

CERIDAP

RIVISTA INTERDISCIPLINARE SUL
DIRITTO DELLE
AMMINISTRAZIONI PUBBLICHE

FASCICOLO

3 / 2022

LUGLIO - SETTEMBRE

DIRETTORE RESPONSABILE: Prof.ssa Diana-Urania Galetta

Iscritta con delibera 16.06.2020 nell'Elenco Speciale dei direttori responsabili di periodici o riviste a carattere scientifico annesso all'Albo dei Giornalisti della Lombardia

Inserita nell'elenco delle Riviste scientifiche ANVUR con Delibera del Consiglio Direttivo n. 117 del 26.05.2022

RESPONSABILE DEL COMITATO EDITORIALE: Prof. Gabriele Bottino

COMITATO EDITORIALE: Prof.ssa Barbara Boschetti, Prof.ssa Elena D'Orlando, Prof.ssa Cristina Fraenkel-Haeberle, Prof.ssa Roberta Lombardi, Prof. Renato Ruffini, Prof.ssa Fiammetta Salmoni, Prof.ssa Elisa Arcioni, Prof.ssa Monica Bonini, Prof.ssa Elena Buoso, Prof.ssa Micaela Lottini, Prof.ssa Renata Spagnuolo Vigorita

RESPONSABILE DEL COMITATO DI REDAZIONE: Prof. Gherardo Carullo

COMITATO DI REDAZIONE: Stefano D'Ancona, Emanuela Furiosi, Alessia Monica, Clara Napolitano, Giulia Pinotti, Giacomo Pisani, Paolo Provenzano, Pier Marco Rosa Salva, Stefano Rossa, Massimo Strato Perrino, Federico Votta

COMITATO SCIENTIFICO:

- Prof. Margaret Allars (University of Sydney, Australia)
- Prof. Ricardo Alonso (Universidad Complutense de Madrid, España)
- Prof. Jean-Bernard Auby (Sciences-Po, Paris, France)
- Prof. Patrick Birkinshaw (University of Hull, UK)
- Prof. David Capitant (Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, France)
- Prof. Mario Pilade Chiti (Università degli Studi Firenze, Italia)
- Prof. Stefano Cognetti (Università degli Studi di Macerata, Italia)
- Prof. Lorenzo Cotino Hueso (Universidad de Valencia, España)
- Prof. Guido Corso (Università degli Studi di Roma III, Italia)
- Prof. Paul Craig (University of Oxford, UK)
- Prof. Mary Crock (University of Sydney, Australia)
- Prof. José Luís da Cruz Vilaça (Universidade de Lisboa, Portugal e Corte di Giustizia dell'EU, Lussemburgo)
- Prof. Pedro Cruz Villalón (Universidad Autónoma de Madrid, España)

- Prof.ssa Daria de Pretis (Università degli Studi di Trento e Corte costituzionale, Italia)
- Prof. Rosario Ferrara (Università degli Studi di Torino, Italia)
- Prof. Guido Greco (Università degli Studi di Milano, Italia)
- Prof. Constance Grewe (Université de Strasbourg, France)
- Prof. Ian Harden (University of Sheffield, UK)
- Prof. Carol Harlow (London School of Economics)
- Prof. Herwig Hofmann (Université du Luxembourg)
- Prof. Martin Ibler (Universität Konstanz)
- Prof.ssa Julia Iliopoulos-Strangas (Università Nazionale e Kapodistrian di Atene, Grecia)
- Prof.ssa Maria Immordino (Università degli Studi di Palermo, Italia)
- Prof. Vittorio Italia (Università degli Studi di Milano, Italia)
- Prof. Jean-Paul Jacqué (Université de Strasbourg, France et Service juridique du Conseil de l'UE, Bruxelles)
- Prof. Irena Lipowicz (Università Cardinale Stefan Wyszyński di Varsavia, Polonia)
- Prof. Mario G. Losano (Università degli Studi di Milano e del Piemonte orientale, Italia)
- Prof. Roberto Mastroianni (Università degli Studi di Napoli, Italia e Tribunale dell'UE, Lussemburgo)
- Prof. Jacqueline Morand-Deville (Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, France)
- Prof. Bruno Nascimbene (Università degli Studi di Milano, Italia)
- Prof. Luke Nottage (University of Sydney, Australia)
- Prof. Angelika Nussberger (Universität Köln, Deutschland e Corte Europea dei diritti dell'uomo, Strasbourg, France)
- Prof. Giorgio Orsoni (Università Ca' Foscari Venezia, Italia)
- Pres. Alessandro Pajno (Presidente emerito del Consiglio di Stato)
- Prof. Vasco Pereira da Silva (Universidade de Lisboa, Portugal)
- Prof. Ricardo Perlingeiro Mendez da Silva (Universidade Federal Fluminense e Tribunal Regional Federal de Rio de Janeiro, Brasil)
- Prof. Gloria Regonini (Università degli Studi di Milano, Italia)
- Prof. Wojciech Sadurski (University of Sydney, Australia)

- Prof. Daniel Sarmiento (Universidad Complutense de Madrid, España)
- Prof. Jens-Peter Schneider (Universität Freiburg, Deutschland)
- Prof.ssa Maria Alessandra Sandulli (Università degli Studi di Roma III, Italia)
- Prof. Eberhard Schmitt-Aßmann (Universität Heidelberg, Deutschland)
- Prof. Jürgen Schwarze (Universität Freiburg, Deutschland)
- Prof. Karl-Peter Sommermann (Universität Speyer, Deutschland)
- Prof. Klaus Stern (Universität Köln, Deutschland)
- Prof. Albrecht Weber (Universität Osnabrück, Deutschland)
- Prof. Jacques Ziller (Università degli Studi di Pavia, Italia; Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, France; Istituto Universitario Europeo di Fiesole-IUE)

CERIDAP è una rivista ad accesso libero sul sito ceridap.eu, aggiornata on-line quotidianamente e fascicolata trimestralmente. Alla fine di ogni trimestre gli articoli riprodotti nel sito sono tutti pubblicati nel fascicolo del trimestre di riferimento.

CERIDAP è la Rivista nata nel 2020 dall'iniziativa del Direttore dell'omonimo Centro di Ricerca Interdisciplinare sul Diritto delle Amministrazioni Pubbliche dell'Università degli Studi di Milano per un'azione amministrativa più efficiente e più imparziale, anche in attuazione del principio digital first. La Rivista CERIDAP, pur indipendente dall'omonimo Centro, è la sede principale in cui vengono pubblicate le ricerche svolte in seno al Centro stesso e si è avvalsa sin da principio della collaborazione, all'interno del suo Comitato Editoriale, di un gruppo di studiosi dell'area giuspubblicistica provenienti da vari Atenei, sia italiani che stranieri, che ne condividono l'impostazione di fondo e la filosofia ispiratrice.

Obiettivo della Rivista CERIDAP è di fornire un contributo di analisi, approfondimento e proposta avente come focus principale le Pubbliche Amministrazioni: intese sia nella loro dimensione istituzionale, organizzativa e di attività, che nella loro dimensione procedurale. E con una naturale apertura prospettica anche al diritto comparato, europeo ed internazionale nonché alla discussione interdisciplinare che è favorita dalla presenza, nel suo Comitato scientifico, di autorevoli studiosi provenienti da prestigiosi Atenei di tutto il Mondo.

Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito, e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione. La Rivista si uniforma agli standard internazionali definiti dal Committee on Publication Ethics (COPE), e fa proprie le relative

linee guida.

CERIDAP è interessata a pubblicare contributi relativi a tutti gli ambiti scientifico-disciplinari che sono riferibili al c.d. Diritto Pubblico, inteso nella sua accezione più ampia e che ricomprende anche aree di analisi al confine fra la scienza giuridica e le scienze c.d. politologiche. CERIDAP è inoltre aperta all'approccio tipico dell'analisi economica del diritto. Per questa ragione si è dotata di un "Comitato dei Revisori" che include anche esperti provenienti da aree di expertise diverse da quella del Diritto Pubblico tradizionale (costituzionale ed amministrativo).

I materiali pubblicati su CERIDAP sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salve le modifiche tecnicamente indispensabili). Il testo completo della licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Per la citazione dei contributi presenti in questo fascicolo di CERIDAP, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. Cognome, *Titolo del contributo*, in *CERIDAP*, 2022, 3, p. 35 ss.

Per l'invio di contributi destinati alla pubblicazione: ceridap.eu/rivista/invio-contributi

INDICE SOMMARIO

ARTICOLI

PATRICK BIRKINSHAW, <i>The UK's Future Contribution to European Public Law</i>	1
MARIO GORLANI, <i>La semplificazione dei contratti pubblici: ricorrente "utopia" o occasione da cogliere?</i>	20
FIorenzo LIGUORI, <i>Sulla necessità di una semplificazione amministrativa per le "Zone Economiche Speciali" (ZES)</i>	41
MICAELA LOTTINI, <i>La tutela degli animali in Costituzione: riflessioni e prospettive</i>	56

RASSEGNE E COMMENTI

LEONARDO SCUTO, <i>The development of a new model of urban regeneration in light of the digitalisation of public administration</i>	67
JACQUES ZILLER, <i>Sdoppiamento funzionale e trappola della decisione congiunta nell'Unione europea</i>	106

RELAZIONI, RASSEGNE E SEGNALAZIONI

GABRIELE MARIA BRENCIA, <i>Semplificazione e digitalizzazione degli appalti pubblici nel post-Covid: il caso Brescia infrastrutture S.r.l</i> ...	117
MASSIMO GIAVAZZI, <i>La revisione dei prezzi al tempo delle emergenze</i>	135

HANNO COLLABORATO A QUESTO NUMERO:

PATRICK BIRKINSHAW, Professore emerito di Diritto Pubblico nell'Università di Hull

GABRIELE MARIA BRENCIA, Responsabile U.O. Appalti e Contratti di Brescia Infrastrutture S.r.l. - Società in house del Comune di Brescia. Revisore legale.

MASSIMO GIAVAZZI, Avvocato nel Foro di Bergamo. Professore a contratto nell'Università degli Studi di Milano

MARIO GORLANI, Professore Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico, nell'Università degli Studi di Brescia.

FIRENZO LIGUORI, Professore Ordinario di Diritto Amministrativo, nell'Università degli Studi di Napoli "Federico II".

MICAELA LOTTINI, Professore Associato di Diritto Amministrativo nell'Università degli Studi di Roma Tre

LEONARDO SCUTO, Dottorando in diritto amministrativo nell'Università di Milano, praticante avvocato in Gianni & Origoni

JACQUES ZILLER, Già Professore ordinario di diritto dell'Unione europea nell'Università degli Studi Pavia, già Professore di diritto pubblico comparato e di diritto dell'Unione europea all'Istituto universitario europeo di Fiesole, anciennement professeur de droit public à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

The UK's Future Contribution to European Public Law

Patrick Birkinshaw

DOI: 10.13130/2723-9195/2022-3-3

L'UE ha aggiunto alla nostra costituzione una dimensione di legalità superiore, determinata dal giudice e realizzata da un edificio costruito dalla legge. Quando furono apprese le lezioni di Van Gend en Loos e Costa c. ENEL, gli effetti furono profondi: non solo la legislazione che violava il diritto dell'UE direttamente applicabile non veniva applicata, ma potevano essere emesse ingiunzioni contro un ministro che sostituiva la Regina come funzionario della Corona in violazione del diritto dell'UE. L'uscita dall'UE ha comportato un'importante modifica della nostra Costituzione. L'EU (Withdrawal) Act 2018 (EUWA) (e ora si veda l'EU Withdrawal Agreement Act 2020) è stato approvato per garantire una transizione agevole per il sistema giuridico del Regno Unito dopo la Brexit. Ciò significa che tutto il diritto dell'UE (ad eccezione della Carta dei diritti fondamentali), insieme ai principi di interpretazione del diritto dell'UE antecedenti alla Brexit (noti come "principi generali del diritto") e alla giurisprudenza della Corte di giustizia antecedente alla Brexit, sono stati convertiti nel diritto del Regno Unito il 31 dicembre 2020 come "retained EU Law" (REUL). Il Governo intende sia dare priorità alla riforma del diritto dell'UE conservato nelle aree che porteranno "il maggior guadagno economico", sia dare al Parlamento il potere di definire con maggiore precisione il rapporto tra il diritto dell'UE conservato e il diritto del Regno Unito. Il margine di deviazione dagli standard dell'UE sarà limitato dalle realtà economiche e commerciali. Una priorità costituzionale urgente sarà la sfida al Parlamento di tenere sotto controllo l'ampia delega di poteri legislativi all'esecutivo che la Brexit ha comportato.

The EU added a dimension of overriding legality to our constitution that was judicially determined and made by an edifice constructed by law. When the lessons of Van Gend en Loos and Costa v ENEL were learned there were profound effects: not only was legislation disapplied which contravened directly enforceable EU law but

injunctions could issue against a minister standing in the shoes of the Queen as an officer of the Crown when contravening EU law. Leaving the EU involved a major change in our constitution. The EU (Withdrawal) Act 2018 (EUWA) (and now see 2020 EU Withdrawal Agreement Act) was passed to ensure a smooth transition for the UK's legal system after Brexit. This meant that all EU law (except the Charter of Fundamental Rights), together with pre-Brexit principles of interpretation of EU law (known as "general principles of law") and the pre-Brexit case law of the Court of Justice, was converted into UK law on 31 December 2020 as "retained EU Law" (REUL). The Government intends both to prioritise reform of retained EU law in areas that will deliver "the greatest economic gain" and to give Parliament the power to define in a more precise way the relationship between retained EU law and UK law. The scope to wander from EU norms will be confined by economic and commercial realities. A pressing constitutional priority will be the challenge to Parliament to keep under scrutiny the vast delegation of legislative powers to the executive that Brexit has brought about.

1. The Legacy – a constitutional coming of age

Our 48-year membership of the European Union ended on 31 December 2020 at 11pm.

A new, uncertain and fractious relationship lay ahead based on the withdrawal agreement and trade and cooperation agreement between the EU and UK. My efforts today are to pick up the reins of what had been my preoccupation for a quarter of a century: to chart the development of European Public Law and the English contribution to that development. There are no UK judges on the CJEU, no UK politicians in the Council or Parliament, no UK functionaries in the Commission, agencies or institutions of the EU and EU law is no longer binding over – or takes primacy over – national law. Any English or UK contribution cannot be direct.

Let me commence with the change in mind-set in the domestic judicial psyche brought about by almost a half century of membership.

Before EEC membership, the UK constitution was a political constitution and its pre-eminent legitimating foundation was parliamentary sovereignty. All constitutions owe their origins to politics but the UK was almost unique in the

absence of judicially determined parameters in the constitution's functioning. Parliament's will set in legislation was unquestionable, whether the legislation enshrined the substance and spirit of the rule of law or not. The doctrine of the supremacy of legislation, and the sovereignty of the Queen in Parliament as a legislator, was the rule of law. Who controlled Parliament controlled legislation and the content of the rule of law. A large Commons majority after a general election, such as we have now, can be used to express populist, demagogic, xenophobic policies. Some will say this is the whole point of elections, especially in a first past the post system of victory.

Legislation has to be interpreted by the courts. Our judges are not hand-picked for their political preferences and I am confident they approach their task in a spirit of independence. The methods of interpretation are common law inspired and have been fashioned to give a special protection to human and constitutional rights^[1]. But they are left with little alternative when the legislation is clear and determines one outcome. Short of invoking the Human Rights Act (below) there appears little they can do to resist an autocratic, arrogant and abusive executive in such a context.

The EU added a dimension of overriding legality to our constitution that was judicially determined and made by an edifice constructed by law. There is no need for me to detail the judgments of the ECJ on sovereignty and direct effect. The full implications of *Van Gend en Loos* and *Costa v ENEL*^[2] were not grasped by our judges for almost twenty years. When the lesson was learned it had profound effects^[3]. Not only was legislation disapplied which contravened directly enforceable EU law but injunctions could issue against a minister standing in the shoes of the Queen as an officer of the Crown when contravening EU law. These remedies were then applied against a minister in a case involving no element of EU law^[4]. The cases were in an English setting revolutionary and challenged both Parliamentary sovereignty and Crown immunity. The latter doctrine had been used as a cover by the executive for its actions since personal rule by a monarch disappeared with "divine right".

It seemed we stripped the King of power to let his secretary of state run free^[5]. The efficacy of EU law helped ensure that was not the case.

My colleague Mike Varney and I have set out a thesis for the revolutionary impact of these and subsequent judgments of the House of Lords and Supreme

Court in British judicial attitudes. In short, if legislation can be set aside because it contravenes EU law, so much was implied by the European Communities Act 1972 s 2(1) and 2(4) ensuring the supremacy of EU law and protecting the 1972 legislation against implied repeal, then what of the next step: striking down legislation because of unconstitutionality? Constitutionality based on the principles of our constitution as shaped by the common law through judicial decisions?

We explain^[6] how not only was the sovereign will of Parliament disappplied when it contravened EU law, but the sovereignty of EU law was itself brought into question when it clashed with constitutional fundamentals contained in the UK separation of powers, or identity of citizenship, or one might add inquisitively, the rule of law protecting fundamental rights such as democracy and the right to vote, access to justice or legal protection^[7]. Constitutionality itself was now in the legal crucible^[8].

On various occasions, the courts have expressed the view that they will not accept legislation that acted in defiance of the rule of law, obiter^[9]. Simultaneously, the judges have perennially proclaimed the sovereignty of Parliament^[10]. Might the outcome be Parliament is sovereign as long as it does not abuse its sovereignty? Its sovereignty means it must be given the opportunity to repair its own damage. The judge is not questioning overall sovereignty; the judge is not usurping the role of legislator.

Not even Coke CJ in *Bonham's case* in 1610 (77 Eng Rep 638) advocated that. The judge is refusing to enforce a particular rule because of its repugnance to human rights and constitutionalism. As the judges have put the point, were our public life to come to this pass things have gone badly wrong. It is to be hoped, as they have hoped, they never do.

The spectre of judicial resignation, or dismissal from office and chastisement will arise.

Post Brexit, of course, UK judges do not have the protection of Art 19 TEU and Art 47 CFR^[11]. Matters have not reached that stage. A clash of the Titans is not anticipated. But the *Miller* litigation came close to it. *Miller No 1* was the occasion when the Supreme Court by an 8-3 majority ruled that the government did not have a prerogative power to notify the EU under Article 50 TEU of the UK's wish to leave the EU^[12]. Such an action could only be effected by legislation

and not prerogative. Prerogative is the totality of the ancient powers of the Crown in governance, now largely but not exclusively exercised by the government advising the Monarch. A conventional reading of the law might suggest that the prerogative could be so used^[13]. But the large Supreme Court majority in favour of legislation was making a constitutional point. Leaving the EU involved a major change in our constitution.

Such a change required the ultimate legal imprimatur in our constitution: legislation. If Parliament needed to be reminded by the court on this, so be it.

My attention turns to *Miller No 2*. This litigation I believe is more constitutionally momentous than *Miller No 1*. It concerned the prorogation (suspension) under prerogative power of the UK Parliament by the Prime Minister for almost five weeks in the autumn of 2019. It is redolent of clashes between the Stuart kings and Parliament in the seventeenth century. The prorogation was to avoid Parliamentary scrutiny and opposition to Boris Johnson's plans for the UK departure from the EU including the distinct possibility of a no-deal departure and its disruption. Unlike the Commons to emerge after the 2019 elections, Johnson was in a weak position in that House which had begun to act almost as a governor.

As far back as 1610, the courts in England had ruled that the King has no prerogative but that which the law allows him, and one adds, recognises^[14]. Since the 1960s, the courts had chipped away at the ancient prerogative powers. But this was where the exercise of a prerogative interfered with an individual's rights or undermined legislation, the latter point illustrated by earlier case law. There was judicial acceptance that on some matters it was inappropriate for the courts to challenge a prerogative power by judicial review. The Monarch's dissolution of Parliament had been given as an example of this in the mid 1980s^[15]. A dissolution leads to a general election and a new Parliament – or it should do. The problem in *Miller No 2* was that, as the Supreme Court saw it, Parliament was thwarted for a period of up to five weeks in a crucial stage of EU negotiations both from its constitutional role of exercising sovereignty through legislation and rendering the government accountable for its actions/non actions to the people's representative chamber.

A unanimous court of eleven^[16] ruled that for the PM to do this without offering any reasons for his advice to the Queen to prorogue was not only

unconstitutional but, and crucially, it was unlawful. As a consequence, Parliament had not been prorogued. Parliament resumed sitting on the next day. The Divisional Court in England and Wales had ruled that such an exercise of the prerogative was not justiciable. It was confined to the realm of high politics^[17] – a different decision was taken by the Scottish Inner House^[18].

I see *Miller No 2* as a natural progression of case law since the 1960s, which itself had been nurtured in far earlier English case law. Developments in judicial review after 1973 had been heavily influenced by principles of review from EU law^[19]. The case law is rich with examples of legitimate expectation, giving reasons for decisions, proportionality, legality, legal protection and access to justice, legal certainty and equality to name a few. These principles came from EU influence.

I do not think the point was lost on Boris Johnson who, along with Dominic Cummings, was the architect of Brexit. In his 2019 election manifesto published shortly after *Miller No 2*, Johnson promised a review of the constitution and specifically of judicial review and the Human Rights Act. JR had been used as a device he argued to conduct politics by another means leading to abuse. Two reviews were set in motion in 2020 and 2021 of judicial review and the Human Rights Act.

Despite a basically clean bill of health on judicial review conducted by a government appointed expert panel (containing some notable sceptics of judicial review and judges) the government proceeded to a further consultation on judicial review reforms with the general public because of apparent difficulty with the experts' assessment^[20]. In the event the reforms suggested and put into legislation are comparatively modest^[21]. There is a clear threat if the judges overstep the mark, the government will return to more significant reforms.

The reform of the human rights act followed a similar pattern to JR with the appointment of an “independent” expert panel and publication of a consultation document by the government when the panel's report was published^[22]. This did not entail a review or removal of substantive ECHR rights the government emphasised. The HR Panel was like the JR panel balanced and temperate in its proposals. It observed that a «*markedly stronger and more positive public perception of the HRA was noted in Northern Ireland, Scotland and Wales than was apparent in England*»^[23]. The government wanted more significant reform. The government initially envisaged a review that would examine the relationship

between domestic courts and the ECtHR (CHR). Secondly, it would examine the impact of the HRA on the relationship between the Judiciary, the Executive (Government) and the Legislature. «*It particularly focuses on what might be termed the impact that the HRA has had on the “constitutional balance” that exists between them*»^[24]. The reforms envisaged by the government are more belligerent in tone than those of the panel (CP 586 (December 2021))^[25]. They would end the “mission creep” of the use of the Act by lawyers while maintaining the UK’s commitment to the ECHR. This comes after well over ten years of attacks on the ECHR and “lefty lawyers” by the Conservatives in opposition and in government. A modern Bill of Rights (BoR) would «*provide a clearer demarcation of the separation of powers between the courts and Parliament*»^[26]. The reforms will provide a check on the expansion of human rights without democratic oversight and accountability – in other words judges will be restricted in the criticism they make through human rights litigation of the executive and legislation so that the BoR will preserve Parliament’s democratic prerogatives in the exercise of the legislative function^[27]. The BoR will strengthen the Supreme Court’s powers in the interpretation of the ECHR rights so as not to be bound by the Strasbourg CHR (UK judges are not so bound!) and provide a “democratic shield” to protect Parliamentary sovereignty^[28]. Again and again the senior courts have shown they are not slavishly aping the Strasbourg court. They have also shown reluctance to go beyond that court^[29]. The Bill attempts to make the Court of Human Rights an optional consideration and in some cases, eg interim orders, an irrelevance. According to the government the new BoR will provide a better balance between individual rights and the rights of society as a whole and introduce a leave stage for applications, as in judicial review. The Bill of Rights was introduced into the Commons on 22 June 2022. The opportunity was taken to introduce a clause seeking to circumvent the future issue of interim orders by the Court of Human Rights affecting the exercise of powers of the UK government. This occurred in a case involving a deportation of asylum seekers to Rwanda when the flight was grounded in England by order of the Court of Human Rights, even though the English courts had allowed the flight without testing the legality of the policy.^[30] The Bill provides that for the purposes of determining the rights and obligations *under domestic law* (emphasis added) of a public authority or any other person, no account is to be taken of any

interim measure issued by the European Court of Human Rights. The domestic court may not have regard to any interim measure issued by the European Court of Human Rights. The legality of this under international law has to be tested.

It was notable that both the *Miller No 2* judgment and the judicial developments in JR and HRA have attracted some impassioned academic legal opposition^[31]. In *Miller No 2*, it was claimed the court did not give sufficient weight to the arguments based on Article 9 of the 1689 BoR which seeks to prevent proceedings in Parliament being questioned in any other place i.e. the courts. The attacks on judicial review are at best an attempt by critics to turn back the clock not only to pre-1972 ECA but on movements pre-dating that Act. The action to prorogue Parliament involves Lords Commissioners on behalf of the Crown reading out the prorogation to both Houses. That action is predicated on advice from the PM to Her Majesty in the Privy Council. This advice is not a proceeding in Parliament and as we have seen was based upon an illegality – not the only time the PM has been found guilty of breaching the law in his official capacity. Whatever the limits on attacking a prerogative power, illegality is not among them. It is not without interest that when BJ sought to re-introduce the prerogative of dissolution by repealing David Cameron’s Fixed Term Parliaments Act, he did not seek to protect prorogation from judicial review. Only dissolution was given that protection. This is in line with previous case law.

2. The European Convention on Human Rights before the HRA

It is worth recalling how frail the protection of human rights was in the UK leading up to the 1998 HRA. Numerous cases allowed the executive in the form of the police, the prison service, immigration authorities or other wielders of official power the right to interfere with communications, organise forms of imprisonment in breach of Article 3 ECHR, administer corporal punishment because there was no law against it and authorities were, like everyone else, free to do what the law did not prohibit. If an individual had no rights in law, they invariably didn’t where what we term human rights were involved, there was nothing to hold the authorities in check. There was no right protected by law with a guaranteed legal remedy subject to exceptions that were in accordance

with the law, necessary and proportionate. There were simply residual liberties which could easily be removed by legislation or official fiat.

The ECHR was not a part of domestic law and could not override a power set out in statute although it could be used as a guide to interpretation of statute or common law. Human rights law has been transmuted in the UK but the reason for this was the influence of the judgments of the CHR after the convention's incorporation into domestic law. Prior to that incorporation it was but a pale shadow, although from the 1980s it was showing increasing traction. This provided a stimulus to the common law of human rights. After incorporation it was enforceable domestically under the terms of the HRA. The government position as expressed in the HRA review assumes a resolute common law but does not acknowledge the European provenance that changed the common law from that shadow. I am reminded of Neuberger LJ in a case concerning admissibility of evidence obtained by torture from third parties which was ruled admissible by the Court of Appeal: «*If my conclusions on the issue so far are correct, they may be said to be somewhat ironic: the common law of England, which has a particularly good record as to the vice of torture since 1640, does not exclude evidence obtained by torture, whereas the law of Europe, where the abolition of torture is rather more recent, would exclude such evidence*»^[32].

The common law moves more by pragmatism than principle he said but «*the very fact that countries in mainland Europe have had a more chequered history over the past 300 years may render their courts more sensitive on issues such as torture*»^[33]. It was left to the House of Lords to rule a bar on evidence obtained by torture deciding the case on “constitutional principle” not “technical rules of the law of evidence” as had the Court of Appeal. The case post-dated the incorporation of the ECHR, which had no relevance to the point of law in issue, but it displays a compromised approach to vital questions of human rights under the common law by the Court of Appeal, an approach which characterised English courts and human rights pre-incorporation.

3. The Supreme Court and EU Law

On 6 April 2022, Lords Reed and Hodge, President and Vice President of the Supreme Court, gave evidence to the Lords Constitution Committee, an annual

session involving the Supreme Court^[34]. Amongst other topics, Reed spoke of the Supreme Court and the ECJ. He explained how the Privy Council has heard a case involving EU law (in Gibraltar) *Gibfibre v Gibraltar Regulatory Authority*, 2021, UKPC, 31 arising after Brexit^[35].

The case concerned the Gibraltar Regulatory Authority (“the GRA”), the regulator of the telecommunications industry in Gibraltar and an authorised operator of a public telecommunications in Gibraltar. GRA is the appointed national regulatory authority in accordance with the Communications Act 2006 (“the Act”) which transposes into Gibraltar law the provisions of Framework Directive 2002/21/EC on a common regulatory framework for electronic communications networks and services (“the Framework Directive”).

Lord Sales noted in his judgment, at para 68, that in the legal context as it stood prior to Brexit he did not think that it could have been said that the proper interpretation of the Access Directive regarding its scope was “acte clair”. The result would have been a reference to the Court of Justice of the European Union. In the proceedings before that court, the European Commission would have appeared to make submissions. The Court of Justice would thus have had the benefit of submissions regarding the policy aims of the common regulatory framework from the body which understands in detail the nature of the markets sought to be regulated, which had formulated the policy to be given effect in the relevant interlocking Directives which comprise that framework, which had drafted them as proposals to be put to the European Parliament and the Council and which continues to have an important role in the implementation of the framework regime (see, articles 7, 15, 17 and 19 of the Framework Directive and article 8(3) of the Access Directive). The domestic court would then have applied the law as interpreted by the Court of Justice to the case at hand.

But the obligation to make a reference to the Court of Justice has gone and the Supreme Court lacks the power to do so. The Board must make its own decision regarding the meaning and effect of the Access Directive without further input from the Commission. We have to determine the case, said Lord Sales, on the basis of the materials available to us. «*Whilst I think it is possible that the Court of Justice might reach a different view from us regarding the meaning and effect of the Directive, I have no confidence that it would be likely to do so*». The PC then reasoned to its conclusion.

The case arose prior to Brexit but was determined by the Privy Council after Brexit and involved no member state. Lord Reed expressed the view that there was no confidence the court would arrive at the same conclusion on the Directive as the ECJ. Post Brexit and the Transition Period, references may no longer be made to the ECJ, but this is not the case under the NI Protocol (below). The same piece of legislation (directive) could have been given two different interpretations in different parts of the UK i.e. between NI (ECJ) and England, Wales and Scotland (Supreme Court). In England the directive was retained EU law; in NI it was EU applicable law.

Choice of law clauses frequently cite the use of English law and courts in commercial disputes and this is going to raise increasing illustrations of choice of law conflicts between English law and EU law where a point of EU law arises. Neither the Supreme Court, nor domestic courts apart from those in Northern Ireland, have power to refer to the ECJ. As Reed spoke (6/04/22) a case had arisen in which an English court had awarded an injunction against a party taking the case to Luxembourg on a preliminary reference. Appeal to the Supreme Court was possible.

4. Retaining and removing EU law^[36]

The EU (Withdrawal) Act 2018 (EUWA) (and now see 2020 EU Withdrawal Agreement Act) was passed to ensure a smooth transition for the UK's legal system after Brexit. This meant that all EU law (except the Charter of Fundamental Rights), together with pre-Brexit principles of interpretation of EU law (known as "general principles of law") and the pre-Brexit case law of the Court of Justice, was converted into UK law on 31 December 2020 as "retained EU Law" (REUL). The general principles may be used in a "purposive way" by UK courts but not to disapply UK laws post Brexit or to "create rights of action". While the Charter of Fundamental Rights is not maintained by deliberate exclusion this does not remove any underlying fundamental rights or principles which exist, and EU law which is retained will continue to be interpreted in light of those underlying rights and principles. This seems to suggest out by the front door but in via the back door. The rule in *Francovich* and liability does not apply after 31 December 2020.

Furthermore, REUL takes precedence over conflicting provisions of pre-Brexit UK law. After Brexit, Parliament can pass a law to reverse any judicial decisions giving primacy to EU law. It can also pass laws to repeal any REUL it no longer wishes to have on the statute book. So, to that extent control has been taken back. The Supreme Court and Court of Appeal and Scottish equivalents may also diverge from erstwhile CJEU binding judgments (SI 2020 No 1525 EUWA etc Regs). It was recommended that this power should be widely extended to lower courts and this was avidly advocated by Lord Frost but this to date has not happened. Common sense seemed to prevail over dogma and a recipe for total chaos. In short since 31 December 2020, the UK is no longer bound by past EU law if it chooses not to be and, apart from Northern Ireland, is not bound by future EU law^[37].

The Trade and Cooperation Agreement (TCA) stipulates that each side sets its own policies in areas such as social, commercial, environmental matters and criminal justice. However, the safety net for the parties referred to as level playing field provisions means that if this creates a material impact on trade or investment, the EU (or UK) may take retaliatory action. The TCA is replete with dispute mechanisms involving consultation, negotiation, and arbitration as well as “rebalancing” measures^[38].

The ECJ retains an important role under the Withdrawal Agreement: under the provisions on citizens’ rights UK courts may make a preliminary reference to the ECJ about the interpretation of the WA until 2028. The general dispute resolution mechanism (DRM) provides for political consultation and then arbitration; however, if a point of EU law is at issue, a reference must be made to the ECJ. Under the Northern Ireland Protocol, the ECJ continues to have the same role as it did before Brexit in matters covered by the Protocol. So, for example, the Commission can bring enforcement proceedings against the UK (Article 258 TFEU and it has commenced such action) and national courts can make references to the ECJ (Article 267 TFEU) on points covered by the NIP. Provision is made for litigation commenced before 31 December 2020. Johnson is planning changes under the NIP (below).

The Commission commenced proceedings under the Protocol before the ECJ when the UK unilaterally extended smoothing provisions for the Protocol’s introduction. The DRM was resorted to as well by the Commission. The UK

complained in its White Paper in July 2021^[39] that the ECJ should have no role under the Protocol – having agreed to the Protocol. The UK wants the DRM that applies under the TCA to apply to the Protocol. Yet because the TCA contains no elements, with minor exceptions, of EU law, the TCA’s DRM can be based on the model found in more standard trade agreements (political consultation and then arbitration, with no role for the ECJ). One possible compromise might be that the Withdrawal Agreement’s general DRM be applied to the Protocol as well suggests Barnard. The 2021 paper mooted the possibility of invoking Article 16 of the Protocol to exert leverage although the Article was not intended to allow either party to suspend provisions of the protocol permanently or in their entirety.

The NIP, agreed by Johnson and effectively forced on the Democratic Unionist Party (the leading protestant party in Northern Ireland) by Johnson has been an albatross dangling around Johnson’s neck. While on a trade mission to India in April 2022, the PM asserted that he was prepared unilaterally to tear up the NIP if the EU failed to make changes. He was prepared to legislate for change without EU agreement. This has been threatened previously and had the Attorney General’s support that such action would not breach international law because of Parliamentary sovereignty. The US urged the UK to reach a compromised settlement. Both the EU Commission and Labour opposition said that such unilateral action would breach international law. The Commission emphasised that the NIP created bi-lateral legal obligations. Such breaches would reverberate badly at a time when Russia was acting in breach of international law. Sinn Fein (the Irish nationalist (catholic) party in NI) supported the NIP and its observance; the DUP (above) wanted resolution of the Protocol’s “problems” before governmental power sharing, set out in legislation, could recommence in NI^[40]. Back on the mainland BJ is planning to extend relaxation of border controls for EU goods to the UK because of the threat of shortages. The relaxation was only operated by the UK.

In respect of post-Brexit ECJ cases, we have seen UK courts and tribunals are not bound by them, and preliminary references to the ECJ are no longer permissible. But a UK court or tribunal may have regard to anything done on or after the end of the transition period (31/12/2020) by the ECJ *«so far as it is relevant to any matter before the court or tribunal»*. In other words, UK courts can take post-

Brexit ECJ case law into account when interpreting REUL. This provision will be watched with keen interest. Even the Northern Ireland Protocol Bill (June 2022), which authorises wholesale breach of the EU/UK Withdrawal Agreement and removes the jurisdiction of the ECJ under the protocol, allows regulations authorising a UK court or tribunal to refer a question of interpretation of EU law to the European Court where— (a) the question arises in proceedings before the court or tribunal, and (b) the court or tribunal considers that it is necessary for the European Court to deal with that question before the court or tribunal can conclude the proceedings ‘which would then be fed back into the UK court processes.’^[41] Consistency is not a virtue of Johnson’s government.

5. Further Action on REUL

The UK government prioritised UK regulatory autonomy in the TCA. Lord Frost as Brexit minister thought the presence on the UK statute book of volumes of REUL was unacceptable. In his final resignation speech to Parliament in December 2021, he said he wanted to give REUL a «*more appropriate status within the UK legal system for the purposes of amendment and repeal*». This prompted concerns that if this resulted in downgrading all REUL to secondary legislation (some of it is currently considered primary legislation), thus making it much easier to repeal, Parliamentary scrutiny would be inadequate, especially if, as proposed, an “accelerated process” is involved. In its *Benefits of Brexit* policy paper^[42], the government reiterated Lord Frost’s ambition to allow «*changes to be made to retained EU law more easily*». «*Our intention is to ensure that this foreign-derived body of law has the appropriate status given that we are no longer a member of the EU*». A “targeted power” would provide a mechanism to allow REUL to be amended in a «*more sustainable way to deliver the UK’s regulatory, economic and environmental priorities*»^[43]. The Government intends to prioritise reform of retained EU law in areas that will deliver “the greatest economic gain”. The government also wanted to give Parliament the power to define in a more precise way the relationship between retained EU law and UK law. This involved removing the supremacy of pre-Brexit law over pre Brexit UK law^[44]. This will raise complex issues of legitimate expectation and entitlement. The government is also reviewing the substance of REUL and categorising it.

«Once all retained EU law has been categorised, we will make this catalogue public and any subsequent changes to retained EU law accessible»^[45]. No doubt this review will suggest areas for amendment, replacement or repeal but the space for reform is constrained in practice by the level playing field provisions in the TCA – just think of competition, state aids, data protection, environmental protection, employment rights and human rights; concerns about regulatory divergence within the UK, particularly given the inhibitions imposed by the Northern Ireland Protocol; and manufacturers, financiers, professionals, entertainers and so on who in many cases are fretful of divergence and who do not see benefits in divergence from a business or occupational point of view. These changes are unavoidable given the UK's departure from the EU but the published proposals are sometimes accompanied by irresponsible claims by Johnson not only to disobey our treaty obligations with the EU but to introduce sunset repeal laws in an indiscriminate and unconsidered manner. Bravado is a part of Johnson's make-up.

6. Conclusion

So, what do we have? A judiciary that has matured constitutionally under European influence and which is fully conversant with EU and human rights jurisprudence. There is no stepping back from the fact that questions of legality and justiciability now inhabit our constitutional sphere in a way unknown before 1973. While there will remain reluctance among UK judges to become involved in matters of high foreign policy (though recall *Miller No 1*) or in matters of high politics which are best resolved through the political process and in which no legal issue emerges, is it really beyond possibility that dishonest conferral of honours under the prerogative, or an outright illegal war, will remain immune from judicial scrutiny? The impact of judicial review and human rights reforms await careful assessment.

A statute book containing, according to the government, 1,400 pieces of REUL (which seems a very low estimate by the government) which it will take years to alter, adapt or remove in their entirety despite the expedited procedures in the Brexit Reform Bill. There are 2,376 UK acts subject to EU supremacy, a supremacy which the bill hopes to remove^[46]. A judiciary that is statutorily

encouraged to refer to future EU case law in interpretation of relevant matters. A reform of the HRA which, far from past experience, will maintain all the rights in the ECHR and accord proper respect to the CHR in which judicial dialogue will be encouraged with UK judges even if the government would like to make the CHR's role optional in domestic law. And despite all the rhetoric of taking back control, Global Britannia, a sovereign legislature free from restraint and world beating regulation, the reality is a world in which opportunities for regulatory divergence^[47] from the EU are legally and practically limited by the inhibitions of commercial and economic reaction if the UK strays too far from the norms laid down in EU law.

Conversely, the most significant event to affect the UK and the world since Brexit has been Coronavirus^[48], though events in Ukraine may produce comparable shock waves. During the first phase of the pandemic — this was before the end of the transition period — the UK was still subject to EU rules. This included EU State aid rules. They had no constraining effect on the UK's response. As Barnard points out, because some of the UK's schemes, such as furlough, were universal they did not need to be notified to the Commission. Where notification was required, such as the Coronavirus Business Interruption Loan Scheme, then notification and clearance were given under expedited clearance. This occurred under the Commission's Temporary Framework. The UK's first vaccine was approved by the UK Medicines and Healthcare Regulatory Agency (MHRA) during the transition period. This action was allowed under the relevant EU legislation whereby member states were permitted to grant temporary authorisation. The action was consistent with EU policy and was not the result of a new-found post Brexit freedom.

The first UK procurement of vaccines also occurred during the transition period: under EU rules the UK was not obliged to participate in the EU's joint vaccine procurement scheme and proceeded alone. While vaccination was an early success story, the pandemic brought about action by the UK government that was widely criticised in the media and Parliament, and which led to a large body of litigation attacking alleged favouritism in procurement, corrupt appointments and serious wastage of public funds. While the government was unsuccessful in some litigation, it was successful in some of the procurement litigation involving the transposed EU procurement directives^[49]. The government has just lost a case

CERIDAP

involving its policy of returning senior hospital patients to care homes without any Covid testing, under common law irrationality not the HRA^[50]. Both Brexit and the pandemic saw the government resort to vast amounts of delegated legislation, the bulk of which meant there was inadequate Parliamentary scrutiny; I have already adverted to the use of such delegated measures to remove REUL. The scope to wander from EU norms, whether in data protection, public procurement, financial services or removing EU influence will be practically limited. More pressing will be the challenge to Parliament to keep under scrutiny the vast delegation of Brexit legislative powers to the executive. Devolved legislatures will also face challenges as Brexit unleashes a power-grab by the UK government to legislate in areas which devolved legislatures claim to be within their devolved competence. We shall have to see whether Johnson's resignation as Prime Minister introduces any significant changes in policy.

1. *Simms v SoSHD*, [1999] UKHL, 33, see Lord Hoffmann, second paragraph, *Laws LJ*, in *Thoburn v Sunderland City Council*, [2002] EWHC 195 (Admin), paras. 62-64.
2. *Case 26/62* and *Case 6/64*.
3. *R v Secretary of State for Transport ex p Factortame Ltd (Interim Relief Order)*, [1990] UKHL, 7.
4. *M v Home Office*, [1993] UKHL, 5.
5. *Entick v Carrington*, [1765] EWHC KB J98, per Lord Camden CJ who in his judgment ensured the secretary of state did not "run free" although we had to wait almost 200 years for the Crown Proceedings Act 1947.
6. P. Birkinshaw and M. Varney, in *Britain Alone!*, (2016) Eds A. Biondi and P. Birkinshaw, ch 1.
7. *R (HS2 etc) v SoS for Transport*, [2014] UKSC 3, paras. 206-208; *Pham v SoS HD* [2015] UKSC 19, para. 80 and para. 82.
8. A significant contribution was made by Laws LJ, *Thoburn* above.
9. *Moohan v Lord Advocate*, 2014, UKSC 67; *Schindler*, 2016, EWCA Civ 469; *R (Public Law Project) v Lord Chancellor*, 2016, UKSC 39, para 20; Lords Wolf and Hope writing extra judicially have raised the possibility of judicial refusal to enforce an act of Parliament. See Lord Hope, *AXA Insurance Ltd*, 2011, UKSC 46, para. 50; *Jackson v Att Gen*, UKHL 56.
10. See Lord Sumption, *Privacy International*, 2019, UKSC 22; T. Bingham, *The Rule of Law*, 2010, ch 12 and note the Human Rights Act Independent Panel Report below (HRA Panel Executive Report para 51) note 22 below.
11. *Poland v Parliament and Council*, 16 February 2022, C-157/21.
12. *R (Miller) v SoS for Exiting the EU*, 2017, UKSC 5.

CERIDAP

13. See P. Birkinshaw, 2017, *European Public Law*, 23(1), 2017, p.1.
14. *Case of Proclamations* (1611), 12, Co. Rep., 74.
15. *CCSU v Minister for the Civil Service*, 1984, UKHL 9.
16. *R (Miller) v The Prime Minister*, 2019, UKSC, 41.
17. *R (Miller etc) v Prime Minister*, 2019, EWHC, 2381 (QB).
18. *Petition of J. Cherry et al*, 2019, CSOH, 70.
19. P. Birkinshaw, *European Public Law: The Achievement and the Brexit Challenge* 3rd, ed 2020, ch 8.
20. <https://www.gov.uk/government/consultations/judicial-review-reform>
21. These are in the Judicial Review and Courts Act 2022.
22. (<https://www.gov.uk/guidance/independent-human-rights-act-review#about-the-independent-human-rights-act-review>) See from the Law Society: <https://www.lawsociety.org.uk/campaigns/consultation-responses/human-rights-act-reform-a-modern-bill-of-rights-consultation-law-society-response>.
23. See The Independent Human Rights Act Review – Executive Summary (https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1040526/ihrar-executive-summary.pdf), p.8
24. *Ibidem*, p.3
25. (<https://consult.justice.gov.uk/human-rights/human-rights-act-reform/>)
26. See Ministry of Justice, “*Human Rights Act Reform: A Modern Bill Of Rights. A consultation to reform the Human Rights Act 1998*” (https://consult.justice.gov.uk/human-rights/human-rights-act-reform/supporting_documents/humanrightsreformconsultation.pdf), p.3
27. *Ibidem*, p. 5
28. *Ibidem*, p. 7
29. The HRA is enforced under the terms of domestic law: see *McQuillan*, paras 149 – 157, below; *AB*, 2021, UKSC 28. See *Gardner* note 49 below. In relation to operative timescales for the ECHR to apply under the HRA see *In the Matter of an Application for Judicial Review by Margaret McQuillan (NI) et al*, 2021, UKSC 55.
30. European Court of Human Rights Press Release ECHR 197 (2022) 14.06.22 *NSK v United Kingdom* App No 28774/22.
31. E.g., T. Endicott (2020) L.Q.R. 175.
32. England and Wales Court of Appeal, Civil Division, “*A & Ors v. Secretary of State for the Home Department*, [2004] EWCA Civ 1123, para. 474. See *A v SoSHD* [2005] UKHL 71.
33. *Ibidem*
34. <https://committees.parliament.uk/event/13193/formal-meeting-oral-evidence-session/>.
35. <https://www.bailii.org/uk/cases/UKPC/2021/31.html>.
36. For a short introduction see C. Barnard: https://ukandeu.ac.uk/wp-content/uploads/2022/03/UKIN-Constitution-Governance-Report_FINAL-PROOF.pdf, p. 72.
37. See

CERIDAP

- <https://eurelationslaw.com/blog/accrued-eu-law-rights-a-guide-for-the-perplexed#more-983>.
38. See P. Birkinshaw, *European Public Law*, 27(2), 2021, p. 229.
 39. Northern Ireland Protocol: the way forward (publishing.service.gov.uk).
 40. *Financial Times*, 23-24 April 2022, p. 2.
 41. NI Protocol Bill Explanatory Notes para. 101.
 42. The Benefits of Brexit: How the UK is taking advantage of leaving the EU (publishing.service.gov.uk):
https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1054643/benefits-of-brexit.pdf.
 43. *Ibidem*, p. 34
 44. *Ibidem*
 45. *Ibidem*
 46. https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1074113/Lobby_Pack_10_May_2022.pdf, p. 52.
 47. See Changing UK in Europe *Regulatory Divergence Tracker* <https://ukandeu.ac.uk/research-papers/uk-eu-regulatory-divergence-tracker/>.
 48. See Barnard above n. 36.
 49. *R (The Good Law Project) v Minister for the Cabinet Office*, 2022, EWCA, Civ 21 on appeal from O'Farrell J in *R. (The Good Law Project) v Minister for the Cabinet Office & Anor*, 2021, EWHC, 1569, (TCC). See also *R (GLP et al) v Secretary of State for Health and Social Care*, 2022, EWHC, 46 (TCC) and *R (GLP et al) v Secretary of State for Health and Social Care*, 2021, EWHC, 346 (Admin).
 50. *R (Gardner etc) v SoS H&SC*, 2022, EWHC, 967 (Admin).

La semplificazione dei contratti pubblici: ricorrente “utopia” o occasione da cogliere?

Mario Gorlani

DOI: 10.13130/2723-9195/2022-3-10

Il contributo si propone di riflettere sui vani e ripetuti tentativi del legislatore di semplificare la normativa e le procedure per l'affidamento dei contratti pubblici, principalmente mediante discipline emergenziali che, spesso, generano maggiori incertezze di quelle che vorrebbero risolvere, e che comunque contribuiscono ad accrescere le difficoltà interpretative ed applicative. Si suggerisce perciò di perseguire in primo luogo la stabilità della disciplina, e in secondo luogo una sua effettiva semplificazione mediante la valorizzazione della discrezionalità, professionalità e responsabilità delle stazioni appaltanti.

The simplification of public contracts: recurring “utopia” or an opportunity to be seized?

The paper aims to reflect on legislator’s vain and repeated attempts to simplify the regulations and procedures concerning public contracts. The attempts have mainly been through emergency responses which often create uncertainty and difficulties in interpreting and applying rules. The author urges the pursuit of legal stability and a true simplification through the development of discretionary powers, professionalism and responsibility on the part of the contracting authorities.

1. La semplificazione delle procedure amministrative: un mito impossibile o un problema impostato in modo non corretto?

Alcuni anni fa è uscito in Italia un libro di Cass R. Sunstein, intitolato «*Semplice – L’arte del governo nel terzo millennio*»^[1], nel quale l’autore, già consigliere

giuridico del Presidente Obama e direttore dell'OIRA (Office of Information and Regulatory Affairs), spiega che dovrebbe essere imperativo di qualunque legislatore e di qualunque governo sforzarsi di elaborare regole semplici, facilmente intellegibili, il più possibile sburocratizzate nelle procedure applicative, come viatico per una vita migliore dei cittadini.

Al di là di qualche eccesso di ottimismo e di fiducia nelle soluzioni proposte, il volume di Sunstein testimonia che il problema della semplificazione delle normative e delle procedure amministrative ha una portata ben più ampia del solo caso italiano ed è diventato un vero e proprio mantra di qualunque programma di riforma, a qualunque latitudine e in ogni ordinamento^[2].

In Italia in particolare, tra Ministeri per la Semplificazione amministrativa (che a governi alterni vengono riproposti), programmi legislativi di semplificazione, semplificazione delle procedure amministrative, decreti semplificazione, ecc ..., siamo di fronte ad uno dei temi dominanti della cultura giuridica (amministrativa) contemporanea^[3], alle prese con una dilatazione normativa abnorme e bisognosa di una radicale inversione di rotta, peraltro tanto auspicata a parole quanto difficile da concretizzare nei fatti. La semplificazione, amministrativa e normativa, rappresenta da anni, nell'auspicio di tutti, a partire dallo stesso legislatore, una vera e propria chiave vincente per il rilancio dell'economia^[4].

Lo sforzo di semplificazione, tuttavia, risulta puntualmente e sistematicamente frustrato, come fossimo di fronte ad un'impresa tanto complessa quanto sostanzialmente inutile: dalla fatica di Sisifo^[5] alla tela di Penelope, si sprecano le metafore attinte dalla mitologia greca per descrivere l'irraggiungibilità dell'obiettivo. Da auspicio e programma di riforme, la semplificazione tende così ad assurgere a vero e proprio "mito impossibile".

In effetti, non si affronta correttamente il tema della semplificazione legislativa e amministrativa se non si parte da un dato di fatto ineludibile, ovvero la complessità dei fenomeni sociali ed economici oggetto di regolazione, nonché l'intreccio di interessi compositi che devono essere disciplinati, che hanno via via dato vita, quasi in ogni materia, a normative sempre più articolate, dettagliate, rigide, finendo con il creare testi legislativi di difficile lettura e di ancor più difficile applicazione. La complessità delle normative e delle procedure non è quindi, soltanto, la conseguenza di norme scritte male, di un decadimento

culturale e linguistico del legislatore o di tecniche di disciplina discutibili^[6], ma dell'oggettiva dilatazione degli interessi coinvolti da qualunque attività della società contemporanea. Si emanano normative sempre più articolate e complesse, perché sempre più articolate e complesse sono le società stesse, e vieppiù potenzialmente confliggenti gli interessi che con quelle regolazioni devono essere governati^[7].

Il quadro è reso ancora più critico dalla crisi del modello costituzionale delle fonti del diritto e dall'emergere in modo disordinato e non codificato di norme di non facile inquadramento e, quindi, coordinamento con le regole esistenti^[8]; nonché dal fatto che spesso la semplificazione viene perseguita con la produzione di nuove norme, anziché con la riduzione e la chiarificazione di quelle esistenti, che generano ulteriori complessità interpretative, anziché il contrario.

Se dunque si vuole affrontare in modo efficace il tema e l'obiettivo della semplificazione, occorre partire da alcuni punti fermi: a) la complessità normativa e procedurale è, per molti versi e in molti ambiti, un dato ineludibile^[9]; b) la semplificazione richiede uno sforzo culturale e linguistico preliminare, per produrre testi chiari e tendenzialmente stabili nel tempo; c) la semplificazione non si attua mediante la cancellazione o la deroga di norme esistenti, ma postula un approccio composito che include la responsabilizzazione e la formazione dei pubblici dipendenti, la chiarezza dei testi, ma soprattutto scelte legislative coerenti con obiettivo.

2. La semplificazione dei contratti pubblici: un aspetto specifico di un problema più generale

La tendenza alla “complessificazione” – e la correlata aspirazione alla semplificazione – è una spinta che si registra in tutti i campi del diritto amministrativo (e non solo)^[10], ma che manifesta la sua forma più acuta proprio nell'ambito dei contratti pubblici, ove *input* opposti rendono quanto mai articolata la ricerca di equilibri e di stabilità, e a cui il legislatore risponde sempre più frequentemente con l'introduzione di norme minute, finalizzate a regolare il singolo caso concreto^[11].

La disciplina degli appalti pubblici è, infatti, in perenne precario bilanciamento tra esigenze molteplici, spesso contrapposte. Si positivizzano e formalizzano

adempimenti, termini, modalità di esperimento delle gare, requisiti, ecc..., a tutela delle esigenze di legalità e di *par condicio* e, quindi, della concorrenza, ma anche nella convinzione – ma sarebbe meglio dire: illusione – di offrire alle stazioni appaltanti soluzioni pronte a fronteggiare la variegata casistica che le procedure postulano; ma, al contempo, l'eccesso di rigidità formale, di adempimenti procedurali, di regole minute, diventa una gabbia che rallenta l'attività amministrativa, alimenta i rischi di contenzioso, non consente il raggiungimento dell'obiettivo di favorire la realizzazione in tempi celeri delle opere e dei servizi programmati.

Ogni istituto normativo contiene la propria giustificazione e, al contempo, la propria contraddizione. Gli esempi sono innumerevoli: dalle regole sul subappalto (freno ad una maggiore flessibilità nella gestione di un cantiere ma anche presidio contro infiltrazioni improprie di ditte inadeguate o contro il lavoro in nero) alla disciplina della verifica dei requisiti (garanzia di efficienza e affidabilità del contraente; elemento che rallenta notevolmente la procedura di aggiudicazione), ogni norma o prescrizione o vincolo segna il punto di equilibrio, definito dal legislatore e dalla giurisprudenza (non sempre e non necessariamente in modo convincente), tra interessi opposti, e più in generale tra il polo della tempestività e il polo della legalità (detto in altri termini: tra il principio di buon andamento e l'imparzialità, per usare l'endiadi costituzionale dell'art. 97 Cost.), che si confrontano costantemente nella disciplina degli appalti^[12].

La cronica lentezza delle procedure ad evidenza pubblica, nonché la difficoltà di spendere le risorse investite e di attuare i programmi di opere pubbliche fatti propri dalle amministrazioni, rivelano che, a tutt'oggi, quel "precaro" equilibrio non ha dato i risultati sperati ed è oggetto di seri ripensamenti, in una prospettiva di semplificazione e accelerazione delle procedure.

In materia di appalti, peraltro, quando si parla di semplificazione, si deve tener conto di due approcci distinti: o una semplificazione "ordinaria", se così si può chiamare, volta alla chiarificazione e stabilizzazione della disciplina vigente; o una semplificazione "emergenziale", fatta di sospensione di norme, deroghe temporanee, procedure e competenze speciali nonché di soglie alterate.

Ogni volta in cui si sono verificate condizioni di urgenza o di emergenza – variamente motivate e denominate: emergenza economica; emergenza sanitaria; emergenza internazionale; emergenza energetica; emergenza idrica – i governi

hanno fatto puntualmente ricorso alla decretazione d'urgenza per introdurre, in varie forme e con diverse nomenclature, misure di semplificazione (*rectius*: di deroga) delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici^[13]: l'emergenza richiede infatti di poter disporre, in tempi rapidi, di lavori, servizi, forniture per rispondere ad esigenze concrete indotte dalla situazione; e la rapidità nella risposta è il frutto – secondo la tesi fatta propria dal legislatore - di procedure semplificate, snelle, deformalizzate, il più possibile somiglianti ai percorsi che il privato segue nella scelta del suo contraente. E ciò rappresenta la conferma di un problema di fondo: ovvero che il regime ordinario, per lo stesso legislatore, è troppo macchinoso e lento, come se la necessità di agire in tempi ragionevolmente brevi non accompagnasse la quotidianità dell'azione amministrativa, ma si giustificasse soltanto nei momenti emergenziali^[14].

In gioco c'è anche la compromissione della tutela della concorrenza^[15], perché tempi troppo ristretti per la presentazione delle offerte vanno a detrimento di un allargamento della platea dei possibili concorrenti, a maggior ragione a fronte dell'ampliamento delle casistiche in cui è possibile procedere all'affidamento diretto^[16]. Inoltre, c'è il rischio che la deformalizzazione delle procedure favorisca comportamenti devianti nella scelta del contraente, con il ritorno del fantasma di pratiche corruttive, di una lievitazione dei costi, di un'efficienza complessiva del sistema.

Pur convenendo, quindi, sul fatto che regole improntate ai principi di trasparenza e competitività obbligano le stazioni appaltanti al rispetto di passaggi procedurali rigidi, sia sotto il profilo delle tempistiche che degli obblighi di pubblicità, proprio nella tensione tra legalità, concorrenza ed efficienza, è necessario trovare - anche in una situazione di eccezionale gravità - un punto di equilibrio che salvaguardi la trasparenza dell'azione amministrativa e un livello minimo di confronto con il mercato^[17].

3. Le ragioni (talune ineludibili) della complicazione della disciplina e delle procedure di affidamento dei contratti pubblici

Le considerazioni appena svolte inducono ad una riflessione sulle ragioni della complessità attuale. Se dovessimo assumere come modello solo gli interventi

d'urgenza, dovremmo concludere che essa è figlia dell'utilizzo delle procedure aperte e formalizzate di scelta del contraente e dei vincoli posti dal codice, che vengono perciò sospesi temporaneamente per rimuovere gli ostacoli alla sollecita conclusione dei contratti pubblici. Fuori dalla visione emergenziale, le ragioni della complessità sono altre.

In prima battuta, deve tenersi conto del carattere "alluvionale" della normativa di settore. Nessun altro ambito di regolazione pubblica ha conosciuto tre codici in vent'anni, e nell'avvicinarsi al trentesimo anno anche un probabile quarto. Non solo ma nessuna normativa ha conosciuto tante modifiche in così pochi anni: letteralmente centinaia, con una enorme difficoltà di lettura, coordinamento, definizione dei periodi di efficacia delle singole disposizioni, consolidamento di orientamenti stabili sui singoli istituti. Era successo al Codice del 2006, e il fenomeno si è ripetuto con il Codice del 2016.

Questa "frenesia" normativa, oscillante tra irrigidimento, analiticità regolatoria e deroghe, ha matrici diverse: dalla paura della responsabilità da parte dei funzionari, al recepimento delle spinte anti-corruttive e pro-concorrenziali; dallo sforzo di ridurre il contenzioso offrendo risposte certe e predefinite ai conflitti potenziali che le procedure fanno sorgere; alla normazione multilivello che contraddistingue questo settore più di altri. E non è di aiuto, nel senso della semplificazione, la bassa qualità linguistica: norme scritte male, lunghe, difficili da leggere e ancor più da applicare, rappresentano ormai un fattore costante con cui anche l'operatore più preparato e motivato deve fare i conti^[18].

La portata "alluvionale" della normativa di settore è strettamente connessa al carattere estremamente analitico e rigido della disciplina che - per offrire certezze agli operatori privati che contrattano con la pubblica amministrazione e agli stessi funzionari che chiedono di veder ridotta la loro esposizione alla responsabilità e di poter dare risposte univoche ai dubbi che si creano - cerca di offrire soluzioni puntuali alla infinita casistica degli appalti pubblici. In realtà, se questo in parte avviene, l'esperienza ha dimostrato che tale casistica è molto più variegata di qualunque sforzo regolatorio e, quindi, per una sorta di eterogenesi dei fini, l'eccesso di regolazione, anziché dare risposte pronte e uniformi ai dubbi, finisce con il crearne altri, magari di semplice coordinamento tra le norme. Si aggiunga il ruolo della giurisprudenza, anch'essa alluvionale, che per le amministrazioni e gli operatori diventa viepiù un parametro normativo più rilevante dello stesso dato

positivo, pur in un ordinamento come il nostro improntato ai principi di *civil law*.

La complicazione deriva anche dalle rigidità e dalle troppe fasi in cui si articola la procedura di spesa pubblica. Basti pensare ai tre *step* della progettazione^[19], che si risolvono in una abnorme dilatazione dei tempi, tanto più alla luce del divieto – oggi peraltro sospeso dalla normativa emergenziale – del cumulo tra progettazione ed esecuzione; o alla necessità della validazione dei progetti, che spesso si risolve in una sorta di ripetizione del progetto *step by step*, necessaria per la carenza di competenze adeguate all'interno dell'Amministrazione, ma nondimeno tale da determinare un ulteriore allungamento dei tempi e ulteriori fasi. A questo si aggiungano le varie fasi autorizzatorie sotto il profilo vincolistico e paesaggistico, che determinano, di regola, ulteriori rallentamenti e ostacoli.

Va peraltro sottolineato che un aspetto determinante dell'efficienza del sistema – e, quindi, della speditezza delle procedure, indipendentemente dalla complicazione della normativa - avrebbe dovuto fondarsi sulla qualificazione delle stazioni appaltanti e sulla riduzione del loro numero mediante le centrali uniche di committenza, capaci di mettere in campo competenze, professionalità e strutture organizzative adeguate alla gestione delle gare, senza lasciare sulle spalle di piccoli uffici periferici il compito di gestire le procedure. Questa esperienza, però, oltre che parziale^[20], non è sempre stata del tutto convincente, sino ad ora, perché comunque tutte le fasi precedenti e successive di preparazione del contenuto degli atti di gara e di gestione del contratto fanno capo alle singole amministrazioni, e quindi ciò che si verifica – il raddoppio dei ruoli e delle competenze; la lentezza nella trasmissione tra un ente e l'altro – non sempre favorisce una reale accelerazione e semplificazione delle procedure, e soprattutto l'accuratezza dei risultati.

Inoltre, è il caso di ricordare anche lo stentato avvio degli strumenti di normazione attuativa previsti dal Codice, molti dei quali a tutt'oggi non ancora emanati; tanto che si è tornati a parlare dell'approvazione di un unico regolamento di attuazione, secondo lo schema tradizionale che si voleva superare con l'innovazione delle linee guida.

Da ultimo, anche gli interventi normativi mossi da un intento semplificatorio comportano comunque l'introduzione di regole nuove, che generano inevitabilmente incertezze applicative, dubbi interpretativi, necessità di assimilare

i nuovi meccanismi, spesso con l'effetto opposto, almeno nel breve periodo, a quello che ci si era proposti, se l'obiettivo è di accelerare le procedure. Come ha osservato il giudice amministrativo in una delle prime pronunce sul decreto Semplificazioni, «... *l'intero obiettivo della disciplina è quello di semplificare l'andamento delle gare ... [ma si tratta di] (obiettivo al cui raggiungimento, per incidens, non sembra funzionale, come reso evidente dal presente giudizio, il continuo e disallineato mutare della disciplina, con reiterata modifica dei valori di riferimento e delle tipologie di procedura, che inevitabilmente ingenera come più immediato effetto il disorientamento tanto delle stazioni appaltanti che degli operatori)*»^[21].

Quella proposta è una ricognizione sommaria e certamente incompleta delle ragioni di complicazione della disciplina degli appalti, molteplici e diverse: alcune oggettive e ineludibili, per la natura della materia che si vuole regolare e dei valori costituzionali e degli interessi coinvolti; altre invece conseguenza di scelte opinabili, di limiti culturali, di carenza di professionalità e di prassi applicative che si possono correggere.

4. Gli interventi legislativi degli ultimi anni, prevalentemente in una logica emergenziale e derogatoria

Come abbiamo sottolineato, il tema della semplificazione è nell'agenda di tutti i governi e di tutte le assemblee legislative, anche se gli approcci non si sono sempre rivelati efficaci e coerenti con l'obiettivo proposto.

Negli ultimi quattro anni, in Italia l'orientamento normativo ha privilegiato la prospettiva emergenziale e derogatoria^[22], lasciando inevasa o comunque rinviata la domanda pressante di effettiva semplificazione della disciplina in via ordinaria, che pare essere ritornata di attualità – crisi di governo e scioglimento anticipato delle Camere permettendo – in questi ultimi mesi.

Il primo esempio di normativa emergenziale, sia pure giustificata dall'assoluta eccezionalità della situazione, si ha con l'adozione del d.l. n. 109/2018 (c.d. decreto Genova) con il quale fu previsto l'affidamento, in via derogatoria rispetto al codice degli appalti, ad un commissario straordinario del compito di garantire tempestivamente l'avvio dei lavori di demolizione e ricostruzione del ponte Morandi. Il commissario poteva affidare la realizzazione delle attività mediante

procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando, e poteva agire in una tale specificità di regime da richiamare gli schemi della protezione civile, a cui in effetti, per i presupposti, poteva essere assimilato.

Il secondo intervento in questa direzione è rappresentato dal d.l. n. 32/2019 (c.d. decreto Sblocca-cantieri): il Governo intendeva imprimere un'accelerazione al rilancio degli investimenti pubblici, facilitando, in chiave semplificatrice, la ripartenza dei cantieri di numerose opere rimaste incompiute. All'epoca non era ancora scoppiata la pandemia, ma la necessità di snellimento delle procedure e di accelerazione degli investimenti pubblici aveva suggerito al legislatore misure derogatorie o sospensive: quali la sospensione dell'obbligo di ricorso alle centrali di committenza; la sospensione del divieto di appalto integrato di progettazione ed esecuzione; la sospensione dell'obbligo di scelta dei commissari nell'albo degli esperti tenuto dall'Anac, rimanendo l'obbligo di individuare i commissari secondo regole di competenza e trasparenza; la semplificazione dell'individuazione degli affidatari per affidamenti di lavori tra 40.000 e 150.000 euro e di servizi e forniture sotto le soglie dell'art. 35, mediante la valutazione di tre o cinque preventivi, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti; per quanto riguarda l'istituto del subappalto, venne innalzato al 40% il limite fino al 31 dicembre 2020; venne stabilizzato, per alcuni interventi strutturali prioritari ed individuati con DPCM, il modello commissariale, con possibilità di operare in deroga alle disposizioni di legge in materia di contratti pubblici.

Viene così tracciata la strada per il successivo d.l. n. 76/2020 (c.d. decreto Semplificazioni)^[23], la prima misura organica di ripartenza dopo la fine del primo *lock-down*. Esso prevede una forte semplificazione delle procedure sottosoglia, con l'innalzamento delle soglie di affidamento diretto fino a 150.000 euro per i lavori e fino a 139.000 per servizi e forniture, nel solo rispetto dei requisiti di esperienza e rotazione; un più ampio spazio alla procedura negoziata se legata agli effetti della pandemia; l'ampliamento dello spazio della figura commissariale; un'informativa antimafia semplificata e provvisoria; l'istituzione del collegio tecnico-consulativo; la restrizione dell'area di responsabilità erariale dei funzionari^[24].

L'ultimo intervento ispirato dalla logica emergenziale è rappresentato dal d.l. n. 77/2021 (c.d. decreto Semplificazioni-*bis*)^[25], che ha previsto un regime speciale

semplificato per procedure relative ad investimenti pubblici finanziati con risorse del PNRR e del PNC; proroghe dei termini e modifiche di alcune disposizioni del dl 76 e del dl 32; modifiche al subappalto; modifiche dell'art. 29 del Codice in tema di fascicolo virtuale.

Dalla sintesi delle disposizioni contenute negli interventi normativi d'urgenza, possono dedursi alcune linee di tendenza più marcate.

In primo luogo, va segnalata la propensione all'innalzamento delle soglie di affidamento diretto e di quelle "semplificate" e la riduzione delle modalità di gara nelle procedure sottosoglia. Il legislatore italiano ha colto lo spazio di parziale libertà che la normativa euro-unitaria lascia per gli appalti cosiddetti minori, e lo ha valorizzato.

In secondo luogo, nella logica del taglio dei tempi procedurali, va registrata l'eliminazione dello *stand-still* per tutti gli appalti sottosoglia, così favorendo un'accelerazione dei tempi necessari a giungere alla stipula del contratto, e l'imposizione di tempi ristretti per la conclusione delle gare sottoposte allo speciale regime ivi predisposto^[26].

Nella prospettiva emergenziale, alcuni settori - l'edilizia scolastica, universitaria, sanitaria, giudiziaria e penitenziaria, le infrastrutture per attività di ricerca scientifica e per la sicurezza pubblica, dei trasporti e delle infrastrutture stradali, ferroviarie, portuali, aeroportuali, lacuali e idriche, gli interventi funzionali alla realizzazione del Piano nazionale integrato per l'energia e il clima (PNIEC) – consentono alle stazioni appaltanti di operare in deroga ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale per l'affidamento delle attività di esecuzione di lavori, servizi e forniture nonché dei servizi di ingegneria e architettura, inclusa l'attività di progettazione, e per l'esecuzione dei relativi contratti.

Merita infine una segnalazione la normativa che incide sulla responsabilità erariale: se il funzionario agisce non incorre mai in responsabilità contabile, salvi i casi di dolo; responsabilità che è sempre presunta – e, quindi, assume in via presuntiva i contorni della colpa grave – in caso di omissioni e di mancata adozione dei provvedimenti dovuti, affrancando dalla paura di firmare un atto che attanaglia moltissimi operatori pubblici.

Il "disegno emergenziale" appare dunque sufficientemente chiaro nei suoi presupposti e nei suoi intendimenti, ma non esportabile *tout court* al regime ordinario, che richiede invece ben altro^[27].

5. Alla ricerca di una “vera” semplificazione al di fuori dalla logica emergenziale, in una prospettiva di stabilizzazione ordinaria della disciplina vigente

Se quella esposta nel paragrafo precedente è la via “emergenziale” alla semplificazione, è ben più rilevante interrogarsi su quali possano essere i percorsi di una semplificazione ordinaria e di lungo periodo.

La prima esigenza – che sconta peraltro la difficoltà di un settore in rapida evoluzione tecnologica – è quella della stabilizzazione, da un lato, e della riduzione, dall’altro, del quadro legislativo. Come abbiamo ricordato, nessun’altra materia ha visto la riscrittura, in trent’anni di tre codici, che stanno per diventare quattro nei prossimi mesi. E nessun’altra materia – salvo, forse, alcune discipline urbanistiche regionali^[28] - ha visto, tra un codice e l’altro, così tante modifiche e così tante normative attuative, peraltro di varia natura: da atti regolamentari veri e propri a decreti e circolari ministeriali, da delibere e linee guida Anac a pronunce dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato. Il quadro diventa così inevitabilmente caotico e impegna l’operatore, in primo luogo, alla non facile individuazione della (spesso, *rectius*, dell’interpretazione giudiziale della) norma applicabile al caso concreto.

Per quanto riguarda i rimedi proposti alla produzione alluvionale di norme, al di là della cosiddetta “opzione zero”^[29] che ha esclusivamente una valenza per la fase emergenziale, le due ipotesi principali vanno nella direzione o del recupero della regolazione comunitaria minima, con eliminazione di tutte le aggiunte e le “superfetazioni” della disciplina nazionale attuativa, o della riscrittura di un nuovo codice fortemente semplificato e ridotto. Peraltro, vale la pena di ricordare che anche l’attuale codice era ispirato ad una logica “minimalista”, da completare con atti di *soft law*, ma ha prodotto l’effetto opposto; e che vi sono voci per le quali tale operazione risulterebbe poco produttiva, atteso che il Codice costituisce per il 90% recepimento di direttive europee *self-executing*.

Pur in un quadro stabilizzato e “snellito”, rimane imprescindibile, se si vogliono regimi regolatori più agili ed efficienti, ampliare la discrezionalità delle stazioni appaltanti nella impostazione e nella gestione delle procedure, nella fissazione dei requisiti (formali e sostanziali) richiesti agli operatori, nella valutazione delle

offerte, nella definizione del contenuto del contratto. La variegata casistica degli appalti pubblici (e degli interessi pubblici che le amministrazioni, tramite essi, vogliono soddisfare) non è irreggimentabile in moduli rigidi e standardizzati oltre una certa misura, ma richiede flessibilità e adattabilità al caso concreto^[30]. Una maggiore discrezionalità delle stazioni appaltanti consentirebbe, in tal modo, di parametrare la complessità delle procedure alle esigenze del caso singolo, garantendo comunque il rispetto dei fondamentali principi di legalità, trasparenza e tutela della concorrenza^[31]. Non si tratta, all'evidenza, di un approdo semplice, perché esso postula maggiore competenza e professionalità in capo alle stazioni appaltanti, e una chiara assunzione di responsabilità a garanzia del rispetto dei valori primari che devono essere salvaguardati^[32]. Sono gli stessi funzionari che spesso preferiscono discipline rigide che, riducendo o azzerando i margini di discrezionalità e perciò di scelta tra più opzioni, consentono loro di evitare rischi di responsabilità erariale grazie allo schermo dell'attività vincolata; ma, a parte il fatto che anche le normative rigide fanno comunque i conti con interpretazioni giurisprudenziali evolutive o sistematiche che ne modificano in parte la portata applicativa, questo porta a sacrificare il valore della tempestività e della semplicità delle procedure. Il legislatore, però, va sempre più nella direzione di irrigidire e ridurre gli spazi di discrezionalità, per evitare che possano infiltrarsi forme corruttive e, su invocazione degli stessi funzionari delle stazioni appaltanti, per ridurre i rischi di responsabilità erariale.

Nello sforzo "semplificatorio" – emergenziale o ordinario che sia – l'attenzione è sempre concentrata essenzialmente sulla fase dell'aggiudicazione del contratto, cui sono dedicate le norme del Codice. A ben vedere, però, un appalto pubblico deve attraversare quattro fasi - programmazione; progettazione; aggiudicazione; esecuzione – ciascuna delle quali presenta criticità. Concentrare gli sforzi di riforma su un unico aspetto, peraltro declinato in interventi *spot* di dubbia efficacia rispetto all'obiettivo finale, può rappresentare l'ulteriore occasione per perpetuare il colpevole equivoco che si possa «*curare con l'aspirina il tumore del sistema*»^[33].

La durata delle gare influisce senz'altro sull'andamento lento delle opere, ma una procedura di appalto comporta l'esecuzione di complesse attività finalizzate a garantire che i lavori vengano eseguiti dalle imprese più qualificate ed al prezzo più ragionevole per le casse pubbliche. Motivo per cui, per quanto

apparentemente abnorme, la durata media delle gare non è probabilmente il profilo più problematico del sistema degli appalti, anche se ovviamente presenta molte criticità. Senza considerare che l'esperienza pregressa insegna che, nei casi in cui l'accelerazione delle procedure di aggiudicazione si realizza a scapito delle garanzie di efficienza, i ritardi nell'esecuzione possono abbondantemente superare i risparmi di tempo ottenuti in fase di affidamento, e la maggioranza del costo finale delle opere rispetto all'importo di aggiudicazione erodono significativamente il risparmio legato ai ribassi delle offerte.

Peraltro, anche la fase dell'aggiudicazione offre sicuramente spazio per una riduzione dei tempi e una semplificazione degli adempimenti, a partire da un utilizzo sempre più ampio della tecnologia digitale. Si pensi, ad esempio, alle proposte di esaminare le offerte prima della verifica dei requisiti degli offerenti, di sottoporre a verifica soltanto il primo classificato e di far supportare le stazioni appaltanti da un'agenzia nazionale nella verifica dei requisiti di partecipazione. Un fattore di auspicabile "centralizzazione" e "digitalizzazione"^[34] di un importante segmento delle procedure di aggiudicazione potrebbe realizzarsi proprio a partire dall'esternalizzazione delle attività di verifica attribuendo ad un'Agenzia nazionale il monitoraggio, l'aggiornamento e la verifica di buona parte dei requisiti generali e speciali degli operatori economici, insieme all'implementazione del tanto atteso "rating di impresa", evitando così duplicazioni di attività e dispersione di tempi ed energie amministrative. È vero che, a diritto vigente, alcuni requisiti generali e cause di esclusione sottendono una valutazione necessariamente discrezionale da parte delle stazioni appaltanti (ad es. i gravi illeciti professionali) e quindi osterebbero ad un sistema esclusivamente di tipo binario "on/off", ma l'Agenzia potrebbe prestare supporto giuridico nella valutazione di alcune fattispecie *border-line*, lasciando l'ultima decisione alle singole stazioni appaltanti. Nell'attuale contesto normativo dominato da pressanti esigenze di accelerazione delle procedure, nelle more dell'attivazione della Banca Dati Nazionale degli Operatori Economici^[35], la valutazione dei requisiti in sede di gara per ciascun concorrente sulla base del DGUE (con apertura di frequenti subprocedimenti di soccorso istruttorio o di contraddittorio) dovrebbe lasciare il passo alla verifica solo in capo all'aggiudicatario, mettendo "a regime" e generalizzando l'istituto dell'inversione procedimentale. Si potrebbe ritornare al principio dell'autodichiarazione

“definitivamente” sostitutiva, prevedendo controlli a campione, ed efficaci sanzioni dissuasive in caso di dichiarazioni false o mendaci.

Come si vede, semplificazioni pur minime sono possibili con semplici emendamenti della normativa vigente, e assicurerebbero comunque significativi risultati sul piano della rapidità delle procedure di aggiudicazione e sul piano degli adempimenti posti a carico delle stazioni appaltanti.

6. Una nuova delega e un nuovo Codice dei Contratti Pubblici risolveranno il problema?

Nella Gazzetta Ufficiale n. 146 del 24 giugno 2022 è stata pubblicata la legge 21 giugno 2022, n. 78, recante “Delega al Governo in materia di contratti pubblici”, in forza della quale *«il Governo è delegato ad adottare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, 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»*^[36].

Ci sarebbe molto da dire sulla consustanziale precarietà di una disciplina che, con tanta frequenza, richiede una riscrittura radicale di un vero e proprio nuovo Codice. Se nelle occasioni precedenti si era almeno riusciti a raggiungere un arco temporale di un decennio – pur inframmezzato da innumerevoli correzioni – questa volta, sulla spinta del PNRR^[37], dopo soli 6 anni è già maturo il tempo di un nuovo testo. A prescindere dall'indagine sulle ragioni di tanta precarietà – che, tuttavia, non sono estranee al tema della (mancata) semplificazione che abbiamo affrontato in questa sede – preme rimarcare che, tra i principali criteri direttivi della legge delega, ricorre per ben dieci volte il tema della semplificazione^[38], che si conferma così tra le priorità – se non la priorità – di qualunque ipotesi di riforma; anche se, a ben vedere, anche la legge delega del 2016 aveva come motivo conduttore la semplificazione della normativa e delle procedure, tanto che gran parte dei criteri direttivi che si possono leggere nella legge 78 del 2022 riprendono

testualmente quelli della precedente delega; ma l'esito, come sappiamo, è stato opposto a quello che ci si era proposti.

Non è questa la sede per esaminare in concreto i singoli punti^[39], se non per coglierne il proposito di una sorta di nuova partenza da zero, capace di accantonare le molte criticità manifestate in questi anni e di consentire di ripartire su nuove basi, semplificate, snelle, il più possibile aderenti alla disciplina europea, come conferma l'esplicita enunciazione del c.d. divieto di *gold plating*^[40]. L'esito finale di questo sforzo dipenderà in larga misura da come i condivisibili principi recati dalla legge delega verranno tradotti nel o nei decreti attuativi, a partire dalla scelta se intervenire mediante interpolazioni sul Codice vigente, o scriverne uno nuovo^[41].

Per il successo di questo ennesimo tentativo, risulta imprescindibile una condizione: che si riesca a scrivere una normativa snella ma esaustiva e completa, senza lacune e regolamenti attuativi da adottare in un secondo momento, e che possa darsi ad essa un orizzonte temporale di medio periodo, per poter formare una classe di funzionari pubblici preparata e competente e perciò in grado di applicarla efficacemente.

7. Conclusioni

Pur se siamo di fronte alla proverbiale fatica di Sisifo, sta maturando diffusamente la consapevolezza del percorso che deve essere intrapreso per rimodellare in modo più efficace la normativa sui contratti pubblici. Che non è, né può essere, quello di deroghe emergenziali ad un quadro normativo generale rigido e complesso, ma di una riscrittura accurata di una disciplina più snella che, fermi i principi di trasparenza, legalità, buon andamento, concorrenza, lasci un margine adeguato alla discrezionalità di stazioni appaltanti competenti, organizzate e strutturate per perseguire in modo tempestivi i propri obiettivi, anche mediante una razionalizzazione delle procedure di programmazione e di gestione della contabilità pubblica; e che dedichi una maggior cura alla fase esecutiva, ove spesso si allignano i rallentamenti maggiori, dalle riserve e i contenziosi che ne derivano, ai ritardi nell'approvazione del collaudo finale.

Può sembrare l'ennesima chimera e l'ennesimo proposito destinato a fallimento, come avvenuto in passato; ma la modernizzazione del Paese passa

necessariamente da questo sforzo, e le risorse del PNRR^[42] rappresentano un volano unico per avviarsi davvero su tale strada.

1. C. R. Sunstein, *Semplice. L'arte del Governo nel terzo millennio*, Feltrinelli, Milano, 2014.
2. In una prospettiva di diritto comparato, cfr. G. F. Ferrari, *Better Regulation and Administrative Simplification. A Comparative Study*, Clueb, Bologna, 2007; M. Clarich, *Modelli di semplificazione nell'esperienza comparata*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 1998, 679 ss.
3. Di cui si discute da almeno un trentennio: cfr. E. Casetta, *Le difficoltà di semplificare*, in *Dir. Amm.*, 3/4, 1998, 333 ss.; S. Cassese, *La semplificazione amministrativa e l'orologio di Taylor*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 1998, 699 ss.; A. Natalini, *Le semplificazioni amministrative*, Mulino, Bologna, 2002.
4. A. Travi, *La semplificazione amministrativa come strumento per far fronte alla crisi economica*, in *GiustAmm.it*, 5, 2016.
5. R. Scarciglia, *Il "mito di Sisifo" e la semplificazione amministrativa. Alla ricerca di nuovi modelli di regolazione*, *DPCE Online*, 2, 2021.
6. Cfr. la relazione del Presidente Anac al Parlamento in relazione alla legge delega n. 78 del 2022, in *Anticorruzione.it*, nella quale si sottolinea che «*troppi adempimenti, troppe leggi spesso scritte male, troppe complicazioni burocratiche frenano il Paese e rendono estremamente difficoltosa la vita quotidiana delle persone, delle imprese e delle amministrazioni pubbliche*».
7. Come rileva A. Natalini, *Linee generali della semplificazione amministrativa*, in L. Donato (a cura di), *Gli appalti pubblici tra istanze di semplificazione e normativa anticorruzione. Alla ricerca di un equilibrio tra legalità ed efficienza, Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale*, n. 89 – giugno 2020, 243, «*la complicazione burocratica italiana ... in parte ha cause fisiologiche legate alla complessità delle decisioni amministrative che richiedono una delicata ponderazione di una molteplicità di interessi pubblici e privati ... il problema è che questa fisiologica complessità non è stata governata. Non ha trovato un bilanciamento in interventi di semplificazione volti a minimizzare i tempi dei procedimenti*».
8. A. Cardone, *Relazione introduttiva (bozza)* del Convegno Annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa", tenutosi a Firenze il 17 e 18 giugno 2022, sul tema *Modello costituzionale e trasformazione del sistema delle fonti nelle crisi economica e pandemica. Emergenza e persistenza*, in *www.gruppodipisa.it*.
9. Come sottolinea B. G. Mattarella, *La semplificazione amministrativa come strumento di sviluppo economico*, in *Astrid Rassegna*, 11, 2019, «*il discorso sulla semplificazione amministrativa è affetto da qualche vizio ricorrente. Uno di questi è la ricerca della formula magica, del rimedio che miracolosamente e istantaneamente risolve tutti i problemi della complicazione amministrativa ... Un altro vizio è quello di ampliare troppo il discorso, facendo coincidere il tema della semplificazione amministrativa con quello del funzionamento della pubblica amministrazione e intendendo la semplificazione come*

- rimedio a tutti i problemi dell'amministrazione».
10. Il tema è oggetto di studio da tempo: cfr. R. Ferrara, *Le complicazioni della semplificazione amministrativa: verso un'amministrazione senza qualità?*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2, 1999, 321 ss.
 11. F. Cusano, *La complicata semplificazione della contrattualistica pubblica: poveri fiori, gemme de' prati, pur ieri nati, oggi morenti*, in *Federalismi.it*, 19 maggio 2021.
 12. Cfr. F. De Peppo, *La disciplina degli appalti e la semplificazione del Codice dei contratti pubblici nelle ultime riforme*, in L. Donato (a cura di), *Gli appalti pubblici tra istanze di semplificazione e normativa anticorruzione. Alla ricerca di un equilibrio tra legalità ed efficienza*, *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale*, n. 89 – giugno 2020, 92, il quale sottolinea come, negli anni, «la procedura di gara è divenuta strumento per la realizzazione di interessi sensibili terzi rispetto a quelli del mercato comune».
 13. Cfr. A. Arcuri, *Il governo delle emergenze: i rapporti tra decreti-legge e ordinanze di protezione civile dal terremoto de L'Aquila al crollo del ponte Morandi*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2019.
 14. La stessa Anac, nelle osservazioni sul testo del decreto “semplificazioni”, espresse il 4 agosto 2020, nonché nelle proposte legislative precedenti, aveva opportunamente suggerito di non adottare la tecnica delle deroghe temporanee al Codice dei contratti pubblici, ma di optare per l'introduzione di modifiche e integrazioni mirate alla normativa generale di settore, con l'obiettivo di imprimere una accelerazione alle procedure di affidamento, senza, tuttavia, compromettere l'impianto complessivo della materia; si faceva notare giustamente che detto impianto legislativo, essendo di derivazione europea, impone una particolare attenzione negli interventi manipolativi e correttivi. Tali ragionevoli e condivisibili suggerimenti non stati, però, seguiti dal legislatore. Cfr. Anac, *Esame e commento degli articoli del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 “Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale” in tema di contratti pubblici, trasparenza e anticorruzione*, in *Anticorruzione.it*.
 15. Cfr. G. Serra, *Il difficile bilanciamento tra tutela della concorrenza e semplificazione delle procedure ad evidenza pubblica, nel dialogo tra legislatore e giurisprudenza*, in *Il diritto dell'economia*, 1, 2021, 201 ss.
 16. Si rappresenta, a tal proposito, che nel 2019 la fascia di procedure comprese fra 40.000 e 150.000 ha rappresentato il 54% del totale e che pertanto oltre la metà di esse, con la modifica normativa prevista, sarebbero sottratte a un confronto concorrenziale (fonte Anac).
 17. Cfr. F. Fracchia, P. Pantalone, *La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato “responsabilizzato”*, in *Federalismi.it*, 36, 2020.
 18. Si veda, sul tema, l'accurata analisi delle ragioni del decadimento linguistico delle nostre leggi e delle conseguenze che questo determina sull'applicazione delle stesse, sul contenzioso, sulla rapidità delle procedure, ecc ..., contenuta nel *Rapporto sull'attività svolta del Comitato per Legislazione (26 novembre 2010-25 settembre 2011)*, allora

- presieduto dal prof. Roberto Zaccaria, pubblicato in *Camera.it*. Cfr. anche R. Zaccaria, *Introduzione, in Osservatorio sulle fonti*, 2, 2011.
19. Su possibili prospettive di riforma della progettazione dei lavori pubblici si veda S. D'Ancona, *La progettazione nei lavori pubblici: quadro attuale e prospettive di riforma*, in *Federalismi.it*, 26 gennaio 2022.
 20. Il d.l. n. 32 del 2019, come noto, ha temporaneamente sospeso l'art. 37, co. 4, d. lgs. n. 50 del 2016, che imponeva il ricorso alle centrali uniche di committenza.
 21. Così TAR Piemonte (sezione I), 17 novembre 2020, n. 736.
 22. Cfr. P. Rossi, *Gli appalti pubblici pre e post covid: luci ed ombre del consolidamento del "modello" derogatorio*, in *Amministrazioneincammino.it*, 29 ottobre 2021.
 23. Sul tema cfr., tra gli altri, L. Carbone, *Riflessioni a prima lettura dopo il c.d. "decreto semplificazioni"*, in *Federalismi.it*, 30, 2020; F. Cintioli, *Il decreto semplificazioni, gli appalti pubblici e il riparto di giurisdizione*, in *Federalismi.it*, 7, 2021; S. Biancardi, *Il decreto Semplificazioni e le modifiche agli appalti pubblici. La nuova normativa con particolare attenzione agli appalti di servizi e forniture*, in *Appalti e contratti*, 7, 2020; F. Gaffuri, *Il decreto semplificazioni alla prova dei fatti- La disciplina degli appalti pubblici dopo il "decreto semplificazioni"*, in *Giur. It.*, 5, 2021, 1242 ss.
 24. R. Patumi, *Procedure di affidamento semplificate introdotte dal decreto Semplificazioni e responsabilità dei funzionari pubblici*, in *Azienditalia*, 2021, 4, 717.
 25. Cfr. M. Agliata, *Nuove procedure dei contratti pubblici, dei contratti PNRR e PNC e degli interventi cofinanziati dai fondi strutturali dell'UE dopo il decreto semplificazioni bis*, Rimini, 2021; M. Ferrante, C. Guccione, A. Serafini, *I contratti pubblici*, in *Giornale Dir. Amm.*, 6, 2021, 753 ss.
 26. Sul punto l'art. 1, co. 1, del d.l. n. 76 del 2020, convertito nella l. n. 120 del 2020, statuisce che - salvo l'ipotesi in cui la procedura sia sospesa per effetto di provvedimenti dell'autorità giudiziaria - l'aggiudicazione o l'individuazione definitiva del contraente dovrà avvenire entro il termine di due mesi dalla data di adozione dell'atto con il quale è stato dato avvio al procedimento selettivo (il termine è aumentato a quattro mesi, nel caso in cui - ai sensi del 2° comma, lett. b) della norma qui riferita - sia fatto ricorso alle procedure negoziate senza bando). Per rafforzare il valore precettivo del regime temporale introdotto, il legislatore ha, altresì, stabilito (sempre al 1° comma dell'art. 1, d.l. n. 76/2020) che il mancato rispetto dei termini di conclusione del procedimento, la mancata tempestiva stipulazione del contratto o il tardivo avvio dell'esecuzione dello stesso sono circostanze rilevanti sia ai fini della configurabilità, a carico del responsabile unico del procedimento, di una responsabilità per danno erariale sia come causa di esclusione dalla procedura o di risoluzione del contratto per inadempimento, nei confronti dell'operatore economico cui sia imputabile il ritardo. Sempre in un'ottica acceleratoria, l'art. 1, 3° comma, del decreto "semplificazioni", statuisce che, ove si proceda all'affidamento diretto, la determina a contrarre può essere redatta in forma semplificata, secondo le prescrizioni dettate dall'art. 32, 2° comma, del codice dei contratti pubblici (d. lgs. n. 50/ 2016).
 27. Come scrive A. Massari, *La chimera della semplificazione tra "opzione zero" e "buon*

funzionamento del settore pubblico”, in Appalti e contratti.it, 3, 2021, «mai avremmo immaginato che i RUP si fossero trovati in uno scenario così inedito e inusuale, nel quale dover addirittura motivare il ricorso alla “procedura ordinaria” sotto-soglia (vista con “sfavore” nel contesto del regime transitorio), piuttosto che l’affidamento diretto, oppure leggere in pareri del MIT che “l’eventuale confronto dei preventivi di spesa forniti da due o più operatori economici rappresenta comunque una best practice, salvo che ciò comporti una eccessiva dilazione dei tempi di affidamento che, invece, sarebbe in contrasto con la ratio che informa l’intero Decreto Semplificazioni”».

28. Emblematica, in questo senso, la vicenda della legge regionale lombarda sul governo del territorio – la n. 12 del 2005 – che in questi diciassette anni ha subito oltre 1000 modifiche.
29. Con questa locuzione si fa riferimento all’ipotesi di una sospensione temporanea dell’intera normativa degli appalti pubblici, lasciando alle amministrazioni la libertà di agire esclusivamente nell’ambito delle norme generali sul procedimento amministrativo.
30. Secondo F. Cintioli, *Per qualche gara in più. Il labirinto degli appalti pubblici*, Catanzaro, 2022, *passim*, la via di una autentica semplificazione passa dall’aumento della discrezionalità e della flessibilità delle procedure.
31. Cfr. A. Natalini, *Linee generali della semplificazione amministrativa*, cit., il quale sottolinea che *«la strategia di aumentare la discrezionalità delle amministrazioni comporta la necessità di mettere le amministrazioni in grado di esercitarla in modo corretto scegliendo da caso a caso la procedura di gara più opportuna. Significa puntare sulla progressiva qualificazione delle imprese appaltanti e delle stazioni appaltanti e far crescere progressivamente la capacità effettiva delle amministrazioni di valutare in modo trasparente e partecipato i costi e i benefici, anche in termini di sostenibilità ambientale, delle opere da realizzare».*
32. Come sottolinea R. Scarviglia, *Il mito di Sisifo*, cit., *«dalla eccessiva frammentazione della procedura amministrativa derivava una difficile attribuzione di responsabilità in capo ai funzionari pubblici».* Di qui una strategia della semplificazione volta alla concentrazione delle procedure in capo ad un solo ufficio e ad un solo funzionario.
33. Come osserva D. Immordino, *Semplificazione ed accelerazione degli appalti, tra attuazione e riforma ragionata del codice ed ennesima rivoluzione*, in *Appalti e Contratti.*, 4, 2021, *«gli studi e le analisi più autorevoli indicano univocamente che i principali ritardi della filiera degli appalti derivano dalla eccessiva procedimentalizzazione degli iter di approvazione dei piani di investimenti pubblici, da una dinamica di spesa lenta e da varie criticità gestionali, dalla vasta gamma di adempimenti e autorizzazioni – urbanistiche, edilizie, paesaggistiche, vincolistiche – che congelano l’esecuzione dei lavori per molti anni, dal variegato catalogo di ostacoli che impediscono di passare rapidamente dalla fase dell’aggiudicazione a quella dell’esecuzione, dall’elevato livello di contenzioso che paralizza l’affidamento e la realizzazione delle opere».*
34. Sulle opportunità offerte dalla digitalizzazione dei contratti pubblici cfr. P. Clarizia, *La digitalizzazione dei contratti pubblici: lo stato dell’arte*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2, 2022,

273 ss.

35. La Banca Dati Nazionale degli Operatori Economici, nel disegno del nuovo Codice, avrebbe dovuto sollevare le stazioni appaltanti dalla pesante incombenza della verifica dei requisiti per ciascuna procedura di aggiudicazione – ancora oggi percepita dagli operatori come elemento di forte criticità e rallentamento dei tempi di conclusione delle procedure di scelta del contraente.
36. Così l'art. 1, co. 1, della l. n. 78 del 2022.
37. Come evidenzia A. Massari, *La legge delega n. 78/2022 e l'avvio della riforma dei contratti pubblici*, in *Appalti e Contratti*, 27 giugno 2022, «tra gli impegni assunti dal Governo italiano per l'attuazione del PNRR, nel quadro delle c.d. "riforme abilitanti" figura proprio la revisione dell'attuale Codice dei contratti pubblici, il quale, come si rileva nello stesso PNRR "ha causato diverse difficoltà attuative"».
38. Si vedano, in particolare: lett. e) semplificare la disciplina dei contratti pubblici che abbiano un importo inferiore alle soglie di rilevanza europea; lett. f) semplificare le procedure finalizzate alla realizzazione di investimenti in tecnologie verdi e digitali, nonché in innovazione e ricerca e in innovazione sociale; lett. n) razionalizzazione e semplificazione delle cause di esclusione; lett. o) revisione e semplificazione della normativa primaria in materia di programmazione, localizzazione delle opere pubbliche e dibattito pubblico; lett. q) semplificazione delle procedure relative alla fase di approvazione dei progetti in materia di opere pubbliche; lett. r) definizione, nel rispetto dei principi di trasparenza e concorrenzialità e tenuto conto delle esigenze di semplificazione richieste dalla specificità dei contratti nel settore della ricerca, della disciplina applicabile ai contratti pubblici di lavori, servizi e forniture nell'ambito dei servizi di ricerca e sviluppo da parte degli organismi di ricerca e delle istituzioni dell'alta formazione artistica, musicale e coreutica, nonché della disciplina applicabile alle ipotesi di collaborazione tra organismi di ricerca; lett. s) revisione e semplificazione del sistema di qualificazione generale degli operatori; lett. aa) razionalizzazione, semplificazione, anche mediante la previsione di contratti-tipo e di bandi-tipo, ed estensione delle forme di partenariato pubblico-privato; lett. dd) individuazione dei contratti pubblici esclusi dall'ambito di applicazione oggettivo delle direttive europee e semplificazione della disciplina giuridica ad essi applicabile; lett. ii) semplificazione e accelerazione delle procedure di pagamento da parte delle stazioni appaltanti del corrispettivo contrattuale (art. 1, co. 2, legge 78 del 2022).
39. Per una valutazione generale a prima lettura cfr. la relazione del Presidente dell'Anac al Parlamento del 27 giugno 2022, cit.
40. Il divieto del c.d. *gold plating* consiste nel divieto di introduzione o mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive europee: cfr., proprio in tema di appalti, la sentenza della Corte costituzionale n. 100 del 2020, che può consultarsi in *Giurcost.org*, con nota di S. Valaguzza, *La Corte costituzionale marginalizza l'in house providing*. Cfr. Anche P. Mantini, *La semplificazione dei nuovi appalti pubblici tra divieto di gold plating e copy out*, in *Cameraamministrativaromana.it*, 2015.
41. Cfr. P. Piselli, S. De Marinis, *Riforma appalti: le novità del disegno di legge delega*, in *Il*

CERIDAP

Sole 24 ore, 19 maggio 2022.

42. Cfr. C. Benetazzo, *Gli appalti pubblici nel PNRR tra semplificazione e prevenzione della corruzione*, in *Federalismi.it*, n. 29/2021; C. Contessa, *La nuova governance del PNRR e gli interventi in tema di contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2021, 6, 751.

Sulla necessità di una semplificazione amministrativa per le “Zone Economiche Speciali” (ZES)

Fiorenzo Liguori

DOI: 10.13130/2723-9195/2022-3-9

Ormai da tempo la pubblica amministrazione è considerata come un ostacolo allo sviluppo economico per via dell'alto grado di complessità, formalismo e inefficienza della sua attività. Ritenendo di poter fare a meno di un'amministrazione inefficiente, si assiste a un'espansione dell'amministrazione per legge. Per fare fronte a questo fenomeno si sono susseguite diverse riforme volte alla c.d. "sburocratizzazione". La semplificazione amministrativa, però, non può essere concepita come semplice riduzione di una complessità, che in effetti rispecchia quella della realtà amministrata. In questo senso, la disciplina delle Zone Economiche Speciali offre un'interessante occasione per riflettere sui diversi tipi di semplificazione amministrativa prospettabili. Essa, infatti, consente da un lato di isolare alcune mutazioni subite da tradizionali istituti, come la conferenza dei servizi; dall'altro, invece, consente di definire la tensione tra l'istanza decisionista e quella "cognitiva". È proprio quest'ultima, infatti, a consentire di valorizzare la necessità di un recupero della capacità tecnica dell'amministrazione, che potrebbe aiutare a individuare fecondi percorsi di riforme amministrative. La sola semplificazione, infatti, non è una soluzione sufficiente a risolvere la crisi dell'amministrazione pubblica e il PNRR sembra partire proprio da questa considerazione, promuovendo percorsi di selezione delle migliori competenze e qualificazione delle persone, attraverso una rivisitazione del pubblico concorso ed una valorizzazione del merito nella Pubblica Amministrazione.

On the need for administrative simplification for the “Special Economic Zones”

Public administration has long been regarded as an obstacle to economic development because of high degrees of complexity, formalism and inefficiency. On the assumption

that one can do without an inefficient administration, we are witnessing an expansion of administration by law. To cope with this phenomenon, there have been several reforms aimed at the so called “de-bureaucratisation”. Administrative simplification, however, cannot be conceived as a simple reduction of complexity, which in fact reflects that of the reality administered. The regulation of Special Economic Zones offers an interesting opportunity to reflect on the different types of administrative simplification that can be envisaged. On the one hand, it allows one to isolate some mutations suffered by traditional institutions, such as the conference of services. On the other hand, it allows one to define the tension between the decision-making and the “cognitive” instance, as it is precisely the latter that makes it possible to highlight the need for a recovery of the administrative technical capacity, which could help identify fruitful paths of administrative reform. Simplification alone is not a sufficient solution to solve the crisis in public administration. The National Recovery and Resilience Plan seems to be starting from this consideration, promoting the selection of the best skills and qualifications, through a review of the public competition’s procedures and the promotion of merit in the context of Public Administration.

1. La semplificazione come problema.

Premetto qualche riserva, sia sulla semplificazione in sé, un lemma che ormai vuol dire tutto e niente, sia sull’idea della funzione risolutiva, salvifica che viene comunemente attribuita alle semplificazioni e in particolare a quelle procedurali. E quella pensata per le “Zone Economiche Speciali” (ZES) è, come dirò, essenzialmente una semplificazione procedurale.

La semplificazione, si sa, è, a dispetto del suo nome, fenomeno assai complesso ed il termine che la indica è ormai logorato dall’uso indistinto che se ne fa, specie in sede di comunicazione istituzionale, dove è diventato sinonimo di riforma della pubblica amministrazione (per un certo periodo il Ministero della funzione pubblica si è perfino chiamato Ministero per la semplificazione), a volte sostituito con il non elegante neologismo “sburocratizzazione” o, da ultimo, come nel PNNR, con il più accettabile “debuocratizzazione”.

In termini così generali e generici il termine semplificazione perde ogni capacità classificatoria e fa riferimento ad una crisi più che ad una soluzione, perché si

risolve nella constatazione dell'inefficienza degli apparati, considerati incapaci di fare uso degli strumenti ordinari per assicurare una buona amministrazione e perciò meritevoli di essere sistematicamente bypassati con strumenti riconducibili solo in senso lato, e perciò atecnico, alla logica della semplificazione.

Per affrontare l'esame delle misure di semplificazione, nello specifico di quelle da ultimo dettate per le ZES, non si può perciò fare a meno di distinguere, nell'ambito di questa tendenza, tra le sue diverse espressioni, avendo essenzialmente riguardo a tre ambiti distinti: quello normativo, inteso anzitutto in senso sostanziale, e cioè di eliminazione o accorpamento di funzioni, quello procedurale e quello organizzativo.

2. Crisi dell'amministrazione pubblica e processi di riforma. Le tecniche di by-pass.

Prima di richiamare brevemente queste essenziali distinzioni, necessarie per inquadrare correttamente la semplificazione in esame, vorrei però anche provare altrettanto brevemente a spiegare perché, come dicevo, la semplificazione non basta da sola a risolvere la crisi dell'amministrazione pubblica.

L'amministrazione, è ormai un dato acquisito, è percepita come un ostacolo allo sviluppo economico, perché complessa, invadente, inefficiente, formalistica^[1].

Il contatto dei cittadini e delle imprese con gli apparati amministrativi è problematico e impervio. Si vorrebbe un'amministrazione poco invadente quando prescrive e regola ma efficiente e celere quando è chiamata a rimuovere ostacoli all'iniziativa privata.

A questo complesso di percezioni negative si è cercato e ancora si cerca di rimediare con le riforme, che si esprimono in modo tanto continuo quanto inefficace.

Negli ultimi tempi, poi, senza che siano venute meno le ambizioni riformatrici, spesso velleitarie e quasi sempre non adeguatamente concretizzate, l'esame della realtà evidenzia una tendenza ormai ben delineata: una conclamata "paura di amministrare"^[2], l'affermarsi sempre più generalizzato di atteggiamenti difensivi, e perciò paralizzanti, per evitare di incorrere in responsabilità amministrative, contabili e penali^[3].

Un segnale di questa involuzione è la tendenza a fare a meno

dell'amministrazione^[4]. Si amministra sempre di più per legge, attraendo almeno formalmente nell'area della legislazione negoziazioni che spetterebbero al governo e all'amministrazione, con evidenti alterazioni degli equilibri costituzionali e patologiche distorsioni dei rapporti tra i poteri^[5].

Quando poi il problema non viene risolto direttamente con la legge, il ruolo dell'amministrazione pubblica viene comunque compresso se non del tutto eliminato, anche per effetto di pericolose fughe in avanti da parte del giudice amministrativo che catturano anche la quota di funzione che dovrebbe essere indefettibilmente riservata all'amministrazione^[6].

In alcuni casi si può fare direttamente a meno di un vaglio preventivo (s.c.i.a.), in altri l'effetto abilitante si produce anche in caso di inerzia (silenzio assenso), in altri ancora il potere non tempestivamente o non adeguatamente esercitato si estingue (conferenza dei servizi) ovvero viene avvocato con meccanismi sostitutivi. La pubblica amministrazione e il suo diritto, additati come freno allo sviluppo economico, sono stati messi nell'angolo^[7].

Questa tendenza a percepire l'amministrazione come un problema dura da qualche decennio, almeno dagli ultimi quindici anni del secolo scorso, e permane tuttora, anche se il contesto è mutato, in una direzione – determinata dalla riscoperta dell'essenzialità del ruolo dell'amministrazione per fronteggiare crisi ed emergenze^[8] – che dovrebbe consigliare maggiore cautela nel proporre soluzioni del tipo “l'amministrazione non funziona, facciamone a meno”.

È chiaro, beninteso, che il superfluo va eliminato^[9], epperò l'essenziale deve essere non aggirato^[10], ma migliorato con misure organizzative e recupero della capacità amministrativa^[11].

Il contesto non è più di crescita economica e di integrazione sovranazionale, e non vede più il dominio culturale del *new public management*, che aveva ispirato le riforme di fine secolo, orientandole verso le privatizzazioni e le liberalizzazioni.

La crisi economica e finanziaria del 2008, ed ora quelle drammaticamente attuali, con la riproposizione di un nuovo interventismo statale, hanno stravolto il contesto e fatto cambiare ancora una volta il modo di concepire il rapporto tra stato e mercato, con il primo nuovamente chiamato a sopperire alle inefficienze del secondo mentre la pandemia ha richiesto una presenza forte dell'amministrazione, non solo di servizio ma anche in veste autoritativa^[12].

È evidente che se l'amministrazione siede, anche in un contesto così cambiato, sul

banco degli imputati, questo accade perché è la stessa amministrazione che, nonostante tutta questa euforia riformista, non è cambiata e continua a costituire un problema.

Ma è anche verosimile che questo accada perché riformare la pubblica amministrazione, per quanto non agevole, come dimostrano i tanti tentativi non riusciti, è certo più facile che mettere in moto politiche economiche e fiscali, specialmente in Europa, dove la presenza dell'Unione non consente il perseguimento di strategie autenticamente nazionali^[13].

Questa difficoltà sistemica è inoltre sempre stata accompagnata dall'idea che l'amministrazione possa essere riformata a costo zero, producendo anche risparmi di spesa^[14]. Si è trattato, come dimostra la prova dei fatti, di interventi miopi e con una visione orientata alla risoluzione di problemi nel breve periodo, scaricando la responsabilità del fallimento dei processi di riforma sulla "burocrazia" e sull'organizzazione amministrativa, senza considerare, invece, come uno dei principali ostacoli al migliore funzionamento dell'attività delle amministrazioni pubbliche sia addebitabile al depauperamento di professionalità, saperi, mezzi tecnici a disposizione degli apparati pubblici, oltre che al mancato rinnovamento generazionale nel pubblico impiego^[15].

Solo il PNRR è in discontinuità sul punto degli investimenti per la riforma della pubblica amministrazione e del recupero complessivo della capacità degli apparati, che emerge, ad esempio dall'approvazione del d.l. n. 80/2021 (c.d. "Reclutamento") il quale, al fine di implementare e rafforzare il capitale umano dell'amministrazione, opera su due fronti: il primo è quello di definire percorsi veloci, trasparenti e rigorosi per il reclutamento dei profili tecnici adatti ai traguardi prefissati dal PNRR; il secondo è di porre le premesse per la realizzazione delle due riforme trasversali previste dal PNRR (pubblica amministrazione e giustizia)^[16].

3. Una semplificazione amministrativa in una riforma fiscale

Questa chiave di lettura sulle riforme amministrative come succedaneo di quelle economiche e fiscali può essere utile a cogliere un aspetto peculiare della disciplina sulle ZES, se è vero che in questo caso le questioni amministrative sono

inserite nell'ambito di un provvedimento di portata più ampia. La semplificazione, in questo caso, non è una misura isolata ma un pezzo, importante, di una riforma fiscale ed economica.

Ragione di più per prenderla sul serio, decifrarla correttamente e valutarne l'adeguatezza rispetto alle finalità perseguite ma anche alle esigenze complessive del sistema.

4. Semplificazione sostanziale e semplificazione procedurale: una semplificazione radicale ma pur sempre procedurale.

In questa prospettiva occorre anzitutto definire in quale ambito della semplificazione amministrativa si collochi la riforma delle Zone Economiche Speciali, e specificamente la misura radicale prevista dall'art. 5-*bis* del d.l. n. 91 del 2017^[17], che assorbe in un unico procedimento da svolgersi in conferenza di servizi semplificata tutti gli iter procedurali previsti e che sfocia nel rilascio di un'autorizzazione unica, sostitutiva di ogni altra autorizzazione, approvazione e parere comunque denominati, che abilita alla realizzazione di tutte le opere, prestazioni e attività previste dal progetto.

La disciplina originariamente dettata per le ZES si limitava invece a dimezzare i termini per il rilascio delle diverse autorizzazioni, ma, come denunciò chi si impegnò a contarle, 32 erano e 32 rimanevano^[18].

L'innovazione da molti richiesta è dunque per certo radicale ed importante al fine di agevolare le iniziative, ma si tratta pur sempre di una semplificazione procedurale e non sostanziale, posto che la normativa che prevede e disciplina il rilascio dei permessi necessari rimane invariata.

La semplificazione, come è stato osservato, è anzitutto un problema del legislatore più che dell'amministrazione^[19]. Problema la cui soluzione implicherebbe la riduzione della disciplina normativa ad un ambito circoscritto di regole chiare ed agevolmente individuabili.

È chiaro, d'altronde, che ogni semplificazione, anche quelle che attengono al procedimento e all'organizzazione, integra un fenomeno normativo, perché è con le leggi che si pone mano, come si fece col capo IV della legge 241 del 1990, agli strumenti rivolti a semplificare il percorso procedimentale.

La semplificazione normativa in senso proprio attiene, invece, per un verso, alla

riorganizzazione del materiale normativo esistente (semplificazione normativa formale mediante la redazione di Testi Unici e Codici), e per altro verso, ben più importante, al taglio delle disposizioni attributive di potere con l'intento di sopprimere o almeno accorpare le funzioni amministrative (semplificazione normativa sostanziale o, per meglio dire, autentica)^[20].

Nel caso in esame non si è disposta nessuna soppressione di funzioni ma unicamente la loro concentrazione in un procedimento unificato ed accelerato che sfocia nel rilascio di un'autorizzazione unica^[21] chiamata a sostituire tutte quelle previste dalla disciplina vigente, che tuttavia non viene modificata.

Siamo dunque di fronte ad una semplificazione procedurale, cui si accompagna la misura organizzativa che attribuisce al commissario il potere di rilasciare l'autorizzazione.

La semplificazione procedurale è la prima tentata con la legge 241 del 1990 in attuazione del principio di non aggravamento, dalla medesima legge espresso. Essa può riguardare l'alleggerimento degli obblighi informativi e procedurali dei privati (es.: autocertificazione) ovvero l'alleggerimento e/o la concentrazione degli adempimenti istruttori e decisorii della pubblica amministrazione, anche attraverso misure di accelerazione e/o sostituzione del soggetto inerte.

È il caso, quest'ultimo, della conferenza dei servizi, che, nella sua versione semplificata, è individuata come lo strumento da adottare per il rilascio dell'autorizzazione unica.

5. La conferenza semplificata e la mutazione genetica del modello.

È dunque sulla semplificazione procedurale e specificamente sul meccanismo della conferenza dei servizi semplificata che si punta, come emerge dal novellato art. 5, co. 1, lett. *a-bis*), del d.l. n. 91 del 2017, il quale dispone che nell'ambito del procedimento volto al rilascio dell'autorizzazione unica – nonché di ogni altro atto di assenso o nulla osta necessario all'avvio dell'attività - i termini di cui all'art. 14-*bis* della legge n. 241 del 1990 sono ridotti della metà.

È inoltre dettato un meccanismo specifico per il caso di opposizione delle amministrazioni preposte alla cura di interessi sensibili alla determinazione conclusiva, che si differenzia da quella prevista in via generale essenzialmente sul

piano dei soggetti coinvolti. Essi sono l’Autorità Politica delegata per la coesione territoriale e il sud (per l’indizione), il Dipartimento per le politiche di coesione (per l’istruttoria, la cui necessità viene rimarcata), il Commissario della ZES (nel caso occorra anche la V.I.A.), il quale, di fronte ad un diniego, può chiedere la devoluzione al Consiglio dei Ministri *«ai fini di una complessiva valutazione ed armonizzazione degli interessi pubblici coinvolti»*. Anche se con questi specifici adattamenti, pur sempre si tratta di una conferenza di servizi semplificata.

È ben noto che la conferenza dei servizi è un istituto tra i più tormentati, sulla cui disciplina il legislatore si è accanito. L’istituto ha subito almeno 10 novelle normative, che hanno portato il testo del 1990 da 1 articolo, 4 commi e 159 parole a 5 articoli, 33 commi e 2824 parole. Oggi la disciplina si sviluppa per 7 pagine di difficile lettura, che hanno l’ambizione di prevedere tutte le possibili evenienze, indicando per filo e per segno all’amministrazione procedente come deve comportarsi ad ogni possibile incrocio con le altre amministrazioni coinvolte ^[22].

In disparte ogni facile commento su una semplificazione che si esprime con una disciplina così paradossalmente complicata, quel che occorre sottolineare è che la faticosa ricerca di un punto di equilibrio tra le esigenze di coordinamento infrastrutturale e di semplificazione ha, con le modifiche più recenti, segnato il ripiegamento delle prime e la prevalenza delle seconde ^[23].

Si è prodotta una “mutazione genetica” del modello, *«da metodo di lavoro cooperativo e dialettico, capace di offrire la valutazione complessiva e contestuale dei punti di vista fatti valere da una pluralità di amministrazioni chiamate ad esprimersi in una stessa vicenda concreta, ad espediente di gestione di possibili dissensi (o atteggiamenti interdittivi o non collaborativi) attraverso forme di decisione alternativa o di intervento sostitutivo»* ^[24]. Tutto questo in una logica accentratrice che sposta in sede di Consiglio dei ministri la ricerca della soluzione quando l’amministrazione dissenziente, portatrice di interessi sensibili, si oppone. La mutazione genetica dell’istituto è dunque completa, e trasforma la conferenza di servizi da modulo organizzativo razionale di cognizione e gestione di problemi complessi a strumento per aggirare il problema e raggiungere a ogni costo un esito del procedimento. Tale considerazione si fonda anche sulla circostanza per cui, allo stato attuale, la modalità ordinaria di svolgimento dei lavori è per di più diventata – le statistiche lo confermano – quella semplificata e asincrona, cioè

non contestuale, ora prescelta anche per il rilascio dell'autorizzazione unica nelle ZES.

Viene meno così il tratto più qualificante del metodo cooperativo, cioè «*lo scambio di vedute, il confronto di argomenti, il dialogo sulle diverse opinioni*»^[25], e «*la gestione dei procedimenti pluristrutturati torna ad essere affidata al vecchio sistema sequenziale e diacronico che, non contemplando la contestualità delle analisi, rende molto difficile cogliere nella sua compiutezza le reali dimensioni del problema e di affrontarlo con flessibilità e attitudine negoziale*»^[26].

6. Vantaggi e rischi di una semplificazione radicale. La necessità di un intervento per ridurre le funzioni. Tagliare il superfluo, migliorare il necessario.

In una logica decisionista, il modello semplifica e può funzionare, ma il prezzo che si paga è alto, quantomeno in termini di impoverimento cognitivo^[27]. Da questo punto di vista, particolarmente forte è la equivalenza tra mancata tempestiva comunicazione della determinazione e comunicazione di una determinazione difettosa, intendendosi per tale quella non congruamente motivata, non formulata in termini di assenso/dissenso, ovvero non contenente in modo chiaro e analitico le condizioni per il suo superamento. La mancata tempestiva comunicazione e la determinazione difettosa sono equiparate ed entrambe considerate alla stregua di un assenso senza condizioni.

Si tratta di un ulteriore irrigidimento dello scambio a distanza che già caratterizza la conferenza, volto palesemente ad impedire quelle prassi elastiche ed irrituali avallate dalla giurisprudenza e guardate con favore dalla dottrina, in base alle quali un parere ostativo, comunque rappresentato, non si poteva considerare inesistente ma avrebbe dovuto comportare un nuovo e definitivo supplemento di esame con un reale confronto dialettico.

La rigida soluzione prescelta, tutta incentrata sul piano procedurale, e sulla non contestualità del confronto, dovrebbe essere in grado di far conseguire il risultato di una decisione celere e preferibilmente favorevole^[28]. E ciò potrebbe segnare il successo della riforma, se appunto riguardata nella particolare ottica semplificatrice messa in evidenza.

Ma il giudizio è diverso se si guarda la situazione da un'altra prospettiva,

probabilmente più ambiziosa, e si considera che la semplificazione autentica consiste nella ricognizione analitica delle molte, troppe funzioni contemplate ai fini dell'ottenimento dell'autorizzazione, nella prospettiva della eliminazione di tutte quelle superflue, ovvero della loro concentrazione secondo un disegno funzionale e organizzativo più razionale. È una strada che in questa sede si è rinunciato a percorrere, ma che resta essenziale per operare una semplificazione verace.

Periodicamente, un simile progetto si riaffaccia nelle intenzioni dei diversi Governi, come dimostrato dalla recente approvazione, da parte del Consiglio dei Ministri, di un ambizioso «*Disegno di legge recante deleghe per le semplificazioni, i riassetto normativi e le codificazioni di settore*»^[29], il cui testo enunciava, tra gli altri «*l'obiettivo di ridurre, per i procedimenti autorizzatori, il numero delle amministrazioni intervenienti, anche eliminando e razionalizzando le competenze degli uffici, ed accorpando le funzioni per settori omogenei*».

Non se ne è fatto nulla, a quel che mi risulta, e nondimeno la questione è all'ordine del giorno, sia perché ripresa nel PNRR^[30], sia perché la legge annuale per il mercato e la concorrenza del 2021 (AS2469, approvata dal Consiglio dei Ministri il 5.11.2021 ed ora in discussione al Senato), all'articolo 23 contiene una delega al Governo per un intervento che «*dovrà semplificare i procedimenti relativi ai provvedimenti autorizzatori, in modo da ridurre il numero delle fasi procedurali e delle amministrazioni coinvolte, anche eliminando e razionalizzando le competenze degli uffici, accorpando le funzioni per settori omogenei, e individuando discipline e tempi uniformi per tipologie di procedimenti*»^[31].

Allo stesso modo, nel PNRR, nell'ambito di un più complessivo intervento a sostegno della capacità amministrativa, questa volta finalmente supportata da un investimento e non dalla pretesa di una riforma a costo zero, sono indicate come necessarie «*La mappatura dei procedimenti e delle attività e dei relativi regimi vigenti*» e «*L'individuazione del catalogo dei nuovi regimi, l'eliminazione delle autorizzazioni non giustificate da motivi imperativi di interesse generale*»^[32].

È questa la strada maestra, e consiste nella eliminazione del superfluo e nel miglioramento dell'essenziale attraverso un recupero della capacità amministrativa^[33].

Mentre le soluzioni fin qui adottate, e riproposte anche con riferimento agli

investimenti nelle ZES, presentano dei rischi connessi all'applicazione pressoché incondizionata del paradigma della celerità, con la connessa rinuncia al dialogo informale, come dimostra la disposta equivalenza tra una determinazione “difettosa” e la mancanza di ogni determinazione.

La eccessiva compressione delle questioni complesse, anche quando giustificata dalla priorità che si vuole dare all'iniziativa economica, se può valere a bypassare qualche passaggio amministrativo, non può però valere a rendere tutto semplice. Le tensioni non risolte nel procedimento riemergono in forma di successivi ripensamenti ovvero di contenzioso. E così, nella logica decisionista e di celerità che si va affermando, si può comprendere anche la posizione – in realtà difficilmente conciliabile con i principi costituzionali in tema di pienezza della tutela giurisdizionale – di chi punta a ridimensionare la capacità del giudice amministrativo di intervenire per recuperare nel processo ciò che si è perso nel procedimento.

Il percorso da seguire è, invece, quello di accrescere la capacità anche tecnica delle amministrazioni, in discontinuità con quanto si è verificato nei tempi più recenti. Le cause della crisi, divenuta quasi tratto strutturale dell'amministrazione, vanno infatti ascritte anche alla drastica riduzione^[34] o, secondo alcuni, alla totale scomparsa^[35] di corpi tecnici all'interno dell'organico degli apparati^[36], tendenza registrata nell'ultimo secolo e da collegare in misura significativa alle istanze di contenimento della spesa pubblica^[37].

In questo senso, il PNRR ritiene necessario creare strutturalmente capacità amministrativa attraverso percorsi di selezione delle migliori competenze e qualificazione delle persone, attraverso una rivisitazione del pubblico concorso^[38] ed una valorizzazione del merito. È questo l'unico modo attraverso il quale sarà possibile imporre un cambio di passo, soprattutto culturale, alle numerose riforme ancora una volta previste al fine di semplificare l'attività delle amministrazioni pubbliche^[39], e che dovrebbero consentire di ritrovare il “coraggio di decidere” dei funzionari pubblici: ammoniva Bismark che «*Con cattive leggi e buoni funzionari si può pur sempre governare, ma con cattivi funzionari le buone leggi non servono a niente*».

1. Così, cfr. F. Fracchia, *L'amministrazione come ostacolo*, in *Dir. econ.*, 2013, pp. 357 ss.

2. In tema, cfr. S. Tuccillo, *Potere di riesame, amministrazione semplificata e “paura di*

- amministrare*”, in *Nuove aut.*, 2020, pp. 725 ss.
3. Sul punto, cfr. d.l. 76/2020 (c.d. semplificazioni) che, con l’obiettivo di rendere più semplice la vita agli amministratori, ha riformato gli istituti dell’abuso d’ufficio e della responsabilità erariale.
 4. Cfr. S. Cassese, *Che cosa resta dell’amministrazione pubblica?*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 2019, pp. 1 ss.
 5. Per una disamina dei profili problematici incidenti sul sistema amministrativo che emergono dall’amministrare per legge, sia consentito il rinvio a F. Liguori, *Il problema amministrativo in trent’anni di fermento normativo: dalla legge sul procedimento del 1990 al decreto semplificazioni del 2020. Una introduzione*, in F. Liguori (a cura di), *Il problema amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, pp. 11 ss.
 6. Come conferma la discutibile pronuncia di Cons. Stato, Sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321, sull’esaurimento della discrezionalità amministrativa ad opera del giudice amministrativo che, in grado di appello, condannò il MIUR al rilascio dell’abilitazione scientifica nazionale.
 7. Ma si veda, sul punto, G. Napolitano, *Il diritto amministrativo dalla pandemia alla resilienza*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2021, p. 145, il quale afferma come «sarebbe, però, un grave errore pensare di poter superare ogni difficoltà mettendo sotto accusa il diritto amministrativo in quanto tale, provando a liberarsene il più possibile sulla base di una sua rappresentazione ideologica o stereotipata».
 8. Sul punto, cfr. C. Acocella, *Contributo allo studio dell’effettività dei diritti sociali*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022.
 9. In ciò consiste l’essenza della semplificazione, secondo C.R. Sunstein, *Semplice: l’arte del governo nel terzo millennio*, Feltrinelli, Milano, 2014.
 10. A differenza di quello che sembra emergere da un editoriale di V. Visco, *Il culto del diritto amministrativo frena la ricostruzione della Pa*, nel *Sole 24 Ore*, 6 febbraio 2021.
 11. Non sembra un caso, infatti, che nelle pagine introduttive del PNRR si ritenga che la riforma della pubblica amministrazione, che insieme alla riforma della giustizia rientra tra gli obiettivi trasversali da raggiungere, sia funzionale al miglioramento proprio della capacità amministrativa.
 12. In tema, cfr. G. Napolitano, *I pubblici poteri di fronte alla pandemia*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2020, pp. 145 ss.
 13. G. Napolitano, *Le riforme amministrative in Europa all’inizio del ventunesimo secolo*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 2015, p. 617, sottolinea che mentre per le riforme amministrative l’uropeizzazione del diritto amministrativo lascia ancora margini decisionali agli ordinamenti nazionali, il perseguimento delle riforme fiscali ed economiche sono molto più vincolate a piani e programmi adottati a livello sovranazionale.
 14. Basti pensare, a titolo esemplificativo, alle riforme in materia di accesso – l’introduzione del modello anglosassone del Freedom of information act, introdotto in Italia ‘a costo-zero’, mentre in America costato circa 500 milioni all’anno – nonché le diverse previsioni in tema di digitalizzazione e informatizzazione dell’attività amministrativa, senza

- considerare che la semplificazione da realizzare attraverso i percorsi di digitalizzazione per essere effettiva ed efficace richiede tempi adeguati di implementazione, una spesa pubblica idonea agli obiettivi fissati e una visione organica, che sembra essere finalmente confluita nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza.
15. In tema, tra i tanti, G. Napolitano, *Il diritto amministrativo dalla pandemia*, cit., p. 145.
 16. Non va neppure sottovalutato come Il PNRR (nella Componente 1 della Missione 1), in considerazione del blocco delle assunzioni che per ragioni di contenimento della spesa pubblica ha come noto caratterizzato l'ultimo decennio, guardi al turnover del personale amministrativo non solo come occasione di ringiovanimento delle amministrazioni stesse, ma altresì come viatico per favorire nella compagine amministrativa l'ingresso delle c.d. professioni del futuro, per semplificare oggetti dotati di competenze di natura informatica, digitale e relative dei big data. In questo senso, è certamente apprezzabile la duplice scelta di introdurre percorsi di reclutamento più celeri, affiancati da una formazione ad hoc, per giovani dotati di elevate qualifiche – come, ad esempio, quella di dottori di ricerca – e, al tempo stesso, di investire proprio su tali percorsi per la formazione, stanziando ingenti risorse per l'erogazione di borse di dottorato nei settori delle new Technologies e Green, temi centrali per il raggiungimento degli obiettivi prefissati nel PNRR. Sul punto, cfr. C. Acocella, A. Di Martino, *Il rinnovamento delle competenze nell'amministrazione nel solco della transizione digitale: questioni vecchie e nuove urgenze imposte dalla necessità di investire per la ripresa e la resilienza*, in *Riv. Dig. Pol.*, in corso di pubblicazione.
 17. La misura è stata introdotta dal d.l. 31 maggio 2021, n. 77.
 18. È emblematico il titolo di un editoriale de Il Mattino del 20 gennaio 2020, *Zes, che pasticcio! Nate per semplificare, servono 32 autorizzazioni*.
 19. F. Merusi, *La semplificazione: problema legislativo o amministrativo?*, in *Nuove aut.*, 2008, pp. 335 ss.
 20. Sulle diverse accezioni della semplificazione amministrativa, cfr. M. Renna, *Semplificazione e ambiente*, in *Riv. Giur. Edil.*, 2008, pp. 37 ss., nonché, se si vuole, F. Liguori, *Tutela dell'ambiente e misure di semplificazione*, in *Riv. Giur. Edil.*, 2020, pp. 3 ss.
 21. Sull'autorizzazione unica come modello di semplificazione, cfr. M. Clarich, *Riforme amministrative e sviluppo economico*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 2020, pp. 159 ss., il quale – richiamando il caso dell'autorizzazione unica per la costruzione e gestione degli impianti di produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili (d.lgs. 29 dicembre 2003, n. 387), sostiene che «i procedimenti autorizzativi per la realizzazione di iniziative imprenditoriali, oggi di competenza in parallelo di una pluralità di amministrazioni, dovrebbero essere accorpati in un regime di autorizzazione unica con un solo interlocutore amministrativo». In tema, si può vedere anche, M. Calabrò, *Semplificazione procedimentale ed esigenze di tutela dell'ambiente: l'autorizzazione integrata ambientale*, in *Riv. Giur. Urb.*, 2012, pp. 201 ss.
 22. Rendendo così complicato inquadrare la conferenza di servizi come strumento per «ricucire sul piano operativo il frazionamento delle competenze». In questi termini, cfr. F.G.

- Scoca, *Analisi giuridica della conferenza di servizi*, in *Dir. amm.*, 1999, p. 259.
23. Il passo indietro operato dalla riforma Madia nella concezione ‘pluralista’ della conferenza di servizi è ampiamente sottolineato da L. Torchia, *Introduzione*, in L. Torchia (a cura di), *I nodi della pubblica amministrazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, p. 24, la quale, in ragione soprattutto della natura perentoria (e non più ordinatoria) dei termini dell’istituto ha affermato che la conferenza rischia di trasformarsi «*da strumento di coordinamento in strumento di decisione*». Le tensioni tra finalità di coordinamento e di semplificazione sottese alla conferenza di servizi sono, inoltre, ben approfondite da E. Scotti, *La nuova disciplina della conferenza di servizi tra semplificazione e pluralismo*, in *Federalismi.it*, 16/2016, p. 5.
24. In questi termini, G.D. Comporti, *Il principio di buon andamento tra complessità della geografia amministrativa ed unicità della funzione*, in Aa. Vv., *Azione amministrativa e rapporto con il cittadino alla luce dei principi di imparzialità e buon andamento*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 54.
25. F.G. Scoca, *Le relazioni tra le amministrazioni pubbliche: l’effettività del coordinamento della conferenza di servizi*, in M. Gola, F. Mastragostino (a cura di), *Forma e riforma dell’amministrazione pubblica tra crescita economica e servizio ai cittadini. La L. n. 124/2015 e la sua attuazione*, B.U.P., Bologna, 2017, p. 81.
26. G.D. Comporti, ult. cit., p. 55.
27. S. Cassese, *L’arena pubblica*, in S. Cassese, *La crisi dello Stato*, Laterza, Roma-Bari, 2002, pp. 86-87, guarda alla conferenza come «*luogo dello scambio dove, con concessioni reciproche si può raggiungere una conclusione [...] non un luogo neutro, nel quale le amministrazioni pubbliche possono fare insieme ciò che esse possono fare separatamente*».
28. Come sottolineato, di recente, da F. Gambardella, *Il superamento della dimensione negoziale della conferenza di servizi*, in F. Liguori (a cura di), *Il problema*, cit., p. 81.
29. C h e s i p u ò c o n s u l t a r e i n
<https://infoparlamento.it/tematiche/appfondimenti/disegno-di-legge-recante-deleghe-per-le-semplificazioni-i-riassetto-normativi-e-le-codificazioni-di-settore>.
30. Il quale fa rientrare, tra le misure di contesto, anche le riforme abilitanti, «*cioè gli interventi funzionali a garantire l’attuazione del Piano e in generale a rimuovere gli ostacoli amministrativi, regolatori e procedurali che condizionano le attività economiche e la qualità dei servizi erogati ai cittadini e alle imprese. Tra questi ultimi interventi, si annoverano le misure di semplificazione e razionalizzazione della legislazione e quelle per la promozione della concorrenza*» (p. 47).
31. Quella della legge sulla concorrenza non costituisce una formula nuova nel nostro ordinamento, come confermato dal d.l. n. 5/2012, il quale (in termini più generali) all’articolo 12 chiedeva di adottare misure di semplificazione e razionalizzazione delle procedure amministrative.
32. PNRR, p. 47
33. Sembra utile richiamare il monito che risale ad oltre venti anni addietro di G. Falcon, *La normativa sul procedimento amministrativo: semplificazione o aggravamento?*, in *Riv.*

Giur. Urb., 2000, p. 142, secondo il quale «una 'semplificazione' come impoverimento del procedimento o come scelta a priori dell'interesse da sacrificare può forse essere accettata in via transitoria e quasi di emergenza, come rimedio pratico al malfunzionamento dell'amministrazione. Bisogna però fare attenzione a non confondere i rimedi pratici, che possono essere accettati in una certa non felice situazione, con l'ideale del diritto amministrativo».

34. L. Saltari, *Che resta delle strutture tecniche nell'amministrazione italiana?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, pp. 249 ss.
35. A. Zucaro, *La crisi dei Corpi Tecnici della Pa nel quadro della crisi delle politiche pubbliche*, in *Riv. giur. mezz.*, 2019, pp. 303 ss.
36. Nonostante gli studi più recenti siano tornati a focalizzare l'attenzione sulla centralità che ricoprono le competenze tecniche nell'organizzazione amministrativa. Ex multis, di recente, A. Pajno, *Legge n. 241/1990, corpi tecnici e attività consultiva*, in Aa. Vv., *La legge n. 241 del 1990, trent'anni dopo*, Giappichelli, Torino, 2021, pp. 259 ss., nonché gli ulteriori lavori pubblicati sul tema sempre nel citato Volume.
37. G. Melis, *I corpi tecnici della pubblica amministrazione centrale*, in *Riv. giur. mezz.*, 2019, pp. 291 ss.
38. Sulla crisi del pubblico concorso, cfr. M. Allena, M. Trimarchi, *Il principio del concorso pubblico*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 2021, pp. 379 ss.
39. In questi termini, cfr. A. Police, *Il potere, il coraggio e il tempo nel decidere. Corpi tecnici e loro valutazioni nel trentennale della legge sul procedimento amministrativo*, in Aa. Vv., *La legge n. 241*, cit., p. 357.

La tutela degli animali in Costituzione: riflessioni e prospettive

Micaela Lottini

DOI: 10.13130/2723-9195/2022-3-5

Con legge costituzionale n. 1 dell'11 febbraio 2022 è stato attribuito alla Repubblica il compito di tutelare l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi (anche nell'interesse delle future generazioni); è stato, inoltre previsto che la legge dello Stato disciplini i modi e le forme di tutela degli animali. Per la prima volta, quindi, la tutela degli animali viene menzionata nel testo costituzionale, peraltro nell'ambito della parte dedicata ai 'principi fondamentali'; il testo presenta alcuni evidenti limiti, ciononostante, questa riforma è un indubbio passo in avanti con riguardo alla tutela giuridica degli animali, in linea con le esperienze di altri Paesi dell'Unione europea (e non solo), nonché con il diritto eurounitario.

Animal protection in the Constitution: reflections and perspectives

With constitutional law n. 1 of 11 February 2022, the Republic is assigned the task of protecting the environment, biodiversity, and ecosystems (including in the interests of future generations). State law has to regulate the methods and forms of animal protection. For the first time, the protection of animals is mentioned in the constitutional text and, significantly, that protection is in the part dedicated to 'fundamental principles'. The text has some limitations. Nevertheless, this reform represents a step forward in line with the experiences of other countries of the European Union (and beyond), as well as with European Union law.

1. Riforma della Costituzione e tutela degli animali

La recente riforma dell'articolo 9 della Costituzione (avvenuta con legge costituzionale n. 1 dell'11 febbraio 2022) attribuisce alla Repubblica il compito di tutelare l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi (anche nell'interesse delle

future generazioni).

Viene, poi, previsto che la legge dello Stato disciplini (*debba* disciplinare) i modi e le forme di tutela degli animali, con una normativa applicabile alle Regioni a statuto speciale e alle Province autonome di Trento e di Bolzano (nei limiti delle competenze legislative ad esse riconosciute dai rispettivi Statuti).

Già ad una prima lettura del testo, appaiono evidenti alcuni limiti della formulazione; viene, infatti, evitato di definire gli animali come ‘esseri senzienti’; inoltre, si distingue, da una parte, la tutela dell’ambiente e della biodiversità e, dall’altra, la tutela degli animali, in relazione alla quale si prevede una riserva di legge statale, con una formula ambigua che potrebbe trovare forse migliore collocazione nell’ambito dell’art. 117 della Costituzione^[1].

Questo approccio sembrerebbe sminuire il senso dell’inserimento della tutela degli animali nel testo costituzionale; ciononostante, ad avviso di chi scrive, la riforma del 2022 rappresenta un indubbio e fondamentale passo in avanti, che ci pone in linea con le esperienze di altri Paesi dell’Unione europea^[2] (e non solo)^[3], nonché con il diritto eurounitario.

Innanzitutto, non deve dimenticarsi che la tutela degli animali viene menzionata nell’ambito dei principi fondamentali della nostra Costituzione e, quindi, viene individuata come valore fondante giuridico ed etico del nostro vivere civile^[4], la cui revisione può avvenire solo in senso migliorativo ed ampliativo^[5].

Inoltre, il nuovo articolo 9, operando la suddetta distinzione concettuale tra la tutela degli animali e quella dell’ambiente^[6]/biodiversità^[7], si conforma perfettamente al testo dell’art. 13 del Trattato sul Funzionamento dell’Unione europea; quest’articolo, introdotto con la riforma di Lisbona, impone a Stati membri ed Unione di tenere pienamente conto, nell’ambito delle rispettive competenze, del benessere degli animali, qualificati come ‘esseri senzienti’.

Sicché, l’animale deve essere tutelato nella sua individualità, come titolare di specifici interessi^[8] e *naturaliter* non può essere considerato come ‘cosa’.

In altre parole, la tutela dell’animale, a differenza (per esempio) della tutela dell’ambiente, viene concepita come una tutela diretta, ossia non legata al soddisfacimento di interessi umani, ovvero alla realizzazione di diritti (fondamentali); come è stato efficacemente chiarito in dottrina, infatti, *«l’interesse che motiva la questione ecologista è, in generale rappresentato da un interesse degli esseri umani stessi, le condizioni di vita dei quali possono essere*

determinate dall'emergenza ecologica. (...) Gli animali non umani vengono presi in considerazione non come soggetti, ma come oggetti (...) e, quindi, come genere e come specie e non come individui»^[9].

È evidente, quindi, che con l'inserimento degli animali in Costituzione viene effettuato un enorme salto teorico, poiché viene garantita tutela^[10] costituzionale a dei 'soggetti senzienti non-umani'^[11] e viene previsto che la tutela sia un 'dovere'^[12] della Repubblica; ad ogni modo, stante anche le ambiguità testuali evidenziate, rimane da domandarsi l'effetto che concretamente questa novità potrà avere sulla tutela giuridica degli animali, soprattutto quando questa entra in conflitto con interessi umani.

Non deve dimenticarsi, peraltro, che nel nostro Codice civile ancora gli animali sono considerati, seppure in via indiretta, come 'cose'^[13]; gli stessi sono, poi, delle 'merci' nell'ambito del contesto euro-unitario^[14], dato che possono essere oggetto di transazioni commerciali e possono avere un valore economico (*Commissione c. Repubblica italiana*)^[15].

Al fine di tentare una seppure prematura risposta a questo interrogativo, è interessante notare che anche la previsione dell'art. 13 TFUE ha sollevato dubbi interpretativi^[16] e critiche, soprattutto riguardo all'effettiva portata dei cambiamenti che avrebbe potuto determinare^[17], come verrà evidenziato nel prossimo paragrafo.

2. La tutela degli animali nel TFUE: dubbi e prospettive

L'art. 13 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea, introduce in via diretta il tema della tutela degli animali nell'ambito del testo 'costituzionale' europeo, prevedendo che: «*nella formulazione e nell'attuazione delle politiche dell'Unione nei settori dell'agricoltura, della pesca, dei trasporti, del mercato interno, della ricerca e sviluppo tecnologico e dello spazio, l'Unione e gli Stati membri tengono pienamente conto delle esigenze in materia di benessere degli animali in quanto esseri senzienti (...)*».

La dottrina chiamata a fornire dei chiarimenti sulla portata giuridica del nuovo articolo, specifica, prima di tutto, che lo stesso non attribuisce una competenza all'Unione^[18] per legiferare in materia e la relativa formulazione appare generica, poiché non viene chiarito cosa debba intendersi per 'benessere degli animali'^[19],

ovvero per ‘essere senziente’, e nemmeno se la tutela del benessere degli animali debba prevalere su altri obiettivi ed interessi che con la stessa possano entrare in conflitto.

Ancora, lo stesso articolo sembrerebbe prevedere dei limiti di applicabilità, riguardando la formulazione e l’attuazione di alcune politiche; deve rilevarsi, però, che la politica del ‘mercato interno’ (appunto uno degli ambiti considerati) ha, di fatto, una portata generale, dato che rappresenta, come è noto, il cuore della costruzione europea (articolo 26, n. 1 TFUE).

Inoltre, il secondo alinea dell’art. 13 prevede un’eccezione, poiché richiede il rispetto delle «*disposizioni legislative o amministrative e le consuetudini degli Stati membri per quanto riguarda, in particolare, i riti religiosi, le tradizioni culturali e il patrimonio regionale*».

La dottrina, pur riconoscendone i limiti, sottolinea l’importanza dell’art. 13 e chiarisce, tra le altre cose, che, in effetti, lo stesso rappresenta più che un punto di arrivo «*una vera e propria base di partenza per dare impulso alla costituzionalizzazione del diritto degli animali*»^[20].

Dal punto di vista giurisprudenziale, la Corte di giustizia, chiamata a pronunciarsi sul valore dell’art. 13 nell’ambito dell’ordinamento europeo, *in primis*, ha qualificato la tutela del benessere animale come un «*obiettivo legittimo di interesse generale*» (sia dell’Unione che degli Stati membri), per poi utilizzarlo come strumento atto a giustificare delle interpretazioni della normativa europea, volte al favorire la protezione degli animali nel bilanciamento con altri interessi^[21]. Sicché, secondo la Corte, il benessere animale è un interesse o meglio un valore^[22] che deve essere considerato e non può essere sacrificato, in linea di principio, ad ogni interesse umano, sia esso economico o di altro tipo; la ponderazione tra i vari interessi deve avvenire sulla base del principio di proporzionalità^[23].

Particolarmente interessanti, in questo senso, sono una serie di sentenze^[24] riguardanti il rapporto tra la pratica religiosa delle macellazioni rituali e la normativa europea che tutela gli animali al momento dell’abbattimento, secondo la quale, l’animale deve essere preventivamente stordito. La Corte esclude, per esempio, che una norma nazionale che impone uno stordimento reversibile sia da considerarsi contraria alla libertà religiosa, anche se viola, almeno secondo i rappresentanti delle religioni considerate, il precetto in base al quale la macellazione deve avvenire senza stordimento^[25].

Questa posizione della Corte, secondo cui l'interesse al benessere animale, ed in particolare alla relativa vita e salute, non possa essere *ex se* sottordinato all'interesse umano sembra essere perfettamente in linea con il disposto dell'art. 36 TFUE che individua gli interessi che possono giustificare dei limiti all'applicazione della normativa in materia di libera circolazione delle merci.

Viene, infatti, previsto che *«le disposizioni in materia di libera circolazione delle merci lasciano impregiudicati i divieti o restrizioni all'importazione, all'esportazione e al transito giustificati da motivi di moralità pubblica, di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di tutela della salute e della vita delle persone e degli animali o di preservazione dei vegetali (...)»*.

In altre parole, l'interesse economico alla libera circolazione può trovare un limite non solo fondato sulla tutela di altri interessi umani (compreso quello alla preservazione dei vegetali, ossia la tutela della flora e della biodiversità), ma anche sulla vita e salute degli animali ^[26].

Oltre che rappresentare un interesse limite all'applicazione delle norme in materia di libera circolazione, già a partire dalla fine degli anni Ottanta, la Corte aveva anche chiarito che la tutela della salute o della vita degli animali *«costituisce un di interesse di cui le istituzioni comunitarie devono tener conto nell'esercizio delle loro competenze»*. In questo senso, per esempio, nell'ambito della sentenza *Regno Unito c. Consiglio* ^[27], aveva specificato che: *«il perseguimento delle finalità della politica agricola comune (...) non può prescindere da esigenze di interesse generale, come la tutela (...) della salute o della vita (...) degli animali»*.

C'è da dire ancora che il tema della tutela degli animali e del loro benessere rappresenta una costante nell'ambito del diritto europeo a partire dagli anni Settanta, quando appunto vengono sottoscritte le prime Convenzioni internazionali, che riguardano gli animali oggetto di sfruttamento economico ^[28], i cosiddetti animali da compagnia ^[29] e gli animali selvatici ^[30]. Nel corso del tempo, si sono poi susseguiti svariati interventi normativi ^[31] e giurisprudenziali ^[32], volti a promuovere il miglioramento delle condizioni di vita degli animali in diversi settori.

L'art. 13 TFUE si inserisce quindi nell'ambito di questo percorso che vede una sempre maggiore sensibilità sociale e giuridica verso il modo in cui vengono trattati gli animali e indica anche attraverso l'attività interpretativa della Corte una serie di punti fermi a livello 'costituzionale'.

3. Note conclusive.

La recente riforma della Costituzione testimonia ancora una volta il crescente interesse del nostro legislatore per il tema della tutela giuridica degli animali, in linea con l'evoluzione della giurisprudenza e del sentire collettivo.

La questione si presenta di particolare delicatezza e complessità, poiché vengono in rilievo problematiche economiche, etiche, culturali, relative alla salute pubblica, nonché alla tutela dei consumatori.

Il testo della riforma rispecchia questa complessità ed ha una natura evidentemente compromissoria che rappresenta, non un punto di arrivo, ma un punto di partenza, in una prospettiva secondo cui la tutela del benessere degli animali, della loro salute e vita, è un interesse autonomo che deve essere tenuto in considerazione e necessariamente ponderato con altri interessi e anche diritti umani.

In questo senso, peraltro si è posto il giudice amministrativo in alcune pronunce recenti; a titolo d'esempio, la Sezione terza del Consiglio di Stato^[33], nell'ambito di una causa riguardante la richiesta di annullamento di un provvedimento *extra ordinem*, con cui il Presidente della provincia di Trento e Bolzano aveva disposto la cattivazione permanente di un orso bruno, conclude appunto che l'interesse alla tutela della pubblica incolumità e la tutela dell'interesse dell'animale ad una vita piena e dignitosa debbano essere adeguatamente bilanciati, nel rispetto del principio di proporzionalità e sul presupposto che qualunque potere *extra ordinem* debba avere effetti temporanei ed il relativo esercizio non possa rappresentare la sede per il bilanciamento di questi interessi, bilanciamento che deve avvenire, invece, secondo le prescrizioni normative di settore e attraverso l'utilizzo dei soggetti competenti a valutare le esigenze specifiche della specie animale considerata.

Ancora. Nell'ambito di una causa in cui veniva richiesto l'annullamento dei provvedimenti mediante i quali l'amministrazione competente aveva ordinato l'abbattimento di alcuni capi bufalini, al fine di tutelare l'interesse pubblico al contenimento del contagio e all'eradicazione della brucellosi, ancora la Sezione terza del Consiglio di Stato^[34] ritiene di non condividere la posizione del TAR, in base alla quale gli unici due interessi in gioco sarebbero stati quello della salute pubblica e quello dell'operatore economico proprietario dei capi di bestiame, ma

al contrario debba essere considerato anche l'interesse dell'animale.

In maniera diretta ed esplicita, il Collegio ricorda come il benessere degli animali sia protetto a livello nazionale ed eurounitario ove, in particolare, è inteso come un obiettivo di interesse generale riconosciuto dall'Unione ovvero un valore condiviso nell'Unione europea sancito ora dall'art. 13. Argomenta, quindi, come il valore della vita degli animali non possa essere sacrificato senza adeguata ponderazione - ispirata a rigorosa valutazione del principio di precauzione e che, nel bilanciamento tra il diritto al benessere dell'animale - da intendersi come valore fondamentale *in re ipsa* - e il bene supremo della salute pubblica, nel caso di specie, questa non possa prevalere *ex se*, ma appunto debba essere bilanciata con siffatto valore; sicché, conclude per l'accoglimento del ricorso in quanto non risulta adeguatamente valutata ed istruita la possibilità di salvaguardare la salute pubblica mediante misure rispettose del principio di precauzione e tuttavia diverse dall'abbattimento degli animali.

In conclusione, quindi sia a livello europeo, che nazionale il benessere degli animali, è riconosciuto come un valore da tutelare ed un interesse pubblico che deve essere ponderato e non può essere sacrificato *sic et simpliciter*, ma solo a seguito di una valutazione di necessità e proporzionalità^[35], la quale evidentemente non può prescindere da un dato di fondo ormai assodato: gli animali non sono 'cose' ma esseri 'senzienti'.

Se dal piano della teoria ci spostiamo alla pratica, ossia al diritto positivo italiano è evidente come la linea evolutiva non potrà che essere caratterizzata da una riconsiderazione^[36] di tutte quelle normative che subordinano in linea di principio l'interesse animale a quello umano, ne compromettono il benessere, la salute e financo la vita senza che questo sia necessario e proporzionato alla tutela di un interesse umano essenziale (vita, salute), tentando quindi un nuovo bilanciamento di interessi che tenga conto appunto della novità costituzionale, ma anche del mutato sentire collettivo.

1. In effetti, l'originario articolo 3 del Disegno di legge di riforma prevedeva di sostituire la lettera s) del secondo comma dell'articolo 117 della Costituzione, includendo la tutela degli animali tra le materie di competenza esclusiva statale, oltre a quella della tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali.
2. In particolare, la Costituzione tedesca prevede un articolo (20 a – introdotto nel 2002) secondo cui, tenendo in considerazione gli interessi delle future generazioni, lo Stato

- federale deve proteggere le basi naturali della vita e gli animali, attraverso un'azione legislativa, esecutiva e giudiziaria nel rispetto delle previsioni costituzionali («*Der Staat schützt auch in Verantwortung für die künftigen Generationen die natürlichen ebensgrundlagen und die Tiere im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung durch die Gesetzgebung und nach Maßgabe von Gesetz und Recht durch die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung*»). Sulla stessa linea, la Costituzione lussemburghese, art. 11 bis.
3. La Costituzione indiana, tra le altre cose, inibisce gli atti di crudeltà verso gli animali e promuove la tutela degli animali selvatici e degli uccelli.
 4. C. Mortati, *Costituzione*, in *Enc. dir.*, vol. XI, Giuffrè, Milano, 1962, p. 168.
 5. Vedi anche la sentenza della Corte costituzionale n. 348 del 2007.
 6. In argomento. Cfr., M.V. Ferroni, *La protezione degli animali nell'ambiente*, in P. Dell'anno e E. Picozza (diretto da), *Trattato di diritto dell'ambiente*, vol. III, Cedam Padova, 2015, p. 447.
 7. Sul rapporto tra la tutela della biodiversità e l'interesse alla tutela della salute a e della vita umana, cfr., C. Napolitano, *Covid-19 e biodiversità: termini di un legame difficile*, in *Questa Rivista*, 2, 2020, p. 75.
 8. In argomento, cfr., F.P. Traisci e F. Fontanarosa, *I diritti degli animali: da oggetti di consumo agroalimentare*, in L. Scaffardi e V. Zeno Zencovich (a cura di), *Cibo e diritto. Una prospettiva comparata*, vol.2, Roma Tre-press, 2020, p. 853, 875.
 9. V. Pocar, *Gli animali non umani. Per una sociologia dei diritti*, Laterza, Bari 1998, p. 6.
 10. Sul termine 'tutela' degli animali, la dottrina ha sottolineato come lo stesso significhi: «a) loro protezione dalla prepotenza e crudeltà umana, b) incentivazione del loro esprimere liberamente le proprie diversificate originalità e capacità». L. Lombardi Vallauri, *Gli animali in Costituzione: Senato e LAV 9.3.22*, relazione presentata al Convegno, *Animali in Costituzione: cosa cambia, cosa dovrà cambiare*, 9 marzo 2022 Roma, Senato della Repubblica, in <https://www.lav.it/>.
 11. Sulla soggettività animale, cfr., F. Rescigno, *I diritti degli animali. Da res a soggetti*, Giappichelli, Torino 2005; C.M. Mazzoni, *La questione dei diritti degli animali*, in S. Castiglione e L. Lombardi Vallauri (a cura di), *La questione animale*, in S. Rodotà e P. Zatti (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 281.
 12. È interessante notare che, secondo parte della dottrina, anche il fatto di avere previsto, con la precedente riforma costituzionale del 2001, come ambito di competenza esclusiva dello Stato la 'tutela della concorrenza', avrebbe individuato la stessa concorrenza come valore costituzionale da tutelare e da promuovere. G. Corso, *La tutela della concorrenza come limite della potestà legislativa (delle regioni e dello Stato)*, in *Diritto pubblico*, 2002, p. 980.
 13. E. Battelli, *La relazione fra persona e animale, tra valore economico e interessi non patrimoniali, nel prisma del diritto civile: verso un nuovo paradigma*, in *Cultura e diritti*, 1/2, 2018, p. 35; G. Spoto, *Il dibattito sulla soggettività giuridica degli animali e il sistema delle tutele*, in *Cultura e diritti*, 1/2, 2018, p. 61.
 14. Cfr., in argomento, K. Sowery, *Sentient beings and tradable products: the curious constitutional status of animals under Union law*, in *Common market law review*, 55, 1

- 2018, p. 55.
15. Sentenza della Corte del 1 luglio 1969, *Commissione c. Repubblica italiana*, C- 24/68, EU:C:1969:29.
 16. B. Driessen, *Fundamental animal rights in European law*, in *European public law*, 23, 3, 2017, p. 547; D. Ryland e A. Nurse, *Mainstreaming after Lisbon: advancing animal welfare in the EU internal market*, in *European energy and environmental law review*, 22, 3, 2015, p. 101.
 17. M. Kotzur, *Article 13-horizontal clause: protection of animals*, in R. Geiger, D.E. Khan e M. Kotzur (diretto da), *European Union Treaties*, Beck/Hart, München, 2013, p. 225; F9; E. Sirsi, *Il benessere degli animali nel Trattato di Lisbona*, in *Rivista di diritto agrario*, 2, 2011, p. 220.
 18. T.M. Moschetta, *La sperimentazione sugli animali nel mercato interno dell'Unione europea*, in *Cultura e Diritti*, 1/2, 2018, p. 121.
 19. A questo proposito, si noti come la Convenzione europea *per la protezione degli animali da compagnia*, del 13 novembre 1987, indichi (art. 3) i principi di base per il benessere degli animali: «1 Nessuno deve causare ad un animale da compagnia dolore, sofferenza o angoscia. 2 Nessuno deve abbandonare un animale da compagnia». Sul concetto di benessere degli animali, cfr., D. Fraser, *Understanding animal welfare. The science in its cultural context*, Blackwell, Chichester, 2008.
 20. F. Barzanti, *La tutela del benessere degli animali nel Trattato di Lisbona*, in *Diritto dell'Unione europea*, 1, 13, p. 49, 72.
 21. Sentenza del 3 dicembre 2015, C-301/14, *Pfotenhilfe Ungarn*, EU:C:2015:793.
 22. Come viene chiarito dall' Avvocato Generale M. Bobek «nel diritto dell'Unione, sia a livello di diritto primario che di diritto derivato, è presente una manifesta dichiarazione di valore da parte dell'Unione, che può essere intesa nel senso che fornisce un orientamento interpretativo. Tuttavia, come avviene per altri valori, il benessere degli animali non è assoluto (...), ma deve essere ponderato con altri obiettivi (...)» Conclusioni relative alla causa *European Federation for Cosmetic Ingredients*, C-592/14, presentate il 17 marzo 2016, EU:C:2016:179, par. 21.
 23. Sul principio di proporzionalità, cfr., *inter alia*, D.U. Galetta, *Il principio di proporzionalità fra diritto nazionale e diritto europeo (e con uno sguardo anche al di là dei confini dell'Unione Europea)*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2019, 6, p. 907
 24. Cfr., sentenza del 29 maggio 2018, *Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties Provincie Antwerpen, VZW e altri*, C-426/16, EU:C:2018:335.
 25. Sentenza del 17 dicembre 2020, *Centraal Israëlitisch Consistorie van België e altri*, C-336/19, EU:C:2020:1031. Per un commento, ci sia consentito rinviare a M. Lottini, *I principi di sussidiarietà e proporzionalità 'salvano' gli animali fiamminghi da una morte lenta e dolorosa. La macellazione rituale senza stordimento ed il diritto UE*, in *Federalismi.it*, 7, 2021, p. 140.
 26. Nella sentenza *Holdijk*, del 1° aprile 1982, C-141/81, EU:C:1982:122, la Corte deve

pronunciarsi in via pregiudiziale sulla compatibilità con il diritto europeo della normativa olandese che impone specifiche dimensioni dei box dove sono tenuti vitelli da ingrasso. Secondo i ricorrenti (imputati in un processo penale per aver contravvenuto alle disposizioni nazionali) la normativa olandese avrebbe un effetto restrittivo sulle esportazioni (misura ad effetto equivalente ad una restrizione quantitativa) e, quindi, sarebbe contraria alla libera circolazione delle merci (ma anche alle norme relative all'organizzazione comune dei mercati nel settore delle carni bovine). Infatti, la stessa imporrebbe ai produttori olandesi condizioni più onerose di quelle imposte ai produttori di altri Stati membri. La Corte conclude per la compatibilità della norma con la libera circolazione delle merci e con le norme in materia di organizzazione comune mercato delle carni, poiché la stessa si applica indistintamente ai vitelli destinati al mercato nazionale e quelli all'esportazione. La Corte specifica, poi, che un'interpretazione diversa sarebbe incompatibile con l'interesse che la comunità nutre per la salute e la protezione degli animali, interesse provato dall'art. 36 CE del Trattato (ora 36 TFUE) e dalla Convenzione europea sulla protezione degli animali negli allevamenti (par. 13). In altre parole, la Corte pur non ritendendo la normativa nazionale in contrasto con il diritto europeo, e quindi non sussistendo la necessità di giustificarla, ritiene comunque di voler richiamare l'art. 36 e di affermare che la salute e la protezione degli animali costituiscono un interesse della Comunità degno di protezione. Sulla stessa linea, l'Avvocato Generale Slynn, nelle sue Conclusioni presentate il 4 marzo 1982, il quale, pur ritendendo la normativa nazionale legittima, sente l'esigenza di pronunciarsi sul tema del benessere degli animali e di fornirne una interpretazione estensiva dell'art. 36 che riguarda in realtà la vita e la salute degli animali (e non il loro benessere). Infatti, secondo l'Avvocato Generale anche se salute e benessere sono due concetti diversi ed il secondo può comprendere cose irrilevanti per il primo, «*vi è chiaramente una zona in cui essi coincidono o sono interdipendenti*». Conclusioni presentate il 1° aprile 1982, EU:C:1982:82, 1319.

27. Sentenza del 23 febbraio 1988, *Regno Unito c. Consiglio*, C-131/86, EU:C:1988:86.
28. Convenzione europea *Sulla protezione degli animali negli allevamenti*, 10 marzo 1976.
29. Convenzione europea *Per la protezione degli animali da compagnia*, 13 novembre 1987; Convenzione europea *Sulla protezione degli animali nel trasporto internazionale*, 6 novembre 2003, che sia applica a tutti gli animali, prescindendo dal fatto che siano o meno oggetto di sfruttamento economico.
30. Convenzione *Relativa alla conservazione della vita selvatica e dell'ambiente naturale in Europa*, 19 settembre 1979.
31. Per un elenco completo delle iniziative comunitarie in materia di rinvia al sito della Commissione europea ed in particolare alla pagina: <http://ec.europa.eu/food/animals/welfare/strategy>. Ad ogni modo, per fare alcuni esempi, possiamo indicare: la protezione degli animali negli allevamenti, (Direttiva n. 98/58 del 20 luglio 1998); la protezione degli animali durante il trasporto (Regolamento n. 1/2005 del 22 dicembre 2004); la protezione degli animali durante l'abbattimento (Regolamento n. 1099/2009 del 24 settembre 2009); la protezione degli animali utilizzati a fini scientifici

CERIDAP

(Direttiva n. 2010/63 del 22 settembre 2010). Ma anche il divieto di commercializzazione e di importazione nell'Unione e l'esportazione fuori dall'Unione di pellicce di cane e di gatto (Regolamento n. 1523/2007 dell'11 dicembre 2007); la protezione di specie della flora e della fauna selvatiche mediante il controllo del loro commercio (Regolamento n. 338/97 del 9 dicembre 1996); il divieto di effettuare sperimentazioni sugli animali per testare i prodotti cosmetici (Regolamento n. 1223/2009).

32. Solo a titolo d'esempio, cfr., le sentenze: del 28 luglio 2016, *Masterrind*, C-469/14, EU:C:2016:609; 16 luglio 2009, *Rubach*, C-344/08, EU:C:2009:482; del 4 settembre 2014, *Sofia Zoo*, C-532/13, EU:C:2014:2140.
33. Consiglio di Stato, Sezione III, 3 novembre 2021, n. 7366.
34. Consiglio di Stato, Sezione III, ordinanza del 9 dicembre 2021, n. 6625.
35. In argomento, cfr., F. Rescigno, *I diritti animali nella prospettiva contemporanea: l'antispesismo giuridico e la soggettività animale*, in L. Scaffardi e V. Zeno Zencovich (a cura di), *Cibo e diritto. Una prospettiva comparata*, vol.2, Roma Tre-press, 2020, p. 829.
36. Secondo Lombardi Vallauri, «tutto questo suggerisce, anzi impone, un'interpretazione costituzionalmente orientata delle leggi ordinarie di protezione degli animali, compresi gli articoli 544 bis e seguenti del Codice penale». L. Lombardi Vallauri, *Gli animali in Costituzione: Senato e LAV 9.3.22*, relazione presentata al Convegno, *Animali in Costituzione: cosa cambia, cosa dovrà cambiare*, 9 marzo 2022 Roma, Senato della Repubblica, p. 1, in <https://www.lav.it/>.

The development of a new model of urban regeneration in light of the digitalisation of public administration

Leonardo Scuto

DOI: 10.13130/2723-9195/2022-3-17

Questo articolo si propone di indagare i tratti distintivi del fenomeno della rigenerazione urbana come espressione del principio di sviluppo sostenibile, alla luce del modello di amministrazione digitale, ovvero una nuova struttura volta a favorire la digitalizzazione dei processi decisionali e una trasformazione delle funzioni amministrative, utilizzando le Tecnologie dell'Informazione e della Comunicazione (TIC). Questi elementi dovrebbero essere i principi su cui deve basare il nuovo modello di sviluppo urbano. L'influenza delle TIC sulle valutazioni ambientali è fondamentale per comprendere appieno il la portata delle sfide affrontate dal legislatore italiano in tema di rigenerazione urbana. Lo scopo di questo lavoro è, quindi, quello di proporre un metodo per realizzare la migliore interazione possibile tra le forme tradizionali e innovative di rigenerazione urbana, cercando di identificare, nello specifico, come gli enti locali possano trarre vantaggio dalle nuove tecnologie sia in un'ottica procedurale che ambientale. Si sottolinea come le soluzioni tecnologiche innovative oggi trovino la loro massima espressione nello sviluppo di un nuovo modello urbano – le energie rinnovabili – che è uno dei mezzi individuati per perseguire gli obiettivi fissati dall'SDG n. 11 delle Nazioni Unite.

This article aims to investigate the distinctive features of the phenomenon of urban regeneration as an expression of the principle of sustainable development, in light of the digital administration model, i.e., a new structure designed to promote the digitalisation of decision-making procedures and a transformation of administrative functions, using Information and Communication Technologies (ICT). These elements should be the principles upon which the new urban development model is to be based. The influence of ICT on environmental assessments is crucial to fully understand both the potential and challenges faced by the Italian legislator when

addressing urban regeneration. The purpose of this paper is, therefore, to propose a method to achieve the best possible interaction between traditional and innovative forms of urban regeneration, trying to identify, specifically, how local authorities can take advantage of new technologies both in a procedural and environmental perspective. It is emphasized how innovative technological solutions today find their highest expression in the development of a new urban model – the renewable energy community – which is one of the means identified to pursue the goals set out by the SDG No. 11 drafted by the United Nations.

1. Introduction

This paper aims to analyse a phenomenon that has recently attracted the attention of legal science, given its radical evolution from a minor instrument to an imposing reality that can change key sectors of the economy and social relations.

This phenomenon is known as so called “urban regeneration”, considered by specialists in urban planning and law as one of the levers capable of ensuring the achievement of a more general concept of sustainable development.

The term “urban regeneration” is a locution on the meaning of which there is a *«wide generic sharing, although there is no univocal definition»*^[1].

In particular, against an exclusively conservative connotation that has characterised the matter for a long time, the concept in question today must be given an innovative meaning, *«able to address in an integrated manner problems of physical degradation and socio-economic distress of the territory»*^[2].

Moreover, the European legislator, first, and then the national one, have highlighted how to deal with the issue in a modern perspective of reinforcement of the relationship between the processes of social and economic regeneration of a territory and the energy and environmental policies behind it.

Therefore, the topic of urban regeneration can be addressed starting from perspectives related not only to the traditional idea of land consumption and safety, but also to environmental and energy policies and administrative procedures underlying the achievement of the objectives imposed by the concept of sustainable development.

From this point of view, therefore, it is interesting to try to investigate how the use of *Information and Communication Technologies* (hereinafter, ICT) and – *inter alia* – *Artificial Intelligence* (hereinafter, AI) are able to represent, for the Public Administration, valid tools to ensure greater efficiency to the environmental assessment procedures, at the basis of a fast development of so-called “urban regeneration” projects.

The success of this tool, as well as the basic perspective from which it takes its origin, is certainly significant, so that even the National Recovery and Resilience Plan (hereinafter, the NRRP)^[3] has made several references to the topic of urban regeneration in the “Mission” entitled “green revolution and ecological transition” processes, in which is encouraged the implementation of a large program of investment in order to achieve the objectives of the European framework.

The national legislator has not been delayed and – thanks to the promulgation of Legislative Decree 16 July 2020, No. 76 (Urgent measures for simplification and digital innovation)^[4] and subsequently of Legislative Decree 31 May 2021, No. 77 (Governance of the National Recovery and Resilience Plan and first measures to strengthen administrative structures and accelerate and streamline procedures)^[5] – has introduced several changes to the regulations on, *inter alia*, authorisation procedures for renewable energy and environmental assessments, especially on Environmental Impact Assessment and Strategic Environmental Assessment (hereinafter, the EIA and the SEA).

In fact, the intention of the legislator was to speed up procedures by considerably reducing the previous deadlines^[6] and creating a specific discipline to implement the Integrated National Energy and Climate Plan 2021-2030 (hereinafter, the INECP)^[7].

The Environmental Assessments, as regulated by Legislative Decree No. 152/2006 (henceforth, the Environmental Code) are a fundamental moment in urban regeneration projects, introducing a «*judgment on sustainability conducted at a time prior to the determination in order to implement the individual work and, that is, when the programmatic or planning decision is made*»^[8].

The background decision consists in setting the moment of evaluation in an earlier time frame, with the aim of ensuring that this takes place in the phase in which overall choices of government of the territory are adopted, including those

of “urban regeneration”^[9].

Not less important, however, is the regional legislation, which is a fertile ground in which, in recent years, the idea of “urban regeneration” has been characterised by a complex process, characterised, *e.g.*, by provisions concerning the relationship between regeneration and active policies for the attraction of European funds and the influence of the phenomenon on economic development.

In these same provisions emerges, among others, the recognition of the social value of urban regeneration for the reduction of urban decay especially in the most suburban areas of major cities^[10].

Finally, the regional legislative framework shows that the concept of urban regeneration mentioned above is necessarily characterised by environmental assessments that precede it, so much so that it *«has now assumed a significant legal value and an autonomous and innovative scope compared to other concepts of recovery and redevelopment»*^[11].

Moving within the complex framework outlined above, this paper will be dedicated to the recognition of the dimensions assumed by the phenomenon of urban regeneration in the Italian system, the problems raised by the use of digital tools to accelerate administrative decisions and the interesting future prospects of regulation and application.

In particular, these aims will be achieved by focusing on the critical issues raised by digitalisation and the impacts that this will have on public decisions on urban regeneration and energy transition.

Reference will then be made to renewable energy communities as an example of urban regeneration from an energy perspective.

2. The current debate and the difficulties related to the Italian legal framework

It is essential to try to outline the current coordinates of the debate developed, both in doctrine and in jurisprudence^[12], in relation to the application, in the Italian legal system, of the innovative scope that the term “urban regeneration” brings with it, without forgetting the impact that digitalisation will have on the choices that are up to the Public Administration.

First of all, it seems useful to point out how, at this time, a stable legislative framework is lacking.

It should be noted that the Draft Law on “Measures for urban regeneration”, which was presented in the Italian Senate on March 2019 (XVIII Legislature, Senate Act No. 1131), is still far from being converted^[13].

The text should set the general principles to identify «*the tasks entrusted to the different institutional levels, resources and incentives for interventions to be carried out in urban areas characterised by high urban building, environmental and socio-economic degradation*»^[14].

This Draft Law is aimed to define the fundamental principles in the field of urban regeneration, with the awareness by the Legislator that – as already pointed out – a shared definition of the above-mentioned expression still does not exist^[15]. Moreover, it is interesting to underline how urban regeneration, and more generally the wider subject of the government of the territory^[16], must be planned within the constitutional framework provided by Article 117, paragraph 3, of the Italian Constitution, and therefore within the framework of the concurrent legislation on the matter between the State and the Regions^[17].

With sentence No. 179 of 2016, the Italian Constitutional Court has ruled on the controversial issue of the precarious balance between regionalism and municipalism in the perspective of urban planning. This controversy represents a still open issue, and it is the result of the inertia of the legislator in adopting a “Consolidated Act” able to represent an effective instrument for the reorganisation and functioning of the subject.

In this case, the Judge of Laws has clarified the areas of competence in the field of government of the territory, with specific reference to the degree of impact that the regional legislative power has on the function of urban planning of the municipalities.

Accepting the observations of the judge *a quo* with reference to the contested Regional Law of Lombardy No. 131 of 2014^[18], the Court explicitly acknowledges the principle of municipal autonomy in the field of urban planning.

The Constitutional Court, in fact, focuses the attention on the importance and fundamental nature of urban planning, historically assigned to the level of the authority closest to the citizen, stating that this function falls within the range of

administrative powers in which the principle of municipal autonomy is confirmed.

In other words, the concurrent competence of the Regions in the field of territorial government and urban regeneration coexists with the traditional assignment of the urban planning function to municipal authorities.

This dynamic has created a “delicate relationship”, still unresolved by the reformed structure of Title V of the Italian Constitution^[19], between the reservation of regional functions and the power of municipalities to self-determine the planning and use of their own territory.

Finally, it will also be necessary to pay particular attention to the most significant jurisprudential pronouncements, which are affected by the difficulty of dealing with the application problems of a phenomenon not yet regulated by a positive discipline^[20].

In this regard, it is worth noting the increasing attention given to the topic by the doctrine and the aforementioned jurisprudence, which, in several cases, has used the concept of “land consumption” as a parameter of legitimacy of administrative acts related to urban transformation decisions.

Urban regeneration has assumed primary value as a key element to achieve the goals of “zero soil consumption”^[21], a purpose that has been re-affirmed by the most recent regional laws adopted on the subject that have given greater attention to the issue, as we have seen, than has been the situation at the state level^[22].

Analysing the regional laws^[23] adopted on the subject in previous years, a clear distinction seems to arise between the phenomena of “regeneration” and “requalification”.

In particular, the first one is interpreted as *«a set of actions concerning not only the urban framework but also the socio-environmental context of the area involved, while the second one is rather considered as part of this process, as it refers to specific building interventions»*^[24].

Therefore, it can be stated that “urban regeneration” is characterized as a complex process that, first, is aimed at recovering and reusing land and, second, it is functional to influence other areas of regional and state policies. Precisely in the regions^[25], there are increasingly widespread provisions aimed at encouraging the relationship between regeneration and active policies for attracting European funds and urban regeneration in function of economic development. Also

surfacing is the social value attributed to regeneration processes, such as reducing urban decay in city suburbs.

Consequently, the regional sources considered above allow the claim to be made that the concept of urban regeneration has now «*assumed a relevant legal value and an autonomous and innovative scope with respect to the other concepts of rehabilitation and redevelopment*»^[26].

From this point of view, therefore, doctrine has several times wondered about the possibility of qualifying regeneration as an administrative function representative of the model of public action that can be summarised in the formula of the so-called “enabling state”^[27], where the administration allows and facilitates the intervention of private subjects in the decision-making process, in order to involve them in the development of public interests^[28].

More specifically, the function of regeneration configures a “right to the city”^[29] for those to whom it is addressed, insofar as there is the ambition to recognise the inhabitants of a delimited urban area’s claim to enjoy the common goods belonging to their community^[30]. Finally, urban law – and administrative law in generally – is able to provide innovative solutions to achieve the objectives behind the concept of urban regeneration, *i.e., inter alia*, the maintenance of the urban context. In particular, the law can favour the participation of private individuals in regeneration processes, obtaining the possibility of introducing important professional and economic resources into the system^[31].

It is possible, therefore, to conclude that the functions outlined above of the “enabling state” find a fertile ground in the municipal legislative context, given the direct relationship that can arise between private individuals and the public sector.

Moreover, the concept of urban regeneration, as we have noted, has led to a heated debate in doctrine about the possible attribution of a new administrative function to it^[32], even leading to the theorisation of a “right to regeneration”^[33].

For the purpose of this paper, it is interesting then to emphasise how, through the years, the concept of regeneration has taken on a broader dimension, also covering the “fight” against the phenomenon of urban decay, the depopulation of built-up areas, and even the concept of energy regeneration^[34].

In this regard, it should also be noted that the theme of regeneration can assume two different dimensions: a so-called “macro-regeneration”, in which complex

planning plays a primary role, and a “micro-regeneration”, in which planning has a minor role, where emerge concepts of «*social partnership aimed at fostering forms of collaboration between public administration and citizenship through the realisation of interventions for the requalification of urban areas*»^[35].

It is strikingly clear, then, that the normative concept of “urban regeneration” is different from the one of “urban redevelopment”, which includes, in an innovative way, complex actions aimed at the environmental and energy rehabilitation of our cities.

It is possible to conclude by stating that “urban regeneration” focuses on the recovery and redevelopment of what has already been built with the fundamental aim of directing urban planning activities^[36] and, not least, it aims to achieve the objective of avoiding excessive “land consumption”^[37].

Precisely, the concept of “micro-regeneration” – *i.e.*, based on bottom-up regeneration by citizens involved in decisions about the so-called urban commons – leads one to consider the function of Renewable Energy Community as a possible solution, *inter alia*, to so-called energy poverty, which will be discussed later in this paper.

3. Environmental authorisations according to the principle of sustainable development: a simplification is possible?

It is now necessary to focus on examining the contributions and benefits, procedural, economic, and social, that could result from the use of new technologies to promote urban regeneration.

It is worthwhile, firstly, to consider whether, and in what way, the model of the Digital Administration^[38] is able to simplify the procedures of Environmental Assessment, through ICT, AI, and new available technologies.

In order to do so, it is necessary to provide some coordinates regarding the principle of sustainable development, a principle that constitutes the basis of environmental law.

Sustainable development – as established by Article 3-*quater* of the Environmental Code as amended by Legislative Decree No. 4/2008 – is, in fact, the “keystone” of environmental law^[39].

As authoritative doctrine maintains, in fact, this represents the «*constraint placed*

on present generations to guarantee future ones, which is the only realistic way to safeguard the interests of the human species»^[40].

It should be considered, however, that often the Legislator has not shown the necessary sensitivity to adopt “sustainable” choices through the instrument of Environmental Assessment.

Precisely due to the growing interest in environmental issues, it has been emphasised that the “government of the territory” assumes connotations of broader scope than urban planning, since, with this term, should be understood as a «*unitary moment of coordination of different choices and different interests affecting the territory*»^[41].

In this context, SEA assumes particular importance, as an essential instrument for the realisation of the “environmental report” in which the assessment of the sustainability of development plays a fundamental role. This instrument, in fact, plays a central role in those functions carried out by the Regions through the adoption of plans and programs in compliance with the principle of sustainable development.

From this point of view, the concept of “simplification”^[42] presents itself as a complex phenomenon.

It is useful to note that this term is now worn out by the common use that is made of it, especially in the context of political dialectics, to the point that it has now become «*synonymous with reform of the public administration, sometimes replaced with the not elegant neologism “unbureaucratisation”*»^[43].

Simplification, actually, is the purpose to which the Legislator, more than the Public Administration, must aim, since, for its implementation, it is necessary to achieve the goal of reducing the legislation to the point of reaching the objective of a circumscribed perimeter of clear and easily identifiable rules.

On this path, the described role of the Legislator must be supported by scientific and doctrinal reflection on the opportunity and/or possibility of simplifying the administrative procedures that characterise the matter of so-called “urban regeneration”.

Hence, the usefulness of delving into the potential that ICT, first, and the model of the so-called Digital Administration^[44], later, have in relation to the simplification process.

The perspective, therefore, must broaden and, in order to streamline the process

of environmental assessment, it must consider the potential of the model of so-called E-Government^[45], useful to better protect the environmental assets involved.

In this context, it is very positive that at the European level^[46] the protection of sensitive interests has not been considered incompatible with the need to simplify and rationalise administrative procedures, including through the use of new technologies^[47].

This means that in the regulatory framework there is no absolute incompatibility between the protection of the sensitive interest (*i.e.*, in this case the so-called “environmental interest”) and the simplification of the procedures underlying the Environmental Assessments^[48].

4. The renewable energy community: a virtuous example of (energy) regeneration?

The model of the Renewable Energy Community (henceforth, the REC or Energy Community) was introduced by the European legislator through Directive 2018/2001/EU of the European Parliament and of the Council of 11 December 2018 on the promotion of the use of energy from renewable sources, with the fundamental aim of encouraging the use of renewable energy through greater involvement of citizens in all stages of energy production.

Moreover, RECs represent an innovative way by which it is possible to regenerate, from an energy point of view, entire residential areas and, secondly, to defeat the so-called “energy poverty”.

Article 22 of the above-mentioned Directive, in fact, describes REC as a legal entity based on the voluntary participation of members (*i.e.*, individuals, local authorities and small and medium-sized enterprises). This new model aims to provide environmental, economic, and social benefits and it will be a strategic instrument in the so-called urban regeneration projects.

Therefore, final customers (*i.e.*, consumers of electricity) are now able to join together to produce their own electricity locally, using renewable sources, in a new configuration, *i.e.*, so-called “in sharing”.

The Italian legislative framework still appears fragmented and is affected by the lack of clear rules on this point. In this regard one needs to consider also the entry

into force in Italy of Legislative Decree No. 162/2019^[49] (in particular, see Article 42-*bis*) and its implementing measures, such as the Italian Regulatory Authority for Energy, Networks, and the Environment (*Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente*, henceforth ARERA)'s Resolution 318/2020/R/eel^[50] and the Ministry of Economic Development (henceforth, the MED)'s Ministerial Decree 16 September 2020.

The REC, therefore, is configured as a legal entity with some key characteristics, such as: (i) it is based on open and voluntary participation, it is autonomous, and it is effectively controlled by shareholders or members who are located in the vicinity of the generation facilities held by the community thereof; (ii) whose shareholders or members are individuals, small and medium-sized businesses, territorial authorities or local authorities^[51], including municipal governments, provided that, for private enterprises, participation in the renewable energy community is not the main commercial and/or industrial activity; and (iii) whose main objective is to provide environmental, economic or social benefits to its shareholders or members or to the local areas in which the REC is operating, rather than financial profits^[52].

In addition, these new configurations are innovative due to the fact that they have introduced into the energy sector the figure of the “prosumer”^[53] (a term derived from the words “producer” and “consumer”), which identifies someone who, at the same time, is a producer and consumer of a given asset.

In conclusion, Energy Communities can be a key tool for dealing with energy poverty, as will be discussed in more detail below.

One needs to consider here that, in the aftermath of the crisis due to the COVID-19 health emergency^[54], there has been a heated debate about the role of the city, also in view of the changing trends in sociality, and in view of the increasing protection of the environment through the use of ICT^[55].

In this respect, the use of technologies would enable the development of energy efficiency in urban areas, *«creating innovative and sustainable transport solutions, integrating new renewable energy sources and reduce waste in water and waste management. This model also enhances the participation of investors who are called upon to make and implement technology investments, including public and private entities [...]. New financing models are developed, again considering both public sources (national and supranational), private forms of financing, and*

public-private partnership models»^[56].

Awareness of these issues requires the finding of alternative models with which the urban regeneration paradigm will have to deal, including the energy sector.

4.1. The function of Energy Community to deal with energy poverty

At this point, it is essential to question the potential of this new configuration in the perspective of urban regeneration and in dealing with energy poverty^[57].

A condition for achieving the “climate neutrality goal” of the European Green Deal is the implementation of the so-called “energy transition”^[58], which implies the replacement of fossil fuels and a progressive investment in renewable energy sources.

This objective, however, collides *inter alia* with the actual economic capacity of individuals to make a more sustainable adaptation of their families, especially considering the deep-rooted social problem of energy poverty.

Despite the fact that a shared definition of energy poverty has not been established at the European level, the issue can be simplified as the situation in which individuals or households are unable to adequately heat or provide other necessary energy services in their homes at an affordable cost^[59].

The so-called term “energy poverty” refers to «*a situation in which a household is unable to pay for the primary energy services (e.g., heating, cooling, lighting, travel, and power) needed to provide a decent standard of living, due to a combination of low-income, high-energy expenditure, and low energy efficiency in their homes*»^[60].

Fuel poverty has become a growing problem among European citizens and has recently been exacerbated as a result of the COVID-19 outbreak and the unstable situation in Ukraine, when restrictive measures forced people to spend much more time indoors, increasing residential demand due to increased employment and reducing the income of many economically stricken families^[61].

In this regard, the academic literature has debated the possibility of envisioning the existence of a “right to energy”^[62], the notion of access to energy as a fundamental human right, which was also outlined by the 2013 opinion of the European Commission’s Group on Ethics in Science and New Technologies (EGE) on the international human rights framework^[63].

The European debate began to address the issue of energy poverty in 2006 when, with the Communication on Prospects for the Internal Electricity and Gas Markets^[64], the European Council committed itself to reviewing national approaches to energy poverty and launching a major information and awareness campaign with a view to full market opening in 2007, including the creation of an Energy Consumers' Charter.

More recently, the European Commission published a Recommendation^[65] on energy poverty on 14 October 2020, along with the Renovation Wave initiative^[66] for the building sector as part of the European Green Deal, giving further impetus to the long-running discussion on energy poverty, which can be linked to renewed references to the need for a "just transition" in EU policy.

At the national level, only a few European member States have formulated a definition of energy poverty^[67], but many initiatives have been undertaken to address the problem, which may be divided into four main areas^[68]: *(i)* financial interventions, aiming at supporting low income individuals in the payment of bills; *(ii)* consumer protection measures, securing that markets operate in a way that does not disadvantage vulnerable consumers; *(iii)* energy efficiency measures, targeting programs on lower income households; and *(iv)* information provision measures, increasing awareness of the energy poverty issue and how to tackle it.

In this regard, a benchmark of energy poverty is a high incidence of energy costs on total household income^[69].

According to the European Commission Observatory^[70], 54 million people were unable to purchase the minimum energy goods necessary for their well-being, and Italy is among the European countries where households have the most difficulty paying their electricity and gas bills: 14.6 percent of households are unable to keep their homes adequately heated.

Moreover, addressing energy poverty features in Goals No. 1, 7 and 11 of the United Nations 2030 Agenda, which commits to «*ensuring access to affordable, reliable, sustainable and modern energy systems for all*»^[71].

4.2. Technology and urban regeneration: future scenarios in

light of the Energy Communities model

In the perspective of urban regeneration, the use of ICT^[72], in addition to the benefits and fields of application mentioned formerly, seems to encourage a so-called “horizontal” relationship, which considers new protagonists, *i.e.*, the public and private entity.

Thanks to the gradual spread of participatory territorial development instruments, including, *inter alia*, RECs, it is possible to appreciate a new planning model in which the citizen is placed at the center of decision-making choices^[73].

The innovation, in fact, is represented, *ex multis*, by the sharing economy model, the founding principle of Energy Communities, in which citizens are directly co-responsible for urban policies, finding themselves involved in both strategic planning and implementation, thus placing themselves in a position of complementarity.

In this perspective, the NRRP proposes to undertake comprehensive action to regenerate urban areas and combat the depopulation of cities, implementing specific interventions such as the energy requalification of buildings, the implementation of digital services, and the development of photovoltaic systems, with the final aim of enhancing the territory.

All of the above described, can be exemplified by means of Energy Communities, a model that aims to combine public and private entities for the purpose of producing energy from renewable sources and upgrading entire housing complexes.

In this latter regard, the energy community master plan recently presented in Brindisi is particularly relevant.

Building renovation, energy efficiency^[74], and self-generation from renewable sources are the elements behind this project, which aims to upgrade properties located in some suburban neighborhoods^[75], promoting energy savings for many households^[76].

Urban regeneration, as discussed above, makes use of interventions in the rehabilitation of buildings and areas as well as, in a more general meaning, actions related to social participation, thanks also to the digitalisation of services, emphasising a more extensive revitalisation of cities from an environmental and

economic point of view, with the involvement of the Public Administration and the private sector.

5. Conclusion

With the Agenda 2030 for Sustainable Development^[77], and in particular Goal No. 11, the aim of promoting the development of sustainable cities and communities was provided at the international level.

At the European level, the goal of sustainable land management^[78] and policies that monitor the impacts of land use has led to the establishment of the goal of achieving zero net land consumption by 2050^[79].

However, no clear definition of “soil consumption” can be found in the Italian legal framework: only the Environmental Code bears the definition of soil as «*the uppermost surface layer of the earth’s crust located between the rocky substrate and the surface. Soil consists of mineral components, organic matter, water, air, and living organisms*»^[80] (see Article 5, paragraph 1, letter v-*quater*), of the Environmental Code). Actually, the above-mentioned notion can be assumed, as in the case of urban regeneration, by other elements already used in interpretative terms by the Doctrine^[81], as discussed in the course of the paper.

In this regard, the 2012 United Nations Conference (*The Future We Want* (UN(2012))^[82] already invited national governments to combat land degradation. Thus, the intervention of the Italian legislator in the sense of adapting to the European and international provisions on the subject is made evident, recalling that RECs can be a valuable tool for combating energy poverty.

This paper, moreover, has highlighted the complex relationship between policies aimed at implementing the energy transition^[83], which cannot but pass through the model of urban regeneration, and the use of new technologies^[84] in order to speed up decisions, especially in environmental matters, by the Public Administration.

The REC stands as an innovative model with a European framework that, through the participation of public entities, local governments, municipalities, individuals, and businesses, aims to encourage the production and consumption of renewable energy, in order also to achieve environmental, social, and economic benefits.

In conclusion, Energy Communities^[85], where used to develop the urban regeneration model, would make it possible to achieve the goals set by UN Agenda 2030 and, through self-consumption of self-generated energy, could be a viable solution to the long-standing issue of energy poverty^[86].

1. L. Bellicini, *Rigenerazione urbana sostenibile*, voce, Enc. it. Treccani, IX appendice, 2015. Translation is mine.
2. T.A.R. Puglia (sezione I), judgment of 13 December 2019, No. 1967.
3. The National Recovery and Resilience Plan (*Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*), was subsequently integrated and amended, in particular, by the Legislative Decree 6 May 2021, No. 59 (Urgent measures concerning the Supplemental Fund for the National Recovery and Resilience Plan and other urgent investment measures), which converted in Law 1st July 2021, No. 101 and by Legislative Decree 6 November 2021, No. 152 (Urgent dispositions for the implementation of the National Recovery and Resilience Plan (the “NRRP”) and for the prevention of mafia infiltration). Moreover, it is worth remembering that the Italian NRRP is part of the Next Generation EU program (the “NGEU”), concerning the Euro 750 billion package that the European Union negotiated in response to the pandemic crisis. One of the most important components of the NGEU program is the Recovery and Resilience Facility (the “RRF”), which has a duration of six years (*i.e.*, from 2021 to 2026) and involves a total size of Euro 672,5 billion in the form of grants and of low-interest loans.

In this context, the Italian NRRP envisages investments and a consistent reform package concerning *(i)* Euro 191,5 billion in resources allocated through the RRF; and *(ii)* Euro 30,6 billion funded through the Complementary Fund established by Decree No. 59/2021.

The Plan is developed into three main strategic directions shared by the European level: *(i)* digitalisation and innovation; *(ii)* ecological transition; and *(iii)* social inclusion. This intervention aims to repairing the economic damage caused by the pandemic crisis, with the aim of addressing the structural weaknesses of the Italian economy and leading the country along a path of ecological and environmental transition.

4. The Decree was converted in Law 11 September 2020, No. 120.
5. The Decree was converted in Law 29 July 2021, No. 108.
6. See, *inter alia*, Article 28, paragraph 1, letter a), No. 1), of the Decree No. 77/2021 which makes an important amendment to Article 12, paragraph 1 of the Legislative Decree 3 April 2006, No. 152 (the Environmental Code), stating that the proceeding Authority is required to transmit the preliminary report (*i.e.*, scoping), preparatory to the SEA procedure, exclusively through “computer support”. This modification reflects an important turning point in the perspective of a complete digitalisation of the entire Strategic Environmental Assessment procedure.

Finally, it is important to remember the provision that puts at the responsibility of the

proceeding Authority some preliminary activities that must be carried out. The reference, in this case, is to environmental report. In this document, the Authority must include a considerable amount of information. Only through the use of algorithms and AI will the Public Administration be able to account for every effect of the transformation intervention on the territory.

7. The Integrated National Energy and Climate Plan 2021-2030 (*Piano Nazionale Integrato per l'Energia e il Clima*) was issued by the Ministry of Economic Development, the Ministry of Ecological Transition and by the Ministry of Infrastructure and Sustainable Mobility. Please consider that further targets relating to the decarbonisation aspect have been defined in the INECP. The INECP, moreover, is aimed at implementing the energy system, in particular, by significantly reducing procedural time frames.
8. F. Fracchia, F. Mattosoglio, *Lo sviluppo sostenibile alla prova: la disciplina di via e vas alla luce del D.Lgs. No. 152/2006*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1, 2008, pp.121-ss. (translation is mine).
9. On this point, the Court of Justice has also expressed its opinion with the judgment 7 June 2018, C-160/17, ECLI:EU:C:2018:401, stating that, in order to ensure a high level of environmental protection and to promote sustainable development, it reaffirmed how the EAS – distinguishing itself from the Environmental Impact Assessment – ensures environmental protection with anticipated effect. The novelty for which it is important to highlight the above-mentioned judgment is that the Court has ruled the application of the EIA also to planning instruments different from the traditional urban planning instruments.
For a careful analysis of the above judgment, see C. Regali Costa Do Amaral, *Evolution of urban planning in Italy: the Strategic Environmental Assessment from the European Union to Latin America*, in *Dpconline.it*, 3, 2018, pp. 771-782.
10. See, *inter alia*, Article 1, paragraph 4, of Lazio Regional Law No. 7/2017, which stated in this regard that «*the areas subject to urban regeneration interventions constitute priority areas for the allocation of European structural funds to support economic and social activities*» (translation is mine).
11. F. Di Lascio, *Quali tendenze in corso nella rigenerazione delle città?*, in *Riv. Giur. Edil.*, 2, 2018, pp. 135-ss. (translation is mine).
12. See, *inter alia*, E. Chiti, *La rigenerazione di spazi e di beni pubblici: una nuova funzione amministrativa?*, in F. Di Lascio, F. Giglioni (a cura di), *La rigenerazione di beni e spazi urbani*, *Contributo al diritto delle città*, Il Mulino, Bologna, 2017, pp. 117-ss.; B. Boschetti, *L'impatto della funzione di rigenerazione sugli strumenti tradizionali del diritto urbanistico diversi dalla pianificazione*, in F. Di Lascio, F. Giglioni (a cura di), *La rigenerazione di beni e spazi urbani. Contributo al diritto delle città*, Il Mulino, Bologna, 2017, pp. 177ss.; P. Stella Richter, *I sostenitori dell'urbanistica consensuale*, in P. Urbani (a cura di), *Le nuove frontiere del diritto urbanistico*, Giappichelli, Torino, 2013; E. Boscolo, *Beni comuni e consumo di suolo. Alla ricerca di una disciplina legislativa*, in P. Urbani (a cura di), *Politiche urbanistiche e gestione del territorio. Tra esigenze del mercato e coesione*

sociale, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 69-ss.

In the same regard, see, *inter alia*, J. Berry, S. McGreal, B. Deddis, *Urban regeneration: property investment and development*, Taylor and Francis, 2011, and P. Roberts, *The evolution, definition and purpose of urban regeneration*, in P. Roberts, H. Sykes, R. Granger, *Urban regeneration: a Handbook*, SAGE Publications Ltd, 2017.

13. The 13th Environment Committee of the Senate of the Republic is proceeding, even as we stand today, with the consideration of bills on urban regeneration. In this regard, see, *inter alia*, with the Dossier of March 2021, n. 370, entitled *Misure per la rigenerazione urbana, Testo unificato per i disegni di legge A.S. No. 1131, 985, 970, 1302, 1943, 1981*, drafted by the Italian Senate – *Ufficio ricerche nei settori dell’ambiente e del territorio* (<https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01210063.pdf?msclkid=7b08921ed10e11ec803547f602614092>).
14. Translation is mine.
15. In this sense, as mentioned above, as of today no unified and organic discipline of the phenomenon exists in State legislation. The most important reference is contained in Article 3-*bis* of Legislative Decree No. 380/2001, introduced by art. 17, paragraph 1, lett. b), of Legislative Decree No. 133/2014, which, however, refers literally to conservation interventions, using a formulation that appears not very innovative if compared with others covered by regional laws adopted in the same period.
In this regard, see, with E. Boscolo, *La riqualificazione urbana: una lettura giuridica*, in *Rapporto sulle città 2017 – Mind the gap. Il distacco tra politiche e città*, Urbanit Background Papers, 8, 2017.
16. On the concept of urban regeneration for “territory law”, see, *inter alia*, M. Mengozzi, *Il “governo del territorio” e la sua intersezione strutturale con la “tutela dell’ambiente”: linee di continuità e di evoluzione*, in *Federalismi.it*, 15, 2017, pp. 2-30; G. Sciuillo (a cura di), *Governo del territorio e Autonomie territoriali*, il Mulino, Bologna, 2010, G. F. Cartei, *Rigenerazione urbana e governo del territorio*, in *Istituzioni del Federalismo*, 3, 2017, pp. 614-ss.; A. Giusti, *La rigenerazione urbana. Temi, questioni e approcci nell’urbanistica di nuova generazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, pp. 75-ss.; A. Harding, *Public-private Partnerships in Urban Regeneration*, in M. Campbell, *Local Economic Policy*, London, 1990; A. Acierno, *Urban regeneration and market-led planning during the Thatcher years*, in *Tria*, 10, 2013, pp. 239-250; B. Boschetti, *L’impatto della funzione di rigenerazione sugli strumenti tradizionali del diritto urbanistico diversi dalla pianificazione*, in F. Di Lascio-F. Giglioni (a cura di), *La rigenerazione di beni e spazi urbani. Contributo al diritto delle città*, il Mulino, Bologna, 2017, pp. 177-ss.; M. Tucci, *Programmazione amministrativa e pianificazione del territorio*, Giappichelli, Torino, 2003; R. Gallia, *Sviluppo economico e attrezzatura del territorio. Alle origini della valutazione nell’amministrazione italiana*, in *Riv. Giur. Mezzogiorno*, 2, 2018, pp. 483-504.
In this regard, it’s worth nothing what has been stated by G. De Maio, *Cambiamento climatico ed energia rinnovabile decentrata: il ruolo dei governi locali*, in *Federalismi.it*, 8,

2019, pp. 2-28, which attributes a “fundamental role” to the local administration «*in planning cities in order to combine the principles of environmental sustainability with the governance of the territory, and urban regeneration emerges clearly as a necessary choice in the processes of land transformation by municipal governments*» (translation is mine).

In the same way, G. De Maio, *Cambiamento climatico ed energia rinnovabile decentrata: il ruolo dei governi locali*, in *Federalismi.it*, 8, 2019, pp. 2-28, underlines the role of local authorities in a different light: «*local and regional authorities can play a primary role in this transformation by promoting sustainable consumption patterns and fostering resource-efficient lifestyles, through training and awareness-raising campaigns, promoting “sharing economy” approaches, encouraging reuse and recovery, improving waste collection and encouraging high quality recycling of urban waste in the sense of Urban Mining, understood as the ability to extract raw materials from technological waste*» (translation is mine). In the same regard, see C. Innella, G. Barberio, C. Brunori, F. Musumeci, L. Petta, *Economia circolare in ambito urbano*, in *Energia, Ambiente ed Innovazione*, 1, 2017, pp. 58-ss.

17. It is known that, during the revision of Title V, Second Part, of the Italian Constitution, the Constitutional Law No. 3 of 2001 has modified art. 117 thereof, introducing – in the catalogue of matters reserved to concurrent regional legislation – the wording “government of the territory” instead of the previous “urban planning”. Whatever positions to be taken with respect to the ongoing debate on the relationship between “government of the territory” and “urban planning”, it is possible to agree with S. Amorosino when he points out that the first indicates more than a matter, a system of functions impacting on the territory and, ontologically, a multilevel governance. On this point see S. Amorosino, *Il «governo del territorio» tra Stato, Regioni ed enti locali*, in *Riv. giur. edil.*, 2, 2003, pp. 77-ss.
18. See P. Urbani, *Il recupero dei beni immobili dismessi tra premialità e consumo di suolo. Il caso del p.g.t. di Milano e la legislazione lombarda in materia di rigenerazione urbana*, in *Riv. Giur. Edil.*, 2, 2021, pp. 428-ss.
19. In this regard, see, *inter alia*, A. Colavecchio, *La materia “energia” tra “nuovo” e “novissimo” Titolo V della Costituzione*, in *Studi in onore di Francesco Gabriele*, Bari, 2016, pp. 355-ss.; R. Galbiati, G. Vaciago, L. R. Perfetti, *Il governo dell’energia dal decentramento alla riforma costituzionale*, in *Mercato concorrenza regole*, 2, 2002, pp. 362-365.
20. See P. Carpentieri, *Il consumo del territorio e le sue limitazioni. La rigenerazione urbana*, in *Federalismi.it*, 1, 2020, pp. 1-59.
21. As an example, the expression “zero balance land consumption” was used in Article 5 of Emilia-Romagna Regional Law No. 24/2017. Article 5, paragraph 1, of the above-mentioned Regional Law states, in fact, that «*the Emilia Romagna Region, in compliance with Articles 9, 44 and 117 of the Constitution and with the principles inferable from Articles 11 and 191 of the Treaty on the Functioning of the European Union, assumes the goal of zero soil consumption to be achieved by 2050. To this end, land and urban planning instruments pursue the limitation of soil consumption through the reuse and regeneration of*

urbanised territory» (translation is mine).

In this respect, G. De Maio, *Cambiamento climatico ed energia rinnovabile decentrata: il ruolo dei governi locali*, in *Federalismi.it*, 8, 2019, pp. 2-28, underlines how the urban regeneration «[...] is based on the recovery of the built environment and thus on the valorisation and regeneration of existing areas and – within the framework of urban planning regulations – curbs the phenomenon of land consumption, understood as the transformation of agricultural and natural land into urban soil» (translation is mine).

On the same concept, see, *inter alia*, G. Guzzardo, *La regolazione multilivello del consumo di suolo e del riuso dell'abitato*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1, 2018, pp. 119-ss.; C. Pagliaroli, *Alla Corte Costituzionale la legge regionale lombarda sul contenimento del consumo di suolo*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 4, 2018, pp. 937-ss.

22. See T. Bonetti, *La rigenerazione urbana nell'ordinamento giuridico italiano: profili ricostruttivi e questioni aperte*, in E. Fontanari, G. Piperata (a cura di), *Agenda RECycle.*, il Mulino, Bologna, 2017, pp. 69-ss.

23. For example, the Region of Lombardy, with Lombardy Regional Law No. 31/2014 entitled «*Provisions for the reduction of land consumption and the redevelopment of degraded land*», had provided a complete notion of the concept of urban regeneration (see Article 2, paragraph 1, lett. e)), interpreting it as a complex and integrated process defined as «*the coordinated set of urban-building interventions and social initiatives that may include the replacement, reuse, redevelopment of the built environment and the reorganisation of the urban layout through the recovery of degraded, underused or even disused areas, as well as through the construction and management of equipment, infrastructures, green spaces and services and the recovery or enhancement of existing ones, with a view to sustainability and environmental and social resilience, technological innovation and the increase of biodiversity in the urban environment*» (translation is mine). Please consider that the above-mentioned letter was recently modified by Article 2 of the Lombardy Regional Law No. 18/2019).

The interpretation provided by case law concerning the notion of urban regeneration provided by the above-mentioned Regional Law is also interesting. The administrative judge, in fact, has ruled that «*the conversion of already urbanised areas into vacant land cannot be considered extraneous to the motivations on which the provisions of law No. 31/2014 are based, since environmental requirements are not only preserved through the reuse of the existing assets but also through the restitution to vacant land of an area already used*» (T.A.R. Milan (Lombardy), section II, judgment of 10 January 2022, No. 1967, translation is mine. In the same direction, see, *inter alia*, T.A.R. Milan (Lombardy), section II, judgment of 9 December 2021, No. 2763; T.A.R. Brescia (Lombardy), section II, judgment of 2 September 2021, No. 780).

Further definitions of urban regeneration can be found, *inter alia*, in Article 1 of Puglia Regional Law No. 21/2008, entitled «*Provisions for urban regeneration*», which aims to «*promote the regeneration of parts of cities and urban systems in coherence with municipal and inter-municipal strategies aimed at improving the urban, housing, socio-economic,*

environmental and cultural conditions of human settlements and by means of intervention tools developed with the involvement of inhabitants and public and private stakeholders» (translation is mine).

In this regard, please also consider the Tuscany Regional Law No. 65/2014, which dedicates Article 125, paragraph 1, to urban regeneration interventions, considering them as a «*strategic alternative to new land consumption»* in order to «*requalify the urban context through a systematic set of works»* (translation is mine).

For the sake of completeness, however, it should be noted that there are also cases where the term “regeneration” is still used as the equivalent of the expression “requalification”, as in Article 3, paragraph 1, of Marche Regional Law No. 22/2011: «*the municipality provides for the planning of activities aimed at the redevelopment and containment of urban extensions through the adoption of the Operational Programme for Urban Redevelopment (Programma perative per la riqualificazione urbana, PORU), having the value of an implementation plan [...], valid for no more than ten years»* (translation is mine).

As regard the constitutional limits of the above-mentioned urban regeneration legislation see, *inter alia*, A. Giusti, *I limiti costituzionali alle leggi urbanistiche regionali “di quarta generazione”*, in *Giur. Cost.*, 5, 2021, pp. 2124-ss.

24. F. Di Lascio, *Quali tendenze in corso nella rigenerazione delle città?*, in *Riv. Giur. Edil.*, 2, 2018, pp. 135-ss. (translation is mine).

25. In this regard, Article 7, paragraph 4, of Lazio Regional Law No. 7/2017 stated that «*the areas subject to urban regeneration interventions constitute priority areas for the allocation of European structural funds in support of economic and social activities. The Region introduces specific criteria in the definition of calls on European structural funds in favour of areas subject to urban regeneration interventions and experimental urban regeneration projects aimed at innovation, implementation of particular forms of circular economy and social inclusion»* (translation is mine).

Also noteworthy is the provision of letter c), of Article 7, of the aforementioned Regional Law, in which the regional Lawmaker has set itself the goal of «*upgrading the existing city, limiting land consumption, improving land endowments by increasing public areas or constructing new public works or upgrading existing ones, promoting sustainable mobility, in particular by enhancing rail mobility»* (translation is mine).

26. G. Piperata, *Rigenerare i beni e gli spazi della città: attori, regole e azioni*, in E. Fontanai, G. Piperata (a cura di), *Agenda RECycle*, il Mulino, Bologna, 2017, pp. 28-ss. (translation is mine). In the same direction see, *inter alia*, R. Dipace, *La rigenerazione urbana tra rigenerazione e programmazione*, in *Riv. Giur. Edil.*, 5, 2014, pp. 237-260.

27. The debate behind the elaboration of the notion of urban regeneration has been very animated in the doctrine. This term, as defined by E. Chiti, *La rigenerazione di spazi e di beni pubblici: una nuova funzione amministrativa?*, in F. Di Lascio, F. Giglioni (a cura di), *La rigenerazione di beni e spazi urbani, Contributo al diritto delle città*, Il Mulino, Bologna, 2017, pp. 117-ss., does not refer to a specific level of government of the territory (*e.g.*, the State), but rather to a type of public action that finds its space in various levels of

government, including the local one. The Author discusses two aspects that are worth recalling. On the one hand, the Author emphasises, «*administrative activity aims to facilitate private action, identifying new needs and releasing as yet unrecognised social forces. On the other hand, the general design of public policies remains in the hands of the public administrations, but the latter require the collaboration of private parties, not only in terms of the provision of services, but also for the development of the various solutions that help to specify the public policies concerned*» (translation is mine).

Hence a considerable change in the position of citizens, no longer exclusively recipients of administrative activity, but protagonists of it, through a real assumption of responsibility in the care of public interests.

Therefore, it is possible to use the term “active citizenship contribution”: in this regard, see, *inter alia*, R. Dipace, *Le politiche di rigenerazione dei territori tra interventi legislativi e pratiche locali*, in *Istituzioni del Federalismo*, 3, 2017, pp. 625-650, and F. Giglioni, *I regolamenti comunali per la gestione dei beni comuni urbani come laboratorio per un nuovo diritto delle città*, in *Munus*, 2, 2016, pp. 270-ss. For a broader analysis of the debate developed in the Doctrine see, *inter alia*, F. Di Lascio, F. Giglioni (a cura di), *La rigenerazione di beni e spazi urbani. Contributo al diritto delle città*, Il Mulino, Bologna, 2017.

28. In this regard see E. Chiti, *La rigenerazione di spazi e di beni pubblici: una nuova funzione amministrativa?*, in F. Di Lascio, F. Giglioni (a cura di), *La rigenerazione di beni e spazi urbani, Contributo al diritto delle città*, Il Mulino, Bologna, 2017, pp. 30-ss. The Author claims that «*the overall aim of administrative activity is the renewal of the function of the municipalities, aimed at improving the quality of life in the city. According to the regulatory framework, moreover, this essential purpose can be enriched, because it additional purposes can be associated with it, ranging from social innovation to the participation of the individual in the life of the local community. The instruments given to the administration for the pursuit of these purposes are not those typical of direct execution. Rather, the administration cooperates with private parties in defining and carrying out specific regeneration interventions*» (translation is mine).
29. As clearly specified by A. Bonomo, *Rigenerazione urbana e nuove modalità partecipative: una riflessione*, in *Annali – estratto*, Dipartimento Jonico, Università degli studi di Bari, Bari, 2017, this term refers to the «*set of rules governing urbanised spaces whose origin lies in the representation of the community that city institutions interpret and in the direct involvement of civil society organisations or individuals*» (translation is mine). It should be noted that the term was originally coined in 1970 by Lefebvre, see H. Lefebvre, *Il diritto alla città*, Marsilio Editore, Venezia, 1970 (original edition: *Le droit à la ville*, Editions Anthropos, Paris, 1968).

For a detailed analysis on this point see F. Cortese, *Che cosa sono i beni comuni?*, in M. Bombardelli (a cura di), *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, pp. 37-ss.; F. Giglioni, *Forme di cittadinanza legittimate dal principio di sussidiarietà*, in *Dir. Soc.*, 2, 2016, pp. 305ss.; and F. Giglioni, *Regolamento*

- beni comuni: il nuovo prototipo di Labsus*, in *labsus.org*, 2017.
30. L. Muzi, *L'amministrazione condivisa dei beni comuni urbani: il ruolo dei privati nell'ottica del principio di sussidiarietà orizzontale*, in F. Di Lascio, F. Giglioni (a cura di), *La rigenerazione di beni e spazi urbani*, Il Mulino, Bologna, 2016, pp. 117-ss.
 31. See S. Amorosino, *il finanziamento e le dotazioni urbanizzate nei programmi di rinnovamento urbano*, in *Riv. Giur. Edilizia.*, 6, 2013, pp. 315-ss.
 32. E. Chiti, *La rigenerazione di spazi e di beni pubblici: una nuova funzione amministrativa?*, in F. Di Lascio, F. Giglioni (a cura di), *La rigenerazione di beni e spazi urbani, Contributo al diritto delle città*, Il Mulino, Bologna, 2017, pp. 15-ss.
 33. B. Boschetti, *L'impatto della funzione di rigenerazione sugli strumenti tradizionali del diritto urbanistico diversi dalla pianificazione*, in F. Di Lascio, F. Giglioni (a cura di), *La rigenerazione di beni e spazi urbani, Contributo al diritto delle città*, Il Mulino, Bologna, 2017, pp. 177-ss.
 34. On the intersections between energy efficiency and urban regeneration, in the light of ecological transition, it should be preliminary noted that the Regulation 2021/241/EU of the European Parliament and of the Council of 12 February 2021 establishing the "Recovery and Resilience Facility" (hereinafter, the RRF Regulation) considers green transition as one of the six "pillars" of tomorrow's Europe, stating that this «(the green transition) should be supported by reforms and investments in green technologies and capacities, including in biodiversity, energy efficiency, building renovation and the circular economy, while contributing to the Union's climate targets, fostering sustainable growth, creating jobs and preserving energy security». The Italian Recovery and Resilience Plan also dealt with simplifying procedures, including energy efficiency authorisations.
- In this regard see, *inter alia*, F. De Leonardis, *La transizione ecologica come modello di sviluppo di sistema: spunti sul ruolo delle amministrazioni*, in *Dir. Amm.*, 4, 2021, pp. 779-ss.; D. Tabarelli, *Considerazioni sulla transizione italiana verso un modello energetico ecosostenibile*, in *Energia, ambiente ed innovazione*, 2, 2018, pp. 24-ss.; L. Ammannati, *Le politiche di efficienza energetica nel quadro del pacchetto europeo clima-energia*, in *Amministrazione in cammino*, in *Amministrazione in cammino*, 7, 2013, pp. 5-ss.; A. Lorenzoni, *La produzione elettrica con fonti rinnovabili per la sostenibilità e la competitività italiana*, in *L'industria*, 1, 2008, pp. 125-ss.; L. Ammannati, *Una nuova governance per la transizione energetica dell'Unione Europea. Soluzioni ambigue in un contesto conflittuale*, in L. Ammannati (a cura di), *La transizione energetica*, Giappichelli, Milano, 2008, pp. 12-ss.
- With reference to the use of ICT in relation to urban regeneration and energy efficiency, see, *inter alia*, A. M. Gambino, M. Provenzano, *Smart Cities ed efficientamento energetico*, in G. Olivieri, V. Falce (a cura di), *Smart Cities e Diritto dell'Innovazione*, Giuffrè, Milano, 2016, pp. 51-72; T. Favaro, *Verso la Smart City: sviluppo economico e rigenerazione urbana*, in *Riv. Giur. Edil.*, 2, 2020, pp. 87-ss.; C. Meloni, A. Tundo, G. Paoloni, F. Orsucci, F. Cervini, *Dalla Smart City alla Smart Community*, in *Energia, ambiente ed innovazione*, 1, 2017, p. 40-ss.; E. Ferrero, *Le "Smart Cities" nell'ordinamento giuridico*, in

Il Foro Amministrativo, 4, 2015, pp. 1273-ss.; F. Gaspari, *Città intelligenti e intervento pubblico*, in *Il diritto dell'economia*, 1, 2019, pp. 78-80.

With regard to the application of energy efficiency in the regional context, the Master Plan of the Municipality of Trieste, for example, has recognised important incentives for those who carry out interventions aimed at the energy requalification of buildings, as explained by S. Santoro, *Perequazione urbanistica, compensazione e altri strumenti premiali in funzione di rigenerazione urbana, tra urbanistica e pianificazione territoriale*, in *Foro Amm.*, 11, 2020, pp. 2227-ss. For a current analysis on the role of energy efficiency and urban regeneration in the Legislative Decree 16 July 2020, No. 76, see A. Giusti, *La rigenerazione urbana tra consolidamento dei paradigmi e nuove contingenze*, in *Dir. Amm.*, 2, 2021, pp. 439-ss.; C. A. Barbieri, *La disciplina urbanistica nazionale della città pubblica: è necessaria una riforma e non solo degli standard*, in C. Giamo (a cura di), *Dopo 50 anni di standard urbanistici in Italia. Verso percorsi di riforma*, INU Edizioni, Roma, 2019, pp. 41-ss.; M. A. Sandulli, *Effettività e semplificazioni nel governo del territorio: spunti problematici*, in *Dir. Amm.*, 2, 2003, pp. 517-ss.

35. R. Dipace, *Le politiche di rigenerazione dei territori tra interventi legislativi e pratiche locali*, in *Istituzioni del Federalismo*, 3, 2017, pp. 625-650 (translation is mine). In the same direction see A. Giusti, *La rigenerazione urbana. Temi, questioni e approcci nell'urbanistica di nuova generazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.

36. About the concept of “urban planning”, see P. Stella Richter, *I sostenitori dell'urbanistica consensuale*, in P. Urbani, *Le nuove frontiere del diritto urbanistico*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 21-ss.

The Author remarks that «today we are no longer living in a phase of expansion of our cities, but in a phase in which the problem is that of the recovery and reuse of the existing one» (translation is mine).

37. The concept of so-called “land consumption” has been widely addressed in doctrine. On the subject see, *inter alia*, L. De Lucia, *Il contenimento del consumo di suolo e il futuro della pianificazione urbanistica e territoriale*, in G. De Giorgi Cezzi, P.L. Portaluri (a cura di), *La coesione politico-territoriale*, parte di D. Sorace, L. Ferrara (diretto da), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, vol. II, Firenze University Press, Firenze, 2017, pp. 299-ss.; and P. Urbani, *A proposito della riduzione del consumo di suolo*, in *Istituzioni del Federalismo*, 3, 2016, pp. 227-ss.; F. Leonardis, *La transizione ecologica come modello di sviluppo di sistema: spunti sul ruolo delle amministrazioni*, in *Dir. Amm.*, 4, 2021, pp. 779-ss.; G. Torelli, *Le ultime frontiere del recupero e della valorizzazione del patrimonio urbano: gli usi temporanei*, in *Dir. Amm.*, 2, 2021, pp. 475-ss.; A. Giusti, *La rigenerazione urbana tra consolidamento dei paradigmi e nuove contingenze*, 2, 2021, pp. 439-ss.; S. Santoro, *Perequazione urbanistica, compensazione e altri strumenti premiali in funzione di rigenerazione urbana, tra urbanistica e pianificazione territoriale*, in *Foro Amministrativo*, 11, 2020, pp. 2227-ss.; G. Pagliari, *Governo del territorio e consumo del suolo. Riflessioni sulle prospettive della pianificazione urbanistica*, in *Riv. Giur. Edil.*, 5, 2020, pp. 325-ss.; and T. Favaro, *Verso la Smart City: sviluppo economico e rigenerazione urbana*, in *Riv.*

- Giur. Edil.*, 2, 2020, pp. 87-ss.
38. This expression refers to the set of measures introduced – in addition to the strategic documents of European derivation and, in particular, the European Digital Agenda 2020 – in order to improve the process of digitalisation of the Public Administration.
39. See G. Rossi (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Giappichelli, Torino, 2021.
40. F. Fracchia, *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 0, 2010, pp. 13-ss.
41. G. Pastori, *Governo del territorio e nuovo assetto delle competenze statali e regionali*, in B. Pozzo, M. Renna, (a cura di), *L'ambiente nel nuovo Titolo V della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 2004 (translation is mine).
42. See, *inter alia*, A. Travi, *La semplificazione amministrativa come strumento per far fronte alla crisi economica*, in *Giustamm.it*, 5, 2016, pp. 1-14.; R. Leonardi, *La tutela dell'interesse ambientale, tra procedimenti, dissensi e silenzi*, in *Nuovi problemi di amministrazione pubblica*, Studi diretti da F. Scocca, Torino, Giappichelli Editore; D. Messineo, *Livelli essenziali di semplificazione: un ossimoro costituzionale*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 6, 2012, pp. 4856-ss.
- For more strictly environmental profiles see M. Renna, *I principi in materia di tutela dell'ambiente*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 1-2, 2012, pp. 62-ss. Lastly, please note the interesting *Italiadecide Report 2015*, entitled *Semplificare è possibile: come le pubbliche amministrazioni potrebbero fare pace con le imprese*, Bologna, 2015.
43. F. Merusi, *La semplificazione: problema amministrativo o legislativo?*, in *Nuove Autonomie*, 3-4, 2008, pp. 340-ss. Translation is mine.
44. See, *inter alia*, 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.it*, 7, 2022, pp. 103-ss.
45. See D.U. Galetta, *Open-Government, open-data e azione amministrativa*, in *Istituzioni del Federalismo*, 3, 2019, pp. 663-683, and D.U. Galetta, *Algoritmi, procedimento amministrativo e garanzie: brevi riflessioni, anche alla luce degli ultimi arresti giurisprudenziali in materia*, in *Riv. it. dir. pubbl. communit.*, 3, 2020, pp.501-ss.
46. In this sense, it should be noted that the European Council, with the Recommendation of 20 May 2020 (COM2020:512 final) addressed to Italy, highlighted that only an effective public administration is able to ensure that the measures adopted to deal with the health emergency are not slowed down in their implementation. Even more significant – as stated in point 24 of the Recommendation – is the identification of the weaknesses that characterise the Italian Public Administration.
- The «*length of procedures, low level of digitalisation and poor administrative capacity [...]*» are just some of the problems that the Italian Public Administration still suffers today and please note, the same are identifiable, as regards the focus of this analysis, even in environmental assessments. It is therefore stressed that «*procedures and controls must be implemented rapidly, in a context in which public resources to support economic activity are significantly increased [...]*».

47. It is worth noting that even the Constitutional Jurisprudence, with the famous ruling No. 85 of 9 May 2013, intervening on the Decree Law No. 207/2012 relating to the case “Ilva”, clearly stated that «*the Italian Constitution [...] requires a continuous and mutual balancing between principles and fundamental rights, without claims of absoluteness for any of them. The qualification as “primary” of the values of environment and health means therefore that they cannot be sacrificed to other interests, even if constitutionally protected, not that they are placed at the top of an absolute hierarchical order. The point of equilibrium, precisely because it is dynamic and not fixed in advance, must be assessed by the legislator in the establishment of the rules and by the judge of laws in the control according to criteria of proportionality and reasonableness, such as not to allow a sacrifice of their essential core*» (translation is mine).
48. This important step has been clarified, *inter alia*, also by the Council of State, Plenary Assembly, 27 July 2016, No. 17, according to which simplifying means speeding up procedures, certainly not «*censure the failure to carry out the Environmental Impact Assessment as required by Directive No. 85/337/EEC, which provides for the need for a thorough investigation of these issues*» (translation is mine).
49. This Legislative Decree concerns “Urgent provisions on the extension of legislative terms, the organization of public administrations, as well as technological innovation”. It is interesting to remark that the legislator emphasises the centrality of the role acquired by the consumer in a logic of decentralisation as stated by the aforementioned principle “energy efficiency first”. In this regard, see F. Di Porto, *Dalla convergenza digitale-energia l’evoluzione della specie: il consumatore “iper-connesso”*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 1, 2016, pp. 70-ss.; D. Vazio, *Liberalizzazione della domanda elettrica e scelte dei consumatori*, in A. Clò, S. Clò, F. Baffa, *Riforme elettriche tra efficienza ed equità*, il Mulino, Bologna, 2015, pp. 298-300; T. Favaro, *Regolare la “transizione energetica”*: *Stato, Mercato, Innovazione*, Cedam, Padova, 2020, pp. 116-ss.
- On this point, however, C. Bevilacqua, *Le comunità energetiche tra governance e sviluppo locale*, in *Amministrazione In Cammino*, 2020, pp. 1-15, has repeatedly stressed that in Italy «*the sector’s development prospects are wide and, despite some intentions, regions have already legislated in there are regulatory and administrative obstacles that in practice limit the feasibility or profitability of projects. The current Italian legal system seems to be the only one in Europe that does not yet have at least a principled and organic regulation of this model; on the other hand, the current one does not allow for the realisation of self-production systems (so-called One to Many), limiting the development of new distributed generation projects even with configurations in which there is only one producer connected to only one consumer*» (translation is mine).
- In the same sense, see, *inter alia*, E. Bruti Liberati, F. Donati, *Il nuovo diritto dell’energia tra regolazione e concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2007; D. Florenzano, S. Manica (a cura di), *Il governo dell’energia fra Stato e Regioni*, Università degli Studi di Trento, Trento, 2009.
50. This Resolution concerns “Regulation of economic matches related to electricity shared

by a group of self-consumers of renewable energy acting collectively in buildings and condominiums or shared in a renewable energy community”.

On the same topic, see N. Bassi, *Le infrastrutture energetiche fra competenze legislative statali e attribuzioni amministrative delle autonomie territoriali: dalla teoria (contraddittoria) alla prassi (confusa)*, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, 1, 2014, p. 5-ss.; L. Ammannati, *L'incertezza del diritto. A proposito della politica per le energie rinnovabili*, in *Rivista Quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente*, 3, 2011, pp. 12-ss.; L. Ammannati, *La disciplina europea sull'efficienza energetica e il modello italiano: discrezionalità e vincoli per gli Stati Membri*, in P. Biandrino, M. De Focatiis (a cura di), *Efficienza energetica ed efficienza del sistema dell'energia. Un nuovo modello?*, Cedam, Milano, 2017, pp. 31-ss.

51. In this regard, see the 62nd preamble of to the Directive 2018/2001/UE which states that «*regional and local authorities often set more ambitious renewable targets that exceed national targets. Regional and local commitments to stimulating development of renewable energy and energy efficiency are currently supported through networks, such as the Covenant of Mayors, Smart Cities or Smart Communities initiatives, and the development of sustainable energy action plans. Such networks are essential and should be expanded, as they raise awareness and facilitate exchanges of best practices and available financial support. In that context, the Commission should support interested innovative regions and local authorities to work across borders by assisting in setting up cooperation mechanisms, such as the European Grouping of Territorial Cooperation, which enables public authorities of various Member States to collaborate and deliver joint services and projects, without requiring a prior international agreement to be signed and ratified by national parliaments. Other innovative measures to attract more investment into new technologies, such as energy-performance contracts and standardisation processes in public financing, should also be considered*».

In order to understand the increasingly important role that local autonomies are playing, see R.J. Hewitt, N. Bradley, A. B. Compagnucci, C. Barlagne, A. Ceglaz, R. Cremades, M. Mckneen, I. M. Otto, *Social Innovation in Community Energy in Europe: A Review of the Evidence*, in *Frontiers in Energy Research*, 7, 2019.

In this regard, it is also interesting to remark how G. De Maio, *Cambiamento climatico ed energia rinnovabile decentrata: il ruolo dei governi locali*, in *Federalismi.it*, 8, 2019, pp. 2-28, addresses the concept of smart from an innovative perspective. The Author states that «*cities and urban communities have a central role to play in promoting change in a smart perspective that stands for efficient, capable, inclusive, modern, sustainable*» (translation is mine).

In the same regard, see, *inter alia*, I. Leoni, S. Viti, *Soluzioni innovative e strumenti finanziari per le Smart City: ripartire dalle buone pratiche*, in *Energia, Ambiente ed Innovazione*, 1, 2017, pp. 86-ss.; A. Prontera, *Politiche energetiche e governo locale. Il caso delle Marche*, in *Istituzioni del Federalismo*, 3-4, 2008, pp. 483-ss.

52. Energy communities are therefore “not-for-profit organisations”, whose objective is to provide environmental, economic or social benefits at community level to its shareholders or members or to the local areas in which they operate, rather than financial gain.

In this regard, see Article 22, paragraph 4, lett. e), f), g), h), i), of Directive 2018/2011/UE that states: *«renewable energy communities are not subject to discriminatory treatment with regard to their activities, rights and obligations as final customers, producers, suppliers, distribution system operators, or as other market participants; the participation in the renewable energy communities is accessible to all consumers, including those in low-income or vulnerable households; tools to facilitate access to finance and information are available; regulatory and capacity-building support is provided to public authorities in enabling and setting up renewable energy communities, and in helping authorities to participate directly; rules to secure the equal and non-discriminatory treatment of consumers that participate in the renewable energy community are in place».*

As a consequence, as argued by Miccù, M. Bernardi, *Premesse ad uno studio sulle Energy communities: tra governance dell'efficienza energetica e sussidiarietà orizzontale*, in *Federalismi.it*, 4, 2022, pp. 603-646, Renewable Energy Communities seem, then, to be placeable *«within a barely studied dimension of “active citizenship”, aimed at protecting economic, environmental and social interests, in coherence with the paradigm of substantial equality as set out in Article 3, paragraph 2, of the Constitution; an active citizenship that is realised through enterprises exercised by organisations that are capable of transforming responsible citizens into responsible co-entrepreneurs in the name of effective equity»* (translation is mine).

Moreover, on the concept of “member of citizen energy communities” please consider also the 44th preamble to the Directive 2019/944/UE which states that *«membership of citizen energy communities should be open to all categories of entities. However, the decision-making powers within a citizen energy community should be limited to those members or shareholders that are not engaged in large-scale commercial activity and for which the energy sector does not constitute a primary area of economic activity. Citizen energy communities are considered to be a category of cooperation of citizens or local actors that should be subject to recognition and protection under Union law. The provisions on citizen energy communities do not preclude the existence of other citizen initiatives such as those stemming from private law agreements. It should therefore be possible for Member States to provide that citizen energy communities take any form of entity, for example that of an association, a cooperative, a partnership, a non-profit organisation or a small or medium-sized enterprise, provided that the entity is entitled to exercise rights and be subject to obligations in its own name».*

In the same sense, it's worth noting the 46th preamble of the above-mentioned Directive which states that *«citizen energy communities constitute a new type of entity due to their membership structure, governance requirements and purpose. They should be allowed to operate on the market on a level playing field without distorting competition, and the rights and obligations applicable to the other electricity undertakings on the market should be*

applied to citizen energy communities in a non-discriminatory and proportionate manner. Those rights and obligations should apply in accordance with the roles that they undertake, such as the roles of final customers, producers, suppliers or distribution system operators. Citizen energy communities should not face regulatory restrictions when they apply existing or future information and communications technologies to share electricity produced using generation assets within the citizen energy community among their members or shareholders based on market principles, for example by offsetting the energy component of members or shareholders using the generation available within the community, even over the public network, provided that both metering points belong to the community. Electricity sharing enables members or shareholders to be supplied with electricity from generating installations within the community without being in direct physical proximity to the generating installation and without being behind a single metering point. Where electricity is shared, the sharing should not affect the collection of network charges, tariffs and levies related to electricity flows. The sharing should be facilitated in accordance with the obligations and correct timeframes for balancing, metering and settlement [...]».

In this regard, see, *inter alia*, R.J. Hewitt, N. Bradley, A. B. Compagnucci, C. Barlagne, A. Ceglaz, R. Cremades, M. Mckneen, I. M. Otto, *Social Innovation in Community Energy in Europe: A Review of the Evidence*, in *Frontiers in Energy Research*, 7, 2019; E. Ferrero, *Le comunità energetiche: ritorno a un future sostenibile*, in *Ambiente&Sviluppo*, 8-9, 2020.

53. On this point R. Miccù, M. Bernardi, *Premesse ad uno studio sulle Energy communities: tra governance dell'efficienza energetica e sussidiarietà orizzontale*, in *Federalismi.it*, 4, 2022, pp. 603-646 observe that «[...] in the meantime, it should be noted that this is a different figure with greater autonomy with respect to the merely passive consumer, especially the vulnerable one, since it is a subject who is at the same time producer – although production does not correspond to the prevalent economic activity – and final customer of electricity. [...] Prosumers are instrumental to the publicist objective of integrating the energy market, promoting not (any longer) trilateral, but horizontal relations, given the possibility of exchanging self-produced electricity directly between private individuals, favouring the matching of supply and demand and the reduction of information asymmetries» (translation is mine). In the same regard, see, *inter alia*, A. Quarta, *Il diritto dei consumatori ai tempi della peer economy. Prestatori di servizi e prosumers: primi sputi*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2017, pp. 665.ss.; M. Maugeri, *Elementi di criticità nell'equiparazione, da parte dell'AEEGSI, dei "prosumer" ai "consumatori" e ai "clienti finali"*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2, 2015, pp. 404-ss.

Furthermore, it is interesting what was explained by C. Bevilacqua, *Le comunità energetiche tra governance e sviluppo locale*, in *Amministrazione In Cammino*, 2020, pp. 1-15, the Author underlines that «citizens, who become producers and consumers (so-called "prosumers"), must be granted the right to participate in an energy community while preserving their rights as simple consumers consumer, at the same time Member States are asked to remove existing or potential barriers that may hamper the local development of renewable energy communities and to guarantee them non-discriminatory market

access»(translation is mine).

54. The COVID-19 was certainly, in Italy, an accelerating factor with respect to the spread of digitisation. The same is harder to say with regard to the ecological transition where European environmental policies were already quite advanced. In this regard, see F. Capriglione, *Covid-19. Quale solidarietà, quale coesione nell'UE? Incognite e timori*, in *Rivista Trimestrale di Diritto dell'Economia*, 2, 2020, pp. 167-227; 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*, 24, 2020, pp. 289-308.

55. To understand the possible uses of ICTs, consider that, for example, the use of smart devices could be able to constantly monitor the cost of energy used in real time, undoubtedly fostering conscious consumer participation, orienting the resulting demand in the electricity market with a view, once again, to energy efficiency.

On these notions, see, *inter alia*, M. Falcione, *Demand response: risparmio energetico dal lato della domanda. Il contributo volontario degli utenti finali alla flessibilità del consumo elettrico*, in L. Carbone, G. Napolitano, A. Zoppini (a cura di), *Annuario di diritto dell'energia. Politiche pubbliche e disciplina dell'efficienza energetica*, il Mulino, Bologna, 2016, pp. 385-ss.; R. Leal-Arcas, F. Lesniewska, F. Proedrou, *Prosumers and New Energy Actors*, in M. Mpholo, D. Steuerwald, T. Kukeera, *Africa-EU Renewable Energy Research and Innovation Symposium*, Springer Proceedings in Energy, 2018, The Authors observe that «one way to increase participation is through the promotion of demand response measures amongst consumers. Demand response “is a tariff or programme established to incentivise changes in electric consumption patterns by end-use consumers from their normal consumption patterns in response to changes in the price of electricity over time, or to incentivise payments designed to induce lower electricity use at times of high market prices or when system reliability is jeopardized”».

In this regard, it is worth mentioning M. Libertini, *La tutela della libertà di scelta del consumatore e i prodotti finanziari*, in *Astrid Rassegna*, 2010.

With particular attention to the future perspectives of ICT use, see, *inter alia*, E. Mengelkamp, B. Notheisen, C. Beer, D. Dauer, C. Weinhardt, *A blockchain-based smart grid: towards sustainable local energy markets*, in *Computer Science – Research and Development*, 33, 2018, pp. 207-ss. (A blockchain-based smart grid: towards sustainable local energy markets | SpringerLink); V. Cappelli, “Blockchain” e fornitura di energia. *Riflessioni in materia di responsabilità tra decentralizzazione e tutela dei consumatori*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2019, pp. 335-ss.; V. Palmisano, *Il Clean Energy Package e gli abilitanti normativi al modello peer-to-peer e allo smart contract. Un nuovo modello di energia decentralizzata e partecipata*, in E.B. Liberati, M. De Focatiis, A. Travi, *Il teleriscaldamento, la Blockchain e i contratti intelligenti*, Cedam, Milano, 2020; C. Henly, S. Hartnett, S. Mardell, B. Endemann, B. Tejblum, and D. S. Cohen, *Energizing the Future with Blockchain*, Energy Bar Association, final 11/14/18, Springer, 2018, pp. 199-ss. (14-197-232-Blockchain_[FINAL].pdf (eba-net.org).

With reference to the blockchain, the Authors state that *«regulators today face a fundamental challenge: how can they best meet their regulatory compact with utilities while empowering consumers to capture value from distributed generation, storage, smart controls, and other digital solutions that are becoming more widespread? And how does that compact sit alongside mandates for resiliency (the ability to resist and rapidly recover from physical and cyber disruptions), environmental outcomes (notably decarbonization), consumer choice, and energy access and equality? Until recently, regulators have mainly relied on centralized technology – owned and operated by utilities and independent power producers – to manage electricity markets and the operation of the electricity grid. These central approaches are ill-equipped to efficiently and effectively coordinate the dramatically increasing number of distributed energy resources on the grid while maintaining security and reliability. Regulators have a need and an opportunity to adopt new approaches and technologies that can leverage DERs to create a reliable, affordable, secure, low-carbon grid that benefits end-consumers. Blockchain technology, which was invented, in part, to coordinate distributed market actors, is particularly well suited to efficiently and securely coordinate a decentralized network of energy resources and can help make electricity markets more secure, open, and efficient. Blockchain can enable the decentralized, resilient, and stable electrical grid that utilities, regulators and consumers seek».*

In addition, a further interesting application of ICT is described by Directive 2018/844/EU, which introduces an “indicator of the readiness of buildings for intelligence”. The concept is certainly complex to understand; however, the 30th preamble to the aforementioned directive explains how the aim of the indicator is, in summary, to measure the ability of buildings to adapt energy consumption in an efficient and sustainable perspective: *«the smart readiness indicator should be used to measure the capacity of buildings to use information and communication technologies and electronic systems to adapt the operation of buildings to the needs of the occupants and the grid and to improve the energy efficiency and overall performance of buildings. The smart readiness indicator should raise awareness amongst building owners and occupants of the value behind building automation and electronic monitoring of technical building systems and should give confidence to occupants about the actual savings of those new enhanced-functionalities [...]».*

In this regard, the above-mentioned Directive states – with reference to the renovation of buildings – the necessity *«to achieve a highly energy efficient and decarbonised building stock and to ensure that the long-term renovation strategies deliver the necessary progress towards the transformation of existing buildings into nearly zero-energy buildings, in particular by an increase in deep renovations, Member States should provide clear guidelines and outline measurable, targeted actions as well as promote equal access to financing, including for the worst performing segments of the national building stock, for energy-poor consumers, for social housing and for households subject to split-incentive dilemmas, while taking into consideration affordability [...]».*

On the same topic, see A. Lorenzoni, *La produzione elettrica con fonti rinnovabili per la*

- sostenibilità e la competitività dell'economia italiana*, in *L'industria*, 1, 2008, pp. 126-ss; G. De Maio, *Cambiamento climatico ed energia rinnovabile decentrata: il ruolo dei governi locali*, in *Federalismi.it*, 8, 2019, pp. 2-28.
56. G. De Maio, *Cambiamento climatico ed energia rinnovabile decentrata: il ruolo dei governi locali*, in *Federalismi.it*, 8, 2019, pp. 2-28, (translation is mine). In the same regard, see, *inter alia*, L. De Santoli, *Sviluppo di sistemi intelligenti per la de-carbonizzazione dell'energia*, in *Energia, Ambiente ed Innovazione*, 1, 2017, pp. 46-ss.; M. De Min, L. Lo Schiavo, *Un nuovo paradigma dei consumi elettrici per un consumatore più evoluto*, in L. Ammannati (a cura di), *La transizione energetica*, Giappichelli, Milano, 2008 pp. 141-ss.
57. But not only that. Consider that the functions of energy communities are not limited to the traditional activities of energy generation and supply. Consider all those secondary services that could arise, such as, for example, energy efficiency services, recharging services for electric vehicles, thus leading – as already mentioned – to an innovative model of collaboration between citizens and municipal administrations. The result theorised by the Doctrine is the so-called “distributed governance” model.
- In this regard, see M. Miccù, M. Bernardi, *Premesse ad uno studio sulle Energy communities: tra governance dell'efficienza energetica e sussidiarietà orizzontale*, in *Federalismi.it*, 4, 2022, pp. 603-646.
- It's worth nothing the *Regulatory Aspects of Self-Consumption and Energy Communities*, report of June 2019, pp. 7-28, drafted by the Council of European Energy Regulators (CEER) (CEER report (europa.eu), which reports that «*the diverse reality of (collective) self-consumption and energy communities, and the wide scope of the definitions in the CEP means that active consumers, renewable self-consumers and (renewable/citizens) energy communities touch upon many different areas of regulation. Particularly within the realm of consumer protection and network regulation, including supplier and network charging arrangements. Certain aspects of energy communities, such as community ownership of simple generation assets or direct services to the local community (e.g., advice on energy efficiency or initiatives to help reducing energy poverty) are largely unproblematic from a regulatory point of view. However, energy sharing, be it directly or within energy communities, in some respects defies the classical supplier-customer relationship. Energy communities may act as a supplier, as a service provider (e.g., providing aggregation services) or, if allowed by the relevant MS, as a grid operator. These activities fall under the realm of the Electricity Market Regulation, and consequently need particular attention from a regulatory point of view [...]».*
58. On the relationship between the expressions “sustainable development” and “ecological transition”, in order to point out that, thanks to European legislation, the former has evolved towards the latter with not insignificant effects in terms of the definition of policies addressed to states as well as the instruments concretely employed, please see L. Ammannati, *La transizione dell'Unione Europea verso un modello energetico eco-sostenibile tra scelte politiche, regolazione e dinamiche di mercato*, in *Energia, ambiente ed innovazione*, 2, 2018, pp. 10-18-ss., and A. Moliterni, *La Strategia energetica nazionale: il*

problema del monitoraggio e del controllo, in L. Carbone, G. Napolitano, A. Zoppini (a cura di), *Annuario di diritto dell'energia. La Strategia energetica nazionale: "governance" e strumenti di attuazione*, il Mulino, Bologna, 2019, pp. 235-263, and V. Termini, *Regionalizzazione dei mercati e governance istituzionale*, in E. B. Liberati, M. De Focatiis, A. Travi (a cura di), *La transizione energetica e il Winter Package. Politiche pubbliche e regolazione dei mercati. Atti del Convegno Aiden*, CEDAM, Milano, 2018, pp. 64-ss. The Author notes that «*reflecting what has been pointed out by the electricity transmission system operators "regionalisation [...] is not the creation of new borders, but is a way to facilitate the relationship between the European and national levels. It is about utilising the advantages of proximity, conducting pilot projects, testing new solutions in the regional sphere and making it easier to work together to achieve the Energy Union. Regional actions make it possible to move faster, to test and disseminate innovative solutions and to reach specific conclusions"».*

59. European Commission, think tank on *Energy poverty and vulnerable consumers in the energy sector across the EU: analysis of policies and measures*, 2021, Insight_E. In the same regard, see F. Donati, *La Roadmap 2050 e la governance europea dell'Energia*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 1, 2014, pp. 67-80.
60. This definition was drafted during the Citizens' Energy Forums held by the European Commission. The aim of this initiative is to «*explore consumers' perspective and role in a competitive, "smart", energy-efficient and fair energy retail market. As such, the forum serves to structure the debate and channel consumers', regulators' and industry's view on the energy market and its future, directly feeding into the work of the European Commission in the energy and consumer policy areas».* (Citizens' Energy Forums (europa.eu)).
61. A. Werth, P. Gravino, G. Prevedello, *Impact analysis of COVID-19 responses on energy grid dynamics in Europe*, Applied Energy, 2021, pp. 281-ss.
62. S. Bouzarovski, *Energy Poverty Policies at the EU Level*, in S. Bouzarovski, *Energy Poverty* (Springer Nature 2018).
63. See European Group on Ethics in Science and New Technologies (European Commission), *An ethical framework for assessing research, production and use of energy*, Opinion No. 27, 2013 (An ethical framework for assessing research, production and use of energy - Publications Office of the EU (europa.eu)).
64. See European Commission, COM (2006) 841 final of 10 January 2007, on prospects for the internal gas and electricity market (Prospects for the internal gas and electricity market. Communication from the Commission to the Council and the European Parliament. COM (2006) 841 final, 10 January 2007 - Archive of European Integration (pitt.edu)).
65. See Commission Recommendation (EU) 2020/1563 of 14 October 2020, on energy poverty (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32020H1563>).
66. European Commission, COM (2020) 662 final of 14 October 2020, on a Renovation Wave for Europe - greening our buildings, creating jobs, improving lives (EUR-Lex - 52020DC0662 - EN - EUR-Lex (europa.eu)).

67. Among the others, Italy has defined the problem as the difficulty faced by part of the population to purchase or to access a minimum basket of goods and services relating to energy, given that it implies a distraction of resources bigger than normal. On the matter, see the Integrated National Energy and Climate Plan 2021-2030.
68. S. Pye, A. Dobbins, C. Baffert, J. Brajković, I. Grgurev, R. Miglio, P. Deane, *Addressing Energy Poverty and Vulnerable Consumers in the Energy Sector Across the EU*, in *L'Europe en Formation*, 2015.
- For an analysis on the measures under a behavioral economics perspective see also N. Della Valle, *People's decisions matter: understanding and addressing energy poverty with behavioral economics*, in *Energy & Buildings*, 2019, pp. 204.
69. Energy Poverty Report 2019 presented by Oipe (*Osservatorio Italiano sulla Povertà Energetica*) on 4 June 2019 in Milan at ARERA headquarter (Rapporto_OIPE_sulla_poverta_energetica_2019.pdf (oipeosservatorio.it)).
70. The reference is to the Citizens' Energy Forums held by the European Commission (Citizens' Energy Forums (europa.eu)).
71. See Home - United Nations Sustainable Development. In particular, see the Goal No. 11 entitled "Sustainable cities and communities".
72. The concept of "technological innovation" brings with it the idea of ensuring greater energy efficiency for citizens in the sense of guaranteeing universal access to the (renewable) energy market. In this sense, see, *inter alia*, D. Zillman, M. Roggenkamp, L. Paddock, L. Godden, *How technological and legal innovation are transforming energy law*, in D. Zillman, M. Roggenkamp, L. Paddock, L. Godden (a cura di), *Innovation in energy law and technology: dynamic solutions for energy transitions*, Oxford University Press, 2018, pp. 1-19.
- It is worth noting that, as pointed out by R. Miccù, M. Bernardi, *Premesse ad uno studio sulle Energy communities: tra governance dell'efficienza energetica e sussidiarietà orizzontale*, in *Federalismi.it*, 4, 2022, pp. 603-646, «on a global dimension, the need to ensure universal access to sustainable energy even in the most remote parts of the world has led to the increasing linkage between energy and climate policies in order to achieve the transition to a carbon-neutral economy» (translation is mine).
73. It is interesting to reflect on the possible connections between energy communities and the concept of "smart communities", from which the "smart cities" model draws its origins. In this regard, see T. Favaro, *Verso la "smart cities": sviluppo economico e rigenerazione urbana*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2, 2020. The Author observes that «given the lack of a definition in Article 20 of Law Decree No. 179/2012, containing the national discipline of the so-called "smart communities", it is necessary to look to the guidelines published by AgID in 2012, which define the intelligent community as "that place and/or territorial context where the planned and wise use of human and natural resources, appropriately managed and integrated through the numerous ICT technologies already available, allows for the creation of an ecosystem capable of making the best use of resources and providing integrated and increasingly intelligent services (i.e. whose value is greater

than the sum of the values of the parts that make them up)» (translation is mine).

74. In this regard, consider that the 2nd preamble of Directive 2018/2022/EU on energy efficiency assigns primary importance to the so-called “energy efficiency first” principle: *«energy efficiency should be recognised as a crucial element and a priority consideration in future investment decisions on the Union’s energy infrastructure».*

With regard to the principle of “energy efficiency first” and the so-called “Winter Package”, see L. Ammannati, *La transizione dell’Unione Europea verso un modello energetico eco-sostenibile tra scelte politiche, regolazione e dinamiche di mercato*, in *Energia, ambiente ed innovazione*, 2, 2018, pp. 85-ss. (<https://www.eai.enea.it/component/jdownloads/?task=download.send&id=227&catid=8&Itemid=101>).

The Author explains that *«the transition to energy production from renewable sources has exacerbated a conflict between policies for the creation of an efficient single market and national policies. The European Commission’s proposed approach to policies for energy efficiency, renewables and reduction of greenhouse gas emissions with the “Winter Package” of November 2016 removes many constraints on member states but must steer them towards the common goals of the Union. This aim is pursued by the draft regulation on governance that reshapes the relationship between the Commission and Member States.*

However, the instruments in the hands of the Commission do not seem entirely adequate for an effective convergence between national choices and Union objectives» (translation is mine). With respect to the concept of “building renovation” the above-mentioned Directive (11nd preamble) states that *«energy efficiency improvement measures also have a positive impact on air quality, as more energy efficient buildings contribute to reducing the demand for heating fuels, including solid heating fuels. Energy efficiency measures therefore contribute to improving indoor and outdoor air quality and help achieve, in a cost-effective manner, the objectives of the Union’s air quality policy, as established in particular by Directive (EU) 2016/2284 of the European Parliament and of the Council».*

75. It should be noted that the present case allows us to see the concept of “micro-regeneration”, as theorized, *inter alia*, by R. Dipace, *Le politiche di rigenerazione dei territori tra interventi legislativi e pratiche locali*, in *Istituzioni del Federalismo*, 3, 2017, pp. 625-650.

In the case of the Brindisi Energy Community, citizens have played an important role in planning decisions, assuming a fundamental role on an equal level with the public administration. Urban regeneration interventions, of which the constitution of an energy community is a full component, are centred on *«forms of collaboration of citizens with the administration for the care and regeneration of urban commons»* (translation is mine), giving particular implementation to Article 117, paragraph 6 of the Italian Constitution, as explained by G. Arena, *Amministrazione e società. Il nuovo cittadino*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2017, pp. 42-ss. In the same direction see G. Piperata, *Rigenerare i beni e gli spazi della città: attori, regole e azioni*, in E. Fontanari, G. Piperata (a cura di), *Agenda RECycle*, il Mulino, Bologna, 2017, pp. 28-ss, and R. Dipace, *La rigenerazione urbana tra*

programmazione e pianificazione, in *Riv. Giur. Edil.*, 4, 2014, pp. 237-260.

On the concept of “cooperation” between citizens and local administrations, the 70th preamble to the Directive 2018/2001/EU provides that *«the participation of local citizens and local authorities in renewable energy projects through renewable energy communities has resulted in substantial added value in terms of local acceptance of renewable energy and access to additional private capital which results in local investment, more choice for consumers and greater participation by citizens in the energy transition. Such local involvement is all the more crucial in a context of increasing renewable energy capacity. Measures to allow renewable energy communities to compete on an equal footing with other producers also aim to increase the participation of local citizens in renewable energy projects and therefore increase acceptance of renewable energy»*.

Moreover, the Brindisi experience demonstrates the importance of public administration in the establishment of energy communities. In this sense, see C. Bevilacqua, *Le comunità energetiche tra governance e sviluppo locale*, in *Amministrazione In Cammino*, 2020, pp. 1-15, which states that *«the creation of these forms of associated energy management/distribution appears necessary even before it is useful, just as it appears necessary that after their implementation, each energy community will have to equip itself with a strategic plan for the reduction and efficiency of energy consumption from non-renewable sources in coherence with the regional energy-environmental plan, as well as energy of its own budget model»* (translation is mine).

76. The association BREC (*Brun Rete Energetica Comune*), owner of the project, aims to install 600 KW of panels, in order to reduce household energy expenditure, estimating a recovery percent on the cost related to electrical energy consumption of 30/40% and to raise awareness of the rational use of resources (Prima comunità energetica a Brindisi, presentati l'associazione BREC e il progetto pilota - PRESS REGIONE - Regione Puglia). In this regard, see with the development of the new website developed by Calabria Region, concerning the supporting local authorities and private actors in the area in the implementation of Energy Communities (Il primo portale italiano dedicato alle Comunità energetiche è della Regione Calabria | QualEnergia.it).
77. The reference is to the “17 Goals for People, for Planet”, and in particular *«the Sustainable Development Goals are a universal call to action to end poverty, protect the planet and improve the lives and prospects of everyone, everywhere. The 17 Goals were adopted by all UN Member States in 2015, as part of the 2030 Agenda for Sustainable Development which set out a 15-year plan to achieve the Goals. Today, progress is being made in many places, but, overall, action to meet the Goals is not yet advancing at the speed or scale required. 2020 needs to usher in a decade of ambitious action to deliver the Goals by 2030»* (The Sustainable Development Agenda - United Nations Sustainable Development).
With reference to the principle of sustainable development and energy communities, see, *inter alia*, E. Cusa, *Sviluppo sostenibile, cittadinanza attiva e comunità energetiche*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 1, 2020.
78. To understand how energy communities can be a key driver for sustainable development,

- see, *inter alia*, E. Scotti, *Poteri pubblici, sviluppo sostenibile ed economia circolare*, in *Il diritto dell'economia*, 1, 2019, pp. 497-ss.
79. See, *inter alia*, European Commission, Communication on a *Roadmap to a Resource Efficient Europe*, COM/2011/571, 20 September 2011, in which it is stated that «2020 Strategy and its flagship initiative on “A Resource Efficient Europe” set the EU on the path to this transformation. The flagship called for a roadmap “to define medium and long term objectives and means needed for achieving them”. This Roadmap builds upon and complements the other initiatives under the flagship, in particular the policy achievements towards a low carbon economy and takes into account progress made on the 2005 Thematic Strategy on the Sustainable Use of Natural Resources and the EU's strategy on sustainable development. The Roadmap should also be seen in the context of worldwide efforts to achieve a transition towards a green economy. It draws extensively on a range of sources which are referenced in the accompanying Staff Working Document, including the European Environment Agency's report on the state and outlook for the European Environment» (EUR-Lex - 52011DC0571 - EN - EUR-Lex (europa.eu)).
80. Translation is mine.
81. See note No. 21. Moreover, see, *inter alia*, G. Guzzardo, *La regolazione multilivello del consumo di suolo e del riuso dell'abitato*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1, 2018, pp. 119-ss.; C. Pagliaroli, *Alla Corte Costituzionale la legge regionale lombarda sul contenimento del consumo di suolo*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 4, 2018, pp. 937-ss.; De Maio, *Cambiamento climatico ed energia rinnovabile decentrata: il ruolo dei governi locali*, in *Federalismi.it*, 8, 2019, pp. 2-28; L. Minganti, *Il contenimento del consumo di suolo fra legislazione nazionale e regionale: le risposte di Veneto ed Emilia-Romagna*, in *Istituzioni del Federalismo*, 1, 2020, pp. 251-ss.; ISPRA, *Consumo di suolo, dinamiche territoriali e servizi ecosistemici*, 2018, (Consumo di suolo, dinamiche territoriali e servizi ecosistemici. Edizione 2018 — Italiano (isprambiente.gov.it)); 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.*, 4, 2018, pp. 787-ss.; P. Carpentieri, *Il “consumo” del territorio e le sue limitazioni. La “rigenerazione urbana”*, in *Federalismi.it*, 1, 2020, pp. 2-ss.; B. L. Boschetti, *Gestione della risorsa suolo e politiche pubbliche: modelli a confronto*, in E. Boscolo (a cura di), *Annuario dell'Associazione italiana di diritto urbanistico*, Giuffrè, Milano, 2013-2014, pp. 1-50. For more information regarding the concept of “soil consumption”, see G. Severini, “Paesaggio”: storia italiana, ed europea, di una veduta giuridica, in *Aedon – Rivista di arti e diritto online*, 1, 2019, pp. 5-ss. (Aedon 1/2019, Severini, “Paesaggio”: storia italiana, ed europea, di una veduta giuridica (mulino.it)); M. A. Sandulli (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, 3° ed., Giuffrè, Milano, 2019. Is also interesting what was stated by E. BOSCOLO, *Oltre il territorio: il suolo quale matrice ambientale e bene comune*, in *Urbanistica e Appalti*, 2, 2014, pp. 129-ss.; P. Urbani, *A proposito della riduzione del consumo di suolo*, in *Riv. Giuridica Edil.*, 3, 2016, pp. 226-ss.; P. Chirulli, *Urbanistica e interessi differenziati: dalle tutele parallele alla pianificazione integrata*, in *Dir.*

Amministrativo, 2, 2015, pp. 50-ss.

82. See, *inter alia*, with A/CONF.216/5 and Report A/CON.216/16 concerning the Report of the United Nations Conference on Sustainable Development, 20-22 June 2012 (United Nations Conference on Sustainable Development | United Nations).
83. In this sense, renewable energy communities can gain a major role in facilitating the energy transition by promoting energy efficiency. With regard to the latter, the Doctrine has theorised the concept of “energy democracy” which, although frequently referred to, is never defined. Energy democracy is linked, as R. Miccù, M. Bernardi, *Premesse ad uno studio sulle Energy communities: tra governance dell’efficienza energetica e sussidiarietà orizzontale*, in *Federalismi.it*, 4, 2022, pp. 603-646 notes, «directly to the possibility for energy communities and local authorities to participate alongside large private companies in the production and delivery of energy services».

With regard to the “energy democracy”, the 43rd preamble to the Directive 2019/944/UE states that «distributed energy technologies and consumer empowerment have made community energy an effective and cost-efficient way to meet citizens’ needs and expectations regarding energy sources, services and local participation. Community energy offers an inclusive option for all consumers to have a direct stake in producing, consuming or sharing energy. Community energy initiatives focus primarily on providing affordable energy of a specific kind, such as renewable energy, for their members or shareholders rather than on prioritising profitmaking like a traditional electricity undertaking. By directly engaging with consumers, community energy initiatives demonstrate their potential to facilitate the uptake of new technologies and consumption patterns, including smart distribution grids and demand response, in an integrated manner. Community energy can also advance energy efficiency at household level and help fight energy poverty through reduced consumption and lower supply tariffs. Community energy also enables certain groups of household customers to participate in the electricity markets, who otherwise might not have been able to do so. Where they have been successfully operated such initiatives have delivered economic, social and environmental benefits to the community that go beyond the mere benefits derived from the provision of energy services [...]».

In the same sense, see, *inter alia*, C. Morris, A. Jungjohann, *Energy democracy. Germany’s Energiewende to renewables*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2016; G. Pepe, *Il modello della democrazia partecipativa tra aspetti teorici e profili applicativi. Un’analisi comparata*, Cedam, Milano, 2020, pp. 40-ss.; U. Allegretti, *Basi giuridiche della democrazia partecipativa in Italia: alcuni orientamenti*, in *Democrazia e diritto*, 3, 2006, p. 4-ss.; A. Beltran, *Energia e democrazia politica. Qualche spunto storico*, in *Ricerche di storia politica-Quadrimestrale dell’Associazione per le ricerche di storia politica*, 1, 2018, pp. 51-62; V. SMIL, *Energy and Civilization: A History*, Mit Press, Cambridge, 2017; G. Osti, *Energia democratica: esperienze di partecipazione*, in *Aggiornamenti sociali*, 68, 2017, pp. 113-ss.

Another interesting perspective is provided by C. Bevilacqua, *Le comunità energetiche tra governance e sviluppo locale*, in *Amministrazione In Cammino*, 2020, pp. 1-15, which

states that «*the advantage of implementing energy communities, therefore, is to create a non-hierarchical system of local networks, but above all to increase autonomy and choice in terms of the solutions best suited to local needs, with redistribution of benefits across the territory by favouring local investments, local and regional cooperation, and, above all, involving citizens in the fight against energy poverty and climate change thanks to the possibility of self-consumption of the energy produced in accordance with the concrete application of the principle of horizontal subsidiarity*» (translation is mine).

84. It is useful to recall, in general, the impact of ICT on renewable energy, as well explained by A. Beltran, *Energia e democrazia politica. Qualche spunto storico*, in *Ricerche di storia politica-Quadrimestrale dell'Associazione per le ricerche di storia politica*, 1, 2018, pp. 51-62. The Author emphasises that «*with the appearance of information and communication technologies and the development of renewable energies (mainly solar and wind), the union is finally accomplished between these new technical possibilities that liberate the citizen and the democratic aspirations now capable of expression [...]. The advocates of this transition/revolution are arguing for decentralised energies (such as wind and solar) against centralised energies, whether fossil or other (nuclear), because such decentralisation allows for a better adaptation to the needs of the citizen*» (translation is mine).
85. Furthermore, it should be noted that, as pointed out by R. Miccù, M. Bernardi, *Premesse ad uno studio sulle Energy communities: tra governance dell'efficienza energetica e sussidiarietà orizzontale*, in *Federalismi.it*, 4, 2022, pp. 603-646, the Energy Communities may also represent «*not only a new model of governance for energy transition and efficiency, but more generally promote the socio-economic and environmental development of the territory, involving citizens in the fight against climate change and energy poverty, in accordance with the concrete application of the principle of horizontal subsidiarity*» (translation is mine).

In fact, it will be necessary to achieve a new horizontal balance between municipal powers and the private sphere of citizens as provided for in Article 2 and 118 of Italian Constitution.

86. See A. Grignani, *Le comunità di energia rinnovabile: utile risorsa per il contrasto alla povertà energetica*, in *Ambiente e Sviluppo*, 2, 2022, pp. 113-ss.
- In this sense, the Author states that «*in the face of an initial investment required to establish the renewable energy community, which could be borne by the municipal government (which is the entity on whose budget the expenses arising from the disbursement of the electricity bonus), the costs of energy services could be considerably reduced, thus allowing bonus recipients to no longer have to use them and at the same time have access to energy services in an adequate manner*» (translation is mine).

Sdoppiamento funzionale e trappola della decisione congiunta nell'Unione europea

Jacques Ziller

DOI: 10.13130/2723-9195/2022-3-4

Il sistema istituzionale e le procedure decisionali dell'UE si basano sulla scissione dei ruoli ("dédoublement fonctionnel" di Georges Scelles) da parte dei detentori del potere esecutivo e delle relative amministrazioni negli Stati Membri, che agiscono come organi dello Stato e, allo stesso tempo, dell'UE. L'Unione incarna una forma di federalismo esecutivo paragonabile a quello tedesco, con tutti i problemi di un sistema politico interconnesso ("Politikverflechtung"), come ad esempio la cosiddetta trappola delle decisioni comuni ("Politikverflechtungsfälle" di Fritz W. Scharpf). Lo sviluppo dell'integrazione europea ha rafforzato gli organi esecutivi degli Stati Membri a scapito dei parlamenti e, allo stesso modo, gli organi esecutivi centrali rispetto alle autorità locali e regionali. Tuttavia, questo rafforzamento è stato accompagnato da un'attenuazione delle linee di responsabilità e della c.d. accountability.

Role Splitting and the joint decision trap in the European Union

The institutional system and decision-making procedures of the EU are based on role splitting (Georges Scelles' dédoublement fonctionnel) by political holders of executive power and their administrations in the member states, who act as organs of the state and, at the same time, of the EU. The Union embodies a form of executive federalism similar to that of Germany, with all the problems of an interlocked political system (Politikverflechtung) e.g., the so-called joint decision trap (Fritz W. Scharpf's Politikverflechtungsfälle). The development of European integration has strengthened member states' executives at the expense of parliaments, and central executives in relation to local and regional authorities. However, this strengthening has been accompanied by a blurring of the lines of accountability.

1. Sdoppiamento funzionale e federalismo europeo

Durante la preparazione della Dichiarazione Schuman nel 1950, che aveva come scopo lontano la creazione di Stati uniti d'Europa, Jean Monnet e i suoi collaboratori scelsero di proposito di istituire un Consiglio dei ministri speciale composto da membri dei governi centrali degli Stati membri accanto all'Alta Autorità – il predecessore della Commissione, e come quest'ultima totalmente indipendente. Gli Stati non avrebbero potuto accettare l'istituzione di un'autorità sovranazionale con poteri vincolanti se le decisioni di quest'ultima non erano soggette a qualche forma di approvazione da parte dei governi stessi. Il Cancelliere tedesco Konrad Adenauer, che presiedette la prima riunione del Consiglio Speciale dei Ministri l'8 settembre 1952 in veste di titolare anche del portafoglio degli Esteri aprì così la seduta.

«Il Consiglio è l'organo federale della Comunità. Come tale, ha una doppia missione secondo il trattato. Da un lato, agirà come un'istituzione della Comunità, cioè un'istituzione di formazione sovranazionale, con diritti sovrani propri e indipendente dagli Stati. Come istituzione della Comunità, il Consiglio partecipa al regolamento e alla gestione dei diritti sovrani che gli Stati membri hanno escluso dalla loro sfera d'azione e hanno ceduto alla Comunità. In questa veste, è chiamato dal trattato a partecipare attivamente alla creazione di regolamenti da parte della Comunità. Sarà ascoltato su tutte le misure importanti dell'Alta Autorità. La sua approvazione o decisione è richiesta in casi importanti. Il suo accordo unanime è richiesto per questioni di grande importanza. D'altra parte, il Consiglio dei Ministri ha una seconda missione. Non difende solo gli interessi della Comunità nell'ambito dei diritti sovrani che le sono stati trasferiti, ma anche gli interessi degli Stati membri nell'ambito dei diritti sovrani che conservano. [...] Il Consiglio dei ministri ha dunque un ruolo di collegamento e di mediazione. Si trova all'intersezione di due sovranità, una sovranazionale e una nazionale. Deve servire gli interessi della Comunità allo stesso modo di quelli degli Stati e trovare un equilibrio che dia loro ciò che gli appartiene rispettivamente. Come stabilisce il trattato, deve armonizzare gli interessi reciproci. In quanto organo, gli viene così assegnato un compito prioritario che riguarda tutti coloro che lavorano per l'unificazione dell'Europa»^[1].

Questo discorso merita di essere letto alla luce della teoria dello “sdoppiamento

funzionale” (“*dédoublement fonctionnel*”) dell’internazionalista francese Georges Scelle (1978-1961). Tale dottrina è stata particolarmente ben spiegata in lingua inglese da Antonio Cassese, uno dei migliori internazionalisti italiani contemporanei^[2]:

«Poiché non esistono “governanti e agenti specificamente internazionali” (“gouvernants et agents spécifiquement internationaux”), i membri nazionali del governo così come i funzionari statali svolgono un ruolo “doppio”: essi agiscono come organi statali quando operano all’interno del sistema giuridico nazionale; essi agiscono in quanto agenti internazionali quando operano all’interno del sistema giuridico internazionale. Così, quando il capo dello Stato o il legislatore statale partecipano alla formazione di un trattato legislativo, essi agiscono come organi legislativi internazionali [...] analogamente, ogni volta che uno o più funzionari statali intraprendono un’azione esecutiva (ricorso alla forza senza guerra, rappresaglie, intervento armato, guerra vera e propria) essi agiscono come agenzie esecutive internazionali (“agents exécutifs internationaux”). Per evitare possibili equivoci, va sottolineato che per Scelle i funzionari nazionali non hanno un doppio ruolo che si svolge contemporaneamente, ma un doppio ruolo nel senso che operano alla maniera di Dr. Jekyll [sic] e Mr. Hyde, esibendo una doppia personalità. In altre parole, anche se dal punto di vista del loro status giuridico sono e rimangono organi nazionali, possono funzionare sia come agenti nazionali che internazionali».

Come risultato dello sdoppiamento funzionale, la posizione degli esecutivi centrali degli Stati membri è stata rafforzata sia a spese dei parlamenti centrali che in relazione alle autorità locali e regionali. Il Consiglio dell’UE (da non confondere con il Consiglio europeo) ha potere decisionale nella funzione legislativa dell’UE in tutti i campi, nella maggior parte dei casi in quanto co-legislatore con il Parlamento europeo. Fino al trattato di Maastricht, entrato in vigore il 1° ottobre 1993, il Consiglio era addirittura l’unica istituzione ad esercitare il potere legislativo.

2. Sdoppiamento funzionale e trappola della decisione congiunta

Le conseguenze dello sdoppiamento funzionale nelle istituzioni dell’UE sono

state analizzate nel 1988 dallo scienziato politico tedesco Fritz W. Scharpf come “trappola della decisione congiunta” (“*Politikverflechtungsfalle*”)^[3], che risulta dal particolare tipo di intreccio politico (“*Politikverflechtung*”) del sistema federale tedesco e di quello dell’Unione europea.

Nelle parole di Scharpf^[4]:

«In Germania come nella Comunità europea/Unione, le scelte politiche importanti a livello centrale, e anche tutti i cambiamenti istituzionali, dipendono dal sostegno dei governi costituenti (dei Länder o degli Stati membri) sia per accordo unanime che per voti a maggioranza qualificata. In contrasto con le fazioni ideologiche o di classe dei parlamenti nazionali, il Bundesrat e il Consiglio dei Ministri dovrebbero rappresentare gli interessi su base territoriale. [...] come in Germania, i governi dell’UE hanno generalmente cercato il consenso ed evitato decisioni che avrebbero violato gli interessi vitali di uno Stato membro [...] Ho usato la metafora della “trappola della decisione congiunta” per riassumere gli argomenti che spiegano queste pratiche. Essi partono dal fatto che, sulle questioni di riforma istituzionale, i governi membri rappresentano non solo gli interessi dei loro elettori, ma anche il loro stesso interesse istituzionale che, nel contesto attuale, può essere interpretato come una preoccupazione di autonomia e influenza. Se i problemi all’interno dei loro territori non possono più essere risolti attraverso scelte politiche autonome, questi governi possono delegare con riluttanza le competenze [sic] a istituzioni di livello superiore. Ma cercheranno comunque di mantenere quanta più influenza possibile sull’esercizio di queste competenze. Per evitare che le decisioni violino le loro preferenze, insisteranno sull’unanimità o sul voto a maggioranza qualificata anche se i risultati saranno probabilmente inefficienti dal punto di vista della risoluzione dei problemi».

L’analisi di Scharpf riconosce così lo sdoppiamento funzionale e aggiunge una spiegazione delle ragioni per cui gli attori nell’esercizio del loro ruolo nell’UE non basano le loro posizioni sull’ottimizzazione dei loro interessi nazionali. Per comprendere appieno la natura della trappola della decisione congiunta dell’UE e le sue conseguenze, è necessario aggiungere un elemento supplementare che completa l’analisi di Scharpf, cioè la crescita della settorializzazione delle politiche. Questa settorializzazione riduce a sua volta la leggibilità dell’azione politica e rende più difficile la responsabilità democratica.

3. Il rafforzamento della posizione del governo nazionale a spese del parlamento e delle autorità locali e regionali

Il Consiglio dell'UE è composto da membri dei governi centrali degli Stati membri il che lo contraddistingue dai soliti organi delle organizzazioni internazionali, dove gli Stati sono in pratica rappresentati dai loro ambasciatori o rappresentanti permanenti.

Una questione centrale per la problematica della responsabilità politica degli esecutivi trattata frequentemente nella letteratura giuridica e politica è quella della natura pubblica dei dibattiti del Consiglio. Gradualmente, prima con il trattato di Amsterdam (1997) e poi con il trattato di Lisbona (2007), è stato stabilito che le riunioni del Consiglio in cui agisce come legislatore devono essere pubbliche, poiché le attività legislative dovrebbero essere pubbliche come lo sono nei parlamenti nazionali. Invece il Consiglio non deve tenere riunioni pubbliche quando non agisce in quanto legislatore, come, per l'appunto non sono pubbliche le riunioni del Consiglio dei ministri nazionale.

Un'altra questione che è stata discussa a lungo dagli studiosi e dalla politica è quella del modo in cui il Consiglio vota: unanimità o maggioranza qualificata. Nei casi ridotti in quantità ma importanti in qualità, come per esempio nel caso dell'armonizzazione fiscale, in cui il Consiglio vota all'unanimità, la responsabilità può sembrare semplice da garantire: con la pubblicità delle riunioni, la posizione di un governo in Consiglio è nota e la conseguenza ne è particolarmente visibile se ha impedito l'adozione di una decisione. Detto questo, la possibilità per uno Stato membro di usare il suo diritto di veto è limitata dal punto di vista politico. Di fatto, c'è sempre un complesso negoziato a monte delle decisioni del Consiglio, qualunque sia il metodo di voto. Nella maggior parte dei casi il Consiglio dovrebbe votare a maggioranza qualificata, rappresentando il 55% degli Stati membri e il 65% della loro popolazione. Risulta da questo sistema istituzionale non solo una difficoltà a collegare il risultato delle elezioni nazionali alle scelte politiche fatte insieme a livello europeo, ma anche un rafforzamento del governo a spese del parlamento, dovuto allo sdoppiamento funzionale dei capi di stato e di governo degli Stati membri. Tale sistema, rafforza un fenomeno che può essere osservato nella maggior parte delle democrazie pluraliste, indipendentemente dalla partecipazione o meno all'integrazione europea.

Il rafforzamento del governo centrale rispetto alle autorità locali e regionali, anch'esso dovuto all'integrazione europea, è solo a volte concomitante con un rafforzamento del governo centrale per altre cause; al contrario è spesso concomitante con il decentramento. Gli anni '70 e '80 sono stati un periodo di significativo decentramento in diversi paesi dell'UE. Occorre tuttavia sottolineare che non c'è nessuna causalità tra integrazione europea e decentramento negli Stati membri, anzi, anche se in taluni paesi come Italia o Francia vi è una correlazione temporale. Infatti, come dimostrato dal caso tedesco, lo sdoppiamento funzionale dei membri del Consiglio porta ad una centralizzazione delle scelte politiche a livello nazionale in tutti nei settori di politiche conferite all'Unione.

Occorre aggiungere che gli Stati membri sono responsabili del loro mancato rispetto degli obblighi dei trattati e del diritto derivato. Possono quindi essere oggetto di una procedura d'infrazione avviata dalla Commissione – o da un altro Stato membro – che può portare a una procedura giudiziaria davanti alla Corte di giustizia. Le procedure d'infrazione – e lo scambio di informazioni che può eventualmente portare a tale procedura – coinvolgono formalmente solo il governo centrale e la Commissione, anche se lo Stato membro è responsabile dell'azione o inazione di tutte le istituzioni, siano esse situate a livello centrale, regionale o locale. Anche se un certo numero di Stati membri, tra cui l'Italia, ha sviluppato meccanismi istituzionali per coinvolgere le autorità regionali e locali nella definizione della posizione dello Stato da esprimere alla Commissione, alla fine, e soprattutto in caso di emergenza, è il governo centrale che decide.

Il fenomeno del rafforzamento del governo attraverso l'integrazione europea a spese del parlamento e a spese delle autorità locali e regionali non è accompagnato da adeguati meccanismi di responsabilità. A parte le cause strettamente endogene che impediscono un buon funzionamento dei meccanismi di responsabilità nelle democrazie contemporanee, ciò è dovuto in parte al sistema istituzionale dell'Unione e al suo funzionamento; è anche dovuto al funzionamento del federalismo europeo.

4. La settorializzazione delle politiche e la perdita di autonomia dei governi

Nella dichiarazione Schuman del 9 maggio 1950, che annunciava il futuro

trattato di Parigi del 1951, la CECA fu concepita con un apparato istituzionale particolarmente adatto ai suoi obiettivi. A breve termine, si trattava di riportare la Germania nell'ovile dell'Europa occidentale e di organizzare le industrie del carbone e dell'acciaio – essenziali dal punto di vista della sovranità statale – secondo i principi di un'economia aperta che impedisse il ritorno delle concentrazioni verticali e orizzontali che avevano contribuito allo scoppio delle due guerre mondiali. A medio termine, l'obiettivo era quello di gettare le basi per una futura Europa federale, le cui competenze avrebbero gradualmente incluso la difesa e altri importanti settori politici. La mancata ratifica del trattato della Comunità Europea di Difesa da parte della Francia nel 1954 portò a un riorientamento degli obiettivi a breve e medio termine e dal punto di vista istituzionale a un rafforzamento del Consiglio rispetto alla Commissione/Alta Autorità. I Trattati di Roma del 1957 aggiunsero al settore del carbone e dell'acciaio non solo il nascente settore dell'energia atomica e quindi lo sviluppo del nucleare civile, ma anche la creazione di un mercato comune per tutti i prodotti (beni e servizi) e i fattori di produzione (lavoro e capitale), nonché una prima serie di politiche di accompagnamento: agricoltura, trasporti, commercio (accordi commerciali con paesi terzi), politica sociale e un sistema di associazione dei paesi e territori d'oltremare di Belgio, Francia, Italia e Olanda. Queste politiche non avevano all'epoca elementi istituzionali comuni specifici, con pochissime eccezioni. Lo sviluppo delle politiche incorporate nei trattati di Roma ha fortemente aumentato la settorializzazione degli esecutivi centrali degli Stati membri. È stato quindi necessario creare delle strutture di coordinamento, che non sempre funzionano bene. Inoltre, lo sviluppo di nuove politiche fa sì che pochi settori sfuggano al fenomeno dell'europeizzazione, che riduce sempre più i margini di autonomia degli esecutivi degli Stati membri.

Nei Trattati di Roma – che sono ancora in vigore in quanto TFUE e trattato Euratom – raramente ci sono impostazioni istituzionali specifiche per singole politiche comuni, con poche eccezioni. Il trattato Euratom prevede sin dall'inizio la possibilità di creare imprese comuni, in particolare nel campo degli appalti e della ricerca, senza precisare il contenuto istituzionale del loro statuto. Ciò permette, se del caso, la creazione di strutture che non dipendono dagli Stati membri ma solo dalla Commissione, come l'Agenzia di approvvigionamento Euratom o l'impresa comune ITER. Il trattato CEE del 1957 ha istituito la Banca

europea per gli investimenti (BEI), con un sistema istituzionale basato sullo sdoppiamento funzionale. L'articolo 105 prevedeva l'istituzione di un comitato monetario a carattere consultivo; l'articolo 113 (ora 207 del TFUE) l'istituzione di un comitato speciale incaricato di monitorare i negoziati della Commissione sugli accordi commerciali; l'articolo 124 (ora 163 TFUE) nonché di un comitato per assistere la Commissione nella gestione del Fondo sociale europeo.

Dagli anni '70 c'è stata una graduale estensione dei settori della politica comune, formalizzata nei trattati a partire dall'Atto unico europeo entrato in vigore il 1° luglio 1987. Con l'aumento delle politiche settoriali a livello dell'UE, i vari dipartimenti ministeriali degli Stati membri – e anche i membri del governo – sono stati sempre più inseriti in un sistema di relazioni a matrice. Da un lato, le relazioni interne del governo – tra i membri del governo e tra i servizi amministrativi centrali – sono cresciute in complessità. Dall'altro lato, alle relazioni interne si sono aggiunte le relazioni esterne dei ministri e dei servizi del governo centrale con le loro controparti in altri Stati membri e con la Commissione. Queste relazioni esterne, che non sono più un monopolio del ministero degli affari esteri, hanno creato comunità epistemiche di specialisti degli Stati membri nei loro settori politici – agricoltura, trasporti, ecc. – che non si inseriscono facilmente nel sistema di responsabilità degli Stati membri. C'è una ben nota tendenza degli esperti a sentirsi più legati alle loro controparti in altri Stati membri che ai politici e agli esperti di altri settori politici nel proprio stato membro ^[8].

La progressiva europeizzazione delle politiche pubbliche ha generato una crescente necessità di coordinamento all'interno del governo. Le risposte a ciò sono molto diverse da uno Stato membro all'altro, con conseguenze diverse sui canali di responsabilità del governo. Forti sistemi di coordinamento come quelli di Francia e di Regno Unito fino alla Brexit possono facilitare la responsabilità del governo nei confronti del Parlamento, se il livello politico lo sceglie o se il Parlamento è abbastanza forte.

Con i cosiddetti comitati di comitatologia – ormai più di una centinaia –, c'è un aumento della settorializzazione dovuto allo sdoppiamento funzionale dei detentori del potere esecutivo e dei funzionari di diversi dipartimenti ministeriali che fanno parte di comunità epistemiche europee oltre che della propria amministrazione nazionale. Questo fenomeno appare anche nella maggior parte

delle agenzie europee che sono state create dalla fine degli anni '90, poiché molto spesso hanno una struttura organizzativa che riproduce il sistema dell'Unione, con rappresentanti della Commissione e rappresentanti degli esecutivi degli Stati membri nei loro organi decisionali.

5. La settorializzazione delle politiche e la perdita di autonomia dei governi

Se l'assetto istituzionale e i processi decisionali dell'UE rafforzano l'esecutivo a spese dei parlamenti, questo rafforzamento è accompagnato da una riduzione dell'autonomia decisionale del governo in tutte le aree di politica comune. Questo è vero per la maggior parte dei settori politici, ed è rafforzato dal sistema di voto applicabile al Consiglio e al Consiglio europeo.

Nei settori in cui i trattati prevedono l'unanimità, l'esecutivo mantiene la sua autonomia, ma solo in linea di massima. Poiché i voti in Consiglio sulle proposte legislative sono noti grazie alla trasparenza dei lavori del Consiglio, è facile sapere se un rappresentante del governo ha impedito l'adozione di una decisione una direttiva o un regolamento ritenuto contrario agli interessi nazionali, o se ha permesso l'adozione con un voto positivo. Tuttavia, in molti casi è meglio per il governo partecipare al compromesso su un testo che alla fine sarà adottato piuttosto che rimanere isolato e fuori dal gioco.

Nei settori in cui il Consiglio decide a maggioranza qualificata, che è il caso della maggior parte dei settori politici, l'esecutivo non ha nemmeno l'arma teorica del veto per garantire la sua autonomia. Se un governo vuole far modificare una proposta della Commissione, è costretto a fare alleanze con altri governi e deve anche tenere conto della posizione del Parlamento europeo. Qualsiasi sia il modo di votazione, giustificare una posizione di compromesso è più complesso e richiede molte più spiegazioni che spiegare un veto netto.

La perdita di autonomia del governo qui descritta è in un certo senso variabile a seconda del peso politico ed economico di uno stato membro. Nel caso dei piccoli Stati membri è certamente più importante e più costante che in quelli grandi; è per questo che i governi degli Stati membri più piccoli tendono a fare tanto più affidamento sulla Commissione, che deve difendere l'interesse generale dell'Unione. Detto questo, anche nel caso degli Stati membri più grandi come la

Francia, la Germania, l'Italia e il Regno Unito prima della Brexit, l'autonomia degli esecutivi è ridotta, perché bisogna sempre cercare il più possibile il consenso tra gli Stati membri, o almeno creare delle coalizioni.

6. L'annebbiamento delle linee di responsabilità politica

La riduzione dell'autonomia degli esecutivi porta alla depoliticizzazione del consenso a livello europeo, per le ragioni spiegate da Scharpf. Tale depoliticizzazione spiega anche in gran parte la percezione dell'Unione come un sistema burocratico: tuttavia, non è la burocrazia della Commissione ad essere in difetto, o almeno non principalmente.

La perdita di autonomia porta molti degli esecutivi degli Stati membri a incolpare "Bruxelles" piuttosto che spiegare le ragioni del consenso europeo e i suoi benefici finali per ogni paese, al di là delle concessioni che è stato necessario fare. È abbastanza comune che un capo di governo o un ministro dica che una misura deve essere adottata "perché ce lo chiede l'Europa", mentre evitano di specificare il loro ruolo nelle decisioni prese dalle istituzioni europee. Tendono così ad attribuire all'Unione la scelta di politiche che sono mal accolte dall'elettorato. Tipicamente, all'inizio del 1988 Helmut Kohl, di ritorno a Bonn dopo aver presieduto una riunione del Consiglio in cui erano state adottate diverse decisioni in vista del completamento del mercato interno previsto per il 31 dicembre 1993, fece una dichiarazione alla stampa lamentandosi della "mania normativa di Bruxelles" ("*Brüsseler Regelungswut*"), ma omettendo di spiegare quale fosse il suo ruolo nell'adozione di tali regolamenti.

D'altra parte, è abbastanza comune che i membri del governo si prendano il merito delle politiche che sono ben accolte dall'elettorato, anche quando sono semplicemente l'attuazione delle decisioni europee, in particolare la trasposizione delle direttive.

L'annebbiamento delle linee di responsabilità è certamente accresciuto dall'importanza dei finanziamenti incrociati per l'attuazione delle politiche dell'UE, un fenomeno ben noto anche all'interno degli Stati membri.

Il federalismo esecutivo basato sulla sdoppiamento funzionale che caratterizza le istituzioni e le procedure decisionali dell'UE e il conseguente meccanismo di trappola delle decisioni congiunte hanno un duplice impatto: le istituzioni

dell'Unione, in particolare la Commissione, sono percepite dai cittadini come una macchina ingombrante e lontana dalle loro preoccupazioni; le istituzioni degli Stati membri, in particolare i parlamenti, ma anche gli esecutivi, sono percepiti come deboli nel proteggere i cittadini, e anche lontani dalle loro preoccupazioni. Questo è un fenomeno che deve essere compreso e le sue ragioni spiegate. Inoltre, i benefici finali del processo decisionale comune a livello europeo devono essere spiegati chiaramente e nel modo più semplice possibile.

Se il sistema possa essere riformato per rendere più chiare le linee di responsabilità e accountability è un'altra questione, che è ben nota anche negli stati federali, regionali o decentralizzati. Un sistema detto di a "torta a strati" (*layer cake*) dove ogni livello è l'unico responsabile delle scelte politiche sarebbe certamente più in linea con un'efficace partecipazione e controllo democratico, ma la crescente complessità delle politiche pubbliche è meglio servita da un sistema a "torta di marmo" (*marble cake*) che si ritrova anche nel federalismo duale degli Stati Uniti dove l'assenza di intreccio politico tra livello federale e livello statale si rivela anch'esso spesso fonte di bloccaggio politico.

1. Traduzione dal'A. a partire dal testo disponibile in francese su https://www.cvce.eu/obj/discours_de_konrad_adenauer_8_septembre_1952-fr-61b9e46a-be38-4742-9bc1-103732a82aaa.html.
2. A. Cassese, *Remarks on Scelle's Theory of "Role Splitting"*, in *International Law, European Journal of International Law*, 1990, pp. 210-ss.
3. F. W. Scharpf, *The Joint-Decision Trap. Lessons From German Federalism and European Integration*, in *Public Administration*, 1988, pp. 239-78.
4. F.W. Scharpf, *The Joint-Decision Trap Revisited*, in *Journal of Common Market Studies*, 2006, pp. 845-64.
5. Vedi tra gli altri H. Siedentopf e J. Ziller (eds.), *Making European Policies Work - The Implementation of Community Legislation in the Member States*, London, 1988. Pubblicato anche in francese con il titolo *L'Europe des administrations? - La mise en œuvre de la législation communautaire dans les États membres*, Bruxelles, 1988.

Semplificazione e digitalizzazione degli appalti pubblici nel post-Covid: il caso Brescia infrastrutture S.r.l

Gabriele Maria Brenca

DOI: 10.13130/2723-9195/2022-3-14

Il presente contributo mostra come l'introduzione di strumenti elettronici e banche dati a disposizione delle stazioni appaltanti, qual è Brescia Infrastrutture S.r.l., come il portale e-procurement "Tutto Gare", abbia portato ad una sostanziale semplificazione delle procedure di affidamento, consentendo l'aggiudicazione di gare anche nel periodo di lockdown causato dalla pandemia da COVID-19. Il percorso che porta alla digitalizzazione degli appalti pubblici non può tuttavia ancora dirsi concluso. L'auspicio è che presto tutte le informazioni riguardanti gli operatori economici e le procedure di gara possano essere reperite su database uniformi e centralizzati (come il c.d. Fascicolo dell'Operatore Economico ex art. 81, c. 4, d.lgs. n. 50/2016), a beneficio tanto delle stazioni appaltanti nella scelta dell'aggiudicatario, quanto degli stessi operatori economici.

Simplification and digitalisation of public tenders post-covid: the Brescia Infrastrutture's case

The following paper shows how the introduction of electronic instruments and databases for contracting authorities, like the e-procurement portal "Tutto Gare" used by Brescia Infrastrutture S.r.l., has brought a substantial simplification in public commitment procedures, allowing for the adjudication of public tenders even during the lockdown period caused by the COVID-19 pandemic. However, the path to digitalisation of tendering procedures hasn't been concluded yet. The hope is that in the aftermath of the pandemic all the information concerning economic operators and tendering procedures could be found on uniform and centralized databases (like the so-called Economic Operator's Dossier ex art. 81, c. 4, d.lgs. n. 50/2016), which will help both the contracting authorities in the selection of the contractor as well as the economic operators themselves.

1. Introduzione

Vista la particolare attenzione posta sui profili applicativi delle norme entrate in vigore nel periodo pandemico, in questo contributo si intende valutarne gli effetti in relazione al caso specifico di Brescia Infrastrutture S.r.l.^[1], società pubblica “in-house” di gestione patrimoniale che si occupa di progettazione e realizzazione delle infrastrutture di proprietà della città di Brescia, dal punto di vista dell’U.O. Appalti.

L’analisi che seguirà, parte dalla convinzione ormai comune che la progressiva digitalizzazione delle procedure di gara rappresenta un obiettivo da perseguire e che deve essere esteso ad una complessa ed integrata strategia di “informatizzazione” dell’attività amministrativa.

Se è pur vero che la pandemia da Covid-19 ha imposto con impellenza e celerità un adeguamento strutturale delle procedure di affidamento pubblico ai nuovi paradigmi digitali, va altresì rilevato che proprio tale urgenza ha messo in rilievo alcune criticità ed alcuni punti di forza che meritano di essere approfonditi e valutati, al fine di ottimizzare i processi telematici e ridurre contenziosi e inutili aggravii del procedimento.

2. Verso la digitalizzazione degli appalti. Breve ricostruzione normativa

L’Unione Europea, con l’adozione della Direttiva 2014/24/UE^[2] ha innovato la materia degli appalti pubblici, abrogando la precedente Direttiva 2004/18/CE^[3] e disponendo che *«l’aggiudicazione degli appalti pubblici da o per conto di autorità degli Stati membri deve rispettare i principi del trattato sul funzionamento dell’Unione europea (TFUE) e in particolare la libera circolazione delle merci, la libertà di stabilimento e la libera prestazione di servizi, nonché i principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza»*^[4].

Tra i principali “driver” delle politiche della Commissione Europea rientra altresì *«la digitalizzazione dei processi di approvvigionamento di beni e servizi delle pubbliche amministrazioni (electronic public procurement) [...]»; l’obiettivo, nel medio periodo, è quello di digitalizzare l’intero processo di approvvigionamento*

delle pubbliche amministrazioni nelle due fasi di pre e post aggiudicazione, ovvero dalla pubblicazione dei bandi fino al pagamento (appalti elettronici end-to-end). Il Programma per la Razionalizzazione degli acquisti nella P.A prevede che la spesa pubblica per beni e servizi [...] dovrà essere gradualmente razionalizzata indirizzando le 32.000 stazioni appaltanti verso l'utilizzo delle procedure di acquisto fornite dai soggetti aggregatori, che costituiscono un "sistema a rete" per il perseguimento dei piani di razionalizzazione della spesa pubblica e per la realizzazione di sinergie nell'utilizzo di strumenti informatici per l'acquisto di beni e servizi»^[5].

In Italia, il recepimento delle direttive europee, unitamente all'introduzione delle azioni necessarie a regolamentare e standardizzare i processi e le procedure in ambito *e-procurement* è stato demandato all'art. 58 del d.lgs. n. 50/2016^[6].

Le amministrazioni aggiudicatrici avevano tempo fino al 18 ottobre 2018 «*per attuare esclusivamente appalti pubblici elettronici tramite piattaforme dedicate per gli appalti pubblici elettronici. Ciò significa che l'intera procedura di appalto, dalla pubblicazione dei bandi di gara alla presentazione delle offerte, deve essere eseguita elettronicamente*»^[7].

Ad oggi, ciò che rileva è la carenza di regole tecniche per disciplinare e standardizzare le piattaforme di "e-procurement".

Un passo avanti in questo processo è stato compiuto con il d.P.C.M. n. 148/2021 (Regolamento recante modalità di digitalizzazione delle procedure dei contratti pubblici, da adottare ai sensi dell'articolo 44 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50), attraverso il quale sono state definite le prime regole per standardizzare i sistemi di "e-procurement". Al contempo questo decreto ha demandato all'Agenzia per l'Italia digitale (AgID), tramite apposite Linee Guida, l'emissione delle regole tecniche per la definizione delle modalità di digitalizzazione ma che, ad oggi, risultano essere in fase di preparazione.

3. L'e-public procurement per la digitalizzazione, trasparenza ed efficacia delle amministrazioni pubbliche

Le nuove tecnologie e la digitalizzazione hanno acquisito un ruolo strategico nel perseguire obiettivi di efficienza, economicità e trasparenza nelle amministrazioni pubbliche^[8].

L'utilizzo di strumenti digitali incide fortemente sulle organizzazioni delle Stazioni Appaltanti e assume un carattere peculiare in materia di contratti pubblici.

Nella mia esperienza in Brescia Infrastrutture, dove abbiamo adottato da alcuni anni l'approccio all'"e-public procurement", ho avuto modo di appurare quanto ciò semplifichi il lavoro e consenta una sistematicità delle informazioni migliorando le attività di programmazione.

Nel corso dei mesi di "lockdown"^[9], le amministrazioni pubbliche hanno dovuto affrontare una sfida dall'esito certamente non scontato, in quanto hanno dovuto conciliare le esigenze di trasparenza ed efficienza degli affidamenti pubblici con l'impossibilità fattuale di attuare le ordinarie procedure degli appalti.

In realtà, forse anche contro ogni aspettativa, si è dimostrato che anche un'amministrazione pubblica può operare nel processo degli appalti in maniera autonoma, come dimostra l'esempio concreto della Società Brescia Infrastrutture che nel pieno "lockdown", nei mesi di marzo ed aprile 2020, grazie al portale "e-procurement" "Tutto Gare", in qualità di amministrazione aggiudicatrice^[10], oltre che ente aggiudicatore^[11], è riuscita a pubblicare, bandire e aggiudicare una gara per servizi assicurativi per il triennio 2020-2023, comprensivi della polizza relativa alla Metropolitana Leggera Automatica di Brescia, per un importo complessivo di € 3.294.000,00.

Grazie all'utilizzo di tale strumento digitale, per la prima volta, la Commissione di gara ha potuto riunirsi da remoto in video conferenza, aprendo le "buste telematiche", valutando e attribuendo, tramite condivisione delle offerte tecniche, i punteggi in tutta trasparenza attraverso il portale. Un grande sforzo ma anche una grande soddisfazione perché, in un certo qual modo, sebbene in un momento di difficoltà, si era riuscito ad attuare pienamente quanto previsto dalla Direttiva 2014/24/UE e dal Codice dei contratti pubblici^[12].

Il principio di "digitalizzazione delle procedure" attraverso l'utilizzo dei mezzi elettronici in tutte le fasi dell'approvvigionamento è stato introdotto dalle politiche europee dal 2010^[13] e, da quel momento, si è cercato, a livello legislativo europeo e nazionale, di favorire il più possibile l'utilizzo degli strumenti informatici.

La sollecitazione alla "conversione digitale" delle procedure amministrative, siano esse quelle legate al rapporto tra PA e cittadino o quelle relative agli affidamenti

di contratti e servizi, è stata altresì oggetto della revisione dell'art. 3-*bis* della l. n. 241/90 operata dal d.l. n. 76/2020, c.d. decreto "Semplificazioni", che prevede del novellato testo che *«per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, le amministrazioni pubbliche agiscono mediante strumenti informatici e telematici, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati»*.

L'articolo risulta altresì essere del tutto connesso alla previsione di cui all'art. 12 del Codice dell'Amministrazione Digitale^[14] che pone in relazione il raggiungimento degli obiettivi di *«efficienza, efficacia, economicità, imparzialità, trasparenza, semplificazione e partecipazione»*^[15] con l'indipendenza organizzativa della singola amministrazione.

Appare dunque chiaro che il legislatore ha voluto imprimere, attraverso un eterogeneo sistema di fonti legislative che incidono sui singoli aspetti della Pubblica amministrazione, un focus sulla necessità di garantire l'attuazione del principio di "buona amministrazione" con quello di incremento dell'efficacia, efficienza e trasparenza dell'agire pubblico.

È tuttavia evidente che per anni tali principi sono rimasti perlopiù ancorati alla regolazione e sono divenuti centrali solo nel momento in cui il "procedimento digitale" rappresentava l'unico strumento per superare lo stallo in cui gli Enti pubblici si sono trovati a causa dell'emergenza sanitaria.

Tale esogena necessità acceleratoria del procedimento telematico, in un momento nel quale le Pubbliche amministrazioni si trovavano ad avere impellenti necessità, ha reso necessario un approfondimento che metta in rilievo le luci e le ombre di tale novità.

4. Il ruolo fondamentale della pianificazione e della progettazione

Uno dei profili di maggiore criticità che resta centrale nelle procedure di affidamento digitalizzate e sul quale occorre procedere ad un approfondimento è quello legato all'impossibilità di sistematizzare e imbrigliare negli stretti ranghi telematici l'attività tecnico discrezionale.

Infatti, se l'attività vincolata può essere automatizzata e semplificata mediante l'interconnessione e l'interoperabilità delle piattaforme esistenti e dei software, per tale fase del procedimento tutto può essere maggiormente complesso.

Ciò in quanto, pur in presenza di procedure digitalizzate, l'intervento umano e formativo rappresenta l'apporto fondamentale per raggiungere gli obiettivi e minimizzare il contenzioso.

Si ritiene pertanto fondamentale comprendere quali siano gli strumenti che l'ordinamento mette a disposizione delle Stazioni appaltanti per evitare che si verifichino situazioni critiche che rendano vani gli effetti positivi dell'"e-procurement".

Come Ufficio Appalti di Brescia Infrastrutture abbiamo ritenuto uno strategico strumento quello della fase preliminare di studio e progettazione dei documenti di gara^[16], secondo quanto prescritto dal Titolo III, Capo III, Sez. I (artt. 66 ss.) del Codice dei contratti pubblici, poiché ciò abbiamo provato che incide in maniera positiva sui tempi di gara e di esecuzione dell'appalto.

Con l'introduzione del d.lgs. n. 50/2016, in particolare con l'art. 21, è stata particolarmente enfatizzata la fase di pianificazione, prevedendo *ex ante* quali siano le attività, i lavori e gli interventi che devono essere oggetto di programmazione.

Il Codice dei contratti pubblici ha, in questo articolo, richiamato quanto già la Commissione UE, con la Direttiva 2014/24/UE, aveva ritenuto fondamentale nella procedura degli appalti, riconoscendo all'attività di pianificazione un ruolo fondamentale con riverberi su tutte le fasi successive. Infatti, quanto disposto dall'articolo 40 della Direttiva 2014/24/UE ha costituito un elemento di ulteriore modernizzazione delle procedure, poiché la norma ha voluto garantire alle stazioni appaltanti la possibilità di accrescere le proprie conoscenze per superare asimmetrie informative, sia in ordine ad un'adeguata pianificazione sia ai fini della gestione della gara d'appalto.

Se questa parte della procedura viene eseguita in modo corretto, il resto dovrebbe svolgersi senza difficoltà, così da ridurre al minimo il rischio di dover modificare o variare l'appalto.

In questo contesto risulta fondamentale l'approccio da Project Management che l'organizzazione di Brescia Infrastrutture ha su ogni progetto o acquisto da realizzare.

Per tale ragione, l'U.O. Appalti e Contratti aziendale ha un ruolo a supporto delle altre unità operative nelle diverse fasi del processo dell'acquisto, compresa la fase cruciale della pianificazione, evidenziando e governando le richieste e i fabbisogni

aziendali.

L'esperienza acquisita in questi dieci anni di progettazione ha dimostrato come gli errori maggiori e più comuni siano spesso il risultato di una pianificazione mancata, insufficiente, errata, o, comunque, inadeguata, che porta a quadri economici non corretti o addirittura ad acquisti del tutto errati.

In tale prospettiva risultano essere del tutto condivisibili le riflessioni di Pignatti che correttamente sostiene che *«la connotazione strategica di tale attività evidenzia l'importanza del valore umano che deve adattarsi a scelte di natura tecnico-discrezionale e a svolgere considerazioni di opportunità legate a molteplici fattori, quali gli obiettivi che l'amministrazione intende perseguire, il livello di concorrenza all'interno del mercato di riferimento, il numero degli operatori economici, l'utilizzo e le finalità che l'amministrazione deve perseguire mediante l'acquisto»*^[17].

In Azienda, infatti, con la logica del Project Management per ogni fabbisogno, sia esso un'opera di lavori, una fornitura o un servizio, si opera con una pianificazione che muove dalla definizione delle esigenze, tra cui rientra indubbiamente il coinvolgimento di tutti gli "stakeholders" interessati, sia interni che esterni all'organizzazione aziendale, e delle modalità per soddisfarle, tramite un'attenta valutazione delle opzioni e della fattibilità delle stesse, anche previo svolgimento di apposite ricerche di mercato.

Questo può essere fatto tramite un "benchmark" o "business case", ossia un'analisi che fornisca chiare motivazioni per l'effettuazione della procedura d'appalto e che dimostri l'avvenuto esame degli aspetti chiave della pianificazione, identificando le motivazioni logiche per la linea d'azione proposta. In concreto, l'analisi operata consente di dimostrare che l'appalto, oltre a soddisfare i requisiti di Brescia Infrastrutture e degli "stakeholders", verrà aggiudicato con le procedure di gara più idonee, capaci di consentire l'equilibrio tra il valore e la finalità dell'appalto e garantirne la realizzabilità prevedendo l'adozione di un cronoprogramma, fondamentale per i rapporti con l'appaltatore in fase di esecuzione, che definisca la durata del contratto nonché l'adozione di un accordo commerciale solido e le cui clausole sono puntualmente definite, anche in relazione ai possibili imprevisti che potrebbero emergere in corso di esecuzione.

È chiaro che questa strategia si basa interamente sulla capacità di sviluppare dei

progetti – e ciò vale per i lavori pubblici ma non solo – che soddisfino l’esigenza pubblica con l’obiettivo di raggiungere un buon rapporto tra qualità e costo e che sia realizzabile nei termini previsti. Tutto ciò sembra lapalissiano ma non sempre, purtroppo, la scelta effettuata dalle Stazioni appaltanti segue questa logica consequenziale che ridurrebbe di molto i rischi connessi alla mancata realizzazione dell’opera o all’acquisto di prodotti inutilizzabili.

5. Il dialogo competitivo

Il Codice dei contratti pubblici del 2016 riprende un istituto, quello del dialogo competitivo^[18] che, sebbene sia stato poco utilizzato come procedura di aggiudicazione, è invece tra le procedure più innovative disciplinate dal Codice e che presenta grandi potenzialità, proprio al fine di evitare gli errori di incauti acquisti o soluzioni che poi non si rivelano praticabili.

Come noto, questa procedura si caratterizza per il suo sviluppo articolato e che prevede che le Stazioni Appaltanti indichino e definiscano nel bando di gara o nell’avviso di indizione le esigenze e i requisiti richiesti per poter individuare, nel mercato e attraverso una procedura di negoziazione, i mezzi più idonei a soddisfare le esigenze dell’amministrazione.

Ciò è determinante quando ci si trova di fronte a scelte o specifiche tecniche non possono essere stabilite con sufficiente precisione, oppure si tratta di innovazioni per cui solo il mercato può indicare o orientare un certo tipo di soluzione.

Inoltre, la platea dei destinatari di tale negoziazione è del tutto eterogenea e aperta in quanto qualsiasi Operatore Economico può chiedere di partecipare al dialogo competitivo rispondendo al bando o all’avviso di indizione di gara sebbene poi, in una seconda fase, saranno solo gli operatori economici selezionati dalla Stazione Appaltante ad essere ammessi alla trattativa.

Pertanto, dopo aver dichiarato concluso il dialogo e averne informati gli operatori economici, vengono presentate le offerte alla luce delle soluzioni prospettate e specificate nella fase del dialogo.

La procedura, che viene aggiudicata unicamente sulla base del criterio dell’offerta dal miglior rapporto qualità/prezzo, individuata sulla base di criteri oggettivi (aspetti qualitativi, ambientali o sociali, connessi all’oggetto dell’appalto), indubbiamente è agevolata dagli strumenti elettronici, perché capaci di

coinvolgere il più ampio mercato mediante avvisi di manifestazione di interesse, indagini e consultazioni preliminari di mercato e, il Codice non lo esclude, anche sondaggi.

Attraverso tali strumenti è, pertanto, possibile costruire una “politica industriale” delle aziende pubbliche^[19], siano esse Brescia Infrastrutture o altre Amministrazioni, poiché sollecitano un approccio con i potenziali offerenti riuscendo a stimolare il mercato affinché si rapporti con le pubbliche amministrazioni con una procedura trasparente, ordinata e regolamentata.

Un dialogo tecnico attraverso strumenti online che consente la partecipazione di tutti gli “stakeholders”, aiutando ad individuare soluzioni condivise che alleggeriscono le fasi progettuali consentendo una celerizzazione delle procedure.

Gli strumenti elettronici e, in particolare, l’“e-procurement”, forniscono agli operatori economici non solo informazioni rapide e strutturate su potenziali opportunità commerciali attraverso i bandi di gara pubblici ma anche benefici consistenti sia dal punto di vista economico che giuridico.

Nel primo caso, l’utilizzo di tecnologie informatiche attraverso i c.d. portali *e-procurement* consente un aumento di efficienza, controllo della spesa e, conseguentemente, un risparmio economico.

Dal punto di vista giuridico, invece, l’utilizzo in fase di gara di tecnologie digitali “*garantisce l’attuazione dei principi di par condicio, concorrenza, trasparenza e tracciabilità delle operazioni, nonché l’inviolabilità e la segretezza delle offerte*”^[20].

Ma non solo.

Tali benefici sono visibili anche nella fase di programmazione, che permette di rendere tracciabili e di razionalizzare le informazioni, dall’analisi dei fabbisogni fino all’ottenimento delle autorizzazioni, e in quella esecutiva, ove la digitalizzazione è si dimostra capace di ridurre gli oneri a carico del direttore dei lavori, consentendo un continuo monitoraggio sull’avanzamento dell’esecuzione del contratto, così riducendo i casi di contenzioso e di riserve.

Gli effetti positivi hanno riverberi in ogni fase “ciclo di vita” degli appalti pubblici, determinando una più concreta attuazione dei principi di buon andamento ed efficienza dell’azione amministrativa, soprattutto in termini di semplificazione e standardizzazione delle procedure.

Inoltre, è opportuno ricordare come la digitalizzazione non operi a discapito dei presidi di trasparenza e anticorruzione ma, al contrario, si coniughi con un

rafforzamento degli stessi, riducendo così il rischio di un utilizzo improprio delle risorse pubbliche e una tempestività della conoscenza del dato da parte degli “stakeholders” e dei cittadini.

6. Il “Building Information Modeling”

Altra spinta fondamentale nei lavori pubblici è stata data dal “Building Information Modeling”, comunemente noto come BIM^[21] che, grazie all’introduzione e al continuo aggiornamento normativo e legislativo di tale istituto i cui “steps” fondamentali qui vi brevemente si riassumono, è ormai una realtà consolidata anche in Italia.

Il 2019 è stato un anno decisivo per l’affermazione del BIM, in quanto il d.m. n. 560/2017 ha imposto l’utilizzo di metodi e strumenti elettronici per gli appalti pubblici, in particolare per i lavori complessi relativi a opere di importo pari o superiore a 100 milioni di euro.

Dal 1° gennaio 2022, invece, il ricorso a queste metodologie è stato esteso per le opere pubbliche di valore pari o superiore a 15 milioni di euro; ed è per questo che Brescia Infrastrutture, essendo anche società di progettazione – oltre che Stazione Appaltante – si è “evoluta al BIM”, investendo nell’innovazione e nella digitalizzazione.

Il d.m. n. 312/2021 ha poi modificato il suddetto d.m. n. 560/2017, introducendo una diversa tempistica sull’obbligatorietà dell’utilizzo di metodi e strumenti elettronici di modellazione per l’edilizia e le infrastrutture negli appalti pubblici nonché, in particolare, punteggi premiali per l’uso del BIM negli appalti pubblici finanziati dal PNRR e dal PNC.

E’ stato infatti che previsto che il BIM sarà obbligatorio dal 1° gennaio 2022 per le opere di nuova costruzione ed interventi su costruzioni esistenti, fatta eccezione per le opere di ordinaria manutenzione di importo a base di gara pari o superiore a 15 milioni di euro, dal 1° gennaio 2023 per le opere di nuova costruzione, ed interventi su costruzioni esistenti, fatta eccezione per le opere di ordinaria e straordinaria manutenzione di importo a base di gara pari o superiore alla soglia di cui all’articolo 35 del Codice dei contratti pubblici e, dal 1° gennaio 2025, per le opere di nuova costruzione ed interventi su costruzioni esistenti, fatta eccezione per le opere di ordinaria e straordinaria manutenzione di importo a

base di gara pari o superiore a 1 milione di euro.

Grazie a questo strumento per la realizzazione di qualunque progetto, verranno analizzati gli stadi del processo costruttivo, individuando gli obiettivi BIM mirati a rispondere alle esigenze della Stazione Appaltante e alle funzioni proprie del progetto da realizzare.

Dopo aver delineato gli obiettivi per ciascuno stadio, si passerà alla definizione dei requisiti atti al raggiungimento degli stessi: in fase di pianificazione e programmazione, ad esempio, l'utilizzo del BIM se da un lato potrà dare la possibilità di anticipare eventuali imprevisti che possono verificarsi durante la costruzione dell'opera, dall'altro può rivelarsi molto utile per l'analisi della programmazione dei lavori, in quanto contiene tutte le informazioni necessarie per la realizzazione, comprensiva delle opere provvisorie (ponteggi, scavi, ecc.) dell'oggetto del contratto nonché la puntuale descrizione delle fasi costruttive.

A seguito della progettazione, saranno poi estraibili i modelli, in formato digitale, con le informazioni richieste per la realizzazione dell'opera.

In fase di Costruzione, infine, i dati consentiranno di monitorare e controllare il corretto avanzamento dei lavori che si concluderà con la consegna dell'opera e la sua conseguente gestione.

Tale composito processo che vede una forte matrice digitale, ha in realtà importanti effetti e benefici sul miglioramento dell'efficienza dei contratti pubblici in quanto garantisce, anche nelle fasi successive alla realizzazione dell'opera, di avere a disposizione un "database" di informazioni necessarie per lo svolgimento delle operazioni di manutenzione ciclica, programmata e straordinaria, e che andrà necessariamente integrato con sistemi di monitoraggio, cioè con una piattaforma gestionale per il "Facility Management".

7. La Banca dati centralizzata

Com'è noto, il Codice dei contratti pubblici, all'art. 81 prevedeva, per l'acquisizione della documentazione comprovante il possesso dei requisiti di carattere generale, tecnico-professionale ed economico e finanziario ai fini della partecipazione alle procedure e per il controllo in fase di esecuzione del contratto della permanenza dei requisiti, l'utilizzo esclusivo della Banca dati centralizzata gestita dal Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibile, denominata

Banca dati nazionale degli operatori economici.

Tale disposizione non è stata mai attuata e, in seguito alle modifiche introdotte dall'art. 53, co. 5, lett. d), d.l. n. 77/2021 (*Governance* del Piano nazionale di rilancio e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure), convertito in l. n. 108/2021, è stata accorpata e rimessa alla Banca dati nazionale dei contratti pubblici gestita da ANAC di cui all'art. 213, co. 8 del medesimo Codice.

Risulta pertanto ancora operativo il previgente sistema AVCpass^[22], *«che peraltro risulta largamente insoddisfacente in quanto, per esempio con riferimento ai requisiti di ordine generale degli operatori economici, consente di scaricare i certificati del casellario giudiziale ad essi connessi, ma non effettua in via automatica la verifica delle condanne riportate e dei carichi pendenti. Considerazioni analoghe riguardano anche la verifica dei requisiti di ordine tecnico-professionale e economico-finanziario sulla documentazione di altri Enti certificanti»*^[23].

Tali verifiche sono, per lo scrivente, del tutto superflue in quanto questo sistema, talvolta, non rilascia i certificati veri e propri, lasciando alle Stazioni appaltanti stesse l'onere di rivolgersi ad altre ed ulteriori banche dati al fine di reperire questi certificati.

Sarebbe più che mai urgente e necessario in questa fase post pandemica che il Governo, attraverso la cabina di regia, intervenga sul punto, con l'auspicio di rendere *«interoperabili e coordinate le informazioni gestite da ANAC»*^[24], garantendone la completezza e l'unicità.

L'auspicio è che la raccolta e l'elaborazione delle informazioni digitali avvenga sulla base di *dataset* uniformi e centralizzati che consentirebbero di registrare un reale beneficio ed una semplificazione concreta per i procedimenti di gara, poiché, così facendo, viene garantita una qualità del dato scaricato dalla Stazione appaltante e viene reso disponibile un unico, e completo, set di documenti.

In questo senso, un primo passo concreto nel processo di semplificazione delle procedure di gara è stato compiuto dall'ANAC con l'approvazione del Fascicolo digitale per gli operatori economici, previsto dal PNRR e dal d.l. n. 77/2021 con l'obiettivo *«di rendere quasi automatizzata la verifica dei requisiti, permettendo alle Stazioni appaltanti e alle imprese di concentrarsi sulla strategia di acquisto invece che sulle procedure e sugli aspetti formali»*. Con questo fascicolo si

consentirà «alle stazioni appaltanti di utilizzare gli accertamenti già effettuati da un'altra stazione appaltante per ammettere l'operatore economico alla gara, velocizzando l'attività di verifica dei requisiti generali». Al contempo, «gli operatori economici vedranno ridotti notevolmente gli oneri di riprodurre per ogni procedura di gara le certificazioni a comprova dei requisiti posseduti»^[25].

Il beneficio di tale innovazione si evince dal fatto che, se le autodichiarazioni di cui al Documento di gara unico europeo^[26] (il c.d. DGUE) fornite “digitalmente” (per la parte dell'art. 80 del Codice^[27]) fossero rilasciate e validate in modo univoco da un'unica Banca dati Nazionale centralizzata, “con aggiornamenti in tempo reale sulla sussistenza dei requisiti di ordine tecnico, economico, finanziario e di ordine generale-morale, sfruttando le potenzialità del documento unico di gara europeo”^[28], si permetterebbe a tutte le stazioni appaltanti di procedere in modo più spedito ed univoco nelle valutazioni, senza dover ricorrere a lunghe ed estenuanti istruttorie permettendo, inoltre, di acquisire già in fase di selezione l'eventuale iscrizione agli Albi o Elenchi, ovvero di partecipazione alla gara, definendo un operatore economico realmente “qualificato”, a cui attribuire un “rating” o un “bollino di qualità”.

In questo modo verrebbe “certificata” in modo chiaro ed univoco la possibilità di partecipare alla procedura di gara, consentendo alle Stazioni Appaltanti di verificare solo i criteri di selezione – quali i requisiti di professionalità, capacità economica, finanziaria e tecnico professionale – e non, come avviene invece oggi, con il sistema – che, come si è visto, appare inefficiente – dell'AVCpass.

Nel quadro appena descritto, Amministrazioni Aggiudicatrici come Brescia Infrastrutture, attendono con grandi aspettative il “rating” d'impresa gestito da ANAC che potrebbe permettere di valutare le imprese con criteri premianti fondati sulla loro affidabilità, sia in fase di partecipazione ad una gara, sia in fase di esecuzione di un contratto pubblico, attribuendo un punteggio determinante al loro affidamento per la realizzazione dell'opera pubblica.

8. Conclusioni

Alla luce delle riflessioni che precedono, si può affermare come un'innovazione sistematica nella gestione della funzione appalti, specialmente nel periodo di post pandemia, sia quantomai necessaria e non più rimandabile, presupponendo

tuttavia l'adeguatezza organizzativa e professionale di soggetti specializzati che possano essere in grado di gestire gare con procedure "native digitali" e con documenti di gara che contengano dati direttamente acquisibili da "database" nazionali ed europei.

L'Unione Europea, con il Regolamento di esecuzione (UE) 2019/1780 della Commissione del 23 settembre 2019 che stabilisce modelli di formulari per la pubblicazione di avvisi e bandi nel settore degli appalti pubblici e che abroga il regolamento di esecuzione (UE) 2015/1986 («formulari elettronici»), ha imposto *«la formazione "nativa digitale" dei documenti di gara con l'adozione (entro il 25 ottobre 2023) di nuovi formulari digitali standard, generati automaticamente per la pubblicazione di avvisi e bandi sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione. Tali formulari costituiranno modelli standard da compilare non più manualmente ma automaticamente, mediante sistemi di software, con le informazioni ricavate da precedenti avvisi e bandi, specifiche tecniche, offerte, contratti, registri amministrativi nazionali e altre fonti di dati»*^[29].

Tale innovazione consentirebbe di avere *dataset* reali e certificati, fruibili e condivisibili sia a livello nazionale che europeo, garantendo un unico inserimento dei dati a cui fare diretto richiamo, riutilizzandoli in differenti documenti e basi di dati, permettendo così la riduzione degli oneri amministrativi e l'aumento dell'affidabilità delle informazioni stesse.

Una semplificazione con benefici non solo nei confronti delle Stazioni Appaltanti ma anche per l'operatore economico, il quale verrebbe agevolato dall'eliminazione dell'onere di caricamento dei medesimi dati da parte delle amministrazioni e delle imprese.

La vera spinta, ritengo, viene da questo approccio all'"e-public procurement" che potrebbe favorire in modo significativo l'efficienza dell'attività contrattuale e il cambiamento del ruolo dell'amministrazione pubblica nel mercato interno semplificando, nella sostanza e non solo nella forma, gli appalti pubblici.

Grazie alla semplificazione si consente alle Stazioni appaltanti qualificate di concentrarsi sull'elaborazione delle strategie di gara, sulla definizione di lotti basati sulle caratteristiche specifiche dei mercati di riferimento, sollecitando e favorendo forme di cooperazione che sviluppino *«un modello a rete fra amministrazioni aggiudicatrici con professionalità elevate e una specializzazione che assicuri la qualificazione della funzione appalti»*^[30] nel rispetto del principio

costituzionale di adeguatezza tra amministrazioni aggiudicatrici»^[31].

Conformemente a questo indirizzo di collaborazione, volta a garantire una maggiore qualità di progettazione, programmazione e realizzazione delle opere, Brescia Infrastrutture già da alcuni anni ha avviato, attraverso specifiche convenzioni con altre realtà pubbliche, quali la società Infra.To. S.r.l. di Torino e MM S.p.a. di Milano, collaborazioni e confronti operativi sugli appalti che l'Azienda intende estendere, nel prossimo futuro, anche alla CUC della Provincia di Brescia.

1. 1 Brescia Infrastrutture S.r.l. «è una società pubblica in house di gestione patrimoniale che si occupa di progettazione e realizzazione delle infrastrutture di proprietà della città di Brescia», titolare di un patrimonio immobiliare e infrastrutturale conferitole dal Comune di Brescia, socio unico dalla società, tra cui la Metropolitana Leggera Automatica di Brescia (cfr. <https://www.bresciainfrastrutture.it/chi-siamo/profilo>).
2. Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE.
3. Direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004 relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi.
4. www.mit.gov.it/normativa/direttiva-201424ue.
5. www.agid.gov.it/it/piattaforme/procurement.
6. www.agid.gov.it/it/piattaforme/procurement. In particolare, l'art. 58, comma 1 dispone: «[...] le stazioni appaltanti ricorrono a procedure di gara interamente gestite con sistemi telematici nel rispetto delle disposizioni di cui al presente codice».
7. Commissione Europea, Orientamenti in materia di appalti pubblici per professionisti su come evitare gli errori più comuni nei progetti finanziati dai Fondi strutturali e d'investimento europei della Commissione europea, febbraio 2018, p. 14.
8. M. Pignatti, *La digitalizzazione e le tecnologie informatiche per l'efficienza e l'innovazione nei contratti pubblici*, in *federalismi.it*, 12, 2022, p. 133, Abstract.
9. Con il d.P.C.M. 8 marzo 2020 il Presidente del Consiglio dei ministri ha decretato l'introduzione di una serie di restrizioni volte a limitare la diffusione del virus di COVID-19 (il c.d. *lockdown*), tra cui la chiusura dei luoghi aperti al pubblico e la promozione, «a ogni rapporto di lavoro subordinato» (art. 2, c. 1, lett. r), del lavoro agile – che, ai sensi dell'art. 18, c. 3, l. n. 81/2017 si applica «anche nei rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni» –. Con successivo d.P.C.M. 11 marzo 2020 è stato previsto che «le pubbliche amministrazioni, assicurano lo svolgimento in via ordinaria delle prestazioni lavorative in forma agile del proprio personale dipendente» (art. 1, misura n. 6).
10. Ai sensi dell'art. 3, c. 1, lett. a), d.lgs. n. 50/2016 per “amministrazioni aggiudicatrici” si

intendono «*le amministrazioni dello Stato; gli enti pubblici territoriali; gli altri enti pubblici non economici; gli organismi di diritto pubblico; le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da detti soggetti*» che affidano ad un operatore economico un contratto pubblico di appalto o di concessione avente ad oggetto l'acquisizione di servizi o forniture oppure l'esecuzione di lavori o opere.

11. Ai sensi dell'art. 3, c. 1.1, d.lgs. n. 50/2016 per "ente aggiudicatore" si intendono, le amministrazioni aggiudicatrici, imprese pubbliche e gli enti che, pur non rientrando nelle succitate categorie, operano in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi loro dall'autorità competente, che svolgono «*una delle attività di cui agli articoli da 115 a 121*» tra le quali, ex art. 118, le «*attività relative alla messa a disposizione o alla gestione di reti destinate a fornire un servizio al pubblico nel campo del trasporto ferroviario, tranviario, filoviario, ovvero mediante autobus, sistemi automatici o cavo*», quali, ad esempio, la Metropolitana Leggera Automatica di Brescia.
12. D.lgs. n. 50/2016 (Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture), denominato "Codice dei contratti pubblici", finalizzato a disciplinare «*i contratti di appalto e di concessione delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori aventi ad oggetto l'acquisizione di servizi, forniture, lavori e opere, nonché i concorsi pubblici di progettazione*» (art. 1, co. 1) e altri espressamente elencati dall'art. 1, co. 2 ss.
13. Commissione UE, *Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*, 3 marzo 2010, in cui tra le iniziative individuate a livello europeo nell'ambito della strategia *Europa 2020* era inserita l'*Agenda Digitale Europea*. Circa la *Digital Agenda for Europe* si v. il sito del Parlamento UE, con riferimento all'evoluzione del *Digital Single Market*, si v. il sito della Commissione UE; più recentemente cfr. Consiglio europeo, *Investimenti pubblici mediante appalti pubblici: ripresa sostenibile e rilancio di un'economia dell'UE resiliente*, novembre 2020. Cfr. anche il *Digital economy and society index*, il *Transparency International* ed il *Single Market Scoreboard* della Commissione UE, in cui si evidenzia la rilevanza e l'incidenza delle nuove tecnologie sull'attività dell'amministrazione pubblica (M. Pignatti, *La digitalizzazione e le tecnologie informatiche per l'efficienza e l'innovazione nei contratti pubblici*, in *federalismi.it*, 12, 2022, p. 134, nota 1).
14. D. lgs. n. 82/2005, successivamente modificato e integrato con il d.lgs. n. 179/2016 e poi con il d.lgs. n. 217/2017.
15. Si v. art. 12 del d.lgs. n. 82/2005 e ss.mm.ii.
16. Nella presente sezione sono disciplinati bandi e avvisi di gara, dalla possibilità di svolgere indagini preliminari di mercato (art. 66), introdurre specifiche tecniche (art. 69), alle modalità di redazione del bando di gara, in conformità ai bandi tipo adottati dall'ANAC (art. 71), nonché alla loro pubblicazione, invito ai candidati e informazione, a questi ultimi e agli offerenti.

17. M. Pignatti, *La digitalizzazione e le tecnologie informatiche per l'efficienza e l'innovazione nei contratti pubblici*, in *federalismi.it*, 12, 2022, p. 139.
18. Con “dialogo competitivo” si intende una procedura di scelta del contraente e di affidamento del contratto in cui l'amministrazione aggiudicatrice instaura «*un dialogo finalizzato all'individuazione e alla definizione dei mezzi più idonei a soddisfare le proprie necessità*» (art. 64, c. 5, d.lgs. n. 50/2016).
19. M. Pignatti, *La digitalizzazione e le tecnologie informatiche per l'efficienza e l'innovazione nei contratti pubblici*, in *federalismi.it*, 12, 2022, p. 140.
20. S. Saccone, *La digitalizzazione degli appalti pubblici: sogno o realtà?*, in *ildirittoamministrativo.it*.
21. Si tratta di metodi e strumenti elettronici per la modellazione delle costruzioni in tutte le fasi di progettazione, realizzazione e gestione delle opere e relative verifiche. In particolare, con esso si intende un processo che «*permette di effettuare simulazioni progettuali di un manufatto edilizio in ambito digitale, quindi computabili, tese ad assicurare la coerenza tra i diversi elementi che lo compongono, secondo un approccio in grado di anticipare e rispondere ai possibili fenomeni che potrebbero verificarsi in ogni fase del suo ciclo di vita*» (A. L. Ciribini, *BIM*, in www.treccani.it, 2015).
22. Esso consiste in un «*repository dove collezionare i documenti utili da presentare in sede di partecipazione alle procedure di scelta del contraente per l'affidamento di contratti pubblici*» (cfr. www.anticorruzione.it/-/avc-pass), permettendo «*alle Stazioni Appaltanti e agli Enti aggiudicatori l'acquisizione dei documenti a comprova del possesso dei requisiti di carattere generale, tecnico-organizzativo ed economico-finanziario per l'affidamento dei contratti pubblici. Agli Operatori Economici permette di inserire a sistema i documenti la cui produzione è a proprio carico ai sensi dell'art. 6-bis, comma 4, del Codice. L'operatore economico può utilizzare tali documenti per ciascuna delle procedure di affidamento alle quali partecipa, entro il periodo di validità del documento*» (cfr. www.anticorruzione.it/-/avcpass).
23. G. M. Racca, *La digitalizzazione necessaria dei contratti pubblici: per un'Amazon pubblica*, in *Saggi - DPCE online*, 4, 2020, p. 4678.
24. M. Pignatti, *La digitalizzazione e le tecnologie informatiche per l'efficienza e l'innovazione nei contratti pubblici*, in *federalismi.it*, 12, 2022, p. 149.
25. C f r .
www.anticorruzione.it/-/anac-istituisce-il-fascicolo-digitale-per-gli-operatori-economici?re-direct=%2F.
26. Il Documento di gara unico europeo, o DGUE, è un'autodichiarazione finalizzata a «*semplificare e ridurre gli oneri amministrativi che gravano sulle amministrazioni aggiudicatrici, sugli enti aggiudicatori e sugli operatori economici attraverso l'adozione di un unico modello autodichiarativo per la partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica*» (c f r .
www.mit.gov.it/comunicazione/news/documento-di-gara-unico-europeo-dgue).
27. Ossia concernenti i motivi di esclusione dell'operatore economico dalla partecipazione ad

- una procedura d'appalto o di concessione.
28. G.M. Racca, *La digitalizzazione necessaria dei contratti pubblici: per un'Amazon pubblica*, in *Saggi – DPCE online*, 4, 2020, p. 4680.
 29. G. M. Racca, *La digitalizzazione necessaria dei contratti pubblici: per un'Amazon pubblica*, in *Saggi – DPCE online*, 4, 2020, p. 4674.
 30. Per “funzione appalti” si fa riferimento agli Uffici o Unità organizzative (semplici o complesse) che nelle amministrazioni pubbliche o nelle società pubbliche (anche in Brescia Infrastrutture) gestiscono tutte le procedure di gara (procedure aperte, procedure negoziate, affidamenti diretti, ecc.) relative ad appalti di lavori, servizi e forniture, attraverso la stesura dei documenti di gara (la c.d. *lex specialis*). Tali funzioni provvedono, inoltre, alla qualificazione degli operatori economici e predispongono tutti i contratti dell'ente da stipularsi in forma pubblica amministrativa o scrittura privata. Possono, inoltre, svolgere funzioni di supporto al R.U.P. e “consulenza” ai Settori, Ufficio o Unità Organizzative per l'attuazione della normativa vigente in materia di appalti pubblici e di attività contrattualistica con particolare focus anche alla programmazione, definizione e quantificazione del fabbisogno.
 31. G. M. Racca, *La digitalizzazione necessaria dei contratti pubblici: per un'Amazon pubblica*, in *Saggi – DPCE online*, 4, 2020, p. 4681.

La revisione dei prezzi al tempo delle emergenze

Massimo Giavazzi

DOI: 10.13130/2723-9195/2022-3-15

Nell'attuale situazione emergenziale il legislatore nazionale tenta di gestire l'invarianza dell'equilibrio contrattuale nei rapporti negoziali con la Pubblica Amministrazione attraverso la codificazione di regole analitiche di meccanica applicazione. Il caos normativo che si è venuto in questo modo a realizzare (in una continua – non sempre coerente – riformulazione delle regole) rende preferibile la gestione dell'emergenza attraverso concetti giuridici indeterminati (la buona fede, anzitutto), che meglio assolvono alla funzione omeostatica dell'ordinamento.

Repricing in times of emergency

In the current emergency situation, national legislators attempt to manage the invariance in public procurements by means of analytical rules of mechanical application. The consequent regulatory chaos (in a continuous – almost inconsistent – reformulation of the rules) makes it preferable to manage the emergency through undetermined legal concepts (good faith, first of all), which better perform the homeostatic function in the legal system.

1. L'invarianza del sinallagma negoziale

In tema di revisione dei prezzi è fondamentale il principio.

Il principio dell'invarianza (non delle prestazioni, ma) del sinallagma.

Come declinato dall'art. 1467 c.c. «*Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto ... La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto. La parte contro la quale è domandata la*

risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto».

Si è al proposito affermato che *«si tratta, quindi, di un intervento che, sebbene formalmente modificativo del precedente assetto di interessi, in realtà assolve ad una funzione conservativa del negozio evitando di esporlo ad una possibile risoluzione»^[1].*

Come a dire: *«Se vogliamo che tutto rimanga come è, bisogna che tutto cambi»^[2].*

L'ossimoro (bisogna cambiare ciò che si vuole conservare) è tutt'altro che disfunzionale: rappresenta l'omeostatica dell'ordinamento giuridico (in analogia all'attitudine di un organismo vivente a conservare le proprie caratteristiche al variare delle condizioni esterne tramite meccanismi di autoregolazione).

Nel nostro caso, (la modifica a consentire) l'invarianza è tutt'altro che un italo difetto.

A permettere la modifica necessaria a mantenere l'invarianza del sinallagma è un avvenimento straordinario (cioè statisticamente poco frequente) e imprevedibile.

Quanto (l'imprevedibilità dell'evento) trova ora una definizione normativa nella direttiva 24/2014/UE, nella quale si legge che *«Il concetto di circostanze imprevedibili si riferisce a circostanze che non si potevano prevedere nonostante una ragionevole e diligente preparazione dell'aggiudicazione iniziale da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, tenendo conto dei mezzi a sua disposizione, della natura e delle caratteristiche del progetto specifico, delle buone prassi nel settore in questione e della necessità di garantire un rapporto adeguato tra le risorse investite nel preparare l'aggiudicazione e il suo valore prevedibile»^[3].*

In aggiunta a ciò, l'alterazione dell'originario equilibrio negoziale (straordinaria e imprevedibile) deve anche essere estranea al rischio che la parte pregiudicata da quella imprevedibile sopravvenienza si è assunto, secondo l'*“id quod plerumque accidit”* (l'alea normale del contratto).

Si è, perciò, di recente affermato che *«Nei più disparati settori, che vanno dall'energia alla sanità, dai trasporti al turismo, dagli alimentari al terziario, pare evidente che dall'emergenza sanitaria, economica e sociale accesa su scala mondiale dal Covid-19 stia[no] germinando conseguenze che esondano dagli argini della congiuntura finanziaria sfavorevole; dette conseguenze finiscono per riportare nei casi concreti tratti di straordinarietà, imprevedibilità e inevitabilità tanto marcati ed eloquenti da legittimare la parte pregiudicata ad agire in*

giudizio per la risoluzione del contratto squilibrato, tanto in ragione dell'inusuale aumento di una o più voci di costo della prestazione da eseguire (c.d. "eccessiva onerosità diretta"), quanto a causa della speciale diminuzione di valore reale della prestazione da ricevere (c.d. "eccessiva onerosità indiretta")»^[4].

Quantunque, nei contratti d'appalto tra privati – a garantire l'invarianza del sinallagma – sia piuttosto invocabile la revisione dei prezzi secondo quanto disposto dall'art. 1664 c.c. (che è norma speciale rispetto alla regola generale codificata dall'art. 1467 c.c.^[5]), nei contratti pubblici la speciale disciplina della revisione dei prezzi codificata dall'art. 106 del d.lgs. n. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici) esclude l'applicazione dell'art. 1664 c.c.

Quanto riporta sulla scena (quantunque operante sullo sfondo) degli appalti pubblici l'art. 1467 c.c., che è da ritenere applicabile ogniqualvolta la *lex specialis* di gara (a ciò facoltizzata dall'art. 106 del d.lgs. n. 50/2016) non abbia previsto una derogatoria (rispetto al principio generale) regolamentazione pattizia dell'invarianza negoziale^[6].

Ma al centro di quella scena emerge, piuttosto, con prepotenza il principio di buona fede (art. 1375 c.c.).

2. La funzione omeostatica dei concetti giuridici indeterminati

Nella teoria del diritto, il concetto giuridico indeterminato assolve alla funzione omeostatica dell'ordinamento giuridico (la capacità di un organismo vivente di conservare immutato l'ambiente interno, indipendentemente dalle modificazioni di quello esterno), secondo l'originale intuizione di Stefano Rodotà^[7].

Si è infatti affermato il ruolo fondamentale dei concetti giuridici indeterminati (clausole generali) di vago contenuto a consentire all'ordinamento di adattarsi al continuo fluire della realtà.

Ciò a evitare di imbrigliare gli accadimenti futuri all'interno di una formula preconfezionata.

La norma – in questa prospettiva – deve infatti essere capace di rispondere alle sollecitazioni del caso concreto (la funzione omeostatica delle clausole generali).

Si ritiene, anzi, al proposito che nelle clausole generali la sussunzione operi alla rovescia: è il caso concreto che concorre a definire la fattispecie giuridica^[8].

Ebbene – a monte di ogni previsione legislativa che voglia imbrigliare il principio dell’invarianza del sinallagma all’interno di una regola – vi è il principio della buona fede *in executivis* (espressione di una morale sociale di matrice solidaristica, capace di condizionare il diritto positivo). Sicché – proprio al proposito dell’emergenza Covid-19 – si è affermato che *«la portata sistematica della buona fede oggettiva nella fase esecutiva del contratto ex art. 1375 c.c. assume assoluta centralità, postulando la rinegoziazione come cammino necessitato di adattamento del contratto alle circostanze ed esigenze sopravvenute. La correttezza è suscettibile di assolvere, nel contesto dilaniato dalla pandemia, la funzione di salvaguardare il rapporto economico sottostante al contratto nel rispetto della pianificazione convenzionale [dove] La rinegoziazione, a fronte di sopravvenienze che alterano il rapporto di scambio, diventa, pertanto, un passaggio obbligato, che serve a conservare il piano di costi e ricavi originariamente pattuito, con la conseguenza che chi si sottrae all’obbligo di ripristinarlo commette una grave violazione del regolamento contrattuale»* .

3. L’indeterminatezza valutativa

A ben vedere, il principio (l’obbligo di rinegoziazione *ex bona fide*) sarebbe di per sé sufficiente a garantire l’invarianza e ad assolvere dunque alla funzione omeostatica indispensabile a preservare il sinallagma dagli attacchi esterni (le sopravvenienze straordinarie e imprevedibili).

Tuttavia, l’interpretazione valutativa (l’assegnazione di un significato tangibile a una norma di vago significato, attingendo al mondo dei valori ritraibili dai principi dell’ordinamento) induce inevitabilmente alla discrezionalità interpretativa (logica “fuzzy”), in prima battuta, della P.A. nell’esecuzione del precetto normativo, e, di rimando, del giudice chiamato a risolvere l’eventuale contenzioso sulla scelta concreta della P.A.

Ciò che ci pone al cospetto di un problema di prevedibilità della soluzione interpretativa e, dunque, in ultima analisi con il principio della certezza del diritto.

4. La regola chiara, precisa e inequivocabile

Vi è un bello scritto di Antonin Scalia intitolato *«The Rule of Law as a Law of*

Rules»^[10] .

Questo a superare il contrasto tra la “Rule of Law” e il nostro Stato di diritto (“Rule by Law”).

Un gioco di parole (“Rule of Law”/“Rule by Law”/“Law of Rules”) ad affermare che il diritto – per essere giusto – deve governare la vita di una collettività *ex ante* attraverso regole certe e non nel riferimento a indefiniti principi che si fanno regola concreta solo *ex post* attraverso un comando.

Quanto impone di immaginare il (variegato atteggiarsi del) futuro con analitica previsione.

Questa sembra essere la scelta del nostro legislatore, nella declinazione concreta del principio dell’invarianza del sinallagma ai contratti pubblici.

Ma (al proposito della volontà del legislatore di ingabbiare l’invarianza del sinallagma all’interno di una regola codificata) ci sovviene anche il monito di Alessandro Manzoni nei Promessi Sposi, che con riferimento all’improvvida scelta del gran cancelliere Antonio Ferrer di calmierare il prezzo del pane, scrisse: *«Costui vide, e chi non l’avrebbe veduto? che l’essere il pane a un prezzo giusto, è per sé una cosa molto desiderabile, e pensò, e qui fu lo sbaglio, che un suo ordine potesse bastare a produrlo ... Fece come una donna stata giovine, che pensasse di ringiovanire, alterando la sua fede di battesimo»*^[11] .

Quanto ci induce – quantomeno – a una certa prudenza.

5. La revisione dei prezzi nel concreto (la disciplina codicistica)

L’art. 106 del d.lgs. n. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici) – rubricato *«Modifica di contratti durante il periodo di efficacia»* – consente la modifica del contratto *«senza una nuova procedura di affidamento ... se le modifiche ... sono state previste nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise e inequivocabili, che possono comprendere clausole di revisione dei prezzi»*.

Si è voluto, in questo modo, imbrigliare il principio (l’invarianza del sinallagma negoziale) all’interno di una regola.

A differenza di quanto previsto nel vecchio codice (art. 115 del d.lgs. n. 163/2006^[12]) per i contratti relativi a servizi e forniture (altra era la disciplina degli appalti di lavori di cui all’art. 133, che invece la vietava, essendo a essi riservato un

meccanismo compensativo simile a quello reintrodotta nella attuale normativa emergenziale), la revisione dei prezzi è ora facoltativa.

Più nel dettaglio, la norma sulla revisione dei prezzi stabilisce che *«Tali clausole fissano la portata e la natura di eventuali modifiche nonché le condizioni alle quali esse possono essere impiegate, facendo riferimento alle variazioni dei prezzi e dei costi standard, ove definiti»*.

Volendo restringere la discrezionalità della stazione appaltante, la norma si declina in una regola ancora più analitica, distinguendo: (1) i lavori, per i quali *«le variazioni di prezzo in aumento o in diminuzione possono essere valutate, sulla base dei prezzi di cui all'articolo 23, comma 7, solo per l'eccedenza rispetto al dieci per cento rispetto al prezzo originario e comunque in misura pari alla metà»*; (2) i servizi e le forniture (con riferimento peraltro ai soli soggetti aggregatori), in relazione ai quali si rinvia alla disciplina di cui all'art. 1, comma 511, della l. n. 208/2015^[13] (ove è previsto che nel caso in cui *«la clausola di revisione e adeguamento dei prezzi sia collegata o indicizzata al valore di beni indifferenziati, qualora si sia verificata una variazione nel valore dei predetti beni, che abbia determinato un aumento o una diminuzione del prezzo complessivo in misura non inferiore al dieci per cento e tale da alterare significativamente l'originario equilibrio contrattuale, come accertato dall'autorità indipendente preposta alla regolazione del settore relativo allo specifico contratto ovvero, in mancanza, dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, l'appaltatore o il soggetto aggregatore hanno facoltà di richiedere ... una riconduzione ad equità o una revisione del prezzo medesimo»*).

6. Un sistema ibrido

Gli appalti dei lavori pubblici sono, dunque, assoggettati a una regola concreta definita analiticamente *ex ante* a disciplinare in modo rigido (la revisione dei prezzi è pari alla metà del discostamento del prezzo originario eccedente la misura di invarianza del 10%) qualsiasi evenienza futura, senza margine alcuno di discrezionalità.

Secondo il modello della "Law of Rules".

Con riguardo ai servizi e alle forniture, invece, il legislatore si è affidato a concetti giuridici indeterminati (*«originario equilibrio contrattuale»/«riconduzione ad*

equità»).

E, dunque, affidandosi *ex ante* a un generico principio, che si declina in regola concreta solo *ex post*, con riferimento al caso concreto.

Nondimeno, l'art. 106 del Codice dei contratti pubblici prescrive (con una certa incoerenza concettuale) che le clausole di revisione dei prezzi siano «*chiare, precise e inequivocabili*».

E un concetto giuridico indeterminato introduce invece alla c.d. logica “fuzzy” (indefinita), non risolvibile attraverso un giudizio binario (vero/falso).

Donde, la necessità di declinare gli astratti principi («*originario equilibrio contrattuale*»/«*riconduzione ad equità*») attraverso una regola concreta, nella *lex specialis* di gara.

Quanto intende fare l'ANAC nel suo bando tipo: «*[Facoltativo, nei contratti di durata superiore all'anno: A partire dalla seconda annualità contrattuale] i prezzi sono aggiornati, in aumento o in diminuzione, ... [indicare le modalità di revisione. Ad esempio, sulla base dei prezzi standard rilevati dall'ANAC, degli elenchi dei prezzi rilevati dall'ISTAT, oppure, qualora i dati suindicati non siano disponibili, in misura non superiore alla differenza tra l'indice Istat dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e impiegati, al netto dei tabacchi (c.d. FOI) disponibile al momento del pagamento del corrispettivo e quello corrispondente al mese/anno di sottoscrizione del contratto]. [Facoltativo] La revisione dei prezzi è riconosciuta se le variazioni accertate risultano superiori al ... per cento [indicare la percentuale] rispetto al prezzo originario. [Facoltativo, nei contratti di durata superiore all'anno] La revisione dei prezzi può essere richiesta una sola volta per ciascuna annualità»^[14].*

Ciò che, tuttavia, pare tradire l'originario modello del legislatore, volgarizzando la clausola di revisione dei prezzi in una clausola di indicizzazione del prezzo.

7. L'interpretazione giurisprudenziale

Si è affermato che la finalità del procedimento di revisione dei prezzi «*è da un lato quella di salvaguardare l'interesse pubblico a che le prestazioni di beni e servizi alle pubbliche amministrazioni non siano esposte col tempo al rischio di una diminuzione qualitativa, a causa dell'eccessiva onerosità sopravvenuta delle prestazioni stesse, e della conseguente incapacità del fornitore di farvi*

compiutamente fronte, dall'altro di evitare che il corrispettivo del contratto di durata subisca aumenti incontrollati nel corso del tempo tali da sconvolgere il quadro finanziario sulla cui base è avvenuta la stipulazione del contratto»^[15].

È questa una visione unilaterale del contratto (inadeguata a rappresentare un rapporto che è in realtà paritario), che pone al centro (e anzi valuta esclusivamente) l'interesse pubblico: a ricevere una prestazione qualitativamente adeguata e a evitare un incremento incontrollato della spesa pubblica.

In questa prospettiva, solo indirettamente (di riflesso) trova dunque tutela l'interesse del privato alla conservazione dell'equilibrio delle prestazioni corrispettive su cui si salda il sinallagma negoziale.

Quanto non è certo soddisfacente in uno Stato di diritto, che evidentemente non consente di subordinare i diritti del privato agli interessi pubblici, com'era nella desueta figura dell'interesse occasionalmente protetto^[16].

Tuttavia, a escludere che vi sia un obbligo di prevedere clausole di invarianza del sinallagma negoziale, si è pronunciata anche la Corte di giustizia, la quale ha affermato che la direttiva 2004/17/CE «*non impone agli Stati membri alcun obbligo specifico di prevedere disposizioni che impongano all'ente aggiudicatore di concedere alla propria controparte contrattuale una revisione al rialzo del prezzo dopo l'aggiudicazione di un appalto*»^[17].

La giurisprudenza amministrativa ha integrato la disposizione normativa con un presupposto («*la sopravvenienza di circostanze impreviste e imprevedibili*») non espressamente codificato^[18].

Nel leibniziano distinguo tra «*ars inveniendi*» e «*ars combinatoria*» – chiamato a differenziare l'interpretazione dal creazionismo giurisprudenziale^[19] – è agevole ricondurre l'innovativa affermazione giurisprudenziale al principio codificato dall'art. 1467 c.c. (l'*ars inveniendi*, come capacità di scoprire qualcosa di ignoto, tuttavia già esistente in natura).

Così che si può con essa convenire.

Ciò che mi induce, tuttavia, a ritenere che le clausole di revisione dei prezzi (art. 106 del d.lgs. n. 50/2016) non esauriscano la disciplina dell'invarianza del sinallagma, dovendo essere integrate *ab externo* dall'obbligo di buona fede *in executivis* (art. 1375 c.c.).

E questo non può valere solo a favore della P.A., in un'inaccettabile visione unilaterale del rapporto negoziale.

8. La revisione dei prezzi ai tempi dell'emergenza Covid-19

Su questa (già complessa e per nulla coerente) disciplina si inserisce l'art. 29 del d.l. n. 4/2022^[20] (c.d. decreto Sostegni-*Ter*), che – con riferimento ai contratti banditi dal 27/1/2022 sino al 31/12/2023 – stabilisce che «è *obbligatorio l'inserimento, nei documenti di gara iniziali, delle clausole di revisione dei prezzi previste dall'articolo 106, comma 1, lettera a), primo periodo, del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18/4/2016, n. 50*».

La norma reintroduce (temporaneamente, sino al 31/12/2023) l'obbligatorietà delle clausole di revisione prezzi, come già in precedenza prevista dal c.d. Codice de Lise (art. 115 del d.lgs. n. 163/2006).

Quanto, peraltro, corrisponde al testo di legge delega per la riforma del Codice dei contratti pubblici all'esame del Parlamento che prevede (nel testo approvato dalla Commissione VIII – Ambiente e lavori pubblici della Camera dei Deputati –) tra i nuovi criteri direttivi «*un regime obbligatorio di revisione dei prezzi al verificarsi di particolari condizioni di natura oggettiva e non prevedibili al momento della formulazione dell'offerta*»^[21].

Questo a valere trasversalmente, per tutti gli appalti (di lavori, servizi e forniture). Vi è poi una dettagliata disciplina destinata ai soli appalti di lavori.

Solo per i contratti relativi ai lavori è, invero, previsto che (in deroga a quanto stabilito dall'art. 106 del d.lgs. n. 50/2016) siano attribuite compensazioni alle imprese se le variazioni di prezzo dei singoli materiali da costruzione siano superiori al 5% del prezzo rilevato nell'anno di presentazione dell'offerta, sulla base delle rilevazioni dei prezzi effettuate semestralmente dal Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili (MIMS). La compensazione è limitata all'80% dell'aumento dei prezzi in eccedenza alla percentuale di invarianza del 5%, a seguito di richiesta di compensazione che deve essere espressa nel termine di decadenza di 60 gg. dalla pubblicazione del decreto del MIMS, e che è ammessa solo per i lavori eseguiti nel rispetto del cronoprogramma ed entro i limiti delle variazioni dei prezzi effettivamente documentata. È poi precisato che la compensazione non opera per i lavori contabilizzati entro l'anno solare di presentazione dell'offerta e non è soggetta al ribasso d'asta.

Com'è evidente, è questa una regola assai analitica, che non lascia margine alcuno a valutazioni discrezionali.

Quanto (la limitazione della disciplina analitica ai soli lavori) ha destato ovunque malumori.

E, al proposito, anche l'ANAC con un suo comunicato del 22/2/2022 aveva chiesto (ma la sua sollecitazione non è stata accolta nella legge di conversione) *«che la compensazione dei prezzi avvenga non soltanto per i lavori pubblici, ma anche per servizi e forniture [ciò in quanto] L'obiettivo dell'Autorità è quello di stabilire meccanismi che consentano di riguadagnare un equilibrio contrattuale, adeguando un aumento dei valori degli appalti per tenere conto dei costi reali. Se non lo si fa o le gare vanno deserte, o partecipa solo chi poi chiederà varianti con aumento dei prezzi, oppure la prestazione non viene adempiuta. In questo momento non dobbiamo guardare al risparmio immediato, ma riconoscere che bisogna avere clausole di adeguamento dei prezzi che tengano conto dei costi reali, indicizzando i valori inseriti nel bando di gara. Altrimenti rischiamo di vanificare lo sforzo del PNRR perché le gare di appalto andranno deserte, o favoriranno i "furbetti" che punteranno subito dopo l'aggiudicazione a varianti per l'aumento dei prezzi. Molto meglio stabilire dei meccanismi trasparenti e sicuri di indicizzazione, così da favorire un'autentica libera concorrenza e apertura al mercato plurale, e serietà in chi si aggiudica l'appalto. Risulta quindi imprescindibile l'individuazione normativa della percentuale di scostamento, oltre che delle modalità operative e dei limiti della compensazione»*^[22].

9. Compensazioni vs. revisione

L'art. 29 del d.l. n. 4/2022 passa – invero con eccessiva disinvoltura – dalla revisione dei prezzi alle compensazioni, tanto da apparire al lettore superficiale che la compensazione prevista per i lavori pubblici sia una modalità di erogazione delle somme maturate nell'applicazione della clausola di revisione dei prezzi.

Non è tuttavia così.

In un caso (la revisione dei prezzi), la modifica del contratto è riconosciuta *ex ante* sulla base di *«clausole chiare, precise e inequivocabili»* (art. 106 del d.lgs. n. 50/2016), nell'altro (la compensazione – istituto già previsto nell'art. 133 del vecchio codice –) il riequilibrio contrattuale è ristabilito *ex post* al momento della contabilizzazione dei lavori, sulla base delle dinamiche dei prezzi delle materie prime rilevate dal decreto del MIMS.

Chiara in teoria la differenza, non può tuttavia sfuggire che entrambi gli strumenti di gestione dell'invarianza contrattuale traggono origine dalla medesima circostanza fattuale: la variazione dei prezzi e dei costi delle materie prime.

Donde, la difficoltà di immaginarne la coesistenza (intesa come contemporanea applicazione) all'interno del medesimo rapporto contrattuale.

Quanto induce a immaginare (nell'interpretazione di una norma equivoca, che pure vorrebbe eliminare ogni discrezionalità – anche interpretativa – nell'applicazione di una regola che si vorrebbe chiara, precisa e inequivocabile, al pari delle clausole che quella regola dovrebbero trasporre nella *lex specialis* di gara) che la revisione dei prezzi *ex art.* 106 del d.lgs. n. 50/2016 trovi applicazione nei contratti di servizi e forniture, mentre le compensazioni si applichino ai contratti di lavori pubblici, con esclusione a essi delle clausole di revisione.

10. La limitata retroattività

L'art. 29, comma 11-*bis*, del d.l. n. 4/2022 (inserito dalla legge di conversione, poi abrogato dall'art. 26 del d.l. n. 50/2022 – in un continuo andirivieni normativo –) ha esteso la compensazione anche gli appalti già aggiudicati alla data del 29/3/2022 – in relazione agli accordi quadro di lavori (art. 54 del d.lgs. n. 50/2016) –, in tal modo ammettendo una limitata retroattività alla disciplina delle compensazioni.

In questo caso, l'aggiornamento del sinallagma negoziale si ottiene attraverso l'applicazione all'accordo quadro dei prezzari regionali aggiornati (quanto renderebbe inapplicabile la norma agli accordi quadro assegnati dalle amministrazioni centrali, salvo optare per una interpretazione correttiva, solo in parte resa superflua dal successivo intervento legislativo – art. 26, comma 12, del d.lgs. n. 50/2022 – che ha esteso l'applicazione del nuovo meccanismo di revisione dei prezzi anche alle società del gruppo Ferrovie dello Stato e di ANAS, con riferimento ai loro prezzari).

Si tratta, tuttavia, di una retroattività edulcorata.

In primo luogo, la norma prevede al riguardo solo una facoltà («*le stazioni appaltanti possono ... utilizzare i prezzari regionali aggiornati*»), e, comunque, il meccanismo di compensazione opera solo «*nei limiti delle risorse*

complessivamente stanziare per il finanziamento dei lavori previsti dall'accordo quadro».

Quella facoltà diverrà, poi, – provvisoriamente, sino al 31/12/2022 – un obbligo con il c.d. Decreto Aiuti (art. 26, comma 8, del d.lgs. n. 50/2022, dove il sintagma «*possono utilizzare*» diverrà «*utilizzano*»).

11. La revisione dei prezzi ai tempi della guerra

Gli artt. 25 del d.l. n. 17/2022^[23] e 23 del d.l. n. 21/2022^[24] (c.d. Decreti Ucraina) hanno riattivato il sistema di compensazioni previsto dall'art. 1-*septies* del d.l. n. 73/2021 ai contratti in corso di esecuzione, consentendo altresì anticipazioni sugli importi non ancora accertati, in deroga alla disciplina di cui agli artt. 133 del d.lgs. n. 163/2006 e 106 del d.lgs. n. 50/2016.

L'art. 26 del d.l. n. 50/2022^[25] (c.d. Decreto Aiuti) ha infine previsto di applicare i prezzi aggiornati ai contratti già stipulati, anche in deroga a specifiche clausole contrattuali. E, al contempo, ha disposto l'abrogazione dello speciale sistema compensativo previsto dall'art. 25 del d.l. n. 17/2022 (che pure avrebbe dovuto operare solo per il primo semestre del 2022).

Una babele di leggi-provvedimento che cercano di risolvere *ex post* situazioni di squilibrio negoziale che si sono già verificate.

Quanto contraddice i principi della “Law of Rules”: un sistema di regole generali e astratte, a evitare che la gestione del conflitto sia affidata a un comando concreto.

Ma anche quelle della “Rule of Law” (e dello Stato di diritto), che esige che la norma sia: (i) astratta; (ii) nota; (iii) non retroattiva; (iv) sufficientemente chiara; (v) non contraddittoria; (vi) eseguibile; (vii) duratura nel tempo; (viii) effettiva^[26].

Quanto si è espresso da noi con l'individuazione dei difetti della legislazione (con particolare riguardo alla revisione dei prezzi) in queste caratteristiche: *«amplissimo il loro numero, tipologie e denominazioni non previste nel sistema normativo, sovrapposizione e difettosa abrogazione delle leggi (l'abrogazione innominata), inserimento nelle leggi di disposizioni e norme che si riferiscono a diverso argomento ..., imperfetta stesura, imprecise indicazioni dei principi di diritto, eccesso di legislazione di dettaglio, di leggi provvedimento, di leggine, di imprecisioni derivanti da emendamenti e da integrazioni e modifiche inserite in*

sede di conversione di decreti»^[21] .

12. La rinegoziazione dei contratti in corso di esecuzione

Con riguardo agli appalti non regolati dall'art. 29 del d.l. n. 4/2022 (vale a dire banditi prima del 27/1/2022) e rispetto ai quali la stazione appaltante non abbia previsto (o abbia addirittura escluso) clausole di revisione dei prezzi nell'esercizio della facoltà di cui all'art. 106 del d.lgs. n. 50/2016, il contraente non è, tuttavia, costretto a subire ogni alterazione (anche straordinaria e imprevedibile) del sinallagma negoziale.

In questi casi è da ritenersi applicabile il rimedio risolutorio di cui all'art. 1467 c.c., quale espressione di un principio generale^[28], senz'altro estensibile anche ai contratti pubblici, giusta la previsione dell'art. 30, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016 (*«Per quanto non espressamente previsto nel presente codice e negli atti attuativi ... alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del codice civile»*).

Non riterrei, invece, applicabile l'art. 1664 c.c., perché la revisione dei prezzi negli appalti pubblici è normata da una speciale disciplina derogatoria.

Quanto impedisce – nei contratti pubblici – che vi sia la sovrapposizione tra l'ambito di applicazione del rimedio risolutorio (art. 1467 c.c.) e la revisione dei prezzi (art. 1664 c.c.).

Dovendosi, invece, ritenere che, ogniqualvolta la stazione appaltante abbia omesso di regolare le sopravvenienze attraverso clausole di revisione dei prezzi, essa sia nondimeno esposta alla richiesta dell'impresa appaltatrice di risoluzione del contratto divenuto eccessivamente oneroso per il sopraggiungere di eventi straordinari, imprevedibili ed estranei all'ordinaria alea del contratto d'appalto.

Ciò che induce ad affermare l'obbligo di rinegoziare il contratto in adempimento dell'obbligazione di agire in buona fede nell'esecuzione (ma anche nell'interpretazione) di esso.

13. La rinegoziazione degli accordi ex art. 11 della legge n. 241/1990

Quanto sin qui sostenuto (la concorrenza dell'obbligo di rinegoziazione del contratto – quale concretizzazione del concetto giuridico indeterminato di

buona fede ex art. 1375 c.c. – con la disciplina giuridica dell’invarianza negoziale nei contratti di diritto privato assegnati in esito a una procedura di evidenza pubblica) consente di affrontare agevolmente la gestione dell’emergenza anche nell’ambito dei contratti pubblici

In questo caso – giusta l’espreso richiamo ai «*principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti*» (art. 11 della l. n. 241/1990) –, la P.A. non potrà sottrarsi all’obbligo di rinegoziazione.

Così che, nel riconoscimento legislativo che le disfunzioni indotte sul mercato dal Covid-19 e della guerra in Ucraina costituiscono avvenimenti straordinari, imprevedibili e estranei all’alea normale del contratto (art. 1467 c.c.) – quanto è obiettivamente a dirsi anche per l’anomala lievitazione dei prezzi dei prodotti edili provocata dalle improvvise agevolazioni fiscali agli interventi di ristrutturazione edilizia dell’ultimo periodo –, non vi può essere dubbio alcuno dell’obbligo della P.A. di rinegoziare – secondo buona fede – con il privato le prestazioni delle tante convenzioni urbanistiche in corso di esecuzione.

1. 1 T.A.R. Campania (Sezione I), sentenza del 4 marzo 2005, n. 1625.
2. G. Tomasi di Lampedusa, *Il Gattopardo*, Feltrinelli, Milano, 1958, p. 50.
3. Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, considerando n. 109.
4. Cassazione, Ufficio Massimario, Rel. n. 56/2020, pp. 5-ss.
5. Cass. civ., sez. I, 3 novembre 1994, n. 9060.
6. T.A.R. Lombardia (sezione I), sentenza del 10 marzo 2022, n. 239.
7. S. Rodotà, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1, 1987, pp. 709ss.
8. M. Libertini, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in AA.VV., *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 121.
9. Cassazione, Ufficio Massimario, Rel. n. 56/2020, pp. 22-ss.
10. A. Scalia, *The Rule of Law as a Law of Rules*, in *University of Chicago Law Review*, 4, 1989, pp. 1175-ss.
11. Il sagace richiamo si deve a M. Bassani, *Abolizione della revisione prezzi nell’appalto di opere*, in *Corr. giur.*, 1, 1993, p. 496.
12. D.lgs. n. 163/2006 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE).
13. Recante “Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge di stabilità 2016”.
14. ANAC, delibera 16 marzo 2022 n. 154.
15. Cons. St., 2 maggio 2019, n. 2841.

16. O. Ranelletti, *A proposito di una questione di competenza della IV Sezione del Consiglio di Stato*, Angelini, Avezzano, 1892, ora anche in *Scritti giuridici scelti*, vol. III, Jovene Editore, Napoli, 1992, pp. 3 ss.
17. Corte giust., sentenza 19 aprile 2018, C-152/17, *Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi*, ECLI:EU:C:2018:264, p.to 29.
18. T.A.R. Lombardia (sezione I), sentenza del 10 marzo 2022, n. 239.
19. F. Galgano, *La giurisprudenza fra ars inveniendi e ars combinatoria*, in *Contr. e impr.*, 1, 2012, pp. 84.
20. Recante “Misure urgenti in materia di sostegno alle imprese e agli operatori economici, di lavoro, salute e servizi territoriali, connesse all'emergenza da COVID-19, nonché per il contenimento degli effetti degli aumenti dei prezzi nel settore elettrico”, convertito con modificazioni dalla l. n. 25/2022.
21. Art. 1 della l. n. 78/2022 (Delega al Governo in materia di contratti pubblici).
22. Comunicato stampa 22/2/2022, dal titolo «ANAC chiede a Governo e Parlamento un intervento normativo sulla revisione dei prezzi negli appalti», in <https://www.anticorruzione.it>.
23. Recante “Misure urgenti per il contenimento dei costi dell'energia elettrica e del gas naturale, per lo sviluppo delle energie rinnovabili e per il rilancio delle politiche industriali”, convertito con modificazioni dalla l. n. 34/2022.
24. Recante “Misure urgenti per contrastare gli effetti economici e umanitari della crisi ucraina”, convertito con modificazioni dalla l. n. 51/2022.
25. Recante “Misure urgenti in materia di politiche energetiche nazionali, produttività delle imprese e attrazione degli investimenti, nonché in materia di politiche sociali e di crisi ucraina”, convertito con modificazioni dalla l. n. 91/2022.
26. L.L. Fuller, *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven, 1962.
27. M. Bassani, *Abolizione della revisione prezzi nell'appalto di opere*, in *Corr. giur.*, 1, 1993, p. 496, nel richiamo a V. Italia, *La fabbrica delle leggi*, Giuffrè, Milano, 1990.
28. T.A.R. Lombardia (sezione I), sentenza del 10 marzo 2022, n. 239.