppletive di dettaglio nelle materie di legislazione concorrente caratterizzate dalla clausola di cedevolezza rispetto all'entrata in vigore di successive normative regionali.

Questa facoltà che il legislatore ha ampiamente utilizzato durante la validità del vecchio art. 117 non era considerata accettabile dalla dottrina commentatrice della riforma del Titolo V, perché il nuovo art. 117 ha invertito la tecnica di ripartizione delle competenze legislative. Tuttavia, la Corte costituzionale ha ritenuto che «una tale interpretazione svaluterebbe la portata precettiva dell'articolo 118, comma primo [...] La disciplina statale di dettaglio a carattere suppletivo determina una temporanea compressione della competenza legislativa regionale che deve ritenersi non irragionevole».

È importante notare che, nel caso specifico, l'ammissibilità delle norme statali suppletive non è legata al recepimento di normative comunitarie o a obblighi internazionali che gravano sullo Stato ma è basata esclusivamente sul principio di ragionevolezza.

Inoltre, si evidenzia l'importanza data al principio di leale collaborazione. Sebbene non sia una novità nella giurisprudenza costituzionale, in questa sentenza il principio di collaborazione assume una centralità e un'articolazione particolare: la «concezione procedimentale e consensuale della sussidiarietà e dell'adeguatezza» che porta la Corte a conferire un valore decisivo all'intesa tra Stato e regioni nell'attuazione della normativa in questione, ovvero nella pianificazione e realizzazione delle infrastrutture strategiche. Tali prescrizioni procedurali sono fondate sul sostanziale rispetto del principio di lealtà. Pertanto, anche in questo contesto, la sentenza promuove un approccio volto a scoraggiare un utilizzo conflittuale della nuova ripartizione delle

competenze e a respingere argomentazioni che, pur ancorate al mero testo letterale delle disposizioni dell'art. 117, vanno in contrasto con il principio della "leale collaborazione", il quale invece deve trovare nell'intesa e nelle norme procedurali uno strumento privilegiato.

Il giudice costituzionale ha osservato con chiarezza che l'art. 1, c. 1, della cosiddetta "legge obiettivo" – che affida al governo il compito di individuare le infrastrutture pubbliche e private e gli insediamenti produttivi di interesse strategico e nazionale – non arreca alcun pregiudizio alle prerogative e istanze Regionali. Tale disposizione, infatti, rappresenta un'applicazione del tutto legittima dei principi di sussidiarietà e adeguatezza. Più nello specifico, si afferma che «restringere l'azione unificatrice dello Stato esclusivamente alle materie esplicitamente conferite alla sua competenza esclusiva o alla formulazione dei principi nelle materie di competenza concorrente, come sostengono le parti ricorrenti, [...] comporterebbe una sottovalutazione eccessiva delle esigenze unitarie che, anche in contesti costituzionali caratterizzati da pluralismo istituzionale, possono giustificare, in determinate circostanze, un'eccezione alla consueta ripartizione delle competenze».

3. Il paradigma e gli strumenti della finanza sostenibile

Il ripensamento valoriale e sistemico – specialmente a livello economico e sociale – ha permeato ogni aspetto dell'attività umana come risposta ai problemi ambientali, sociali e di governance che affliggono il mondo.

Questo spostamento di paradigma, già a partire dalla pubblicazione dell'Agenda ONU⁴¹, è stato guidato dalla crescente consapevolezza degli impatti negativi dell'attività umana sull'ambiente e sulla società⁴².

⁴¹ Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile è un programma d'azione per le persone, il pianeta e la prosperità sottoscritto nel settembre 2015 dai governi dei 193 Paesi membri dell'ONU. Essa ingloba diciassette obiettivi per lo sviluppo sostenibile – *Sustainable Development Goals*, SDGs – in un grande programma d'azione per un totale di 169 'target' o traguardi. L'avvio ufficiale degli Obiettivi per lo Sviluppo Sostenibile ha coinciso con l'inizio del 2016, guidando il mondo sulla strada da percorrere nell'arco dei prossimi 15 anni: i Paesi, infatti, si sono impegnati a raggiungerli entro il 2030. Gli obiettivi per lo sviluppo danno seguito ai risultati degli Obiettivi di Sviluppo del Millennio (*Millennium Development Goals*) che li hanno preceduti, e rappresentano obiettivi comuni su un insieme di questioni importanti per lo sviluppo: la lotta alla povertà, l'eliminazione della fame e il contrasto al cambiamento climatico, per citarne solo alcuni. 'Obiettivi comuni' significa che essi riguardano tutti i Paesi e tutti gli individui: nessuno ne è escluso, né deve essere lasciato indietro lungo il cammino necessario per portare il mondo sulla strada della sostenibilità.

⁴² Cfr. S. Zamagni, *Responsabilità Sociale delle Imprese e Democratic Stakeholding*, Working

innovazione e sostenibilità delle infrastrutture verdi

Anche il legislatore italiano non ha potuto ignorare e trascurare il disrompente sviluppo delle nuove funzioni e scopi che la finanza ha assunto in questi anni.

Infatti, nel 2016 è stato inserito nel testo unico bancario l'art. 111-*bis*, rubricato «finanza etica e sostenibile».

Le nuove metriche finanziarie⁴³, infatti, in connessione con la *Taxonomy Regulation*⁴⁴, svolgono un ruolo chiave nello sviluppo delle infrastrutture verdi.

Queste metriche contribuiscono a promuovere l'innovazione e a indi-

Paper n. 28, 2006, 8.; S. Lanni, *Sostenibilità Globale e culture giuridiche comparate*, Torino, Giappichelli, 2022, 4.

⁴³ In dettaglio: «Sustainable finance generally refers to the process of taking due account of environmental, social and governance (ESG) considerations when making investment decisions in the financial sector, leading to increased long-er-term investments into sustainable economic activities and projects. More specifically, environmental considerations may refer to climate change mitigation and adaptation, as well as the environment more broadly, such as the preservation of biodiversity, pollution prevention and circular economy. Social considerations may refer to issues of inequality, inclusiveness, labour relations, investment in human capital and communities, as well as human rights issues. The governance of public and private institutions, including management structures, employee relations and executive remuneration, plays a fundamental role in ensuring the inclusion of social and environmental considerations in the decision-making process. In the EU's policy context, sustainable finance is understood as finance to support economic growth while reducing pressures on the environment and taking into account social and governance aspects. Sustainable finance also encompasses transparency on risks related to ESG factors that may impact the financial system, and the mitigation of such risks through the appropriate governance of financial and corporate actors». Si v. https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/banking-and-finance/sustainable-finance/overview-sustainable-finance_it (ultimo accesso: 28 febbraio 2021). Sul punto si veda: A. Del Giudice, *La finanza sostenibile*, Torino, 2019, p. 7 ss.; G. Sabatini, *Finanza d'impatto e Action Plan sulla finanza sostenibile: il percorso delle banche europee*, in *Bancaria*, 2019, n. 4, 23 ss.; G. Betti, *La finanza sostenibile e i "principi per la banca responsabile" delle Nazioni Unite: insieme per un' "economia verde"*, in *Credito cooperativo*, 2019, n. 1, 38 ss.; E. Macchiavello, *Possono esistere "banche etiche"? La nuova definizione normativa di "operatori di finanza etica e sostenibile" tra interesse sociale, scopo di lucro e normativa bancaria post-crisi*, in *Riv. Trim. dir. dell'econ.*, 2019, n. 1, 188 ss.; R. Ferrari, *La finanza etica e sostenibile in Europa: non una finanza minore, ma una finanza migliore*, in *Credito cooperativo*, n. 2/2019, 44 ss.; M. Mannini, *La finanza sostenibile, in Quale impresa*, 2018, n. 5-6, 30 ss.; *Manuale di ricerca di finanza e sostenibilità*, a cura di S. Boubaker, D. Cumming e D. K. Nguyen, Cheltenham, 2018, 26 ss.; A. Quartarone, *Etica in finanza*, in *Riv. Trim. dir. dell'econ.*, 2018, n. 1, suppl., 129 ss.; I. Basile, *Esiste un modello di finanza sostenibile? Sustainable finance and economic growth: netrends and strategies*, in *Bancaria*, 2017, n. 6, 12 ss. A. Del Giudice, *La finanza sostenibile*, Giappichelli Editore, 2019, p.1.4; A. Viscovi, C. Tintori e A. Di Turi, *Guida alla finanza sostenibile per investitori cattolici*, gennaio 2020, 11.

⁴⁴ Il Regolamento (Ue) n. 852/2020 del Parlamento europeo e del Consiglio del 18

rizzare gli investimenti, pubblici e privati, verso nuovi progetti volti a mitigare l'impatto ambientale.

Questo approccio finanziario considera criteri ambientali, sociali e di *governance* nel processo decisionale e nella costruzione e implementazione di nuove installazioni tanto verdi quanto grigie⁴⁵.

L'Unione europea attraverso *High-Level Expert Group on Sustainable Finance*⁴⁶ definisce la finanza sostenibile⁴⁷ come un approccio unito allo sviluppo dei servizi finanziari che integra le dimensioni ESG nelle pratiche di mercato, nei prodotti e nei quadri politici⁴⁸. Le istituzioni finanziarie pubblico-private, infatti, offrono strumenti finanziari specifici per sviluppare nuovi progetti che sono contraddistinti dalla presenza di nuove forme e strumenti normativi declinati alla sostenibilità.

Questi nuovi strumenti giuridici forniscono ai promotori di progetto la possibilità di attingere a fondi pubblici per favorire l'implementazione di soluzioni ecologiche, incentivando l'innovazione tecnologica e operativa,

giugno 2020 relativo all'istituzione di un quadro che favorisce gli investimenti sostenibili e recante modifica del regolamento n. 2088/2019 prevedeva la definizione della tassonomia.

⁴⁵ M.E. Porter and M. R. Kramer, *Creating Shared Value*, Harvard Business Review, 2011, 62-77; A. Tami, *Oltre la banca-Verso una finanza sostenibile: dall'analisi economico finanziaria all'analisi ESG*, Franco Angeli, 2017, 21; S. Garzella, *L'azienda e la Corporate Social Responsibility: Approfondimenti, dottrinali e riflessioni gestionali*, Milano, Franco Angeli, 2018, 11-37; S. Lanni, *Sostenibilità Globale e culture giuridiche comparate*, Torino, Giappichelli, 2022, 4.

⁴⁶ *L'High-Level Expert Group on Sustainable Finance* (HLEG) è un gruppo di esperti costituito nel dicembre del 2016 dalla Commissione Europea con il compito di elaborare delle linee guida per lo sviluppo della finanza sostenibile in Europa; l'obiettivo è orientare il mercato europeo dei capitali verso il finanziamento di progetti che favoriscano una "crescita economica sostenibile", ovvero in grado di garantire benessere nel lungo periodo, inclusione sociale e riduzione dello sfruttamento delle risorse naturali e dell'ambiente.

⁴⁷ Inoltre, con la COM(2018) 97 final «*Action Plan: Financing Sustainable Growth*», 2. La finanza sostenibile è stata definita per la prima volta dalla Commissione europea come «il processo che tiene in debita considerazione, nell'adozione delle decisioni di investimento, i fattori ambientali e sociali, per ottenere maggiori investimenti in attività sostenibili e a lungo termine».

⁴⁸ Final Report, High-Level Expert Group on Sustainable Finance, 2018, n. 6: «sustainable finance is about two imperatives. The first is to improve the contribution of finance to sustainable and inclusive growth as well as the mitigation of climate change. The second is to strengthen financial stability by incorporating environmental, social and governance (ESG) factors into investment decision-making'. Inoltre, si afferma che 'Sustainable finance is about a joined-up approach to the development of financial services that integrates the ESG dimensions across market practices, products and policy frameworks', che essa è 'axiomatically linked to the long-term' e che comporta 'a commitment to the longer term, as well as patience and trust in the value of investments that need time for their value to materialize».

innovazione e sostenibilità delle infrastrutture verdi

sostenendo lo sviluppo dell'efficienza energetica, la riduzione delle emissioni di carbonio e la gestione sostenibile delle risorse.

Gli approcci di finanza sostenibile includono anche valutazioni dettagliate dei rischi e delle opportunità legate agli investimenti, incoraggiando un'analisi completa e consapevole che tenga conto degli impatti ambientali e sociali a lungo termine.

Come detto in precedenza, l'adozione, implementazione e valorizzazione delle soluzioni basate sulla natura è definita anche da strumenti di debito capitale⁴⁹, strumenti assicurativi⁵⁰, fondi nazionali ed europei e altre nuove forme giuridiche protese alla salvaguardia della natura.

Come evidenziato dal *Nature Based Solutions Global Resource Centre* si sono sviluppati numerosi interventi fiscali e strumenti di finanza sostenibile per implementare e finanziare le infrastrutture verdi.

Uno degli strumenti finanziari più utili alla valorizzazione e implementazione delle infrastrutture verdi è il *Tax Increment Financing* (TIF)⁵¹ – meccanismo di partnership, di stampo americano basato sull'idea che gli investimenti, sia da parte di soggetti privati che pubblici, in un piano di sviluppo o riqualificazione, possano generare un aumento delle entrate fiscali a livello locale.

Nello specifico, quando viene attuato un progetto di TIF, si stabilisce una base di valore per la proprietà nella zona designata. Qualsiasi aumento

⁴⁹ Tra le tipologie di obbligazioni rientrano i *catastrophe bond* o CAT bond, classificati come Insurance Linked Securities (ILS), cioè titoli collegati alle attività assicurative. I CAT bond costituiscono strumenti di debito ad alto rendimento sviluppati dalle compagnie assicurative per raccogliere capitali destinati alle situazioni di emergenza, come calamità naturali (inondazioni, uragani, terremoti). Le compagnie assicurative o riassicurative emettono tali titoli per trasferire una porzione del rischio associato a questi eventi ad altri investitori, riducendo così la loro esposizione al rischio. In caso di accadimento dell'evento catastrofico specificato, gli investitori perdono il capitale investito, mentre l'emittente utilizza i fondi raccolti per affrontare le perdite derivanti da tali eventi. Questi strumenti consentono una diversificazione del rischio e offrono un meccanismo di finanziamento alternativo in situazioni di emergenza legate a eventi naturali, pur comportando un rischio di perdita per gli investitori nel caso si verifichi la calamità prevista.

⁵⁰ Tale assicurazione viene fornita per mitigare il rischio delle conseguenze e dei disastri dei cambiamenti climatici. Infatti, per mezzo di tale assicurazione si trasferisce il rischio dall'assicurato all'assicuratore. Sul punto anche la Commissione Europea pronunciata sulle NBS ha dichiarato come: «la capacità duratura degli ecosistemi di mantenere il loro funzionamento e la produzione di benefici nonostante qualsiasi perturbazione».

⁵¹ Tax increment financing : uno strumento di partenariato per il recupero delle aree urbane / M. Dal Co, in *Archivio di studi urbani e regionali*, 2018, n. 122, 2, Milano, Franco Angeli, 2018, 1971-8519-Casalini id: 4403156”- 177-191 – Permalink: <http://digital.casalini.it/10.3280/ASUR2018-122010> – Casalini id: 4404941.

di valore immobiliare che si verifica dopo l'inizio del progetto è considerato "incremento" e le tasse basate su tale aumento sono destinate a finanziare il progetto stesso. L'idea è che gli investimenti in miglioramenti infrastrutturali o sviluppo di determinate zone possano portare a una crescita economica e al rilancio delle attività, generando quindi un aumento delle entrate fiscali.

A titolo esemplificativo, la creazione di nuovi spazi verdi pubblici può generare un aumento del valore degli immobili, determinando un incremento effettivo delle entrate fiscali superiore a quello di base. Mentre l'ammontare base continua a finanziare la manutenzione dell'infrastruttura verde, l'incremento delle entrate fiscali può essere impiegato per pagare obbligazioni e restituire agli investitori.

Ulteriori strumenti finanziari presenti nel panorama attuale sono i debiti per la natura che rappresentano un'opportunità per ottenere finanziamenti finalizzati a risolvere le sfide legate alla biodiversità, agli ecosistemi e al cambiamento climatico. In questi programmi, un governo o un'azienda creditrice scambiano il rimborso con l'impegno del debitore a finanziare specifici progetti di conservazione locale.

Le obbligazioni per la resilienza sono strumenti finanziari emessi per sostenere aggiornamenti climatico-resilienti, ripagati tramite risparmi sui costi successivi, come ad esempio premi assicurativi più contenuti. Questi strumenti mirano a spostare i finanziamenti dalla gestione delle crisi post-catastrofe alla preparazione e prevenzione pre-catastrofe, coinvolgendo gli assicuratori per trasferire il rischio di catastrofe e raccogliere finanziamenti per progetti delle infrastrutture verdi che altrimenti non sarebbero realizzabili⁵².

Ulteriori strumenti sono i fondi pubblici misti che sono costituiti da risorse provenienti dai bilanci di diversi enti pubblici, utilizzati in modo sinergico per sostenere investimenti per la natura e per la biodiversità. Questo approccio fornisce un capitale di rischio che può essere combinato con altre fonti di finanziamento, sfruttando le risorse esistenti.

La finanza sostenibile e l'utilizzo dei fondi pubblici sono strettamente interconnessi in quanto entrambi giocano un ruolo fondamentale nel promuovere lo sviluppo economico e sociale a lungo termine. Se da un lato la finanza sostenibile si concentra sull'allocazione di risorse finanziarie in progetti e iniziative che mirano a generare un impatto positivo sull'ambiente,

⁵² F. Angelucci, *Smartness e healthiness per la transizione verso la resilienza: orizzonti di ricerca interdisciplinare sulla città e il territorio*, 2018, 1-364. E. Di Riccio, *La finanza sostenibile: l'introduzione dei BTP Green in Italia e la transizione ecologica nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*. 2022. S. Landini, *Vinculatività dell'accordo e clausole di rinegoziazione. L'importanza della resilienza delle relazioni contrattuali*, in *Contratto e impresa*, 2016, 179-204.

innovazione e sostenibilità delle infrastrutture verdi

sulla società e sulla *governance* aziendale, dall'altro i fondi pubblici rappresentano una risorsa chiave gestita dai governi e dalle istituzioni pubbliche per finanziare progetti e programmi che possono influenzare direttamente lo sviluppo sostenibile.

In questo contesto, l'Unione europea ha manifestato un interesse significativo nella qualità e nello sviluppo delle aree urbane. Questo impegno si riflette concretamente nella creazione dei Fondi strutturali che sono stati istituiti per la riqualificazione delle zone urbane e dei territori circostanti. Lo scopo primario di questi fondi è migliorare e potenziare la qualità ambientale, cercando di riconvertire le aree urbane e le zone limitrofe. Questi finanziamenti dell'Unione Europea hanno l'obiettivo di rinnovare gli spazi urbani esistenti, non solo per migliorare la qualità dell'ambiente, ma anche per promuovere una maggiore sostenibilità, adottando progetti che mirano a una gestione più efficiente delle risorse e a una migliore integrazione sociale ed economica delle comunità locali.

La creazione dei Fondi strutturali costituisce un impegno di rilievo dell'Unione Europea nell'ambito della promozione dello sviluppo urbano sostenibile. Questi fondi rappresentano un'importante risorsa finanziaria protesa a migliorare la qualità della vita nelle città e nelle aree circostanti, sforzandosi di affrontare le sfide contemporanee legate all'ambiente e alla società.

In particolare, uno dei finanziamenti più importanti in questo scenario proviene dai fondi della politica di coesione⁵³, come definita dagli artt. da 174 a 178 del TFUE, attraverso gli accordi di partenariato.

Questi finanziamenti mirano a ridurre le disuguaglianze economiche, sociali e territoriali all'interno dell'Unione europea, promuovendo lo sviluppo sostenibile delle regioni e delle aree urbane. Sono finalizzati a investire in progetti che migliorano l'infrastruttura, promuovono l'innovazione, incoraggiano la creazione di posti di lavoro, favoriscono la sostenibilità ambientale e contribuiscono al benessere delle comunità locali.

Due sono i pilastri su cui si è fondata la politica di coesione negli ultimi anni, il primo pacchetto legislativo 2014-2020 ove sono stati introdotti cambiamenti significativi volti a migliorare l'efficacia e l'efficienza nella gestione dei fondi comunitari dell'Unione europea nel periodo del Quadro

⁵³ Il trattato di Roma (1957) ha istituito meccanismi di solidarietà sotto forma di due Fondi: il Fondo sociale europeo (FSE) e il Fondo europeo agricolo di orientamento e di garanzia (FAOG, sezione orientamento). Nel 1975 vennero introdotti gli aspetti regionali, con la creazione del Fondo europeo di sviluppo regionale (FESR). Nel 1994 fu istituito anche il Fondo di coesione.

Strategico Comune 2014-2020. Uno di questi cambiamenti cruciali è il rafforzamento del coordinamento nella programmazione dei quattro fondi comunitari, integrandoli in un unico documento strategico. Questa unificazione ha consentito una visione sinergica e una gestione più sinottica delle risorse provenienti dal Fondo europeo di sviluppo regionale (FESR), dal Fondo sociale europeo (FSE), dal Fondo di coesione e dal Fondo agricolo per lo sviluppo rurale.

Infatti, nel periodo tra il 2014 e il 2020, gli Stati membri hanno destinato oltre 3,7 miliardi di euro per preservare e potenziare la biodiversità, difendere l'ambiente naturale e promuovere le infrastrutture ecologiche⁵⁴. Questi fondi sono stati impiegati anche per proteggere, ripristinare e garantire l'uso responsabile dei siti Natura 2000⁵⁵.

Al termine del periodo 2014-2020 il governo italiano ha predisposto l'accordo di partenariato per il periodo 2021-2027⁵⁶, approvato il 15 luglio 2022. Infatti, nella seconda programmazione – 2021-2027, uno dei principali obiettivi di *policy* (OP) è stato la creazione di un'Europa più verde, priva di emissioni di carbonio e resiliente ai cambiamenti climatici, prevedendo, inoltre, di indirizzare risorse e investimenti a sostegno delle politiche climatiche e ambientali definite dal *Green deal* europeo.

Tra le novità del nuovo piano di investimento 21-27, si definiscono nuove e più performanti politiche riguardanti l'efficienza energetica e l'uso delle energie rinnovabili, la modernizzazione delle reti di distribuzione e

⁵⁴ Anche nell'ambito dell'Horizon 2020 Eu Framework for Research and Innovation 2013-2020 sono state investite ingenti risorse in ricerca e innovazione sulle Nbs.

⁵⁵ Natura 2000 rappresenta il pilastro fondamentale della politica dell'Unione europea per la tutela della biodiversità. Questa rete ecologica, distribuita su tutto il territorio dell'Unione, è stata istituita in ottemperanza alla dir. 92/43/CEE "Habitat". La struttura della rete Natura 2000 è costituita inizialmente dai Siti di Interesse Comunitario (Sic), individuati dagli Stati membri secondo i criteri della Direttiva Habitat, successivamente designati come Zone speciali di conservazione (Zsc). Questa rete comprende anche le zone di protezione Speciale (Zps), create in base alla Direttiva 2009/147/Ce "Uccelli", volta alla salvaguardia degli uccelli selvatici. In Italia, i Sic, le Zsc e le Zps coprono approssimativamente il diciannove per cento del territorio terrestre nazionale e oltre il tredici per cento di quello marino.

⁵⁶ La proposta dell'accordo di partenariato datata 16 dicembre 2021, è stata approvata dal CIPSS con delibera n. 78 del 22 dicembre 2021, dopo l'intesa raggiunta in Conferenza Stato-regioni e pubblicata in g.u. serie generale n. 94 del 22 aprile 2022. Il 17 gennaio 2022 – a seguito dell'intesa raggiunta in Conferenza unificata il 16 dicembre 2021 e dell'approvazione del CIPSS nella seduta del 22 dicembre 2021 e in conformità agli articoli 10 e seguenti del Regolamento (Ue) n. 1060/2021 recante le disposizioni comuni sui fondi (RDC) – il Dipartimento per le politiche di coesione ha trasmesso alla Commissione europea, secondo le modalità richieste per la notifica formale, ha presentato la proposta di accordo di partenariato della politica di coesione europea 2021-2027 dell'Italia.

la capacità di accumulo di elettricità e soprattutto l'implementazione e la creazione di nuove infrastrutture sostenibili costruite in connessione con la natura. La politica di coesione 21-27, declinata alle sfide ed i problemi causati dalle catastrofi naturali, ha previsto investimenti nelle aree rurali e nelle città di soluzioni ingegneristiche basate sulla natura tanto per la protezione degli ecosistemi quanto per la salvaguardia delle realtà urbane circostanti. Un ulteriore strumento politico, in connessione con la politica di coesione, è la *common agriculture policy* o politica agricola comune-PAC poiché l'obiettivo primario da perseguire consiste nel preservare le risorse naturali e nel rispettare l'ambiente e la biodiversità. Nel perseguire questi obiettivi, essa affronta anche le sfide che si pongono all'agricoltura europea, come ad esempio contribuire alla mitigazione dei cambiamenti climatici⁵⁷.

Nel 2019 il finanziamento della PAC, in linea con lo *European green deal* e il *Sustainable development goals*, ammontava a 58,82 miliardi di euro ma come si afferma nel documento pubblicato dall'Agenzia europea dell'ambiente, la PAC ha fornito solo un sostegno "medio" alle NBS per l'adattamento ai cambiamenti climatici e la riduzione del rischio di catastrofi, in gran parte a causa della limitata efficacia delle misure di *greening* finora adottate⁵⁸.

4. I partenariati pubblico-privati: un'integrazione innovativa per la sostenibilità nel governo del territorio.

Negli ultimi anni è stato riconosciuto che la tutela ambientale deve

⁵⁷ Un'altra politica importante è la Common agriculture policy (PAC, Politica Agricola Comune), la quale si pone l'obiettivo di: fornire alimenti sani, di qualità e a prezzi accessibili; garantire un tenore di vita equo agli agricoltori; preservare le risorse naturali e rispettare l'ambiente. Nel perseguire questi obiettivi, essa affronta anche le sfide che si pongono all'agricoltura europea, come ad esempio contribuire alla mitigazione dei cambiamenti climatici. Inoltre, essa dispone di un bilancio pari a 386,6 miliardi di euro, ovvero circa il trentuno per cento del bilancio dell'Ue, e contribuisce all'azione per il clima con il quaranta per cento circa del suo bilancio. In linea con lo *European green deal* e il *Sustainable development goals*, la nuova CAP è progettata per stimolare ulteriormente i progressi verso gli obiettivi dell'UE in materia di clima, ambiente e biodiversità. Infatti, la nuova CAP adottata per il periodo 2023-2027 ha introdotto delle novità, tra cui l'adozione di pratiche agricole più verdi, secondo cui «gli agricoltori che adottano pratiche benefiche per il clima e l'ambiente in grado di contribuire agli obiettivi del Green deal europeo ricevono pagamenti specifici. Alcuni esempi di tali pratiche sono l'agricoltura biologica, la rotazione delle colture e la protezione dei suoli ricchi di carbonio».

⁵⁸ Cfr. R. Agnoletto, *I settori delle discipline ambientali*, in *Trattato di diritto dell'ambiente. Le politiche ambientali, lo sviluppo sostenibile e il danno*, I, diretto da R. Ferrara e C.E. Gallo, cit., 469.

essere il fine principale delle decisioni pubbliche. Infatti, anche la disciplina sui contratti pubblici quanto la legislazione, come sostenuto da Celone⁵⁹, sul governo del territorio sono state strettamente interconnesse a questa nuova prospettiva⁶⁰. Se da un lato la disciplina dei contratti pubblici regola l'assegnazione e l'esecuzione di contratti da parte delle istituzioni pubbliche, dall'altro la legislazione sul governo del territorio comprende la pianificazione urbana e la gestione delle risorse territoriali ed entrambe coniugano in se questa nuova prospettiva declinata alla sostenibilità ambientale, sociale e culturale⁶¹. Prima di addentrarci nell'analisi sulla disciplina dei contratti pubblici in una nuova veste sostenibile ed innovativa, fa d'uopo soffermarsi, seppur brevemente, sulla legislazione relativa all'urbanistica⁶² in tema di opere pubbliche, in cui è possibile far rientrare le infrastrutture verdi. Con la definizione di opere pubbliche⁶³ si è inteso definire: «il risultato immediato di qualsiasi attività materiale (costruttiva e non) consistente in una modificazione durevole del mondo reale (elemento oggettivo), di cui lo Stato o altro ente pubblico risulta titolare (elemento soggettivo), desti-

⁵⁹ In C. Celone, *La speciale disciplina urbanistica ed edilizia delle opere pubbliche*, *Rivista interdisciplinare sul diritto delle amministrazioni pubbliche*, 2/2023, l'autore sottolinea: «le coordinate del sistema e la debole trama di una materia soggetta a continue tensioni, a causa soprattutto di una disciplina urbanistica non unitaria per tutto il Paese (in virtù dell'avvento del regionalismo) e di una copiosa legislazione di settore finalizzata alla cura di altri interessi pubblici e motivata da emergenze di vario tipo, soprattutto ambientali ed economiche».

⁶⁰ F. Salvia, C. Bevilacqua e N. Gullo, *Manuale di diritto urbanistico*⁴, cit., 62 ss., 104 ss., 159 ss., 255 ss.

⁶¹ G. Morbidelli, *La localizzazione delle opere pubbliche*, 788; N. Assini, *Diritto urbanistico (Governo del territorio, ambiente e opere pubbliche)*, 202-203; L. Azzena, *Vecchi e nuovi paradigmi per le politiche pubbliche in tempo di crisi: la doppia "faccia" della sussidiarietà orizzontale*, in *questa Rivista*, 2015, 419 ss.

⁶² La Corte costituzionale, nel contesto dell'urbanistica, ha sottolineato il concetto di "funzione ordnatrice", con l'obiettivo di garantire la coerenza e la compatibilità tra gli usi del suolo e le trasformazioni spaziali in un determinato contesto temporale (sentenza n. 151/1986; si veda anche le sentenze n. 183/1987 e 382/1999). Nel linguaggio giuridico, l'urbanistica assume un significato più ampio rispetto all'accezione comune, dove spesso si fa riferimento allo studio e allo sviluppo delle città. Per il diritto, l'urbanistica abbraccia la gestione complessiva del territorio, sia urbano che extraurbano, nonché la programmazione e la pianificazione delle modifiche territoriali.

⁶³ In merito: P. Mantini, *Manuale di diritto urbanistico*, 976; G. Morbidelli, *La localizzazione delle opere pubbliche*, in *Manuale di diritto urbanistico*, a cura di N. Assini e P. Mantini, Milano, Giuffrè, 1997, 782, 792; P. Urbani e S. Civitarese Matteucci, *Diritto urbanistico*, 292-294; F. Salvia e F. Teresi, *Diritto urbanistico*, 247-248; N. Assini, *Diritto urbanistico (Governo del territorio, ambiente e opere pubbliche)*, cit., 199.

nato a soddisfare direttamente interessi generali della collettività (elemento finalistico)»⁶⁴.

Quest'ultime vengono inserite nel piano urbanistico solo successivamente e tramite procedure urbanistiche atipiche ossia attraverso procedimenti permissivi a valenza urbanistica.

L'epifania di questa deprogrammazione o depotenziamento è da riscontrare tanto nella l. urbanistica n. 1150/1942 quanto nella nuova pianificazione regionale.

Anche le opere pubbliche di carattere comunale sono deliberate ed approvate dal consiglio o dalla giunta comunale e vengono escluse alla disciplina ordinaria dei titoli abilitativi come disposto dall'art. 7 del testo unico dell'edilizia d.P.R. n. 308/2001 ma allo stesso tempo devono essere conformi alla corrispondente validazione del progetto da parte del responsabile del procedimento.

Il regime urbanistico e edilizio si distingue principalmente per il fatto che le decisioni delle pubbliche amministrazioni riguardanti la localizzazione e l'attuazione delle opere pubbliche sostituiscono il permesso di costruire dell'autorità comunale quando richiesto dalla normativa ordinaria per ragioni di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa.

Inoltre, se tali decisioni sono in contrasto con le disposizioni del piano regolatore generale (PRG) o del piano strutturale, esse comportano automaticamente l'effetto di variante.

Un ulteriore regime speciale risulta esserci per le opere delle amministrazioni statali previsto già dall'art. 29, l. n. 1150/1942 ma che trova pieno ed esclusivo riconoscimento dagli anni Settanta con leggi derogatorie e regionali alla luce della ormai nota potestà concorrente declinata dall'art. 117, c.3.

A causa delle diverse leggi settoriali introdotte nel tempo, la localizzazione delle opere pubbliche non avviene più nel quadro della pianificazione urbanistica comunale bensì in contesti procedurali alternativi.

In questi contesti, infatti. L'approvazione di un progetto che non sia conforme al piano urbanistico o non previsto in esso costituisce una variante al piano.

Questa variante poiché è decisa in un procedimento diverso da quello ordinario di modifica dello strumento urbanistico viene definita in vari modi come atipica, anomala, automatica, accelerata o semplificata.

⁶⁴ M.A. Sandulli, Il concetto di opera pubblica e di lavoro pubblico, in E. Picozza, M.A. Sandulli e M. Solinas, *I lavori pubblici*, in *Trattato di diritto amministrativo*, X, diretto da G. Santaniello, Padova, Cedam, 1990, 9 ss.; M. Pallottino, *Voce Opere e lavori pubblici*, in *Dig. disc. pubbl.*, X, 1995, 340 ss.

Anche a causa di questa discrepanza, le opere pubbliche, e in particolare le infrastrutture verdi, sono impattate da un graduale e costante profluvio di leggi settoriali⁶⁵.

Tuttavia, la sua natura “frammentata” risiede nel fatto che le opere pubbliche comprendono una vasta gamma di interventi che possono variare notevolmente in termini di dimensioni, tipologie e impatti sul territorio. Questi interventi possono includere la costruzione di strade, ponti, scuole, ospedali, parchi, piazze, sistemi di trasporto pubblico, reti fognarie, impianti di trattamento dei rifiuti e logicamente infrastrutture verdi.

Ciò che rende complesso il concetto di “opere pubbliche” nell’ambito dell’urbanistica è la sua interconnessione con numerosi fattori, tra cui la pianificazione territoriale, la gestione delle risorse naturali, l’ambiente, la mobilità, la sicurezza e la qualità della vita dei cittadini. Inoltre, le opere pubbliche possono essere influenzate da una serie di attori e interessi diversi, tra cui enti pubblici, organizzazioni private, cittadini e stakeholder locali.

Appurata la legislazione del governo del territorio, in questi ultimi anni sono stati pubblicati due decreti-legge riguardanti le opere, gli impianti e le infrastrutture indispensabili al conseguimento degli obiettivi strategici dell’Unione europea (il d.l. n. 77/2021 e il d.l. n. 36/2022).

Se da un lato le opere pubbliche risultano essere un sintagma frammentato nel campo dell’urbanistica come visto in precedenza, tale cosa non può dirsi in materia di contratti pubblici.

L’epifania della nuova contrattualistica pubblica risale nella legge-quadro sulle opere pubbliche del 11 febbraio 1994, n. 109, nota come “legge Merloni”⁶⁶.

Questa normativa non considerava l’aspetto ambientale come un interesse da tutelare nelle varie fasi del procedimento piuttosto come un vincolo esterno, facendo menzione della conformità alle norme ambientali e urbanistiche come uno degli obiettivi della progettazione, senza attribuire al valore ambientale un ruolo di rilievo durante il procedimento disciplinato dalla legge stessa.

Solo verso la fine degli anni Novanta sono state integrate le considerazioni ambientali nella definizione delle politiche di acquisto. L’approvazione e la successiva adozione dei due decreti Ronchi ha segnato l’inizio di una

⁶⁵ F. Salvia, C. Bevilacqua e N. Gullo, *Manuale di diritto urbanistico*, cit., 62 ss., 104 ss., 159 ss., 255 ss.

⁶⁶ La l. n. 109/94 in materia di lavori pubblici e successive modificazioni, modificata dall’art. 7 del d.d.l. 1246/A/Senato (collegato alla finanziaria), approvato dall’aula al Senato il 26 giugno 2002-legge 1° agosto 2002, n. 166.

nuova visione delle politiche e commesse pubbliche, focalizzata ad incrementare l'acquisto di beni e soluzioni a minor impatto ambientale⁶⁷.

Tuttavia, è stato solo con l'approvazione del d.lgs. del 12 aprile 2006, n. 163, che il valore ambientale è stato pienamente integrato in tutte le fasi della procedura ad evidenza pubblica⁶⁸. Infatti, l'art. 2, c. 2, del codice degli appalti del 2006 riconosceva assoluta e preminente importanza all'aspetto ambientale nell'ambito delle procedure di affidamento ed esecuzione di opere e lavori.

Solo dieci anni dopo, al fine di recepire le dir. 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, è stato approvato il decreto legislativo del 18 aprile 2016, n. 50 coniugando diversi approcci e strumenti protesi alla tutela e alla valorizzazione dell'ambiente, alcuni di carattere più generale come, ad esempio, gli artt. 4 e 100 che riconoscevano la tutela dell'ambiente come uno dei principi fondamentali applicabili ai cosiddetti "appalti esclusi". Specularmente, invece, si declinavano disposizioni mirate e più dettagliate, come ad esempio l'articolo 69, che riguardava le specifiche tecniche di natura ambientale, consentendo alla pubblica amministrazione di definire e applicare direttive ambientali che dovevano essere rispettate durante l'esecuzione dei contratti pubblici. Se da un lato lo scopo del legislatore era quello di tutelare e valorizzare la componente ambientale, dall'altro è stato concesso alle stazioni appaltanti un elevato margine di discrezionalità nell'uso delle "clausole ecologiche"⁶⁹. Infatti, parte della dottrina si è soffermata sul perimetro d'intervento limitato delle stazioni appaltanti, alla luce dell'art. 34 poi emendato dal d.lgs. del 19 aprile 2017, n. 56, poiché quest'ultime aventi l'obbligo di acquisire una quota di beni e servizi conformi ai criteri ambientali stabiliti dai criteri ambientali minimi (CAM)⁷⁰.

⁶⁷ Cfr. M. Bernardini, *La nuova legge-quadro sugli appalti pubblici*, in *Il Corriere Giuridico*, 1994, 662 ss.; I Id., *Le novità della legge-quadro sugli appalti pubblici*, in *Il Corriere Giuridico*, 1995, 1007 ss.

⁶⁸ Cfr. D.lgs. 16 aprile 2006, n. 163, «Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE».

⁶⁹ A. Di Giovanni, *L'ambiente sostenibile nel nuovo Codice degli appalti: green public procurement e certificazioni ambientali*, in *Il dir. econ.*, 2018, 171-172.

⁷⁰ La determinazione dei criteri ambientali minimi (CAM) è affidata a un decreto emanato dal Ministero dell'ambiente. Nel corso degli anni, sono stati adottati diversi decreti che hanno regolamentato i CAM per l'acquisto di prodotti e servizi in vari settori. Questi decreti includono il decreto ministeriale del 25 luglio 2011, che riguarda i CAM per la ristorazione collettiva e la fornitura di derrate alimentari e serramenti esterni, passando per il d.m. del 7 marzo 2012, fino al decreto ministeriale dell'11 ottobre 2017, che stabilisce i «criteri ambientali minimi per l'affidamento di servizi e progettazione e lavori per la nuova costruzione, ristrutturazione e manutenzione di edifici pubblici».

Come si evince da quanto scritto finora, nel corso del tempo c'è stata una graduale e significativa integrazione del sintagma ambientale nella definizione delle politiche riguardanti i contratti pubblici. Tale *liasion* in Italia ha avuto la sua massima espressione nell'approvazione dell'ultimo Codice dei contratti pubblici nel luglio 2023 per mezzo del d. lgs. n. 36/2023, che ha introdotto importanti novità anche riguardo la disciplina del partenariato pubblico-privato (PPP)⁷¹.

Infatti, la recente approvazione del codice appalti 2023, nell'ottica di semplificare e razionalizzare la sfera dei contratti pubblici, ha ridefinito il concetto di PPP. Tale ridefinizione chiarisce che il PPP non rappresenta un tipo di contratto contrapposto alla concessione, come poteva essere interpretato in base alle disposizioni normative precedenti⁷². Piuttosto, il PPP è stato delineato come un'operazione economica complessa in cui rientra anche l'accordo concessorio, ponendo il PPP e la concessione in un rapporto di genere a specie⁷³.

Nell'art. 174, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, in attuazione della delega contenuta all'art. 1 c. 2, l. 21 giugno 2022, n. 78, il partenariato viene definito come un'operazione economica che incorpora simultaneamente le seguenti caratteristiche: i) un rapporto contrattuale a lungo termine tra un ente concedente e uno o più operatori economici privati, con l'obiettivo di conseguire un risultato di interesse pubblico, ii) la significativa copertura dei fabbisogni finanziari per la realizzazione del progetto, proveniente principalmente dalle risorse acquisite dal settore privato, anche in relazione al rischio operativo assunto da quest'ultimo, iii) la responsabilità della realizzazione e gestione del progetto è affidata alla parte privata, mentre quella pubblica si concentra sulla definizione degli obiettivi e sulla verifica dell'attuazione; iv) l'allocatione del rischio operativo legato alla realizzazione dei lavori o alla gestione dei servizi è a carico del soggetto privato coinvolto. Per la loro natura generale, le di-

⁷¹ Cfr. G. F. Cartei, *I freni negli interventi infrastrutturali. Strumenti di partenariato pubblico-privato e qualità di redazione normativa del Codice dei contratti pubblici*, in *An. giur. econ.*, 2020, 239. G. Pizzanelli, *La rigenerazione degli spazi urbani attraverso percorsi agro-alimentari*, in *Riconoscere la Rigenerazione. Strumenti giuridici e tecniche urbanistiche*, a cura di M. Passalacqua, A. Fioritto e S. Rusci, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2018, 289-307; L. Corvo, *La Green City come attrazione turistica*, in *Sociologia urbana e rurale*, 2013, n. 100, 36-38.

⁷² Cfr. M. Ferrari, A. Giovannini e M. Pompei, *The Challenge of Infrastructure Financing*, in *Oxford Review of Economic Policy*, vXXXII, 2016, 446 ss; G.L. Pietrantonio, *Il Project Financing tra pubblico e privato. Problemi, scenari e prospettive*, Torino, Giappichelli, 2018, in part. 9 ss.

⁷³ D. Siclari, *Opere pubbliche e project financing: tra standardizzazione e tipizzazione contrattuale*, in *Contr. impr.*, 2020, 591 ss

innovazione e sostenibilità delle infrastrutture verdi

sposizioni sul partenariato pubblico-privato precedono la disciplina delle figure contrattuali tipiche, come la concessione, il leasing finanziario e il contratto di disponibilità.

Questo rafforzamento concettuale del PPP rappresenta un importante chiarimento per la sua complessità e la sua inclusione di diverse forme contrattuali, come il partenariato per l'Innovazione.

Infatti, lo strumento giuridico del partenariato per l'innovazione (IPP)⁷⁴ è stato oggetto di approfondimenti da parte della dottrina poiché non rientrante nell'ambito di una procedura di gara tradizionale ma si configura piuttosto, come suggerito dalla stessa denominazione, come una variante del partenariato pubblico-privato. All'interno di tale strumento giuridico negoziale, le attività e i servizi vengono sviluppati inizialmente attraverso una collaborazione tra concorrenti e l'amministrazione aggiudicatrice, per poi essere acquisiti attraverso la stessa collaborazione⁷⁵. È stato evidenziato, inoltre, che il partenariato per l'innovazione condivide alcune caratteristiche fondamentali con il più ampio istituto del partenariato pubblico-privato. In particolare, tra queste caratteristiche, individuate nel libro verde della Commissione europea, rientrano: una collaborazione a lungo termine tra il partner privato e la parte pubblica, comportando una cooperazione su diversi aspetti del progetto da realizzare.

Tuttavia, emerge una problematicità nell'associare al partenariato per l'innovazione altri due elementi distintivi, ossia il finanziamento dell'operazione o del progetto, che, se garantito in tutto o in parte dal settore privato, richiede un coinvolgimento significativo e prioritario e la suddivisione dei rischi dell'operazione tra il partner pubblico e il partner privato. Contrariamente al partenariato pubblico-privato, il partenariato per l'innovazione rimane una procedura di appalto e pertanto la gestione del rischio non è completamente affidata al privato poiché l'appaltatore viene compensato dall'amministrazione aggiudicatrice. Ciò non esclude la possibilità che il partner pubblico reperisca finanziamenti privati, con conseguente condivisione dei rischi finanziari.

Mentre nel PPP l'assegnazione del rischio all'operatore economico è un elemento fondamentale, nel PPI sembra essere più una possibilità contingente che non costituisce il fulcro dell'accordo stesso. Il PPI discende dall'art. 31, dir. 2014/24/UE che ha introdotto una procedura di gara innovativa,

⁷⁴ P. Telles, T.R.A. Butler, *Public Procurement Award Procedures in Directive 2014/24/EU*, in particolare 26 ss.

⁷⁵ P. Malenetto, *Procedure di scelta per il contraente*, in *La nuova disciplina dei contratti pubblici*, a cura di R. Garofoli e G. Ferrari, Roma, Nel Diritto, 2017, 571-575.

successivamente recepita nell'art. 65, d.lgs. n. 50/2016 e che oggi è rubricato all'art. 75, d.lgs. n. 32/2023⁷⁶.

Come si desume dalla lettura dell'art. 75, c. 1, d. lgs. n. 32/2023 l'attività prodromica diviene la valutazione da parte della pubblica amministrazione delle: «l'esigenza di prodotti, servizi o lavori innovativi che non può essere soddisfatta con quelli disponibili sul mercato». L'esigenza di prodotti e servizi, appena desunta dell'art.75, trova massima espressione nelle infrastrutture verdi e, più in generale, nelle NBS.

Nonostante l'evidente valore sociale e ambientale delle NBS e le opportunità degli strumenti giuridici, alcune città si trovano a dover affrontare gravi problemi e sfide sistemiche sia nella realizzazione di queste soluzioni sia nella gestione.

In particolare, molte autorità pubbliche segnalano da un lato le difficoltà nell'utilizzare i fondi pubblici per le creazioni di questi progetti a causa dell'eccessiva burocratizzazione, dall'altro la mancanza di soluzioni interne che siano altamente innovative, sostenibili e connesse alla città. Spesso, infatti, per la realizzazione tanto di strategie quanto di progetti protesi alla gestione del territorio, come ad esempio le infrastrutture verdi, si è fatto uso, grazie alle recenti modifiche normative, di nuovi strumenti giuridici come il partenariato pubblico-privato⁷⁷, in particolare il partenariato per l'innovazione, al fine di sviluppare e reperire dal mercato nuove e più performanti risorse. Infatti, nel corso degli anni l'interconnessione tra il settore pubblico e privato nella creazione delle infrastrutture urbane è stato cruciale per lo sviluppo sostenibile delle città, rappresentando un meccanismo chiave attraverso il quale sono state realizzate molte infrastrutture a causa dei tanti vantaggi non solo economici ma anche strutturali e temporali.

⁷⁶ Al primo comma recita: «Nei documenti di gara la stazione appaltante 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. Tali informazioni sono sufficientemente precise per permettere agli operatori economici di individuare la natura e l'ambito della soluzione richiesta e decidere se partecipare alla procedura. La procedura possono svolgersi in fasi successive per ridurre il numero di offerte da negoziare. La stazione appaltante informa per iscritto tutti gli offerenti le cui offerte non sono state escluse delle modifiche alle specifiche tecniche o ad altri documenti di gara diversi da quelli che stabiliscono i requisiti minimi; concede agli offerenti un tempo sufficiente per modificare e ripresentare, ove opportuno, le offerte modificate».

⁷⁷ Con l'espressione partenariato pubblico privato si definiscono le mutevoli forme di collaborazione tra le autorità pubbliche e la compagine delle imprese private alle quali è affidato il rischio di costruzione e di disponibilità.

innovazione e sostenibilità delle infrastrutture verdi

Infatti, come menzionato da autorevole dottrina⁷⁸, seppur appellandosi ai dati del *Global Infrastructure Outlook*: «il fabbisogno italiano per le infrastrutture economiche (energia elettrica, strade, ferrovie, telecomunicazioni, acqua, porti e aeroporti) per il periodo 2016-2040 può essere stimato in 65/70 miliardi di dollari all'anno, per le infrastrutture sociali intorno ai 10/12 miliardi di dollari. Ma dall'inizio della crisi ad oggi la spesa per investimenti pubblici è crollata: da 47 miliardi di euro del 2007 a 34 miliardi nel 2017, con una riduzione di circa il 27%. La caduta degli investimenti locali durante gli anni della crisi è stata del 50%, con un crollo dell'84% dal 2012, dovuto principalmente ai vincoli del Patto di stabilità interno anche in correlazione all'inserimento del pareggio di bilancio in Costituzione». Una delle possibili spiegazioni al fine di chiarire quanto affermato in precedenza, ossia la diminuzione degli investimenti, risiede nel rispetto dei vincoli finanziari che ha rappresentato e rappresenta ancora oggi un importante ostacolo alla spesa pubblica. Tuttavia, va considerato che questa limitazione non è esclusivamente dettata dalle regole europee di finanza pubblica ma anche da scelte politiche e amministrative interne.

In primo luogo, le regole europee di finanza pubblica, come il patto di stabilità e Crescita, impongono limiti al deficit e al debito pubblico per garantire la stabilità economica nell'Unione europea. Questi vincoli hanno sicuramente costretto l'Italia e altri stati membri a rispettare determinati parametri finanziari, rendendo più complesso l'aumento della spesa pubblica, specialmente per gli investimenti in infrastrutture e progetti sostenibili. Tuttavia, le regole europee non hanno completamente vietato gli investimenti infrastrutturali. Infatti, come detto in precedenza, si è aperta la possibilità di ricorrere a modalità alternative di finanziamento come il partenariato pubblico-privato⁷⁹, che ha consentito nel tempo di realizzare progetti senza accrescere direttamente il debito pubblico.

Tuttavia, la limitazione nella spesa per investimenti in Italia è stata anche il risultato di scelte politiche e amministrative interne e il ricorso al partenariato pubblico-privato ha offerto ed offre una serie di vantaggi interconnessi che vanno oltre la mera realizzazione di opere pubbliche. Prima di tutto, ha consentito da sempre un miglioramento sia nella realizzazione che nella gestione di queste infrastrutture. Questo modello ha comportato spesso una maggiore efficienza nella consegna dei progetti, grazie all'apporto

⁷⁸ F. Bassanini, E. Reviglio, *Investimenti infrastrutturali: è l'Ue il nostro migliore alleato*, in *www.astrid-online.it*, gennaio 2019.

⁷⁹ A. Di Giovanni, *Il contratto di partenariato pubblico privato tra sussidiarietà e solidarietà*, Torino, Giappichelli, 2016.

di competenze e risorse del settore privato, riducendo potenzialmente tempi e costi di realizzazione.

Inoltre, la gestione congiunta tra pubblico e privato ha apportato e può portare una maggiore supervisione e controllo nell'implementazione delle infrastrutture, contribuendo a mantenere la qualità nel tempo e a ottimizzare l'utilizzo delle risorse. Dal punto di vista delle finanze pubbliche, l'adozione di questa modalità di finanziamento offre vantaggi significativi. La contabilizzazione *off-balance* degli asset patrimoniali generati da questi partenariati consente di evitare l'immediato impatto sul bilancio pubblico. Ciò significa che le uscite finanziarie associate alla realizzazione delle opere possono essere distribuite su più esercizi finanziari, riducendo l'impatto immediato sul deficit o sul debito pubblico.

Questa distribuzione può rendere più sostenibile dal punto di vista finanziario l'avvio di progetti infrastrutturali di rilevanza strategica per il Paese. Inoltre, gestire le opere attraverso questa collaborazione permette di preservarne l'integrità nel lungo termine e garantire un utilizzo ottimale. La combinazione delle competenze del settore pubblico e privato può assicurare un livello superiore di manutenzione, migliorando la qualità dei servizi legati alle infrastrutture stesse⁸⁰. Questo può tradursi in un maggiore valore aggiunto per i cittadini attraverso un migliore accesso a servizi di qualità e un'infrastruttura più efficiente e funzionale. Tuttavia, è essenziale sottolineare che l'efficacia di tali partenariati dipende anche dalla corretta pianificazione, trasparenza, controllo e gestione dei contratti per evitare potenziali rischi di inefficienza, corruzione o sprechi. Infatti, l'implementazione di questi modelli richiede una solida *governance* e supervisione per garantire che gli interessi pubblici siano preservati e che i benefici attesi siano effettivamente raggiunti⁸¹.

5. Il contributo responsabile dei privati: quale spazio per le infrastrutture verdi nella rinnovata disciplina dei contratti pubblici?

La revisione della disciplina dei contratti pubblici riveste una cruciale importanza nell'ambito delle politiche concernenti le infrastrutture strategiche e prioritarie in ottica di sostenibilità ambientale ed economica.

⁸⁰ U. Allegretti, *La democrazia partecipativa in Italia e in Europa*, in *Rivista Aic*, 2011, n. 1, 2.

⁸¹ *Infrastrutture e città. Innovazione, coesione sociale e digitalizzazione*, a cura di G. Azzone, A. Balducci e P. Secchi, Milano, Giuffrè, 2020, 17.

innovazione e sostenibilità delle infrastrutture verdi

Il nuovo schema del codice dei contratti pubblici introduce un'innovativa disciplina della programmazione e pianificazione, comportando l'abolizione degli strumenti regolatori previsti dal d.lgs. n. 50/2016.

Una delle principali novità consiste nell'adozione di una procedura di programmazione rinnovata nella quale il governo è investito del compito di qualificare un'infrastruttura come strategica e di preminente interesse nazionale.

Tale qualificazione avviene tramite una delibera del Consiglio dei ministri, la quale tiene conto di molteplici fattori, tra cui il rendimento infrastrutturale, i costi, gli obiettivi e i tempi di realizzazione dell'opera.

È evidente che questo approccio implica un cambiamento significativo rispetto alla normativa precedente, ponendo l'accento su una pianificazione più mirata e adattabile alle esigenze emergenti dell'infrastruttura nazionale.

Questa evoluzione normativa riflette la volontà di promuovere lo sviluppo sostenibile e competitivo del Paese, garantendo al contempo un uso efficiente delle risorse pubbliche e una maggiore trasparenza nei processi decisionali.

Le difficoltà sistemiche attuali, connesse ai cogenti problemi climatici e sociali del mondo, evidenziano la necessità di considerare lo sviluppo infrastrutturale come un elemento fondamentale e strutturale dei territori nella visione ormai imperante di resilienza e sostenibilità⁸².

Infatti, questo sviluppo infrastrutturale non solo si configura come un mezzo essenziale per il progresso sociale, economico, culturale ed ambientale ma rappresenta altresì un pilastro cruciale per il funzionamento efficace della democrazia e per la migliore qualità di vita dei cittadini⁸³.

Il paradigma concettuale ed operativo delle infrastrutture rientra nel *genus* sia delle opere pubbliche⁸⁴ quanto dei lavori pubblici⁸⁵ sebbene se con le prime si definisca la dimensione statica protesa alla designazione dell'intervento, dall'altro lato si pone in essere il momento della realizzazione.

Le infrastrutture rientrano – come autorevole dottrina afferma – nel

⁸² M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, il Mulino, 1985, 70.

⁸³ A. Mari, *Infrastrutture*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, IV, Milano, Giuffrè, 2006, 3134.

⁸⁴ A. Police, *Sull'evoluzione del concetto di opera pubblica*, in *Foro amm.*, 1989, 447 ss.; M.A. Carnevale Venchi, *Opere pubbliche (ordinamento)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, Giuffrè, 1980, 332 ss.

⁸⁵ G. Roehrssen, *Lavori pubblici*, in *Nov.mo dig. it.* IX, Torino, Giappichelli, 1963, 482. Per l'A. gli elementi costitutivi della nozione di lavoro pubblico sono i seguenti: «quello soggettivo, quello finalistico e quello oggettivo (natura immobiliare della cosa sulla quale viene eseguito il lavoro)»(Id., *op. loc. cit.*, 483).

novero delle opere pubbliche, definendole come: «una nozione legale, come correntemente si dice: è un'opera di ingegneria di modificazione durevole del mondo fisico, di costo elevato, per la cui realizzazione si seguono procedimenti amministrativi determinati. Sviluppando gli elementi di questa sintesi, si può precisare: a) l'opera pubblica è spesso una costruzione [...], ma può essere anche una distruzione [...], una modificazione della natura [...], un grande restauro, una riforestazione, una ricostruzione paesaggistica. Nella grandissima maggioranza dei casi ha come risultato la costituzione, modificazione o distruzione di cose immobili; in genere si nega che possa riguardare cose mobili, universalità e pertinenze; b) occorre che richieda l'applicazione di scienze di ingegneria; altrimenti è una di quelle opere dette, nel gergo, di modesta entità [...]»⁸⁶.

Se nel previgente Codice dei contratti pubblici – d.lgs. n. 50/2016 – le infrastrutture venivano connesse alla disciplina ordinaria, nel nuovo codice – d.lgs. n. 32/2023 – sono presenti riferimenti chiari nel libro I «Dei principi, della digitalizzazione, della programmazione, della progettazione, Parte III»

In particolare, fa d'uopo sottolineare, all'art. 38, c. 1: «L'approvazione dei progetti da parte delle amministrazioni è effettuata in conformità alla legge 7 agosto 1990, n. 241, e alle disposizioni statali e regionali che regolano la materia. La procedura di cui al presente articolo si applica anche alle opere di interesse pubblico, ivi comprese quelle di cui al d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, se concernenti la concessione e la gestione di opere pubbliche, oppure la concessione di servizi pubblici con opere da realizzare da parte del concessionario». Come evidenziato dal summenzionato art. 38, c. 1, nell'ultima parte si fa un chiaro riferimento al tema della concessione e la gestione quindi nella fattispecie pratica – nella gestione o nella creazione da parte di un privato di un'infrastruttura.

Il processo di riforma della disciplina dei contratti pubblici ha rappresentato un passaggio cruciale nel tentativo di ottimizzare l'efficienza e la trasparenza delle procedure di appalto pubblico in una visione di sostenibilità economica e ambientale. Questo percorso di trasformazione ha avuto inizio con una serie di interventi avviati con il d.lgs. n. 32/2019 che hanno posto le basi per una revisione più ampia del sistema. Tuttavia, è stata la successiva

⁸⁶ M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, cit., 55-56. Inoltre, per una migliore disamina del concetto delle opere pubbliche si veda: G. Roehrsen, *Lavori pubblici*, cit., 482. Secondo l'Autore: «Gli elementi costitutivi della nozione di opera pubblica sono: "uno soggettivo, consistente nella natura pubblica del soggetto che esegue l'opera; uno finalistico, consistente nella destinazione dell'opera; uno oggettivo, consistente nella natura immobiliare della cosa. Spesso affiora un quarto elemento, quando si afferma che nell'opera pubblica è insita l'idea di una cosa creata dall'uomo» (Id., *op. loc. cit.*, 483).

innovazione e sostenibilità delle infrastrutture verdi

introduzione delle misure di semplificazione nell'affidamento dei contratti pubblici PNRR e PNC, tramite il d.lgs. n. 77/2021, a segnare un punto di svolta significativo.

Infatti, all'interno di un contesto normativo già profondamente trasformato rispetto all'originario quadro delineato dal codice dei contratti pubblici con il d.lgs. n. 50/2016 si è innescato un processo di ulteriore riforma connesso dall'obbligo assunto dall'Italia nel contesto del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) con la delega conferita al governo tramite la l. n. 78/2022. La conseguenza diretta di questo impegno è stata l'approvazione del nuovo Codice dei contratti pubblici, formalizzato con il d.lgs. n. 36/2023.

Questo nuovo assetto normativo rappresenta non solo una risposta alle esigenze emergenti nel settore degli appalti pubblici ma anche un adattamento alle nuove sfide e priorità che il Paese deve affrontare. Risulta utile a questo punto soffermarsi nuovamente sul PPI, considerata la rilevanza per le opere infrastrutturali verdi. Infatti, come da disposto normativo del PPI, si evidenzia ancor di più l'esigenza di innovazione che non possa essere soddisfatta mediante l'utilizzo di soluzioni già presenti sul mercato. Questo criterio distingue il "partenariato per l'innovazione" dalle altre procedure di appalti pubblici per soluzioni innovative. Mentre nella maggior parte delle altre procedure, l'ente appaltante ha già contezza del tipo di soluzione che intende acquisire, nel contesto del partenariato, tale soluzione non è disponibile sul mercato in quanto non è ancora stata sviluppata e commercializzata.

È proprio questa carenza di disponibilità sul mercato che motiva il ricorso a tale procedura, conferendole le caratteristiche di un procedimento eccezionale. Lo strumento giuridico del PPI può essere integrato e applicato anche nel contesto delle infrastrutture verdi e questo approccio può essere estremamente vantaggioso.

Come detto, le infrastrutture verdi si concentrano sull'implementazione di progetti che mirano a ridurre l'impatto ambientale, a utilizzare risorse rinnovabili e a promuovere la sostenibilità. Il PPI può essere utilizzato per sviluppare e attuare tecnologie, progetti o servizi che supportino questi obiettivi. Ad esempio, potrebbe coinvolgere la realizzazione di reti di trasporto eco-sostenibili, la progettazione di edifici ad alta efficienza energetica, lo sviluppo di sistemi di gestione dei rifiuti innovativi o la promozione di energie rinnovabili. Attraverso il PPI, le istituzioni pubbliche possono collaborare con aziende private per sviluppare e implementare soluzioni tecnologiche o infrastrutturali innovative che promuovono la sostenibilità ambientale. Questa collaborazione consentirebbe di condividere risorse,

competenze e *know-how* tra settore pubblico e privato, favorendo la creazione di progetti più efficaci e sostenibili.

Inoltre, il PPI può aiutare a superare le sfide finanziarie e tecniche spesso associate all'implementazione di infrastrutture verdi. La collaborazione tra enti pubblici e privati può consentire la condivisione dei costi di ricerca e sviluppo, oltre a facilitare l'accesso a finanziamenti e risorse provenienti dal settore privato per la realizzazione di progetti sostenibili. In sintesi, l'applicazione del PPI nel contesto delle infrastrutture verdi rappresenta un approccio collaborativo che mira a sviluppare soluzioni innovative e sostenibili per affrontare le sfide ambientali e promuovere lo sviluppo di infrastrutture a basso impatto ambientale.

6. Riflessioni conclusive

Alla luce di quanto finora espresso, possiamo constatare che la gestione delle infrastrutture verdi richieda una collaborazione sinergica e un approccio interdisciplinare.

Attualmente le infrastrutture verdi costituiscono un nodo cruciale nell'attuale panorama di sviluppo territoriale, poiché non solo favoriscono la sostenibilità ambientale ma rappresentano anche un terreno fertile per nuove forme e strumenti giuridici. Infatti, la crescente adozione di infrastrutture verdi attraverso forme innovative di collaborazione tra soggetti pubblici e privati è il riflesso di una consapevolezza sempre maggiore riguardo alla necessità di armonizzare lo sviluppo urbano con la conservazione e valorizzazione ambientale⁸⁷.

⁸⁷ Sui caratteri e le forme della democrazia rappresentativa, tra i tanti, A. Origone, *Democrazia diretta e democrazia rappresentativa*, Milano, Giuffrè, 1937, 1 ss.; F.A. Hermens, *La democrazia rappresentativa*, Firenze, Vallecchi, 1968, trad. it. di S. Ortino, 1 ss.; H.F. Pitkin, *The concept of representation*, Berkeley, 1967, 1 ss.; A.H. Birch, *Representation*, London, 1971, 1 ss.; A. Savignano, *Voce partecipazione politica*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, Giuffrè, 1982, 1 ss.; L. Ciaurro e D. Nocilla, *voce Rappresentanza politica*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, Giuffrè, 1987, 543 ss.; B. Manin, *Principes du gouvernement représentatif*, Paris, 1996, 1 ss.; A. Papa, *La rappresentanza politica: forme attuali di esercizio del potere*, Napoli, Editoriale scientifica, 1998, 1 ss.; G. Moschella, *Rappresentanza politica e costituzionalismo*, Rimini, Maggioli, 1999, 1 ss.; M.M. Francanzani, *Il problema della rappresentanza nella dottrina dello Stato*, Padova, 2000, p. 1 ss.; G. Duso, *La rappresentanza politica. Genesi e crisi del concetto*, Milano, Giuffrè, 2003, 1 ss.; L. Cedroni, *La rappresentanza politica: teoria e modelli*, Milano, 2004, 1 ss.; F. Lanchester, *La rappresentanza in campo politico e le sue trasformazioni*, Milano, Giuffrè, 2006, 1 ss.; S. Benetulliere, *Démocratie participative et citoyenneté*, in F. Robbe (édité), *La démocratie participative*, Paris, 2007, 59 ss.; N. Urbinati, *Democrazia rappresentativa: sovranità e controllo dei poteri*, Roma, 2010, 1 ss.; G. Di

innovazione e sostenibilità delle infrastrutture verdi

Infatti, se la realizzazione di opere infrastrutturali nel passato poteva essere bloccata da alcune problematiche connesse ai conflitti tra amministrazioni, enti territoriali e comunità locali, attraverso le forme di protesta più conosciute come il NIMBY⁸⁸ e il NIMTO⁸⁹, poi spesso risolti dall'istituto di stampa francese del dibattito pubblico⁹⁰, oggi lo scenario è cambiato.

Infatti, le proteste e le resistenze legate alle nuove opere sono diminuite notevolmente, soprattutto quando si tratta di soluzioni basate sulla natura poiché sono gli stessi cittadini che promuovono e sostengono la realizzazione di infrastrutture sostenibili e resilienti nelle città e nei territori.

Questo cambiamento di atteggiamento è significativo: la popolazione chiede attivamente l'implementazione di nuove soluzioni ingegneristiche, benché i benefici sociali, ambientali ed economici siano tangibili e duraturi nel tempo.

Tuttavia, nonostante l'importanza ormai acquisita delle infrastrutture verdi nel panorama odierno sussistono ancora sfide sistemiche e problemi di realizzazione. Una delle possibili ragioni del mancato sviluppo e connessione del verde con le città è nell'arretratezza culturale che gli enti locali hanno avuto nei confronti della natura sebbene sia stata considerata per lungo tempo solo un elemento secondario ed estetico utile alla gestione degli spazi vuoti e pieni⁹¹.

Un altro problema presente almeno a livello nazionale sta nel fatto che le infrastrutture verdi con i loro attigui ed interconnessi ecosistemi sono divenute nel tempo un bene di pubblica fruizione ma i suoi numerosi benefici sono difficili da definire come una merce di scambio. Ad esempio, i costi

Gaspere, *Il dibattito pubblico tra democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it, 2017, 1 ss.;

⁸⁸ In dottrina, tra i tanti, P.M. Saint, R.J. Flaveli and P.F. Fox, *Nimby Wars: The Politics of Land Use*, Hingham, 2009, p. 1 ss.; L. Torchia, *La sindrome Nimby: alcuni criteri per l'identificazione di possibili rimedi*, in F. Balassone, P. Casadio (a cura di), *Le infrastrutture in Italia: dotazione, programmazione, realizzazione*, Roma, 2011, p. 357 ss.; M. Roccatò e T. Mannarini, *Non nel mio giardino. Prendere sul serio i movimenti Nimby*, Bologna, il Mulino, 2012. Per un'analisi statistica del fenomeno si consulti il sito www.nimbyforum.it.

⁸⁹ L'acronimo Nimto (not in my term of office) è utilizzato per evidenziare un fenomeno di protesta promosso dagli amministratori locali di un territorio interessato dalla realizzazione di un'opera infrastrutturale dal significativo impatto ambientale.

⁹⁰ Per una ricostruzione del dibattito dottrinale degli ultimi anni, *La democrazia rappresentativa: declino di un modello*, a cura di A. Morelli, Milano, 2015, 1 ss.; *Crisi della rappresentanza politica nella democrazia contemporanea*, a cura di P. Bilancia, Torino, Giappichelli, 2018, 1 ss.

⁹¹ Cfr. R. Gambino, *Reti urbane e spazi naturali*, in *La città sostenibile*, a cura di E. Salzano, Roma, Edizioni delle autonomie, 1992, 77-89; C. Gasbarrini, *Oltre la sostenibilità*, in *Crios*, 2015, 5-9.

associati alla manutenzione dell'opera sono evidenti e spesso, anche strategicamente, non vengono definiti nei progetti esecutivi, rimanendo a carico della pubblica amministrazione. Come assunto in precedenza, le NBS essendo state definite come strutture ad ampio raggio, i benefici si estendono su un'ampia scala geografica creando una certa discrasia di fondo tra chi investe e/o chi paga, tanto per la creazione quanto per la manutenzione dell'opera, e chi ne beneficia realmente, sebbene i risultati si raggiungano in un lasso di tempo molto lungo.

Infatti, un'ulteriore sfida, evidenziata anche dalla Commissione europea, è connessa alla volontà di possedere indicatori chiave di prestazione (KPI) per misurare e quantificare nel miglior modo possibile le risposte a livello sociale ed ambientale che le NBS generano nelle comunità in cui sorgono.

In ultima analisi, come evidenziato in precedenza, è necessario – considerando che la compagine pubblica ha sempre più difficoltà a mettere in campo soluzioni infrastrutturali verdi e resilienti al suo interno, poiché l'implementazione delle infrastrutture richiede conoscenza e un *know-how* specifico – sviluppare ed attuare nuove forme e strumenti giuridici adatti al contributo privato, al fine di beneficiare di conoscenze sia tecniche, sia economico-finanziarie.

Abstract

The aim of this contribution is to examine the interconnection between the legal instrument of partnership, particularly the Partnership for Innovation, and green infrastructures, specifically focusing on their economic and financial sustainability. Green infrastructures, comprising a network of natural and semi-natural elements, play a crucial role in providing essential ecosystem services to enhance the quality of life in both urban and rural areas. The Partnership for Innovation contributes to ensuring and enhancing innovation and sustainable development in cities through strategic collaboration among public entities, private actors, and local communities. This synergy plays a paramount role in directing joint efforts towards the planning, implementation, and management of green infrastructures. The strategic importance of the Partnership for Innovation, this research aims to provide a legal framework for this instrument, aimed at facilitating synergy among public entities, private entities, and local communities in the creation and expansion of green infrastructures. Furthermore, it aims to highlight the significance of this connection and collaboration in achieving the goal of sustainable development in its various facets – environmental, economic, and socio-cultural – in promoting the well-being of urban and rural communities.

OPINIONI

FRANCESCO BERNI – LANFRANCO DE FRANCO*

L'ENTE LOCALE "INNOVATORE": METODI E STRUMENTI PER LA TRANSIZIONE AMMINISTRATIVA

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Riferimenti: paradigmi e traiettorie – 3. Esperienza di Reggio Emilia per innovazione scientifica. – 3.1. La dimensione politica e amministrativa. – 3.2. La dimensione normativa e le relazioni con il sistema delle regole sovraordinate. – 3.3. La dimensione organizzativa e la relazione con l'architettura istituzionale. – 3.4. La dimensione collaborativa con cittadini e stakeholder territoriali. – 4. Conclusioni.

1. Introduzione

A partire dalle riflessioni sviluppate in anni recenti rispetto al ruolo dell'ente pubblico da corpo inerziale privo di dinamicità che interviene a correggere i fallimenti di mercato a motore dinamico di innovazione¹, si intende descrivere alcune sperimentazioni in termini di metodi e strumenti per innovare l'amministrazione locale in Italia concentrandosi sul caso pilota di Reggio Emilia.

A tal proposito, l'ente locale emiliano ha cercato di rispondere a un interrogativo di fondo: è possibile ripensarsi come soggetto innovatore nel proprio ecosistema territoriale? Se sì, con quali paradigmi, modalità e strumenti operativi?

Un primo nodo fondamentale riguarda sicuramente la necessità di competenze professionali specifiche e l'aggiornamento costante del personale interno considerando che, nonostante le recenti nuove assunzioni negli enti locali italiani, l'età media rimane molto elevata attestandosi intorno ai cinquant'anni considerando che nel 2001 era di circa quarantaquattro anni².

* Le parti sono attribuite ai seguenti autori: F. Berni (paragrafo 1, 2, 3, 4) L. Defranco (paragrafo 3.1, 4).

¹ Tra i vari autori si ricorda il testo fondamentale: M. Mazzucato, *Lo Stato Innovatore*, Bari, Laterza, 2014.

² Forum P.A. Data Insight, *Lavoro pubblico 2023*, maggio 2023.

A questo si aggiunge l'esigenza di avviare un vero e proprio processo di transizione amministrativa³ basato su una riforma sistematica e complessiva che metta nella condizione gli enti di affrontare fenomeni radicali che stanno attraversando i loro territori in relazione alla crisi climatica e ambientale. Si tratta di aspetti da inquadrare all'interno di un contesto a contorno ricco di nuove idee condensate in numerose pratiche locali spinte anche del *Green Deal* europeo ed il *Next Generation EU*.

Reggio Emilia sta tentando di sviluppare un progressivo rafforzamento del suo ruolo soprattutto in campo ambientale e nella lotta al cambiamento climatico promuovendo ad esempio, politiche «mission oriented»⁴ e conseguenti strumenti attuativi da sviluppare in collaborazione con il territorio. Si tratta di una possibile strada da percorrere che punta ad investire in ricerca e innovazione pubblica sulla base di collaborazioni stabili con il territorio ed il mondo della conoscenza aprendo i processi di *policy making* a forme di innovazione aperta⁵.

Il campo applicativo di sperimentazione è stato definito nelle politiche per i beni comuni e la sostenibilità urbana come ambito da affrontare all'interno di una nuova prossimità istituzionale che ricuce relazioni tra attori locali, cittadini e istituzioni della ricerca universitaria in un ambiente di lavoro comune per affrontare sfide di interesse generale. Questa è la direzione disegnata nel nuovo regolamento sulla democrazia e la giustizia urbana e climatica approvato nel 2022 dal comune di Reggio Emilia, che ha previsto nuovi strumenti e forme di rappresentanza.

Nello specifico sono state istituzionalizzate per via regolamentare una serie di istituti di partecipazione e collaborazione civica da realizzare attraverso partenariati tra attori di diversa natura che rappresentano il prodotto di un approfondito studio degli strumenti giuridici atti ad abilitare la collaborazione tra l'ente pubblico e tutti gli altri stakeholders tramite un accordo di natura contrattuale.

La flessibilità degli strumenti giuridici vigenti e la loro attitudine ad abilitare una collaborazione in grado di spingersi oltre le figure tipizzate dalle varie legislazioni interseca la riforma dei contratti pubblici ponendo problemi applicativi non indifferenti, che Reggio Emilia tenta di affrontare predisponendo uno strumento di ampio respiro, in grado di recepire le

³ F. Fracchia, F. Goisis, M. Occhiena, M. Allena, P. Pantalone e S. Vernile, *La Transizione Amministrativa*, Forum Next Generation EU, AIPDA, 2021.

⁴ M. Mazzucato, *Mission-oriented innovation policies: challenges and opportunities*, in 27 (5) *Industrial and Corporate Change* (2018), 803-815.

⁵ H. Chesbrough, *Open Innovation: The New Imperative for Creating and Profiting from Technology*, Boston, Harvard business school press, 2003.

P'ente locale “innovatore”: metodi e strumenti per la transizione

innovazioni normative che convergeranno presumibilmente verso modelli maggiormente aperti e collaborativi.

A questo si aggiunge l'attivazione del *City Science Office* (Cso)⁶, una unità organizzativa all'interno del comune costituita da ricercatori attivati sulla base di specifici accordi con le università che svolgono un supporto tecnico e metodologico nella costruzione di politiche pubbliche “*evidence based*” lavorando sul “*policy research gap*” con la sperimentazione di nuovi processi e strumenti amministrativi⁷.

2. Riferimenti: paradigmi e traiettorie

L'innovazione nella pubblica amministrazione è l'oggetto di discussione a partire dall'analisi dell'esperienza della città di Reggio Emilia, la cui traiettoria di lavoro è stata ispirata da alcuni paradigmi di riferimento sui quali si è tentato di impostare una contestualizzazione locale con lo sviluppo di specifici strumenti e politiche urbane.

La sperimentazione si basa pertanto su alcuni concetti di fondo in qualità di pilastri di riferimento sui quali è stato edificato l'impianto attuativo locale che sono principalmente: il paradigma della quintupla elica⁸, il concetto di innovazione aperta⁹ ed il cambio di visione nel modo di concepire il ruolo del pubblico e le sue politiche articolate per missioni introdotte in particolare da Marianna Mazzucato.

Nel primo caso, l'innovazione si fonda su un approccio di governance collaborativa tra diverse tipologie di attori appartenenti ai settori della ricerca, dell'economia, delle istituzioni pubbliche e della società civile che sviluppano relazioni multilaterali aggregate intorno ad interessi generali condivisi.

Si tratta di un paradigma che richiama necessariamente il concetto di innovazione aperta in cui idee, strumenti, soluzioni e competenze tecnologiche possono essere sviluppate dalla collaborazione tra diversi attori che lavorano insieme mettendo a fattor comune le loro potenzialità e le rispettive risorse contaminandosi. Si tratta di una possibile strada per sviluppare ecosistemi territoriali orientati all'innovazione, non immuni, tuttavia, da difficoltà

⁶ F. Berni, N. Levi e L. De Franco, *Il City Science Office di Reggio Emilia: percorsi di ricerca e innovazione in campo energetico e sociale*, in *Dir. soc.*, 2022, n. 4.

⁷ C. Nevejan, *City Science for Urban Challenges*, report for the European Commission, 2020.

⁸ E. G. Carayannis, T. D. Barth and D.F.J. Campbell, *The Quintuple Helix innovation model: global warming as a challenge and driver for innovation*, in *1 Journal of Innovation and Entrepreneurship*, (2012).

⁹ H. Chesbrough, *Open Innovation*, cit.

oggettive nella costruzione di linguaggi comuni, nell'integrazione tra diverse modalità di lavoro, strumenti nonché negli approcci tecnici e culturali.

Risulta centrale pertanto una riflessione in merito ai ruoli esercitati nelle eventuali collaborazioni con particolare riferimento a quello dell'ente pubblico e la sua reale capacità di fare regia. In questo caso, le questioni riguardano due elementi fondamentali connessi al cambiamento. Da un lato, il modo di concepire l'amministrazione pubblica decostruendo narrazioni di impostazione culturale neo-liberista che la legano necessariamente ad un ruolo ancillare rispetto al mercato, riconosciuto come luogo dell'innovazione¹⁰, ma soggetto capace di orientarsi verso sfide di interesse generale come la lotta al cambiamento climatico. Dall'altro lato, la necessità di ripensare l'ente locale come piattaforma abilitante verso l'esterno¹¹ ma riformando a cascata strumenti, procedure e modalità di lavoro¹² che sono stati progettati con altri modelli di riferimento. Attualmente però è molto difficile seguire queste direzioni per le criticità esposte in precedenza, se non con alcune sperimentazioni pilota come nel caso reggiano.

3. Esperienza di Reggio Emilia per l'innovazione scientifica

Reggio Emilia ha avviato una prima esperienza di innovazione amministrativa ripensando le politiche pubbliche con un approccio volto a massimizzare la collaborazione urbana e il fondamento scientifico delle decisioni.

L'attività è stata sviluppata attraverso una modalità incrementale affrontando varie dimensioni di intervento che hanno mostrato limiti e potenzialità durante la sperimentazione¹³. Questa è stata effettuata lavorando su quattro dimensioni principali di innovazione:

- a) "politica e amministrativa" attraverso un nuovo disegno istituzionale

¹⁰ M. Mazzucato, *Lo Stato Innovatore*, cit.

¹¹ P. Chirulli e C. Iaione, *La Co-città, Diritto urbano e politiche pubbliche per la rigenerazione urbana, l'innovazione sociale, l'economia collaborativa e i beni comuni*, Napoli, Jovene, 2018.

¹² F. Berni e N. Levi, *L'approccio collaborativo come paradigma di ri-equilibrio urbano: l'esperienza di Reggio Emilia con Quartiere Bene Comune*, in *Evoluzione istituzionale, nuovi strumenti e modelli di governance territoriale*, a cura di G. Cotella, D. Ponzini e U. Janin Rivolin, Roma-Milano, Planum Publisher e Società Italiana degli Urbanisti, 2021.

¹³ L'ambito di applicazione non è esteso a tutte le unità organizzative del comune. L'esperienza è stata sviluppata nell'ambito del servizio politiche di partecipazione del comune di Reggio Emilia, che pur avendo una sua dimensione trasversale occupandosi di sviluppare e sostenere progettualità nel quartiere della città sviluppate e realizzate da cittadini, privati e terzo settore.

Per approfondimenti: F. Berni, *Collaborative services in the Italian city of Reggio Emilia*.

L'ente locale “innovatore”: metodi e strumenti per la transizione

e di rappresentanza che punta a promuovere forme di innovazione fondata sulla relazione con i territori e nuovi modelli di prossimità istituzionale;

b) “normativa e giuridica” con una revisione del sistema delle regole e la definizione di strumenti amministrativi a partire dal regolamento comunale sulla democrazia e la giustizia urbana per favorire l’attuazione di una modalità di intervento nei quartieri fondata sulla collaborazione multiattoriale tra pubblico, privato, mondo della ricerca, terzo settore e cittadinanza attiva;

c) “organizzativa e istituzionale” basata sulla realizzazione di dispositivi organizzativi capaci di gestire i vari processi di innovazione avviati con il regolamento suddetto attraverso l’istituzione del *City Science Office*, unità di ricerca e sviluppo fondata sulla collaborazione con il mondo accademico;

d) “partecipativa e collaborativa” che pone al centro il coinvolgimento di stakeholders territoriali con particolare riferimento al laboratorio aperto¹⁴ per sviluppare progetti di interesse generale a base multiattoriale compresi i cittadini che possono partecipare a percorsi di ricerca applicata attraverso pratiche di *citizen science*¹⁵.

Di seguito sono esplorate queste dimensioni sperimentali evidenziando anche le difficoltà principali emerse durante il percorso di attuazione in ottica di “*learning by doing*” che porteranno ad una sistematizzazione conclusiva con la fine della legislatura corrente.

3.1. La dimensione politica e amministrativa

Una prima modalità di intervento per tentare di ripensare l’ente locale

The case study of “Il Quartiere Bene Comune – The Neighbourhood as Commons”, Linköping, Linköping University Electronic Press, 2018, 484-88.

¹⁴ Il laboratorio Aperto è uno spazio di incubazione di idee e di collaborazione tra cittadini, imprese, Terzo settore, pubblica amministrazione e accademia, parte del network regionale dei laboratori aperti istituito con l’agenda urbana del POR FESR della regione Emilia-Romagna 2014-2020. A Reggio Emilia, esso si situa presso i chiostrini di San Pietro, oggetto di un recente intervento di riqualificazione urbana, e ospita il City Science Office.

¹⁵ La “*Citizen science*”, anche nelle previsioni della Commissione europea – che attraverso il Joint Research Centre ha raccolto ampia letteratura sul tema (EU Commission JRC, Publications, https://joint-research-centre.ec.europa.eu/scientific-activities-z/citizen-science-eu-policies/publications_en) – è lo strumento atto a «promuovere un’apertura ulteriore della scienza e del processo scientifico consentendo ai beneficiari e utenti delle innovazioni sperimentate, i destinatari delle politiche pubbliche, i residenti delle città di partecipare al processo di ricerca scientifica» (C. Iaione, *Città, scienza e innovazione. Il diritto alla scienza per la città come pietra angolare di una nuova governance urbana orientata allo sviluppo sostenibile e alla responsabilità intergenerazionale*, in questa *Rivista*, 3, 2021, 491-516).

reggiano come soggetto innovatore nel proprio ecosistema territoriale è stata la ricostruzione di un modello amministrativo in cui porre come fondamento il concetto di capillarità istituzionale, intensificando la relazione con i territori e promuovendo nuove forme di rappresentanza.

Dal punto di vista istituzionale, dunque, anche come reazione all'abolizione delle circoscrizioni, soppresse dalla l. 26 marzo 2010, n. 42, per le città con popolazione inferiore ai 250.000 abitanti, lo strumento attivato grazie al regolamento sulla democrazia e la giustizia urbana e climatica del 2022 sono le consulte d'ambito. Si tratta di organismi rappresentativi delle rispettive porzioni di territorio i cui membri in parte sono eletti a suffragio universale tra gli abitanti, e in parte vengono selezionati tra gli enti economici e del Terzo settore, che in tal modo acquisiscono espressa rilevanza.

Il ruolo delle consulte è formalizzato dal procedimento di co-programmazione delle politiche relative all'ambito¹⁶, disciplinato dal medesimo Regolamento, all'esito del quale i consultieri e l'amministrazione comunale sottoscrivono un patto, nel quale ciascuna consulta seleziona tre aree di policy nelle quali, all'esito dell'ascolto dei cittadini, ritiene più urgente un intervento. Si tratta di un documento programmatico parte integrante del documento unico di Programmazione delle politiche dell'ente per l'anno successivo¹⁷.

È però opportuno sottolineare anche gli ostacoli riscontrati in questa prima fase di sperimentazione della co-programmazione nelle consulte, che possono condizionare l'efficacia del patto d'ambito: i cittadini e le associazioni rappresentate, infatti, non sono sempre autonomi nell'astrazione dalla necessità immediata alla policy, talvolta faticano a collaborare con serenità e possono perdere fiducia nella capacità innovativa della consulta se percepiscono un disallineamento nei tempi o nei risultati attesi.

Per questa ragione, tra l'altro, ai tecnici del comune coinvolti è richiesta una preparazione tale da consentir loro di relazionarsi efficacemente con

¹⁶ Il regolamento sulla democrazia e la giustizia urbana e climatica a Reggio Emilia, all'art. 13 c. 1, identifica chiaramente le funzioni della consulta che realizzano la co-programmazione: «per realizzare la co-programmazione, ovvero una programmazione delle politiche pubbliche coerente e allineata anche ai bisogni dei territori, la consulta d'ambito esercita: a) una funzione propositiva e redigente attraverso la raccolta dei bisogni dei territori rappresentati e la conseguente redazione del patto di ambito, che si configura come una proposta programmatica in grado di facilitare l'adozione dei programmi delle politiche dell'ente con un maggiore livello di coerenza con i bisogni dei territori e un approccio alla co-governance urbana; b) una funzione consultiva, ovvero l'espressione di pareri obbligatori, ma non vincolanti verso i programmi elaborati dal comune in relazione ai bisogni/esigenze dei territori».

¹⁷ Art. 170 del Testo unico degli enti locali (d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267).

P'ente locale “innovatore”: metodi e strumenti per la transizione

cittadini e terzo settore, ma anche di predisporre gli strumenti e spingere l'immaginazione civica verso orizzonti innovativi, senza con questo condizionare le scelte dei consultieri. All'amministrazione, di converso, si richiede diligenza e prontezza nella risposta alle istanze contenute nei patti d'ambito, da realizzare anche – nei casi maggiormente complessi – attraverso Partenariati per lo sviluppo sostenibile e l'innovazione (PSSI).

3.2. La dimensione normativa e le relazioni con il sistema delle regole sovraordinate

Un ulteriore livello di intervento riguarda le modalità concrete con cui realizzare un percorso di innovazione amministrativa ispirato al modello della quintupla elica¹⁸, attraverso l'introduzione nel regolamento del 2022 di un sistema di regole e strumenti volti a favorire processi di collaborazione multiattoriale, che hanno esito nei citati PSSI¹⁹.

La genesi di uno strumento partenariale di questo tipo segnala in qualche modo l'incompiutezza normativa del ridisegno costituzionale del rapporto tra centro e periferia operato con la riforma del titolo V²⁰. Sep-pure si ponga logicamente nel solco tracciato dagli artt. 114 e 118 Cost., infatti, esso nasce dall'esigenza avvertita dalla pubblica amministrazione di aprirsi alla società civile e al tessuto economico locale²¹ sia per superare una certa ristrettezza finanziaria – dovuta anche alla configurazione della distribuzione del gettito, disciplinata dall'art. 119 Cost.²² – sia per ripren-

¹⁸ Cfr. par. 2.

¹⁹ L'introduzione di questi strumenti coincide con l'aggiunta di un nuovo titolo al regolamento sulla giustizia urbana e climatica a Reggio Emilia, prevista per l'inizio del 2024. Già in questi mesi, però, l'amministrazione di Reggio Emilia sta predisponendo le basi per un primo partenariato in tema ambientale ed ecologico: sulla scorta delle istanze dalle consulte, infatti, è stato aperto un percorso di co-programmazione tra gli stakeholders coinvolti in progetti ambientali, volto a immaginare uno sviluppo ulteriore e correlato tra le singole progettualità già in campo (D. Testa, F. Berni e G. Santangelo, *Dalla comunità energetica al climate city contract: verso quartieri a impatto climatico zero a Reggio Emilia*, in *Dir. soc.*, 2022, n. 4).

²⁰ F. Bassanini, *La Repubblica della sussidiarietà. Riflessioni sugli articoli 114 e 118 della Costituzione*, Relazione introduttiva al 52° Convegno di Studi Amministrativi di Varenna, 2006, 14, nota n. 10.

²¹ F. Bassanini, *La Repubblica della sussidiarietà*, cit., 8.

²² Si è infatti osservato come la piena attuazione dell'art. 119 Cost. sia la premessa indispensabile per concretizzare i propositi del titolo V (F. Pizzolato e D. Testa, *Libertà economiche ed autonomia locale: strumenti e lacune della tutela giurisdizionale*, in *Il destino delle risorse pubbliche. Reperimento gestione giurisdizione*, a cura di M. Bertolissi e C. Pagliarin, Napoli, Jovene, 2023, 133-152. Cfr. C. Cost., n. 370/2003).

dersi uno spazio di manovra più ampio all'interno di attribuzioni, come la digitalizzazione²³, che spesso vengono attratte quasi completamente al centro.

Il Partenariato per lo sviluppo sostenibile è uno strumento multiattoriale²⁴ che presuppone il coinvolgimento dell'ente locale, del terzo settore, dei cittadini singoli o associati, delle attività produttive e dell'accademia all'interno della medesima procedura di co-progettazione, producendo una condivisione di responsabilità e, in conclusione, la reciproca assunzione di diritti e obblighi stabiliti insieme. Le potenzialità dello strumento sono legate alla possibilità di far collaborare insieme nello stesso quadro amministrativo soggetti di diversa natura che dialogano per sviluppare azioni di interesse generale. Al contempo, si riscontrano alcuni probabili limiti legati alla fase di gestione e attuazione dello strumento e le possibili conflittualità con il sistema normativo sovraordinato.

Da un lato, infatti, il coinvolgimento di soggetti così diversi dal punto di vista della struttura e dello scopo – ben oltre, in verità, il tenore letterale dell'art. 118 Cost.²⁵ – richiede grande disponibilità e apertura da parte dei partecipanti, nonché una particolare preparazione del personale che conduce i tavoli di co-progettazione, a fronte di un testo che si presenta necessariamente complesso e multiforme, raccogliendo strumenti di varia matrice: testi unici, legislazione di settore nazionale e regionale, prassi amministrative sperimentate con successo in altre città.

A questo si aggiunge il problema del coordinamento con la legislazione nazionale e, in particolare, con il nuovo codice dei contratti pubblici²⁶, la cui disciplina, più che a favorire la relazione tra pubblico e privato, mira pur sempre a garantire gli interessi pubblici attraverso strumenti dotati di una certa rigidità. Al nuovo codice, però, si devono alcune aperture soprattutto in punto di principio: l'elaborazione espressa di una serie di principi, ulteriori rispetto a quelli generali dell'amministrazione amministrativa²⁷, può infatti rivelarsi opportuno fondamento

²³ Ragioni di interoperabilità dei sistemi informatici e di velocità e diffusione dell'infrastruttura tecnologica sul territorio nazionale, infatti, fanno registrare un significativo accentramento, connesso soprattutto al ruolo di AGID (A. Michieli, *Città e nomos digitale*, in *L'autonomia locale e le dimensioni dell'eteronomia*, a cura di P. Costa, F. Pizzolato e A. Scalone, Torino, Giappichelli, 2023).

²⁴ Sulla natura di questo tipo di partenariati multiattoriali: C. Iaione, *Urban sustainable development and innovation partnerships*, in *Italian Journal of Public Law*, 2022, n. 2, 521-605.

²⁵ F. Bassanini, *La Repubblica della sussidiarietà*, cit., 15.

²⁶ D. lgs. n. 36/2023.

²⁷ Art. 97 Cost. e l. n. 241/90.

P'ente locale “innovatore”: metodi e strumenti per la transizione

teorico per strategie di governo innovative e aperte alle migliori forze disponibili sul territorio²⁸.

In particolare, rileva la prevalenza accordata ai principi del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato, tipizzata dall'art. 4 d. lgs. n. 36/2023 che ne fa i criteri applicativi e interpretativi per eccellenza, affermando peraltro, all'art. 1 c. 3, la perfetta corrispondenza tra il neointrodotta principio del risultato e l'interesse pubblico, in quanto «attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità» ed esso venga «perseguito nell'interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea».

Nonostante le aperture che il nuovo codice dei contratti pubblici sembra offrire, dunque, il quadro normativo rimane pur sempre ancorato al tradizionale dualismo con il quale esso ha sempre disciplinato i rapporti Stato-privati e Stato-comunità. Rimane quindi un compito particolarmente complesso, affidato all'interprete, quello di individuare gli strumenti maggiormente idonei a coinvolgere tutti gli *stakeholders* urbani dalla fase progettuale a quella attuativa: si tratta di un lavoro sartoriale e affidato a valutazioni tecniche delicate da operare caso per caso, ricercando la disciplina abilitante non soltanto all'interno del suddetto codice, ma, come detto, anche nel codice civile e all'interno di altre fonti normative e non normative.

3.3. La dimensione organizzativa e la relazione con l'architettura istituzionale

La terza leva di intervento ha previsto la costituzione di una relazione stabile e strutturata con il mondo della ricerca con l'attivazione del *City Science Office* parte integrante di una rete europea di città – racchiusa nel progetto del *Joint Research Centre* della Commissione Europea “*City Science Initiative*” – che hanno avvertito l'esigenza di dotarsi di competenze scientifiche non più soltanto chiedendo la collaborazione occasionale di enti della ricerca, ma inserendo competenze e idee di giovani ricercatori direttamente all'interno dell'amministrazione comunale²⁹.

L'attivazione del *City Science Office* ha previsto un approfondimento in merito alla sua organizzazione interna e le relative modalità di relazione con gli uffici comunali. L'unità si costituisce di cinque membri effettivi pro-

²⁸ Consiglio di 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*, relazione agli articoli e agli allegati, 07 dicembre 2022.

²⁹ F. Berni, N. Levi e L. De Franco, *Il City Science Office di Reggio Emilia: percorsi di ricerca e innovazione in campo energetico e sociale*, cit.

venienti dal mondo accademico come dottorandi e assegnisti ricerca comprensivi di un coordinatore che insieme collaborano con gli uffici comunali su processi di innovazione amministrativa, digitale, transizione ecologia, welfare e servizi di prossimità.

Il posizionamento del *City Science Office* nell'architettura organizzativa nel comune di Reggio Emilia non è indicato nell'organigramma ufficiale inserendosi all'interno del servizio Politiche di Partecipazione come "palestra" in cui sperimentare percorsi di ricerca applicata a supporto delle attività previste della programmazione. L'avvio delle attività è stato segnato dall'organizzazione di tavoli di lavoro tematici tra ricercatori, dirigenti e funzionari pubblici su alcuni filoni di ricerca che riguardano innovazione amministrativa legate alla revisione del regolamento comunale suddetto, innovazione digitale e transizione energetica. La finalità è stata quella di individuare il quadro delle necessità su cui sviluppare l'attività di ricerca.

L'esperienza ha evidenziato una difficoltà nel mettere a fuoco i reali fabbisogni strategici da parte degli uffici, facendo emergere piuttosto esigenze emergenziali e criticità spesso legate alla dimensione della gestione quotidiana. Le collaborazioni pertanto hanno cercato di strutturare dei percorsi di ricerca a partire da questi elementi all'interno di prospettive di ampio respiro pur evidenziando difficoltà nel realizzare azioni integrate tra diversi servizi e la loro fatica nel seguire con costanza l'attività condotta da ricercatori. Si tratta pertanto di un problema di natura gestionale ma che rivela anche una diversa prospettiva culturale nell'introdurre stabilmente la ricerca e l'innovazione nelle politiche pubbliche.

Questi fattori hanno spinto verso l'individuazione di temi di ricerca coordinati principalmente al servizio politiche di partecipazione seppur sviluppati con la collaborazione di altri uffici comunali richiamando due questioni di fondo che riguardano la necessità di posizionare l'unità di ricerca come dispositivo trasversale nell'architettura organizzativa dell'ente ancorando a strutture organizzative apicali e al contempo la necessità di diffondere e sviluppare una cultura della ricerca e innovazione all'interno dell'istituzione anche attraverso percorsi di formazione *on the job*.

Rispetto al sistema delle relazioni, una prima collaborazione scientifica è stata sviluppata con l'Università LUISS nel campo del diritto pubblico con l'attivazione di un dottorato di ricerca da svolgersi direttamente nella città di Reggio Emilia. La scelta è stata legata alla necessità di sviluppare prioritariamente una revisione del sistema delle regole attraverso competenze giuridico amministrative ampliando un'attività di lavoro precedentemente avviata tra le due istituzioni. Questo non ha facilitato le relazioni con le università del territorio registrando oltretutto alcune difficoltà organizzative da parte

l'ente locale "innovatore": metodi e strumenti per la transizione

del partner accademico nel conciliare l'attività di formazione dei dottorandi con la ricerca applicata a Reggio Emilia a cui si è aggiunta la necessità da parte dell'ente locale di ampliare le competenze oltre l'ambito strettamente giuridico spingendo ad una revisione del modello iniziale a seguito della prima annualità di sperimentazione.

Le azioni manutentive hanno previsto un progressivo ampliamento del gruppo di lavoro costituito da competenze provenienti anche da altri campi disciplinari e una diversificazione nelle modalità di ingaggio del personale con l'attivazione di borsisti e assegnisti di ricerca. Il nuovo assetto ha permesso così un ampliamento nel quadro di collaborazione con altri servizi dell'ente locale, un allargamento complessivo delle attività di ricerca e divulgazione scientifica richiamando la necessità di sviluppare maggiormente il sistema delle relazioni con altre università ampliando così il ventaglio delle competenze e puntando ad una maggiore relazione con il territorio regionale.

3.4. La dimensione collaborativa con cittadini e stakeholder territoriali

La revisione dell'apparato normativo comunale attraverso il nuovo Regolamento è finalizzato a supportare la formalizzazione di relazioni multilaterali tra attori di diversa natura che collaborano insieme intorno a obiettivi condivisi di interesse generale. Si tratta pertanto anche di una questione di *governance* a cui si lega la necessità di individuare modalità di relazione e relativi strumenti per costruire partenariati locali nell'ambito dell'ecosistema di innovazione reggiano. È un tentativo per affrontare sfide complesse, come la lotta al cambiamento climatico, a cui l'ente pubblico non può far fronte senza la collaborazione di altri attori territoriali e forme di cittadinanza attiva.

La collaborazione con il mondo della ricerca, presentata in precedenza, rappresenta parte di un quadro che oggi richiede di essere ampliato in varie direzioni. Durante la scorsa legislatura, Reggio Emilia ha infatti sviluppato un programma di rigenerazione dei beni comuni urbani³⁰ che ha messo al centro dell'azione pubblica la collaborazione con cittadini e associazioni per il recupero di spazi urbani abbandonati, l'attivazione di servizi collaborativi di prossimità e pratiche di cura e sensibilizzazione ambientale.

La dimensione partecipativa sperimentata attraverso queste pratiche può essere ampliata anzitutto valorizzando le competenze civiche, che possono essere ricondotte, tra l'altro, a pratiche di *citizen science*, processi di co-produzione scientifica nella raccolta dei dati e nel loro monitoraggio,

³⁰ ³¹ F. Berni e N. Levi, *L'approccio collaborativo come paradigma di ri-equilibrio urbano*, cit.

partecipazione allo sviluppo di ricerche applicate in connessione con il *City Science Office*. Si tratta di pratiche sperimentate principalmente in ambito ambientale³¹ che possono essere ulteriormente estese anche ad altri ambiti disciplinari necessitando anche di una maggiore sistematizzazione e di una reciproca integrazione anche in altre direzioni. A tal proposito, il *City Science Office*, come premesso, si pone all'interno del laboratorio aperto, luogo dedicato alla progettazione e alla sperimentazione di iniziative che si posiziona come principale incubatore di innovazione sociale a Reggio Emilia, sviluppando nuove soluzioni per rispondere ai bisogni della comunità specialmente nel campo dei servizi alla persona e delle politiche di welfare, educazione e cultura³².

Il *City Science Office* offre dunque anche al laboratorio aperto un apporto in termini di ricerca, analisi dei casi di studio e supporto scientifico, ma questa collaborazione merita senza dubbio di essere implementata verso una collaborazione non occasionale – su singoli progetti – ma strutturale e costante.

Inoltre, la sperimentazione ha evidenziato anche l'opportunità di ampliare il quadro delle collaborazioni del *City Science Office* agli altri innovatori presenti nel contesto, a partire dal coinvolgimento del tecnopolo di Reggio Emilia³³, luogo di incontro e collaborazione tra il mondo accademico e quello dell'impresa che dispone già di laboratori di ricerca avanzata e di trasferimento tecnologico accreditati presso la rete alta tecnologia dell'Emilia-Romagna.

Da questa prospettiva, le relazioni con il mondo delle imprese e altre istituzioni della ricerca devono necessariamente essere potenziate in futuro anche in relazione alle reti in cui è già coinvolto il Comune di Reggio Emilia.

Tra le relazioni internazionali attivate da Reggio Emilia e progettazioni europee si evidenzia la partecipazione alla *City Science Initiative*³⁴, network promosso dal *Joint Research Centre* della Commissione Europea cui si deve

³¹ A tal proposito si rimanda alla descrizione di esperienze progettuali come la Città dei Sentieri. Per approfondimenti: F. Berni, G. Santangelo e D. Testa, *Processi di innovazione aperta a Reggio Emilia: Scienza, politica e cittadinanza attiva*, Atti della XXV conferenza nazionale della Società italiana degli urbanisti, in corso pubblicazione.

³² ³³ Per una definizione del laboratorio aperto si rimanda alla nota n. 12. Per approfondimenti sulle attività che svolge, si rimanda al sito web, disponibile da <https://www.chiostrisanpietro.it/lab-in-chiostri/>.

³³ La rete regionale dei tecnopoli conta infatti undici infrastrutture, finanziate dal Fondo europeo di sviluppo regionale 2007-2013 e da contributi regionali.

³⁴ C. Nevejan, *City Science for Urban Challenges*, cit.

P'ente locale “innovatore”: metodi e strumenti per la transizione

la stessa istituzione del *City Science Office*, EU Arenas³⁵, consorzio di enti pubblici, università e NGO finanziato con fondi Horizon 2020 con lo scopo di esplorare le prospettive della democrazia partecipativa in differenti contesti locali, e il progetto regionale *Citizer Science*, che nasce a partire da una mappatura dei casi di scienza partecipata in corso nella regione Emilia-Romagna³⁶.

Nonostante il comune sia parte attiva di queste reti, tanto di livello europeo che regionale, e promuova la collaborazione con soggetti deputati all'innovazione sociale ed economica quali il laboratorio aperto e il tecnopolo, non sempre riesce a valorizzare al massimo l'impegno profuso in queste iniziative, e questo si deve almeno in parte alla necessità, fino a questo momento, di far fronte a tutte queste iniziative con il personale dei vari settori di policy, senza una vera e propria regia intersettoriale.

I risultati positivi ottenuti in termini di reperimento di risorse per progetti innovativi, raccolta di nuove idee grazie al confronto nei contesti europei e internazionali, capacitazione del personale pubblico coinvolto nei progetti, coinvolgimento della cittadinanza e promozione del tessuto socio-economico locale – dunque, dovrebbero essere messi in relazione gli uni con gli altri, circostanza che ne produrrebbe un maggiore impatto nella pubblica amministrazione.

Un punto di partenza, di fronte a questo quadro, potrebbe essere rappresentato da un potenziamento del ruolo del *City Science Office*, come luogo in cui razionalizzare i rapporti esterni con il mondo della ricerca in genere molto frammentati in base ai singoli accordi sviluppati da ciascuna direzione comunale.

4. Conclusioni

La città di Reggio Emilia ha cercato di sviluppare un percorso sperimentale in cui ripensare il ruolo dell'amministrazione comunale come soggetto innovatore nel proprio ecosistema territoriale. Una sfida necessaria per affrontare tematiche epocali come la transizione ecologica e ambientale anche a livello locale tracciando una strada ispirata ad una visione di pubblico come soggetto innovatore³⁷, al concetto di quintupla

³⁵ Informazioni sul consorzio sono disponibili dal sito <<https://www.euarenas.eu/>>.

³⁶ C. Prandi, *Citizen science: stato dell'arte e opportunità nel contesto regionale*, Citizer Science report 1.0, 2022.

³⁷ ³⁸M. Mazzucato, *Lo Stato Innovatore*, cit.

elica³⁸ unito al paradigma di innovazione aperta³⁹. Si tratta di paradigmi di riferimento che hanno ispirato modalità di lavoro e nuovi strumenti operativi.

La sperimentazione ha interessato una parte dell'amministrazione come ambito organizzativo pilota lavorando su quattro leve di innovazione che si sostanziano nella riforma del sistema politico-amministrativo con l'introduzione delle consulte, nella modifica della normativa locale con l'inserimento di strumenti giuridici di natura multi attoriale, nelle novità organizzative con l'istituzione del *City Science Office* che svolge attività di ricerca e sviluppo per la pubblica amministrazione aprendosi a reti internazionali, centri di innovazione locale fino alla partecipazione di cittadini in un'ottica di *citizen science*.

L'esperienza emiliana avviata dal 2021 mostra già elementi su cui riflettere riconoscendo nella relazione tra ricerca e amministrazione locale uno dei fattori fondamentali che può segnare la capacità degli enti stessi di rispondere a sfide sempre più complesse, che si pongono in tempi estremamente rapidi e sono condizionate da fattori di natura globale.

La transizione climatica, la transizione digitale e la crisi socio-demografica sono i tre esempi più lampanti e drammatici nella loro capacità di travolgere le comunità locali nel medio-lungo periodo.

La ricerca sul campo applicata alle sfide amministrative permette di immaginare modelli alternativi di gestione e il mantenimento di un dialogo sovra locale con le altre esperienze che si muovono nel mondo, con una visione dal respiro internazionale che oggi la politica fatica sempre più a dare, a maggior ragione nei livelli locali spesso lasciati alla passione e alla forza di volontà dei singoli amministratori.

Rispetto alle dimensioni esplorate nel caso reggiano, sicuramente merita una riflessione profonda quella organizzativa. Questo passaggio richiede almeno due cambi di approccio rilevanti rispetto allo stato attuale dei comuni italiani: l'orizzontalità e la trasversalità.

Le strutture comunali, ma più in generale gli enti pubblici, sono ancora organizzati per "silos" verticali con una divisione netta di competenze che contrasta con il richiamo ad una visione olistica. Mentre la società richiede prossimità, ascolto e dialogo, le organizzazioni propongono ancora una frammentazione dei canali di accesso ai servizi della pubblica amministrazione. Con esiti negativi come l'incapacità del cittadino di identificare a quale

³⁸ E.G. Carayannis, T.D. Barth, D.F.J. Campbell, *The Quintuple Helix innovation model*, cit.

³⁹ H. Chesbrough, *Open Innovation*, cit.

L'ente locale "innovatore": metodi e strumenti per la transizione

sportello, fisico o virtuale, rivolgersi per la risoluzione del proprio problema, e dunque la frustrazione nel non trovare risposta, e la sovrapposizione di più attori che insistono con programmi diversi negli stessi territori e generano sprechi di risorse umane, sempre più preziose, ed economiche.

Al contrario immaginare un'unità di ricerca in un comune significa sviluppare un luogo trasversale, a supporto di tutti i servizi presenti e con la capacità di una visione strategica che sappia suggerire e indirizzarli evitando rapporti sporadici con università e altri enti di ricerca che interrogati su argomenti diversi, ma spesso complementari, si ritrovano a compiere gli stessi passi ripartendo ogni volta da capo, ma anche orizzontale nella necessità di restituire visioni e progetti in grado di affrontare le problematiche del cittadino a tutto tondo.

Per questo è importante potenziare una unità di ricerca che debba collocarsi in una posizione apicale e indipendente dal singolo servizio, possibilmente slegata dalla delega politica di un assessore, ma realmente a disposizione e in stimolo all'attività amministrativa complessiva dell'ente, con l'autonomia e indipendenza necessarie qualora ci fosse la necessità di indirizzare la richiesta politica di studi e ricerche verso razionalità e orizzontalità, contro le fisiologiche, ma fallaci, spinte alla costruzione di recinti per competenze verticali.

Abstract

The public authority could become a capable body for the production of innovation and local development. Based on this assumption and accordingly with the paradigm of open innovation, Reggio Emilia has developed an experiment by setting up inclusive processes of a multi-actors nature towards new forms of administrative transition with new methods and tools. Specifically, the municipality acted through four pillars which include a new institutional design, a revision of the system of rules and the definition of administrative tools, the creation of organizational devices capable of managing the various innovation processes started with the City Science Office and involving local stakeholders including citizens who can participate in applied research pathway through citizen science practices. This is an ongoing pilot case study that tries to highlight some working trajectories for other local authorities, while showing limitations and potentials.

NOTIZIE SUGLI AUTORI

ALBERICA AQUILI è Dottoranda industriale di ricerca in Diritto e Impresa presso l'Università LUISS Guido Carli di Roma in sinergia con LabGov ETS

FRANCESCO BERNI è Dottore di ricerca in pianificazione urbanistica e Coordinatore del City Science Office – Reggio Emilia

TOMMASO BONETTI è Professore associato di Diritto amministrativo presso l'Università degli studi di Bologna – Alma Mater Studiorum

TOMMASO COCCHI è Dottorando in Global Studies. Economy, Society and Law presso l'Università degli Studi di Urbino Carlo Bo

ALESSANDRA COIANTE è Assegnista di ricerca in Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi Roma Tre

ADRIANO CONTARDI è Dottorando in Diritto e impresa presso l'Università LUISS Guido Carli di Roma

LANFRANCO DE FRANCO è Assessore alla Casa e alla Partecipazione del Comune di Reggio Emilia.

FEDERICA DELLA VENTURA è Dottoranda in Diritto e impresa presso l'Università LUISS Guido Carli di Roma

CHRISTIAN IAONE è NIAS-KNAW 2023-2024 Fellow e Professore di Law & Policy of Innovation and Climate Change all'Università LUISS Guido Carli di Roma e referente per il City Science Office - Reggio Emilia

NICOLETTA LEVI è Dirigente della struttura di Policy Politiche di partecipazione e Dirigente del Servizio Comunicazione e relazioni con la città

MARIO MANNA è Dottorando in Diritto e impresa presso l'Università LUISS Guido Carli di Roma

ALDO SANDULLI è Professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università LUISS Guido Carli di Roma

ELISABETTA TATÌ è Ricercatrice a tempo determinato di tipo A presso la LUISS Guido Carli di Roma

DAVIDE TESTA è Dottorando in Diritto e impresa presso la Luiss Guido Carli

PIER PAOLO ZITTI è Dottorando in Diritto ed impresa presso l'Università LUISS Guido Carli di Roma

Finito di stampare nel mese di giugno 2024
dalla *Grafica elettronica* – Napoli