

CERIDAP

RIVISTA INTERDISCIPLINARE SUL
DIRITTO DELLE
AMMINISTRAZIONI PUBBLICHE

FASCICOLO

4 / 2022

OTTOBRE - DICEMBRE

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, 4, p. 35 ss.

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

INDICE SOMMARIO

ARTICOLI

PATRICK BIRKINSHAW, <i>'Them's the breaks' - Boris Johnson's fall and exit as Prime Minister of the United Kingdom</i>	1
EMILY HAMMOND, <i>"Constitutionalisation" of judicial review of administrative action in Australia</i>	21
PAOLA LOMBARDI, <i>La qualificazione delle stazioni appaltanti: spunti di riflessione sul ruolo di ANAC in materia di contratti pubblici</i>	40
STEFANO ROSSA, <i>Sviluppo sostenibile e appalti pubblici. Sul ruolo degli appalti innovativi come strumento di sostenibilità</i>	61

RASSEGNE E COMMENTI

RENATO CIVITILLO, FLORIANA FUSCO E PAOLO RICCI, <i>Accountability e rendicontazione sociale nel sistema giudiziario italiano</i>	98
GIANCARLO VILELLA, <i>Challenges and opportunities for the European Union: a step forward</i>	115

RELAZIONI, RASSEGNE E SEGNALAZIONI

JOSÉ LUÍS DA CRUZ VILAÇA, <i>Safeguarding the European Sport Model in Professional Football: The EU Court of Justice's Delicate Task in Case European Super League Company (C-333/21)</i>	143
PIETRO LOSCIALE, <i>Esclusione da gara per grave illecito professionale: il Tar Sardegna fissa i paletti alla discrezionalità della stazione appaltante</i>	150
PAOLO PROVENZANO, <i>Note critiche sulla disciplina in materia di sanzioni amministrative intese a contrastare la diffusione della pandemia da</i>	

CERIDAP

Covid-19 156

HANNO COLLABORATO A QUESTO NUMERO:

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

RENATO CIVITILLO, Ricercatore senior (Rtd-B) di Economia Aziendale, Università degli Studi di Napoli Federico II, Dipartimento di Scienze Politiche

JOSÉ LUÍS DA CRUZ VILAÇA, Professore di diritto europeo; Managing Partner di CVA; già avvocato generale e giudice della CGUE; già presidente del Tribunale di primo grado delle Comunità europee (ora Tribunale dell'Unione europea)

FLORIANA FUSCO, Assegnista di Ricerca, Università degli Studi del Sannio, Dipartimento di Diritto, Economia, Management e Metodi Quantitativi.

EMILY HAMMOND, Professore Associato, Law School dell'Università di Sydney (Australia).

PAOLA LOMBARDI, Professore Ordinario di Diritto Amministrativo nell'Università degli Studi di Brescia.

PIETRO LOSCIALE, Istruttore Amministrativo presso la Direzione Gare, Appalti e Partecipate del Comune di Firenze

PAOLO PROVENZANO, Ricercatore (RTDB) in Diritto amministrativo nell'Università degli Studi di Milano e Avvocato nel Foro di Milano (abilitato alle funzioni di Professore di seconda fascia)

PAOLO RICCI, Professore Ordinario di Accountability Pubblica, Università degli Studi di Napoli Federico II, Dipartimento di Scienze Politiche

STEFANO ROSSA, Ricercatore (RTDA) di Diritto Amministrativo

nell'Università del Piemonte Orientale

GIANCARLO VILELLA, Professore a contratto nell'Università degli Studi di Milano e nell'Università Politecnica delle Marche, già Direttore Generale del Directorate-General for Innovation and Technological Support del Parlamento europeo

'Them's the breaks' - Boris Johnson's fall and exit as Prime Minister of the United Kingdom

Patrick Birkinshaw

DOI: 10.13130/2723-9195/2022-4-2

Boris Johnson è giunto al potere come primo ministro del Regno Unito con una maggioranza inattaccabile di ottanta membri del parlamento (MPs), dopo le elezioni generali del dicembre 2019. L'uomo che doveva "get Brexit done" sembrava in completo controllo del suo partito, della Camera dei Comuni, del suo Paese. Uno dei primi ministri più controversi della nostra storia, Johnson, è stato lanciato da un caso mediatico all'altro. Il suo governo ha messo in luce le debolezze della contemporanea costituzione britannica e come tali debolezze possano essere "esposte" da un politico determinato a non essere vincolato dai vincoli convenzionali sul suo ufficio. Il paper traccia, dunque, il percorso verso la caduta di Johnson e le sue dimissioni, e suggerisce quali aree della Governance del primo ministro debbano essere attenzionate dal nuovo primo ministro del Regno Unito.

Boris Johnson was swept to power as prime minister of the United Kingdom with an unassailable majority of eighty members of parliament (MPs) after the general election in December 2019. The man who was to 'get Brexit done' seemed in complete control of his party, the House of Commons and the country. One of the most controversial prime ministers in our history, Johnson was propelled from one cause célèbre to another. His rule exposed weaknesses in the contemporary UK constitution and how those weaknesses can be exposed by a politician determined not to be bound by conventional constraints on his office. The following tracks Johnson's downfall and resignation and suggests areas in prime ministerial governance that need to be addressed by the incoming UK prime minister.

1. Setting the Scene

Boris Johnson^[1] rose to power as Prime Minister (PM) of the United Kingdom with a promise to ‘Get Brexit done’! Like so many mantras about Brexit it made little sense and was certainly never realised in terms of either putting into action a comprehensive plan for a post EU UK or settling the terms of our departure, as witness the continuing disruption over the Northern Ireland Protocol (NIP). The EU Commission has launched several legal actions against the UK over the Protocol. Johnson was the prime architect of Brexit, in company with his adviser in chief Dominic Cummings and Nigel Farage, former leader of UKIP and the Brexit Party. Brexit had become the overriding redemptive promise through which all past mistakes, shortcomings and woes would be forgiven and forgotten. But it stayed at that, and no plan or Brexit strategy was developed for the UK’s future.

After months of sterile stalemate in Parliament in 2019 where Mrs May’s Brexit agreement with the EU had been rejected by the Commons on three occasions – although Johnson voted for the third May attempt – he replaced May as PM in July 2019 and eventually persuaded the opposition to agree to a general election which swept him to office with an 80-seat majority in the Commons in December 2019. More people voted for parties that would have offered a second EU referendum than for the Conservatives (Tories)^[2] but the British first past the post outcome for general elections, which makes no concession to proportional representation, gave him a resounding victory in terms of his new parliamentary majority. Doubtless a desire to see the end of parliamentary wranglings over Brexit played a significant role in his victory. Parliament played on Johnson’s weak position in the Commons before the 2019 election (inherited from Mrs May), where he had no majority until December 2019. The Commons sought to ensure that the UK did not leave the EU without an agreement and that the Commons had to approve by law the deal that was made. The pro Brexit media characterised this as gamesmanship and abuse and many electors were persuaded. Johnson’s reputation as a card sharp was cemented long before his lies about the EU and the benefits of Brexit. There was much in his past to suggest that Johnson was a loose cannon. Sacked on several occasions for lying, one former boss said he would not trust Johnson with his wife or wallet^[3]. His mop of

untamed blond hair, his studied bedraggled appearance, his classical quips and ready eloquence and love of playing to the gallery endeared him to traditional Tory voters and new converts in the so-called “red-wall” seats where Labour had held sway for years in working class areas. His populism appealed across class boundaries and cultures and seemed engaging not threatening. He was a “toff”, as an English upper-class gent is colloquially described, with the common touch and his manifesto promised to engage in levelling up the UK (bringing support to poorer regions) after over a decade of Tory austerity had been particularly severe on those regions. His first speech as PM set the bullish tone for his administration. The «*doubters, the doomsters and the gloomsters*» would all be shown to be wrong^[4].

Charisma and chutzpah he had in abundance. Living off his wits was his style. Deception, charm, bluff, along with smoke and mirrors, were his metier. But there was a darker side which the prime ministerial power in the British system shored up by parliamentary sovereignty afforded him. He was vengeful and merciless against his enemies or those who disagreed with him – by which one means anyone who crossed or checked him. This included the UK Supreme Court, the High Court in general, the Electoral Commission, the Information Commissioner, the BBC, long-standing senior Conservative MPs and his ministerial colleague Michael Gove. Again and again, he has shown his contempt for attempts to render him accountable for his exercise of power. His use of patronage for corrupt purposes was breath-taking and was shown in the placing of public contracts,^[5] especially in the Covid outbreak and the making of public appointments, in his elevation of supporters to the House of Lords, including the scions of former KGB agents and oligarchs, in evidence right to the end of his tenure, and his espousal of freedom of speech to protect the right-wing press in supporting him.

Johnson is a man who placed the cover of the political constitution, a product of English history, between him and accountability for his actions. The Supreme Court judgment in *Miller No 2*^[6], where Johnson attempted to use the royal prerogative to prorogue Parliament, blew his attempt to use prerogative power to render him unanswerable for his actions, unanswerable that is apart from general elections or revolt by his Cabinet or Tory MPs. The attack on the courts was via reforms in judicial review and the Human Rights Act 1998 (HRA)^[7]. While

judicial review reforms were not substantial the proposals for the HRA in the Bill of Rights Bill will freeze the effect of the ECHR, undermine or curtail the courts' ability to establish positive duties on public bodies, place obstacles in the way of relief, make the judgments of the European Court of Human Rights (CHR) optional and in some cases completely ineffective. In introducing a Bill into Parliament a minister will no longer have to declare that the Bill complies with the ECHR as required by the HRA. The Bill undermines the HRA's attempt to get the executive, parliament and the courts to work together to protect human rights.

Johnson wanted to reverse the movement towards a more legally/judicially inspired constitution in the UK, a development evidenced since the 1970s and which was EU and ECHR influenced. In this development the judges assumed a more prominent role in checking abuses of power and illegality by government and public authorities. Much has been made, quite rightly, of the development of the common law constitution in the United Kingdom^[8]. Johnson showed that in an *English* constitution, in which so much still depended upon good form, balance and personal integrity, and respect for convention, there were few safeguards that could be prayed in aid when a PM was determined to play fast and loose with a Commons majority of 80. He seemed deliberately to be flouting all principles of good governance simply to see what he could get away with. His action was brazen in the extreme, shocking.

In the end it was his own Tory MPs who turned against him – he won a vote of confidence in June 2022 (below) – and then crucially in July his cabinet rebelled. Tory MPs had become increasingly fretful after a series of by-election defeats to Labour and the Liberal Democrats and after his misrepresentations about partying in No 10 when the rest of the country had to endure lock-down for Covid in often heart-rending circumstances, and so much else. The partying is still under investigation by the Commons privileges committee which is investigating the question of contempt by Johnson for misleading statements to the House of Commons in relation to his presence at parties, which he denied^[9].

The full story of his former Svengali Dominic Cummings and his role in bringing Johnson down has yet to be unfolded. Cummings was left with an indelible sense of grievance after he was dismissed by Johnson as chief adviser, widely reported through Johnson's wife's instigation, and then set about a series of disclosures of

serious misconduct, malpractice and criminality by Johnson as well grave deficiencies in his basic ability to govern. Johnson's rule was characterised by almost uncountable reversals of policy with precipitate speed not least in relation to Covid, herd immunity and then lock-down. The delay cost thousands of lives. Reversals included those on a commitment not to increase tax or national insurance.

The following episodes stand out as crucial in the nemesis of Johnson. One should note that public sentiment had clearly turned against Johnson as evidenced when he was booed by the crowd when entering St Paul's cathedral for the Queen's platinum jubilee celebrations in June 2022 and by a series of by-election disasters.

2. Paterson Fiasco

On 3 Nov 2021, Parliament debated reform of the Parliamentary process for upholding standards of conduct for MPs. A code sets out the standards^[10]. A commissioner oversees allegations and reports to a committee of MPs. The matter had unsurprisingly become partisan and was fomented by one episode involving Owen Paterson, Tory MP. The Parliamentary Commissioner for Standards (PSC), the independent watchdog on standards appointed by Parliament for a five-year term, had issued a damning report on Paterson's lobbying activities on behalf of two companies, a practice forbidden by the code of conduct on parliamentary standards^[11], followed by a recommendation on suspending his sitting as an MP for 30 days by the Parliamentary Standards Committee. A suspension for more than ten days can result in a re-call petition [by local constituents] leading to a by-election.

The government wanted to introduce an amendment to the report in a debate in the Commons which removed the Commissioner's ruling against Paterson and to overhaul the independent system on standards. The existing Parliamentary Standards Committee which contained independent members (7) as well as MPs (7) was established in 2012^[12]. The government proposal for the 'overhaul' would be a committee chaired by a Tory MP with a casting vote and with four Tories and four opposition MPs – ensuring a majority of Tory members. The Labour and Scottish National parties both said they would not sit on the new committee

which was essentially ‘rigged’. The vote in favour of allowing the government backed amendment was 250-232 with 13 Tories voting against and dozens abstaining. The vote in favour of the amended main question was 248-221. Tory MPs were subject to a three-line whip. This is an instruction from the government to its MPs to attend and vote in a particular manner at a Commons debate.

The PSC was about to make a decision on whether to investigate Johnson on the matter of private loans (and the source of) to decorate his No 10 flat in Downing Street - he had been investigated three times by the Commissioner, Kathryn Stone, on various matters and the Electoral Commission had also investigated the financing of the accommodation’s highly expensive decoration and the provenance of the finance raising suspicion of allowing undue influence to sway Johnson’s judgement. The Commissioner could also possibly have investigated Covid contracts placed by the government^[13]. Johnson was clearly out to stymie the PSC pre-emptively^[14].

The Tories complained that the PSC had acted unfairly in that she allegedly accused Paterson of being guilty before investigating and that Paterson had no right of appeal. In fact, there is a review of the Commissioner’s report by the Committee and then a review of their recommendation by the Commons in debate. The criticism was baseless. There was clearly an orchestrated campaign by Johnson against the Commissioner. Not for the first time a Commissioner had attracted the wrath of government – a former Commissioner Elizabeth Filkin upset the Labour government and minister Peter Mandelson and her position was not renewed at the end of its fixed term in 2002 but advertised and awarded to a new candidate^[15].

By 4 November 2021 the manifest error of the government three-line whip on Tory MPs to vote through the amendment and public reaction, even from the Tory press, caused a re-think and Johnson U-turn^[16]. This not only stank of changing the rules midway through the game but allowed the case of an individual, who had acted in clear breach of the rules, to be the cause of major reform to the system of MPs standards, while seeking to exonerate the MP.

The link to system overhaul of an individual case was severed, the error was acknowledged, so that Paterson could possibly have faced a future vote on the report criticising him although dropping the case against him was not reversed.

The government Brexit opportunities minister Jacob Rees Mogg assured the Commons the government would act in cooperation with the opposition before any change in the system for the scrutiny of standards and any new system would not be retrospective.

Paterson in face of these developments resigned his seat necessitating a by-election, and an overwhelmingly Tory seat was won by the Liberal Democrats. The climb-down was another spectacular turn around by Johnson. *The Guardian*^[17] reported that at a conservative assessment there had been 30 Johnson turnarounds in major policy matters since December 2019. The question was widely asked: «*How many times can his judgment be called into question like this without paying the appropriate penalty?*».

3. Sue Gray Report into No 10 Parties

The police had investigated allegations of parties in No 10 Downing Street which had been subject initially to leaks to the press and media. Such parties would have breached the Covid

lock-down regulations imposed and enforced by the criminal law and which were drafted by the government. During lock-down any such gatherings were criminally prohibited. The police, whose conduct over the inquiries raised many questions of taking an over-soft approach to these events in No 10, issued 126 Fixed Penalty Notices (FPN) in relation to breach of Covid regulations by holding parties at No 10. These, to repeat, are criminal penalties.

Johnson and the Chancellor of the Exchequer each received a FPN and this was reported as the first occasion when a UK PM had been found guilty of a criminal offence. On 25 May, following the final police FPNs, Sue Gray, a senior civil servant charged by the Cabinet Office to conduct the inquiries when the cabinet secretary had to step down because he had been at attendance at events in question, published her 48 pages^[18] report into the parties during lockdown at No 10. This painted a picture of bacchanalian excess and ill-disciplined behaviour in the official offices and home of the PM.

Her report commented on serious failures by Johnson:

- In her initial report in January^[19] she commented on «*failures of*

leadership and judgment in No 10 and the Cabinet Office»;

- Many events were attended by government leaders and *«should not have been allowed to happen»;*
- *«The senior leadership at the centre, both political and official, must bear responsibility for this culture»;* the public have *«a right to expect the very highest standards of behaviour»* in Downing Street and *«clearly what happened fell well short of this»;*
- There were *«multiple examples of a lack of respect and poor treatment of security and cleaning staff»;*, which was “unacceptable”.

The report clearly illustrates a lack of proper leadership and responsibility on Johnson’s part. It also undermined his claim in Parliament that there were no parties in No 10, a claim that was dramatically rebuffed through the release of graphic photos of him in attendance. This matter is the subject of a continuing investigation by the Commons privileges committee.

4. Resignation of two Ethics Advisers and Revising the Ministerial Code

This subject concerns a void at the heart of the UK constitution. There is an absence of effective and independent procedures to hold ministers, including, especially, the PM, to account. This is concerned not with legality, the business of the courts, but with the principles of good governance such as selflessness, integrity, objectivity, accountability, openness, honesty and leadership – the Nolan principles (below). This is not usually the business of courts, though it might be^[20]. Political responsibility via debates and questions in Parliament are subject to party discipline and the whipped vote. It brings home the continuing truth of Maitland’s observation that at the heart of the English constitution there is much that is unknown to the law^[21]. The passage of time since this was written in the 1880s may require adaptation of the observation. But at its heart is a truth which this article illustrates and this despite the growth of judicial review and the common law constitution.

Since the second world war the PM produced Questions of Procedure for Ministers – now called the Ministerial Code. Originally it was a secret document

and was not published but it has been published since 1992. The code is not sanctioned by law. The PM's independent adviser on ethics was first appointed by Tony Blair in 2006. The adviser advises ministers on managing their private interests, so as to avoid any potential or perceived conflicts of interest. A "List of Ministers' Interests" is published twice a year, listing the relevant private interests of all government ministers. The independent adviser publishes an annual report, setting out the work the adviser has undertaken.

When requested by the PM the independent adviser also investigates potential breaches of the ministerial code by ministers including the PM. Here lies the problem. This very English *modus operandi* clearly depends upon good-will, probity and integrity on the part of the PM. It is hardly surprising that the system has collapsed under Johnson. A harbinger of future difficulties emerged under David Cameron when the code's instruction that ministers would act in accordance with the law, including international law, omitted the reference to international law. Johnson further removed the Nolan principles of "good governance" (above) from the code^[22]. Again it displays contumacious arrogance by Johnson and not simply a total lack of judgement.

Following recent changes, the independent adviser may raise potential breaches of the code with the PM, but he must consult the PM before he begins investigations.^[23] This effectively gives the prime minister the right to approve, or thwart, any investigations. The PM acts as arbiter of reports by the independent adviser on ethics and breaches. But what happens if the PM does not accept a finding by the adviser?

This was at the centre of the adviser's investigation into Priti Patel, the home secretary, and complaints of bullying of her civil servants. A report by Sir Alex Allen found that Patel had bullied civil servants in her department and breached the code but the report was rejected by Johnson. Sir Alex resigned. His successor, Lord Geidt, also resigned on 15 June 2022, after appearing before a select committee. He expressed his frustration^[24] that Johnson had not made any reference to his own conduct in the partying at No 10 in relation to the code despite findings against him by the police and Sue Gray. The issue of a police notice against him concluded the matter, Johnson believed. A £50 for a breach of criminal law gives no indication of the fitness for office in the most important position in government. The reaction of Johnson gives an insight into the

contempt he held for the rules his government had created and imposed on everyone else. Geidt resigned he claimed over the ‘impossible situation’ he was placed in relating to a potential breach by the government of international law and tariffs and their intention to do so. This was referred to Geidt by Johnson as a sort of “teaser” – a deliberately tricky question – but it was clear that the toothless and impotent office Geidt occupied was the reason for his resignation. There is no independent adviser at present^[25].

5. Vote of Confidence in Johnson

By 6 June 2022, Sir Graham Brady MP, the chair of the 1922 committee of back-bench Tory MPs, had received the requisite 54 letters from Tory MPs of “no confidence” in Johnson as leader of the Tory Party. This is the process under the rules of the 1922 committee whereby a ballot of all Tory MPs for a vote of no confidence in their leader is triggered. *Nota bene*, the vote is in Johnson as party leader not as prime minister though if removed as party leader he cannot be PM. In fact, BJ was informed on 5 June that he faced a ballot. This took place on the evening of 6 June and the result was 211 voting in favour of BJ and 148 expressing no confidence. The latter amounted to 41pc of the elected Tory MPs. The vote share in support of Johnson was lower than the 63% received by former Prime Minister Theresa May when she won a party confidence vote in 2018, before resigning six months later over a Brexit deadlock. However, she had lost control of the Commons and had lost three crucial Commons Brexit votes. BJ had not faced this dilemma – yet. It was also lower than Thatcher and Major’s votes of confidence, which led to Thatcher resigning in 1990 and Major losing the 1997 general election to Blair. For Johnson he had won, end of story. For everyone else the runes were plain to read.

It was crystal clear to all, apart from Johnson, that his position was critically weakened and bets were on that the Tories would have a new leader by the 2022 Autumn party conference (he lasted until July 8 but remained as PM pro tem in an arrangement below). Under the 1922 committee rules Johnson would not have to face another party confidence vote for twelve months. Short of Tory MPs voting against him in the Commons to deny him a majority for bills, for a budget or a Commons vote of no confidence, he seemed safe for the present.

Difficult by-elections were beckoning, however, and Tory MPs were becoming increasingly restless for their own future.

The vote brought home the lack of overall strategy in Johnson's government. He was far from clear on what Brexit involved and was still struggling with what he signed up to in the NI Protocol. His government's white paper on security and foreign policy down-played Europe and focused new attention on east of Suez, in the latter case almost as if the lessons of Suez and Anglo-French debacle in Egypt in the 1950s had never been learned, or had been forgotten^[26]. Levelling up is next to incoherent without hard substance and he sacked the minister responsible in a fit of pique shortly before Johnson resigned. There is a persistent strain of avoiding accountability, *e.g.*, judicial review and HRA, of making expedient patriotic, nationalistic or populist gallery calls – *e.g.*, on Ukraine (where he and his supporters argued Johnson could not depart in time of war but in which not a single UK service person is on active war service), national security and measures to bolster armed services personnel immunity for overseas operations, arranging for far away Rwanda as a place to send asylum seekers. He has revived Thatcher's right to buy of public housing by public sector tenants, this time for social housing designed for poorer tenants. The price for tenants is heavily reduced from the market value. He announced a 90,000 reduction in the civil service. This lack of an overall strategy will cost his party dear. Moreover, his high tax, high spend policies have alienated whole swathes of Tory MPs and supporters, but they have attracted others in the party.

6. Johnson's Ninth Life – The Pincher Affair?

In early July 2022, a scandal involving the former deputy chief whip of the Tory party, Chris Pincher, unseated Johnson as PM. Pincher faced allegations of being a serial drunken homosexual “groper” (sex molester) about whom serious complaints had been made by junior colleagues over several years. Johnson denied knowledge of this behaviour before previously appointing him to ministerial office in 2019 and subsequently to the Tory whip's position in 2022. The “whip” is responsible for enforcing party discipline. No 10 admitted after questioning that Johnson did know in the latter case but had forgotten. A succession of ministers including the deputy PM were paraded in public to plead

Johnson's innocence.

A former senior civil servant (Simon McDonald former permanent secretary at the foreign office) reported that BJ had been briefed about the complaints before making Pincher a minister in 2019 and basically Johnson had lied. McDonald's letter to the PSC stated «*Inaccurate claims by 10 Downing Street continue to be repeated in the media*». He continued: «*They need to come clean. I think that the language is ambiguous, the sort of telling the truth and crossing your fingers at the same time and hoping that people are not too forensic in their subsequent questioning and I think that is not working*»^[27].

Sajid Javid, health secretary, and Rishi Sunak chancellor of the exchequer, resigned publishing highly critical letters to Johnson – Sunak as chancellor also suggested doctrinal differences on levels of tax/financial policy. Sunak's letter said government should be conducted «*properly, competently and seriously*». The implication was clear. For Javid, his letter conveyed the view that Johnson's leadership was neither «*competent*» nor «*acting in the national interest*». Johnson's reaction to Sunak's departure was that now he could lower the taxes! Westminster watchers were looking to see which way the cookie would crumble. By 7.00pm on 6 July, 38 members of government had resigned – mainly junior positions. More followed. Support for Johnson was visibly haemorrhaging. Michael Gove was sacked – reportedly for his sabotaging of Johnson's unsuccessful leadership bid in 2016. On 7 July, Nadhim Zahawi, the replacement chancellor, advised Johnson to resign and the replacement education secretary, Michelle Donelan, resigned herself within hours! A persistent and unchanging pattern of lying and deception, and getting others to exculpate or misrepresent on his behalf, leaving them to take the flak (criticism), had taken their toll. Pincher was the last straw.

7. Resignation

Boris Johnson, having tried to remain in office, announced his resignation on the morning of 7 July, although he expressed his wish to remain until the autumn. What, one may ask is the deputy PM for? This displays an extraordinary amalgam of delusion, megalomania and insensitivity to constitutional responsibility. As usual he confused the personal, political and constitutional and looked on his

mandate as directly conferred by the electorate in 2019 as a presidential, and not a prime ministerial, appointment. In the UK, the electorate vote legally for their local MP not the party leader. He sees himself as a tribune of the people, mandated personally like a president by the just short of 14,000,000 Conservative votes at the general election in 2019, voters who were moved by his mantra “Get Brexit done!” Within a day he had assembled a new “government” for his caretaker role leaving doubts in some minds of his real intention to depart^[28].

His “resignation” speech continued the vain-glory and bombast of his premiership. The Cabinet acted in an “eccentric” manner in counselling his resignation as the government was delivering its priorities successfully and for a mid-term government its polls were not noticeably bad, he exclaimed. The Tory MPs he opined displayed a “herd mentality” so common in the Westminster way unlike his solipsistic patrician conduct. His successor was promised “as much support as I can” confer, in a poison chalice manner. “Them’s the breaks” he said to sum up the workings of a malign and inscrutable destiny. Not a scintilla of apology for the untruths, deceit, misrepresentation, corruption, cronyism, laziness, arrogance and misrule that even many Tory MPs had become ashamed of. He had destroyed three Tory governments in six years. He was popular as an ally in Ukraine reflecting the national sympathy for that country, and the Covid vaccination roll-out was successful but the UK had among the highest Covid fatalities among any European country, the efforts against the pandemic were often marked by hesitancy, vacillation and chaos and sheer favouritism in awarding ineffective contracts and making senior appointments.

He would certainly satisfy the Napoleon test of “Is he lucky?” as the emperor asked of new appointments to general. He was lucky in his enemies. Mrs May was a lightweight fill-in as PM whose rash decision to go to the country in the 2017 general election left her without a majority and victim to Brexit forces that would have broken a far stronger politician.

The 2019 European Parliament election results were a disaster for the Tories. May simply couldn’t counter the hard Brexit element in her party as she strove in good conscience to achieve a UK-EU withdrawal agreement that wouldn’t scupper the UK’s future with the EU. BJ did in fact vote for her third WA having rejected the previous two attempts. In December 2019, Johnson faced Jeremy Corbyn as the least popular leader of the Labour Party in memory who led

Labour to their worst general election result since 1935. Yes, Boris was lucky. His claim to fame, Brexit, was brought about by lies and is far from done. Relations with Europe are bad. The UK standing in the world is in serious decline and we have the lowest predicted growth rate in the G7 for 2023 according to the IMF. He «*liked his cake and eat it*» as the saying goes; the rules applied to others, not to a Colossus like himself. As his old Eton housemaster said disapprovingly of him at school: Johnson was «*Free of the network of obligations which binds everyone else*». And so he continued, caught out and sacked on various occasions in the past but always rising with impunity.

8. His Successor

The Tory party faces a difficult future: under present rules its successor will be chosen by largely white, wealthy and predominantly southern males with an average age of 57. The party's 2019 election success was due to northern and midland "red wall" seats, and some in north Wales, comprising poorer voters taken in by his promise of levelling up and expenditure on them. There are antipathies here and a class and culture antinomy that may not survive his departure. He struck a chord with the red wall voters on Brexit who saw nothing in the EU for them.

Will the support for Ukraine (almost certainly), levelling up (comprising what exactly?) and Brexit (indubitably) survive his leadership under a new Tory prime minister? How essential were his personal support for the bills to repeal the HRA and unilaterally re-write the NI Protocol for their successful negotiation through Parliament? Johnson's bombast was essential in undermining and diminishing international law through Parliamentary sovereignty – manifestly on display in the NIP and BoR Bills. None of the leadership contenders carry his chutzpah and that arrogant contumacy so necessary for Boris' front and assault on diplomatic and global legal norms. He was cut in the Trumpian mould.

Keir Starmer, the leader of the opposition Labour party, promised to call a vote of confidence in the Commons if Johnson tried to hang on as prime minister – a successful vote would presage a general election and the possibility of many Tory MPs losing their seats making them unlikely to vote in favour. On 18 July 2022, following an attempt by Labour to hold a confidence vote in both the

government and Johnson in order to try to force him out sooner, the government objected saying it was unnecessary because the prime minister had already said he will go. The Conservatives instead proposed their own confidence motion in the government.

Johnson's government won the confidence vote it had called in itself, with members of the governing party voting in support of their government to avoid triggering a general election. The government unsurprisingly won the vote by 349 to 238.

The Tories set in motion the process for selecting two candidates to stand for their leader and PM. After a series of eliminations voted on by Tory MPs, two candidates emerged who will go forward to a ballot by members of the Tory party. Rishi Sunak, former chancellor, and Liz Truss, the foreign secretary, will go to the Tory party members and will be voted on by 5 September. Among the vote by MPs, Sunak secured more votes. The electorate is now Tory party members not MPs. Membership numbers are not disclosed but membership characteristics were described above. Membership numbers between 160,000 and 175,000 – 172,000 was mentioned on September 5. According to the Office for National Statistics the UK electorate in 2020 was 47.6 million^[29]. A fee is paid for membership. Liz Truss emerged as the favourite in this contest and her avowal of “red meat” Thatcherite and right wing economic and social policies and a hard pro Brexit stance were manifest.

On 20 July, the day the two candidates emerged as final contenders, we witnessed the day of BJ's last question time in Parliament and he ended a bullish statement with “Hasta la vista, Baby” – a hint perhaps that he would be back as PM?^[30]

Truss duly emerged as the victor in the members' poll, but not with as resounding a victory as anticipated. On 6 September 2022, in Queen Elizabeth's last public official act as monarch before her demise, the Queen invited Truss to form a new government as prime minister.

9. Conclusion

This episode is about far more than just one bad apple and now that it is plucked from the barrel, almost, the problem is over. One should not presume that with the departure of the headstrong Johnson the political constitution in the UK will

return to normal and that self-restraint and balance will return to governance. Neither of the two candidates competing to replace Johnson as PM has shown any initial interest in addressing the constitutional problems his premiership has left^[31]. The chair of the committee on standards in public life, which advises the PM on such standards, wrote to the two candidates reminding them of the Nolan principles which he wanted to “re-engage” *i.e.*, they had been ignored. It is a responsibility of that committee to promote Nolan’s principles^[32]. The spirit of nationalism, enflamed by the maelstrom of Brexit, suffuses the Tory party. Contempt is shown among many leading current Tory politicians for international law, international cooperation and comity. In the world today they are not alone sadly.

Johnson showed that when a large Commons majority empowers the prime minister it represents a fearful force in politics. Parliamentary sovereignty can too easily be abused. There is no written constitution, although one might question what guarantee of security that might offer given the example of the US Supreme Court majority’s attachment to originalism^[33]. Events have brought forth calls for a written constitution in the UK. I have written elsewhere that the barriers to this are seemingly insurmountable^[34]. One cannot argue that the common law, and common law constitution, freeze law in time as the originalists argue for the US constitution^[35].

In the “No confidence” debate in parliament, Johnson boasted he had got Brexit done and he had “Seen off Baroness Hale”^[36], the UK supreme court president at the time of *Miller No 2*. He had done no such thing. It was characteristic empty bombast. But he has attempted to confine the power of the courts in judicial review, although the changes here are much more modest than the original plans, and to repeal the HRA. This specifically seeks to undermine the role of the ECHR, which remains a part of UK law, and the CHR which is reduced almost to an irrelevance. The changes also seek to impose restrictions on access to the domestic courts under the proposed bill. But the proposed changes do not affect the development of the common law of human rights which has been evolving for many years. It is to be hoped, and one expects, that the UK courts will continue to do their work fearlessly and constructively for they are essential safeguards in checking abusive and unlawful government. The day after assuming office, Truss’ government announced it was dropping Johnson’s bill to

repeal the HRA. The bill was described as “politically unworkable”.

The practice of allowing a political party to elect a new leader when in power with such a small and one-sided constituency belittles the fact that it is not just a party leader that they are electing but the PM and head of government. The same opportunity would be given to any governing party, there is no favouritism here, but what is belittled is the interest of the state and the public interest inherent therein. If the resignation of a leader leads to the requirement of legitimation of a new PM via a general election, Johnson’s ministers would never have resigned forcing his resignation. They might well have lost their seats! Elect a party leader by membership, it is after all a token to wider participation, but the choice of PM should be endorsed by a vote in Parliament.

There is manifestly a problem with the upholding of standards within government and the deficiencies of the “Ministerial Code” and the role of the independent adviser were exposed in detail. The code has been in the personal gift of the prime minister. Is it time to back the code up with legislation, which would set a framework for its operation and which would include the Nolan principles as a mandatory requirement together with the re-inclusion of ministerial adherence to international law. It might also in a rare case offer the courts a look-in where a breach transgresses domestic law. The code should also allow the adviser to conduct his/her own inquiry into ministers, including the prime minister, and set the expectation that the prime minister will abide by the adviser’s findings and recommendations unless the prime minister spells out good reason not to accept the recommendation. This would lay the prime minister open to judicial review where the recommendation is not followed, and non-acceptance is not fully reasoned^[37]. The government did not consider it appropriate to legislate for the code or for the office of independent adviser, arguing this would undermine the constitutional settlement by conflating the executive and legislature, and would encourage judicial review of “political matters” that the government considers to be non-justiciable. «*It would not be in the public interest to further fuel politically-motivated judicial reviews*»^[38].

The question of standards in public life raises many concerns which we cannot address: scrutiny of public appointments, elevation to the unelected House of Lords by PM patronage, allowing MPs a free vote on debates concerning recommendations from the public standards committee, transparency and

lobbying. A report by the independent committee on standards in public life has set out detailed proposals for reform^[39].

The major reason for the division in UK politics and the reason for Johnson's ascendancy is of course Brexit. The fact is that even though a majority of well over 50pc of UK electors in a variety of polls believe Brexit was a mistake, and around 35pc think otherwise, polls also show a new referendum on Brexit would be once again close to evenly split. The UK still has a long, long way to go to come to terms with Brexit. It is a journey that has hardly begun.

Two matters of concern to the EU follow from this. One concerns the Bill to undermine the NI Protocol which Johnson signed and praised in 2019. This passed its third reading on 20 July and now makes its way to the Lords where one can expect vigorous opposition.

The second is the Bill of Rights Bill to repeal and replace the HRA. This does not touch the EU, although it does affect the UK's obligations under the UK-EU treaties and NI Good Friday agreement and UK devolved responsibilities. This also can expect a bumpy ride in the Lords. There is a convention that the Lords will not vote against commitments given by a government in a general election manifesto. But the 2019 Tory manifesto spoke of "updating" the HRA not removing it, and undermining the ECHR and CHR. The dropping by Truss of the Johnson bill repealing the HRA was noted above.

1. With reference to the expression used in the title, "Them's the breaks", please consider that it's a US street talk for the way the balls spread in a pool game after the initial "break".
2. <https://commonslibrary.parliament.uk/general-election-2019-turning-votes-into-seats-for-figures>.
3. <https://www.theguardian.com/commentisfree/2012/oct/10/boris-johnson-unfit-to-be-prime-minister>
4. <https://www.bbc.co.uk/news/uk-politics-49102495>
5. See Commons Public Accounts Committee: <https://committees.parliament.uk/publications/23257/documents/169721/default/> and serious shortcomings in audit trails, transparency and contracting procedures amounting to 'woefully inadequate record-keeping' by the department for health and social services in awarding contracts worth almost £777 million. See note 11 below.
6. *Miller v Prime Minister* [2019]UKSC 41.
7. See P. Birkinshaw at <https://ceridap.eu/the-uks-future-contribution-to-european-public-law/>.
8. The literature is voluminous, but a useful starting point is John Laws *The Common Law Constitution* (2014) Cambridge University Press.

CERIDAP

9. The Committee ruled that ‘intent’ was not a necessary component of the parliamentary offence of contempt by misleading the House <https://committees.parliament.uk/publications/23198/documents/169500/default/> 31. [T]he focus of the House’s contempt jurisdiction is on the effect of the action or omission in question – does it impede or obstruct the House’s functions, or does it have the tendency to do so, directly or indirectly. 32. It is not necessary that intention is involved. Although some degree of intent may be inherent in the public perception of “misleading”, that is not decisive. I add, failing subsequently to correct a misleading statement could well amount to a contempt regardless of an absence of intent to mislead at the time of making the statement.
10. <https://www.parliament.uk/business/publications/commons/hoc-code-of-conduct/> This is an internal Parliamentary code, not law.
11. See note 5 above for the highly critical report by the Commons Public Accounts Committee on one of these companies. All the criticised parties denied culpability.
12. The committee’s forerunner was established in 1995 following serious corrupt activity by MPs. On the separate Independent Committee on Standards in Public Life reporting to the PM, which was established in 1994, see note 32 below.
13. See PAC note 5 above.
14. Committee on Standards - Hansard - UK Parliament.
15. House of Commons Hansard Debates for 13 Feb 2002 (pt 10) (parliament.uk).
16. Committee on Standards - Hansard - UK Parliament.
17. 5 November 2021.
18. See the following link here.
19. Investigation into alleged gatherings on government premises during Covid restrictions: Update (publishing.service.gov.uk)
20. See *R (FDA) v Prime Minister* [2021] EWHC 3279 (Admin).
21. F.W.Maitland, *The Constitutional History of England*, (1955 reprint), pp. 387-388.
22. Ministerial Code (publishing.service.gov.uk).
23. Statement of Policy and role of Independent Adviser: Revisions to the Ministerial Code and the role of the Independent Adviser on Ministers’ Interests - GOV.UK (www.gov.uk).
24. Read Lord Geidt’s letter of resignation as Boris Johnson’s ethics adviser | Boris Johnson | The Guardian.
25. See conclusion below and text at note 38 and 39.
26. Global Britain in a competitive age (publishing.service.gov.uk).
27. <https://www.civilserviceworld.com/professions/article/exfco-perm-sec-no10-needs-to-come-clean-on-pincher-story>
28. Johnson will stay in office as caretaker for two months, the same period as Mrs May, but he initially announced “until the autumn” – presumably hoping to stay on until the Tory party conference in October and an opportunity to appeal to the Tory members? On 6 September, he announced that like Cincinnatus he was retiring to the plough – Cincinnatus was recalled by Rome to defend her against her enemies!

CERIDAP

29. Electoral statistics, UK - Office for National Statistics (ons.gov.uk).
30. Engagements - Hansard - UK Parliament.
31. Sunak has said he would “replace” Lord Geidt.
32. See note 38 below. The chair is Lord Evans, former director of MI5, the secret service. The first chair was Lord Nolan: Committee on Standards in Public Life - GOV.UK (www.gov.uk).
33. *Dobbs v Jackson WHO* USSC No 19-1392 (24/06/22) on abortion; *New York State Rifle & Pistol Association v. Bruen* USSC No 20-843 (23/06/22) on right to carry guns.
34. P. Birkinshaw, in P. Huber, ed. *The EU and National Constitutional Law*, at pp. 205-206.
35. The dominant creed of a majority of USSC justices.
36. He defeated her. See Confidence in Her Majesty’s Government - Hansard - UK Parliament, col 726.
37. *Rob Evans v Attorney General* [2015] UKSC 21; *R (Bradley) v Secretary of State for Work and Pensions* [2009] QB 114.
38. Statement of government policy: standards in public life - GOV.UK (www.gov.uk)
Statement of government policy: standards in public life - GOV.UK (www.gov.uk) (27 May 2022).
39. Upholding Standards in Public Life - Published Report - GOV.UK (www.gov.uk).

“Constitutionalisation” of judicial review of administrative action in Australia

Emily Hammond

DOI: 10.13130/2723-9195/2022-4-27

In che misura, e in che modo, il controllo giurisdizionale è influenzato dal suo specifico contesto costituzionale? I recenti sviluppi nel controllo giurisdizionale sull'esercizio dei poteri amministrativi in Australia possono essere di un certo interesse per esplorare questo terreno. Questo paper discute dell'impatto della legge fondamentale australiana, la Costituzione, sull'applicazione giudiziaria di un concetto centrale per il sindacato giurisdizionale: l'invalidità. Sostiene che il pieno impatto della separazione del potere giudiziario nella Costituzione australiana sulla riflessione sullo status delle decisioni “invalidate” deve ancora essere rivelato; e indica alcuni settori potenziali in cui possono essere necessari adeguamenti dottrinali per riflettere e integrare il ruolo dell'invalidità “costituzionalizzato”.

To what extent, and in what ways, is judicial review shaped by its specific constitutional context? Recent developments in Australian judicial review of administrative and adjudicative powers may be of some interest in exploring this terrain. This paper discusses the impact of Australia's basic law, the Constitution, on judicial application of a concept central to judicial review: invalidity. It argues that the full impact of the separation of judicial power in Australia's Constitution on thinking about the status of “invalid” decisions has yet to be revealed; and indicates some potential areas where doctrinal adjustments may be necessary to reflect and integrate the ‘constitutionalised’ role of invalidity.

1. Introduction

Over the last two decades, Australian judicial review of administrative and adjudicative powers⁽¹⁾ has undergone a process of “Constitutionalisation”. That is,

an iterative process of judicial interpretation of Australia's *Constitution* has revealed that a defined (limited) measure of judicial review of administrative and adjudicative action is non-derogable by ordinary statute. This entrenched measure of review extends to remedying invalid administrative and adjudicative action. Thus invalidity – a concept long present in common law – has been elevated to fulfil a constitutional role as a touchstone for that measure of judicial review that is required by the *Constitution* and cannot be ousted or thwarted by ordinary legislation. This has triggered a dynamic interplay between the *Constitution* and what was previously considered “pure” common law doctrine. The interplay is a work in progress but some of the potential doctrinal impacts are taking shape, as this paper will discuss.

The concept of invalidity has a long and contentious history within common law judicial review of administrative and adjudicative powers. In the abstract, the concept is readily defined: an invalid action is unauthorised and therefore lacks some or all of its purported legal consequences. So understood, it is clear that judicial review to remedy invalidity focuses on decision-making authority rather than the correction of error. It is also clear that an invalid decision remains a decision in fact and may have some legal consequences. Predictably, what appears clear in the abstract becomes elusive and contested in application. There are two dimensions that are vexing. First, how is invalidity identified given that some legal errors are authorised? Second, precisely which of a decision's purported legal consequences are denied by invalidity? These puzzles do not disappear when the concept is elevated to act as a touchstone for entrenched review. Rather, they must be worked through in a different legal register reflecting the “constitutionalized” function of invalidity.

Some commentators on Australian public law have expressed scepticism about the *Constitution's* impact on judicial review doctrine. The mere fact that the *Constitution* adopts invalidity as a pivotal concept (marking the boundary of entrenched review) does not necessarily mean that the *Constitution* imparts any substantive content to the concept^[2]. And it must be conceded that caselaw in the era of constitutionalisation has not clearly laid out a necessary conceptual structure for judicial thinking about invalidity^[3]. Should we then conclude that the *Constitution* has no substantive impact on anterior common law approaches to invalidity? I believe that might be too hasty. The impact of

constitutionalisation on review doctrine is a work in progress. I would argue that recent Australian caselaw sets a discernable trajectory for future doctrinal development, in which thinking about invalidity will be more overtly shaped by the Australian *Constitution*'s substantive demarcation between courts and other repositories of governing power over individual rights, which are seen from this vantage point as “non-courts”¹⁴.

The traditional English-Australian common law approach to judicial review of administrative and adjudicative action does not strictly differentiate between court and non-court decisions. This is hardly surprising given that the anterior common law was originally forged in the context of an unwritten flexible constitution in which non-courts exercise judicial power. In contrast, as will be discussed below, Australia's *Constitution* makes the exercise of judicial power in federal matters exclusive to courts, and protects the essential characteristics that give “courts” qua courts their institutional integrity. This separation of judicial power generates a direct mandate for judicial review to remedy invalid decisions of non-courts (decision-makers other than courts). Importantly, that mandate for review of non-court decisions also carries implications for the status of invalid non-court decisions. As such, it seems clear that the “Constitutionalisation” process will require Australian courts to make further necessary accommodations for the demarcation between “courts” and “non-courts” under Australia's *Constitution*.

2. Judicial review of administrative and adjudicative action in Australia

In certain respects, the Australian way of thinking about judicial review of administrative and adjudicative powers reflects the historical origins of the present Australian legal system in Britain's colonisation of Australia¹⁵. As in the English common law tradition, judicial review is provided on an application engaging a superior court's original jurisdiction to issue remedies that have a narrow and specific purpose, namely to prevent government actors attributing a purported exercise of governing power with a legal force and effect that it does not, in law, possess. Judicial review remedies can quash (set aside) a purported exercise of state power; mandate performance of a public duty that remains

unperformed in fact or law; or prohibit government action to finalise or implement an unauthorised decision.

On the other hand, judicial review in Australia departs from the English model in some notable respects. Two should be mentioned by way of introduction, before turning to the process of constitutionalisation of Australian judicial review of administrative and adjudicative powers.

First, judicial review is available to enforce prohibitions on legislative power expressed or implied in the *Constitution*. The *Constitution* established the present Australian federation of what were then self-governing British colonies. It is the ultimate legal source of all legislative, judicial and executive power in the polities recognised in the *Constitution*. The legislative power of every Australian polity established under that basic law is subject to its terms, and every Australian court is bound to enforce the *Constitution* as superior law. For this reason, an application for judicial review of administrative or adjudicative powers conferred by statute may be made on the grounds that the statute itself is invalid for inconsistency with the *Constitution*.

Second, there is a federal dimension to judicial review in Australia. Australia is a federation comprising seven autonomous constitutional polities: six states, and a national polity (“the Commonwealth”)^[6]. From a domestic legal perspective, the Australian States and Commonwealth are distinct constitutional persons. Each polity possesses complete legislative, executive and judicial powers, and the capacities associated with legal personality. Each polity possesses and exercises its own judicial power, including power to review the exercise of that polity’s public powers. In practical terms there is a degree of integration in judicial review doctrine. This is in large part because Australia has a single national common law; and the High Court of Australia (“the High Court”) is the apex appellate court for all judicial orders of Australian courts^[7].

3. “Constitutionalisation” of Australian judicial review of administrative and adjudicative action

The constitutionalisation of Australian judicial review refers to a process, unfolding over the last two decades, through which judicial review doctrine is increasingly inflected by the judiciary chapter of the *Constitution*. Specifically,

the concept of invalidity has been elevated and given a new constitutional role in demarcating the boundary of certain entrenched judicial review authorities, i.e. authorities that are non-derogable by ordinary statute. The High Court has identified three express or implied terms that entrench judicial review for invalidity:

1. By conferring original jurisdiction on the High Court in a defined class of disputes, the *Constitution* entrenches that Court's authority to remedy invalid purported exercise of Commonwealth public powers^[8].
2. By requiring the continued existence of a "Supreme Court" in each Australian State, the *Constitution* impliedly requires that each Supreme Court retain a supervisory jurisdiction that is an essential feature of a "Supreme Court". This implication entrenches the authority of each State Supreme Courts to remedy invalid purported exercise of that State's public powers^[9].
3. By making the exercise of judicial power in federal matters exclusive to courts, the *Constitution* entrenches judicial review to remedy invalid purported decisions by non-courts in federal matters^[10].

The first two-mentioned sources of entrenchment have been at the forefront of Australian thinking about constitutionalisation and judicial review doctrine to date. This is understandable. They are implied from the express text of the *Constitution* and provide a positive guarantee of a minimum measure of judicial review, by entrenching certain superior courts' jurisdiction to issue identified remedies against invalid purported assertions of governing power.

The third-mentioned source of entrenchment is less prominent in commentary on Australian judicial review. It rests on an interpretation of an implication drawn from the text and structure of the *Constitution*. And it operates negatively, by denying legislative power to confer any power on a non-court without some avenue of judicial review to remedy invalidity. Nevertheless, I would suggest it is becoming clear that it is this third-mentioned source of entrenchment which is most likely to have a substantive generative impact on Australian judicial review doctrine.

4. A separation of powers mandate for review of invalid non-court decisions

The entrenchment of review via the separation of powers requires some unpacking. As stated, it relies on an interpretation of an implication drawn from the text and structure of the *Constitution*. In this section, I will explain the implication, then the interpretation of that implication that gives rise to entrenched review of (certain) invalid non-court decisions.

4.1 *Constitution's* implied prohibition on non-courts exercising judicial power in federal matters

The implication of interest here is that the *Constitution* makes the exercise of judicial power in federal matters exclusive to courts. In other words, non-courts are constitutionally incapable of exercising judicial power in federal matters. It has long been recognised that Commonwealth judicial power can only be exercised by courts^[11]. Until recently, it was assumed that State judicial power can be exercised by non-courts (continuing what was permitted under the flexible “uncontrolled” constitutions established in Britain’s colonies in Australia that became Australia’s present states). However in 2018, the High Court clarified that judicial power in certain subject-matters – those expressly identified as “federal matters” in the *Constitution* – is exclusive to courts^[12]. This important ruling reveals that the *Constitution* contains a coherent scheme for adjudication on the nine categories legal controversies which are placed within the reach of federal judicial power^[13]. By clarifying that judicial authority in federal matters is exclusive to courts, the High Court has for the first time recognised that the *Constitution* limits state legislative power to confer state judicial power on non-courts.

As the 2018 ruling from the High Court reveals, the judiciary chapter of the *Constitution* contains an exhaustive scheme, making the exercise of judicial power in federal matters exclusive to courts. It is important to emphasise that this ruling engages a dynamic longer-standing stream of caselaw on the defining characteristics of “courts”. That stream of caselaw recognises that there are certain essential characteristics an institution must possess to qualify as a “court”

for the purpose of the *Constitution*. These features, which are said to give courts their “institutional integrity”^[14], have not been comprehensively defined. They include the reality and appearance of independence and impartiality, adherence to the rules of procedural fairness, acceptance (as a general rule) of the open court principle, and the provision of reasons for decisions^[15]. The essential characteristics speak to Australia’s largely procedural or formal conception of the rule of law. Moreover, the standards they set are flexible being that they are «*not plucked from a platonic universe of ideal forms ... and cannot be absolutes*»^[16]. It would be fair to say that the institutional integrity jurisprudence provides an oblique and relatively weak protection of civil liberties^[17]. Nevertheless, given the narrow domain of Australia’s *Constitution* and its minimal rights protections^[18], this jurisprudence is an important safeguard for individuals in their relationship to governing power in Australia. The idea that institutional qualities of independence, impartiality and fairness differentiate “courts” from “non-courts” has a structural significance in the system of government established by the *Constitution*.

4.2 Interpretation of the boundary between judicial and executive power

As stated, the constitutional mandate for review to remedy invalid non-court decisions rests on an interpretation of the implied separation of judicial power in federal matters. That interpretation relates to the nature of “judicial power” and, more precisely, what differentiates it from executive power^[19]. The interpretation holds that executive power cannot have any legal force or effect on subjects’ rights or liabilities unless and to the extent it is authorised by a common law prerogative or a statute. For this reason, a non-court which is constitutionally incapable of exercising judicial power must be subject to judicial review to remedy any invalid purported exercise of governing power over subjects’ rights or liabilities. The interpretation that draws a mandate for judicial review from the separation of judicial power is not without controversy. For this reason, it is necessary to say something further about the logic of this interpretation.

One way of thinking about the separation of judicial power is by reference to functions that have been identified as exclusively judicial – for example, the

adjudication and punishment of criminal guilt^[20]. But this cannot be the only way of thinking about the separation of judicial power, because many functions are capable of being performed through an exercise of “executive” or “judicial” power^[21]. It is therefore helpful to also consider what can permissibly be achieved through judicial performance of an innominate function, that cannot result from an executive performance of the same function.

In this regard, it is productive to recognise one simple marker that differentiates judicial from executive power. This lies in a specific quality of finality and conclusiveness that can be present in an exercise of judicial power, but which is denied to an exercise of executive power – namely a constitutional authority to bind by compulsive force of law even though impaired by invalidating (jurisdictional) error. That is, as Australian authorities recognise, an invalid purported exercise of judicial power can have a provisional legal force unless and until set aside. Conversely, an invalid purported exercise of executive power cannot have any legal force whether or not it is set aside. Recognising this to be the case confirms the importance and value of the Australian *Constitution*’s institutional safeguards on the exercise of judicial power in federal matters. The constitutional institutional integrity of courts operates on the form of state power that carries what might be considered an “authoritarian”^[22] potential – namely potential to determine the subjects’ rights or liabilities by compulsive force of law even though impaired by invalidating (jurisdictional) error.

This interpretation draws on themes in Australian caselaw on the nature of judicial and executive power. First and foremost, this interpretation rests on judicial accounts emphasising an executive inherent incapacity to unilaterally alter subjects’ rights or obligations. By this it is meant that executive action has no intrinsic authority to unilaterally affect the legal position of the subject – to affect the subjects’ rights or liabilities *in invitum* (by force of law irrespective of consent)^[23]. Executive action cannot have a unilateral “non-optional” effect on rights or obligations unless and to the extent that the executive action attracts the operation of a common law prerogative or statute.

It is of course true that Australian legislators routinely enact statutes which provide that rights or liabilities are to be as specified in administrative decisions made under the statutes. Administrative decisions made in this way can have a legal effect on rights when the law identified in the statute – operating on the fact

of the decision – has this legal effect. The important point is that an administrative decision manifesting unilateral state power over rights does so as a factum by which the statute operates to affect rights^[24]. The same logic applies if one of the historical common law prerogative powers over subjects' rights is available to an executive branch actor^[25]. The executive action of “deciding” in and of itself – separate from a common law prerogative or statute operating through it – cannot unilaterally affect the subject's rights. Unless executive action engages a prerogative or statute, in the sense of being directly legally authorised by one or the other, executive action without more simply cannot «*dispense from the general system of law*»^[26].

Relatedly, this inherent executive incapacity means that an invalid decision made by a repository constitutionally incapable of exercising judicial power cannot have any legal force, in the sense that it cannot specify subjects' rights or obligations by force of law. The result is a combination of two factors: (i) an invalid decision is one that, being unauthorised, does not attract the operation of the prerogative or statute pursuant to which it was made^[27]; and (ii) the underlying inherent executive incapacity to unilaterally affect the legal position of the subject.

Of interest to the separation of powers, this inherent incapacity is not shared by the judicial power of a polity. In Australian law it is well-established that there is a potential inherent in judicial power to support orders that have legal force unless and until set aside. Examples can be found in cases considering judicial orders imposing liabilities under statutes subsequently held unconstitutional, or otherwise affected by jurisdictional error^[28]. To put it another way, even a purported (invalid) exercise of judicial power can manifest the polity's state power to determine rights. The reason why is because, in constitutional terms, the judicial power of a polity exists to provide a final arbiter of rights. A necessary cost of finality is that judicial orders can have intrinsic efficacy to render a determination of rights or liabilities conclusive and binding unless and until set aside – even if invalid.

This interpretation of executive and judicial powers gives rise to the separation of powers' mandate for judicial review of invalid decisions by non-courts incapable of exercising judicial power: such non-courts cannot validly be authorised to determine the limits of their own jurisdiction over subjects' legal rights or

liabilities^[29]. The key here is that the function of rendering a conclusive determination of the limits of public powers over subjects' rights or liabilities is exclusively judicial and requires an exercise of a polity's judicial power. As such, judicial review to remedy invalid decisions is constitutionally-mandated for powers vested in any non-courts in federal subject-matters – those non-courts being constitutionally incapable of exercising judicial power.

5. “Constitutionalisation” and judicial review doctrine: Generative or neutral?

As indicated earlier, some Australian public law scholars are unconvinced that the “constitutionalisation” of judicial review for invalidity has any necessary or substantive impact on doctrine. A concept that is pivotal, in marking out the boundary of entrenched review, could well be purely formal or conclusory, and therefore have no substantive impact on doctrine^[30]. Certainly, it would seem that the *Constitution's* entrenchment of specific superior courts authority to issue remedies for invalidating error has not set any radical new direction for doctrines relating to the content or consequences of invalidity. Acknowledging that, I nevertheless suggest that the separation of powers mandate for review may ultimately prove more generative than those positive grants of non-derogable review authority. In fact, I would suggest that as the separation of powers mandate for review to remedy invalid non-court decisions becomes more prominent in thinking about “constitutionalisation”, it will drive some reconceptualisation of the doctrines associated with invalidity. In particular, it will likely catalyse some reframing of Australian doctrines relating to the consequences of invalidity, to better reflect the distinction between “courts” and “non-courts” in the Australian *Constitution*.

5.1 Invalidity as a doctrine of Australian common law

In order to discuss the *Constitution's* influence on the content and operation of this concept, it is necessary to first briefly sketch the state of authority on the consequences of invalidity.

As a preliminary point, an invalid (or “unauthorized”) decision is one impaired by “jurisdictional error”. A “jurisdictional error” is a term of conclusion that

applies to a legal error of a particular kind – material breach of a legal condition on decision-making power^[31]. In Australian law, “invalidity” has not been merged with “error”, “legal error” or even “material legal error”. On the contrary, not all material legal errors are invalidating (“jurisdictional”) errors. Unsurprisingly, applying this concept often requires evaluative judgment on closely-balanced issues of law and fact that differentiate “jurisdictional” from “non-jurisdictional” errors. I will not pursue those issues here, as my argument relates instead to the consequences of invalidity.

When it comes to the consequences of invalidity, Australian authorities support three key propositions. First, the High Court has explained that invalidity deprives a decision made in purported exercise of statutory power of «*the characteristics necessary for it to be given force and effect by the statute pursuant to which the decision-maker purported to make it*»^[32]. This is true of any decision in purported exercise of a statutory public power.

Second, Australian authorities make a categorical distinction between judicial orders of superior courts (on the one hand) and decisions of other state courts – inferior courts or non-courts (on the other). A judicial order of a superior court has a provisional legal force unless and until set aside, even if it is invalid. In contrast, an invalid decision of an inferior court or non-court is said to lack legal force whether or not the decision is set aside^[33].

Third, even an invalid purported decision of an inferior court or non-court may have some legal consequences despite the fact that it is «*wholly lacking in legal force*»^[34]. For instance, it may enliven a review procedure, or authorise some other secondary official action on the basis that the purported decision exists in fact. The conventional analysis of this phenomenon draws a distinction between a decisions “legal force” and its “existence in fact”: «*[A] thing done in the purported but invalid exercise of a power conferred by law, remains at all times a thing in fact. That is so whether or not it has been judicially determined to be invalid. The thing is, as is sometimes said, a ‘nullity’ in the sense that it lacks the legal force it purports to have. But the thing is not a nullity in the sense that it has no existence at all or that it is incapable of having legal consequences*»^[35].

Once this step is taken, the method of identifying legal consequences of invalid decisions devolves to a case-by-case assessment: «*The factual existence of the thing might be the foundation of rights or duties that arise by force of another, valid, law.*

The factual existence of the thing might have led to the taking of some other action in fact. The action so taken might then have consequences for the creation or extinguishment or alteration of legal rights or legal obligations, which consequences do not depend on the legal force of the thing itself. For example, ... the exercise of a statutory power might in some circumstances be authorised by statute, even if the repository of the power acted in the mistaken belief that some other, purported but invalid exercise of power is valid»^[36].

5.2 Constitutionalisation and invalidity

The separation of powers mandate for review (described earlier) has a clear potential to drive new approaches in Australian doctrine relating to invalidity. In this section, I seek to demonstrate this by providing a general outline of emerging doctrinal implications of the separation of powers mandate for review of non-courts. To this end, I will address two points on which the logic of the separation of powers generates new perspectives on invalidity and its consequences.

5.2.1 Constitutional limits on the legal consequences that can attach to invalid non-court decisions?

First, the separation of powers mandate suggests that there may be constitutional limits on legislative power to attach legal consequences to invalid non-court decisions. It also provides forensic clarity as to which purported legal consequences can and cannot be attributed to an invalid non-court decision.

The kind of legal consequence that raises separation of powers concerns is when a decision purports to specify the rights or obligations of the subject by force of law. This is because the quality that distinguishes judicial power is its potential to sustain a decision that specifies rights or obligations by force of law unless and until set aside even if the decision is invalid. As such, the separation of powers requires the law relating to invalidity to make a distinction between “legal force” (whether individual rights or obligations are as specified in the purported decision)^[37] and other legal consequences.

Some examples might assist to demonstrate the potential impact of this distinction. On the one hand, the separation of powers would in principle

constrain legislative power to authorise secondary official action to enforce liabilities specified in an invalid non-court decision. This is because there is a constitutional scheme to ensure that the exercise of state power with the relevant potential (to have legal force unless or until set aside despite invalidating legal error) is, in federal subject-matters, exercised by institutions who are subject to the “institutional integrity” jurisprudence that generates certain structural safeguards for individuals. It is therefore important that secondary official action on the fact of a non-court decision in a federal matter does not in substance negate the fundamental constitutional incapacity of executive action to specify the subjects’ rights or obligations other than through an authorised exercise of statutory power or common law prerogative.

On the other hand, the separation of powers need not constrain legislative power to create an appeal or review avenue from an invalid non-court decision. The reason being that exposing a decision to review or appeal does not assume that rights or liabilities are as specified in the primary decision. Instead, it enables examination of whether the decision is made according to law (in the case of judicial review) or whether the decision is the correct and preferable decision (in the case of merits review)^[38]. Thus, conferring a right of appeal or review involves no risk to the separation of powers because creating that avenue does not, in substance, attribute legal force to the invalid non-court decision.

The idea that the *Constitution* limits legislative power to attach “legal force” to invalid decision represents a significant departure from conventional common law doctrine. Recall the conventional way of thinking about the consequences of invalidity draws a distinction between a decision’s legal force and its existence in fact but goes on to propose that legislators may attach any legal consequences to an invalid purported decision, so long as they make clear that the consequences attach to the decision’s existence in fact. A decision’s existence in fact can, on this conventional view at common law, support any legal consequence – including a provisional legal force, unless or until set aside; or secondary regulatory action on the basis that rights or obligations are as specified in the purported decision. But if any legal consequence can attach to an invalid decision, there is an obvious risk to the structural safeguards provided by the *Constitution*’s separation of judicial power in federal matters.

The orthodox common law approach to invalidity seems to imply that all

purported decisions that exist in fact are interchangeable artefacts when it comes to thinking about the legal consequences that the decision in fact may have even if invalid. This way of thinking sits oddly, to say the least, with the careful, principled and purposive constitutional scheme that makes judicial power in federal matters exclusive to courts. That scheme provides a distinctive institutional context for the exercise of the form of state power with a distinctive aspect – a potential to determine rights or liabilities unless or until set aside despite invalidity. By making judicial power in federal matters exclusive to “courts”, the *Constitution* provides significant constitutional safeguards against arbitrary, unfair or unlawful exercise of this, the type of state power over subjects which carries this potential. Given this, it seems likely that Australian doctrine will likely evolve to clarify that while some legal consequences (such as enlivening an avenue of review or appeal) can attach to invalid non-court decisions, they cannot be treated as if they have “legal force” i.e. specifying rights or obligations by force of law.

5.2.2 Differentiating “inferior courts” and “non-courts”?

The separation of powers mandate for review may also have another substantive impact on Australian doctrine. As discussed, the *Constitution*'s scheme draws a distinction between “courts” and “non-courts”. As earlier mentioned, current Australian common law on invalidity makes a different categorical distinction – between judicial orders of superior courts (on the one hand) and decisions of inferior courts and non-courts (on the other). In this regard, the present common law maintains that judicial orders of inferior courts are in the same position as non-court orders^[39]. This follows on anterior English common law which assumes a flexible constitution that permits executive and judicial powers to be combined in courts and non-courts alike. As the process of “Constitutionalisation” of Australian law continues, it will likely require some differentiation between inferior court and non-court decisions in federal matters. The *Constitution* does not deny legislative power to confer legal force on court orders in federal matters (on the contrary, all “courts” – even inferior courts – are subject to the “institutional integrity” caselaw that provides safeguards for individuals affected by court orders). And so in time the “Constitutionalisation” of invalidity may

well involve rethinking the present doctrine that assumes invalidity operates in the same way for inferior court and non-court decisions.

6. Conclusion

Australian judicial review of administrative and adjudicative decisions is still undergoing a process of “Constitutionalisation” that started two decades ago. The process has elevated invalidity to play a pivotal role, as a touchstone for an entrenched measure of judicial review. While some are sceptical about the *Constitution*’s impact on doctrines associated with invalidity, I would argue that this remains a work in progress. Specifically, I would argue that the trajectory of constitutionalisation will most likely follow the scheme that the *Constitution* lays down to safeguard the exercise of judicial power in federal matters.

Australia’s *Constitution* lays down structural safeguards for legality, fairness, impartiality and transparency in the exercise of judicial power on subject-matters that lie within federal jurisdiction. It does this by making the exercise of judicial power in federal matters exclusive to a class of institutional repositories (“courts”) whose orders are subject to the system of appeals established by and under the *Constitution* s 73; and denying legislative power to impair the essential characteristics of the nature of judicial power, or the defining features of courts – including institutional and decisional independence and impartiality, and adhere to fair process, open court principles and reason-giving. This complex jurisprudence appears very technical and detailed, but its beneficial purpose is clear: It operates to hardwire certain qualitative controls on the institutional repositories that are permitted to exercise judicial power in federal matters. The integrity of this scheme requires further doctrinal responses, to ensure that non-court decisions in federal matters are not attributed with qualities unique to judicial power, and denied to executive power. As discussed in this paper, it can be predicted that this will likely stimulate new thinking about the consequences of invalidity, to better integrate the constitutional faultline between “courts” and “non-courts” under the *Constitution* and the structural protection it affords for individuals subject to governing power.

1. I here distinguish judicial review of legislation. Legislative powers in Australia are subject to judicially-enforceable prohibitions in Australia’s basic law, the *Constitution*. However,

- my focus in this paper is on judicial review of administrative or adjudicative action, i.e. with action supported by a polity's executive or judicial powers (not its legislative powers).
2. Cfr. L. McDonald, *Jurisdictional Error as Conceptual Totem*, *University of New South Wales Law Journal*, 42 (3), 2019, p. 1019.
 3. Cfr. J. Boughey and L. Burton Crawford, *Jurisdictional Error: Do We Really Need It?*, in M. Elliott, J. NE Varuhas and S. Wilson Stark (eds), *The Unity of Public Law? Doctrinal, Theoretical and Comparative Perspectives*, Hart Publishing, Oxford, 2018, p. 395.
 4. The diversity of institutional actors vested with governing power over individual rights is evident, both within and beyond the judicial and executive branches of government. For the purpose of the Australian constitutionalisation story, the key consideration is whether a repository is, or is not, a “court” within the meaning of the judiciary chapter of the *Constitution*.
 5. Relevantly for the doctrinal analysis in this paper, the sovereignty acquired by the British Crown, on which Australia's present system of laws and government is based, is not justiciable in Australian domestic law. As a non-indigenous Australian, I recognise that those former British colonies were founded in territory of Australia's First Nations whose sovereignty was not ceded or extinguished, and support the proposals to provide structural recognition of the continuing First Nations' sovereignty described in the Uluru Statement from the Heart: see <https://ulurustatement.org/>.
 6. Australia also has two self-governing territories whose powers of self-government are conferred by Commonwealth laws made in exercise of the power given to the Commonwealth in respect of territories (*Constitution*, s 122). As a result of that legislation, self-governing territories are on much the same footing as states, and *some* of the *Constitution's* express and implied prohibitions apply to government in the territories in the same way as to government in the states. However, for simplicity I will focus discussion in the present paper on the polities that are directly recognised as autonomous polities in the *Constitution*, namely the (national) Commonwealth and (sub-national) States.
 7. For clarity, the term “Supreme Court” applies to the highest courts within each State court system. The “High Court of Australia” is the highest federal court and hears appeals in state matters from state Supreme Courts.
 8. This implication from *Constitution*, ss 75(iii) and (v) is central to judgments that protect the High Court's entrenched jurisdiction from laws that purport to oust, limit or impede effective judicial review, see: *Plaintiff S157/2002 v Commonwealth* (2003) 211 CLR 476 (*'Plaintiff S157/2002'*); *Bodruddaza v Minister for Immigration and Multicultural Affairs* (2007) 228 CLR 651; *Graham v Minister for Immigration and Border Protection* (2017) 263 CLR 1.
 9. This implication from the *Constitution*, s 73 was established in *Kirk v Industrial Court of New South Wales* (2010) 239 CLR 531.
 10. This distinct source of entrenchment for judicial review is recognised in *Plaintiff S157/2002* (n 8), 484 [9] (Gleeson CJ), 505 [73], 511- 512 [98] (Gaudron, McHugh,

CERIDAP

- Gummow, Kirby, Hayne JJ); *R v Coldham; Ex parte Australian Workers' Union* (1983) 153 CLR 415, 419 (Mason ACJ and Brennan J), 426 – 8 (Deane and Dawson JJ).
11. This being the “first limb” of the separation of Commonwealth judicial power, see: *New South Wales v The Commonwealth* (1915) 20 CLR 54; *Waterside Workers' Federation of Australia v J W Alexander Ltd* (1918) 25 CLR 434 (‘*Waterside Workers'*’); *R v Kirby; Ex parte Boilermakers' Society of Australia* (1956) 94 CLR 254.
 12. *Burns v Corbett* (2018) 265 CLR 305, 335 [43], 342 [58] (Kiefel CJ, Bell and Keane JJ), 346 [68] (Gageler J).
 13. *Constitution*, ss 75 and 76. Note that at least some of these are apt to describe disputes that could also lie within a state’s jurisdiction (e.g. disputes between residents of different states; disputes arising under the *Constitution*).
 14. *Fardon v A-G (Qld)* (2004) 223 CLR 575 (‘*Fardon'*’), 591 [15] (Gleeson CJ).
 15. *North Australian Aboriginal Justice Agency v Northern Territory* (2015) 256 CLR 569, 593 - 5 [39] - [40] (French CJ, Kiefel and Bell JJ).
 16. *Assistant Commissioner Condon v Pompano Pty Ltd* (2013) 252 CLR 38, 72 [68] (French CJ). The incompatibility test is necessarily evaluative, «*the critical notions of repugnancy and incompatibility are insusceptible of further definition in terms which necessarily dictate future outcomes*»: *Fardon* (n 14), 618 [104] (Gummow J).
 17. Cfr. High Court judgments upholding court-ordered civil detention of individuals who pose a risk to public safety e.g. *Garlett v Western Australia* [2022] HCA 30. See also *SDCV v Director-General of Security* [2022] HCA 32, confirming the variable requirements of procedural fairness.
 18. Discussed in, for example, E. Arcioni and A. Stone, *The small brown bird: Values and aspirations in the Australian Constitution*, in *ICON-International Journal of Constitutional Law*, 14(1), 2016, p. 60.
 19. I analyse this idea and its implications for other facets of judicial review elsewhere, see: *Chapter III and Legislative Competence to Stipulate that a Material Legal Error is Non-jurisdictional*, in *Australian Journal of Administrative Law*, 28, 2021, p. 177; *Materiality and Jurisdictional Error: Constitutional Dimensions for Entrenched Review of Executive Decisions*, in *UNSW Law Journal Forum*, 6, 2021, p. 1; *The Constitution's Guarantee of Legal Accountability for Jurisdictions*, in *Federal Law Review*, 49, 2021, p. 528; *The Duality of Jurisdictional Error: Central (to Justifying Entrenched Judicial Review of Executive Action) and Pivotal (to Review Doctrine)*, in *Public Law Review*, 32, 2021, p. 132.
 20. Noting that Ch III denies Commonwealth legislative power to repose an exclusively judicial function in a non-court *even if* that non-court is exercising executive power, see *Alexander v Minister for Home Affairs* [2022] HCA 19, [93] (Kiefel CJ, Keane and Gleeson JJ).
 21. Examples include determining new statutory rights or liabilities according to justiciable criteria, as in the termination of statutory status with consequent loss of property (e.g. *R v Quinn; Ex parte Consolidated Foods Corporation* (1977) 138 CLR 1); imposition of liability to involuntary hardship or detriment other than as punishment for criminal guilt

CERIDAP

- (e.g. *Thomas v Mowbray* (2007) 233 CLR 307; *Minister for Home Affairs v Benbrika* [2021] HCA 4) or to make payments or not exercise property rights as ordered (e.g. *Attorney-General (Cth) v Alinta Ltd* (2008) 233 CLR 542 ('*Alinta*').
22. See C. Forsyth, *The Theory of the Second Actor Revisited*, in *Acta Juridica*, 2006, pp. 209, 211.
 23. The terms can be slippery, but in essence the quality is distinctive to state power over the governed and lies in the ability to alter legal rights or obligations irrespective of consensual submission to jurisdiction. See, with reference to judicial power: *Waterside Workers* (n 11), 452 (Barton J); *TCL Airconditioner v Federal Court* (2013) 251 CLR 533, 554 [28] (French CJ and Gageler J).
 24. An executive decision made in exercise of statutory authority is viewed as «*adjunct to legislation*», a «*factum on which the operation of [statute] depends*» / «*the factum by reference to which the Act operates to alter the law in relation to the particular case*»: *R v Trade Practices Tribunal; Ex parte Tasmanian Breweries Pty Ltd* (1970) 123 CLR 361, 371 (McTiernan J), 378 (Kitto J). See also *Alinta* (n 21), 577 - 579 [94] - [97] (Hayne J).
 25. "Prerogative powers" refers to the surviving closed class of monarchical powers over the legal rights or liabilities of subjects that the common law recognised as informing the executive power of polities with a parliamentary system of government and a constitutional monarchy which have not been extinguished by legislation or desuetude. Their range, types and susceptibility to judicial review is discussed in A. Sapienza, *Judicial Review of Non-Statutory Executive Action*, Federation Press, 2020.
 26. *A v Hayden* (1984) 156 CLR 532, 580 (Brennan J); *Plaintiff M68/2015 v Minister for Immigration and Border Protection* (2016) 257 CLR 42, 98 - 9 [135] - [136] (Gageler J), 158-159 [373] (Gordon J, dissenting).
 27. *Hossain v Minister for Immigration and Border Protection* (2018) 264 CLR 123 ('*Hossain*'), 132-133 [23] - [24] (Kiefel CJ, Gageler and Keane JJ) quoting *Minister for Immigration and Multicultural Affairs v Bhardwaj* (2002) 209 CLR 597 ('*Bhardwaj*'), 613 [46] (Gaudron and Gummow JJ).
 28. See for example *New South Wales v Kable* (2013) 252 CLR 118; *Re Macks; Ex parte Saint* (2000) 204 CLR 158.
 29. See (n 10).
 30. McDonald (n 2).
 31. *Hossain* (n 28), 135 [31] (Kiefel CJ, Gageler and Keane JJ), adopting *Wei v Minister for Immigration and Border Protection* (2015) 257 CLR 22, 32 [23] (Gageler and Keane JJ).
 32. *Hossain* (n 28), 133 [24] (Kiefel CJ, Gageler and Keane JJ).
 33. *Oakey Coal Action Alliance Inc v New Acland Coal Pty Ltd* [2021] HCA 2 ('*OCAA*'), [48] (Kiefel CJ, Bell, Gageler and Keane JJ); *MZAPC v Minister for Immigration and Border Protection* [2021] HCA 17, [29] (Kiefel CJ, Gageler, Keane and Gleeson JJ).
 34. *Ibid.*
 35. *New South Wales v Kable* (2013) 252 CLR 118, 138 [52] (Gageler J). See also *Minister for Immigration, Citizenship, Migrant Services and Multicultural Affairs v Moorcroft* [2021]

CERIDAP

- HCA 19, [20] (the Court); *OCAA* (n 34), [50] (Kiefel CJ, Bell, Gageler and Keane JJ) and [94] (Edelman J).
36. *Kable* (n 36), 139 [52] (Gageler J).
 37. *Bhardwaj* (n 28), 613 [46] (Gaudron and Gummow JJ).
 38. Cfr. *M174/2016 v Minister for Immigration and Border Protection* (2018) 264 CLR 217, [12] (Gageler, Keane and Nettle JJ), stating that it was unnecessary to decide the extent to which Commonwealth legislation may require «*a decision to refuse to grant a visa which is ineffective in law to achieve that result*» to be treated as «*a valid decision*» because the case at hand concerned a statutory provision for merits review, and in this context «*the requisite analysis can proceed sufficiently on the basis that an [unauthorised decision] is a decision that is made in fact*».
 39. As recently reaffirmed by the High Court in: *OCAA* (n 34), [48] (Kiefel CJ, Bell, Gageler and Keane JJ); *Citta Hobart Pty Ltd v Cawthorn* [2022] HCA 16, [27] (Kiefel CJ, Gageler, Keane, Steward and Gleeson JJ).

La qualificazione delle stazioni appaltanti: spunti di riflessione sul ruolo di ANAC in materia di contratti pubblici

Paola Lombardi

DOI: 10.13130/2723-9195/2022-4-50

Le sfide che discendono dal complesso sistema di riforme messo in campo dall'Italia come risposta alla pandemia portano a chiedersi quale sia l'attuale ruolo svolto dall'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) nel contesto dei contratti pubblici, soprattutto alla luce delle disposizioni del PNRR, della disciplina contenuta nel Codice dei contratti pubblici e della legge delega n. 78/2022 che ne prevede una revisione ancora in atto. Lo scritto si propone di riflettere su questo interrogativo, evidenziando criticità e prospettive evolutive delle competenze dell'ANAC al tempo dell'innovazione, con particolare riferimento alla qualificazione delle stazioni appaltanti.

Qualifications of contracting authorities: insights into the role of the National Anti-Corruption Authority (ANAC) in the field of Public Procurement

Challenges arising from the complex system of reforms put in place by Italy, as a response to the pandemic, bring into question the current role played by the National Anti-Corruption Authority (ANAC) in the field of Public Procurement. This is especially true in light of the provisions of PNRR, the Public Contracts Code and the Enabling Law 78/2022. This paper critically reflects on the role of the ANAC, highlighting the evolution of ANAC's role in time of innovation, with particular reference to the qualifications of contracting authorities.

1. Premessa

La riflessione sul ruolo che l'Autorità nazionale anticorruzione svolge nell'ambito dei contratti pubblici al tempo della pandemia trova come suo utile punto di partenza la Relazione annuale sull'attività svolta nel 2021 che l'Autorità ha pubblicato il 23 giugno 2022: si tratta della seconda che tiene conto degli effetti del *virus* e che, messa a confronto con quella immediatamente precedente^[1], colpisce in primo luogo per la sua consistenza: si tratta infatti di un documento che, rispetto a quello relativo all'anno 2020, contiene circa un centinaio di pagine in più.

In essa, ANAC dà conto della prosecuzione del *trend* già iniziato nel marzo del 2020, costituito dalla crescita esponenziale del numero delle procedure poste in essere in somma urgenza dalle stazioni appaltanti per acquisti connessi all'emergenza Covid-19.

Questo ha riguardato, in particolare, le forniture: se, nel 2020, esse hanno avuto come oggetto soprattutto materiali sanitari (quali dispositivi medici e di protezione individuale) e piattaforme digitali e servizi informatici (a supporto della didattica a distanza nelle scuole ed università e dello *smart working* negli uffici amministrativi), nel 2021 sono state in gran parte per vaccini e test diagnostici per la ricerca molecolare SARS-CoV-2.

Anche il settore dei servizi ha conseguito una crescita rispetto all'anno precedente (+ 33,9%), specie con riferimento al settore dei rifiuti urbani e dell'assistenza sociale.

Nel complesso, il 2021 ha registrato un ammontare complessivo del valore dei contratti pubblici, aggiudicati per un importo superiore ai 40.000 euro, di circa 199,4 miliardi di euro, con un aumento del 6,6% rispetto al 2020 e del 15,3% rispetto al 2019.

Anche con riferimento allo scorso anno, l'Autorità segnala, per l'affidamento della maggior parte degli appalti, il ricorso a procedure che non prevedono la pubblicazione di un bando. Inoltre, nonostante la presenza di disposizioni che, a partire dal 2018, obbligano le amministrazioni aggiudicatrici ad affidare i contratti in modalità esclusivamente telematica, nella Relazione per l'attività del 2020 ha precisato che una gara su tre si è svolta ancora in forma cartacea^[2].

ANAC sottolinea come la risposta al *virus*, nel suo mobilitare quantità ingenti di

denaro pubblico, abbia creato nuove opportunità di diffusione della corruzione^[3].

Per questo motivo, nelle sue Relazioni evidenzia l'importanza del Progetto "Misurazione del rischio di corruzione a livello territoriale e promozione della trasparenza", finanziato a valere sul *PON Governance e Capacità Istituzionale 2014-2020*, collegato, in particolare, alla necessaria implementazione del patrimonio informativo contenuto nella Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici (d'ora in poi BDNCP), entrambi qualificati come strumenti di conoscenza e comprensione dei fenomeni corruttivi e molto utili per l'individuazione di strategie non solo repressive, ma anche preventive, e dunque per orientare le azioni di contrasto alla corruzione nel mercato dei contratti pubblici.

Il Progetto, che nel luglio del 2022 ha portato all'apertura, sul sito web dell'ANAC, del nuovo portale "Come misurare la corruzione. Gli indicatori per valutare i rischi di corruzione in ogni area del Paese"^[4], alimenta un sistema volto a fornire indicatori sofisticati di rischio corruttivo, detti anche *red flags*^[5], che cerca di svincolarsi dai dati discendenti dalla "percezione" del fenomeno, aumentando l'offerta di informazioni elaborate sulla base di metodologie fondate su elementi "oggettivi" e "reali" e, in quanto tali, in grado di far emergere fenomeni che, per loro stessa natura, sono spesso nascosti e di difficile individuazione: un sistema, in altre parole, utile a bypassare l'"effetto *iceberg*" che tradizionalmente caratterizza il fenomeno corruttivo, la cui consistenza è valutata *ex post*, attraverso le sentenze dei Tribunali che, in verità, ne prendono in considerazione solo la parte emersa e visibile (c.d. corruzione "nera"), lasciando tuttavia all'oscuro dimensioni e caratteristiche di un fenomeno in gran parte sconosciuto.

A tal proposito, va ricordato che, ogni anno, *Transparency International* pubblica l'Indice della sua percezione (*Corruption Perception Index*), indicatore che misura il livello di percezione della corruzione nel settore pubblico a livello globale.

L'indice 2021, aggiornato al 25 gennaio 2022 (è il secondo di quelli che già tengono conto degli effetti della pandemia), vede assegnati all'Italia 56 punti, che la collocano al 42° posto di una classifica che conta 180 Stati in tutto il mondo, ed al 17° posto nell'Unione Europea.

Nel 2020, il nostro Paese era al 52° posto, quindi ne ha guadagnati 10 in un anno: tuttavia nell'UE ne ha persi 2, senza contare che, per quanto, tra il 2012 e il 2021, abbia aumentato di 14 unità il proprio punteggio, è ancora a 32 punti di distanza dalle Nazioni più virtuose in materia (Danimarca, Nuova Zelanda e Finlandia: 88 punti).

E così, agli scopi dichiarati, si cerca di sviluppare nuovi indicatori utilizzando, ad esempio, la proporzione di procedure per le quali sia stata presentata una sola offerta, da parte di un solo partecipante, rispetto al totale delle procedure aggiudicate dalla stazione appaltante, il peso delle offerte escluse rispetto a quelle ricevute, soprattutto quando si verifica il caso in cui tutte le offerte vengano escluse tranne una, la proporzione di valore contrattuale aggiudicato ad un'azienda rispetto al valore complessivo dei contratti aggiudicati dalla medesima stazione appaltante.

Il Progetto sulla misurazione della corruzione identifica nella citata BDNCP una risorsa strategica ed unica nel suo genere ai fini della lotta alla corruzione e della promozione della trasparenza.

Esso si avvale dell'utilizzo congiunto di banche dati distinte, secondo il principio per il quale il "valore" di un dato cresce nella misura in cui beneficia di fonti diverse, che producono rilevanti informazioni non solo se considerate separatamente, ma anche nel loro reciproco rapporto.

Date queste premesse, e proprio in ragione degli spunti offerti dalle Relazioni dell'ANAC, il lavoro si propone di riflettere su alcuni aspetti delle riforme che sono state messe in campo in Italia come risposta alla pandemia nel settore dei contratti pubblici e con particolare riguardo al perseguimento della trasparenza ed alla lotta al fenomeno corruttivo, specie attraverso la qualificazione delle stazioni appaltanti: lo scopo è quello di far emergere alcune criticità e prospettive evolutive del complesso ruolo che l'Autorità è attualmente chiamata a svolgere in quel contesto.

2. Contratti pubblici e riforme del PNRR: tra occasioni mancate e potenziamento della BDNCP

Nella sua ultima Relazione, ANAC lamenta il mancato inserimento, tra gli obiettivi del PNRR, di una riforma organica dell'intera disciplina della

prevenzione della corruzione e della trasparenza, che preveda la completa riorganizzazione della materia e la creazione di una banca dati che raccolga in un solo spazio tutte le informazioni rilevanti: traguardo che, per l’Autorità, dovrebbe essere raggiunto proprio attraverso un rinnovato e adeguato supporto normativo. Se si legge il PNRR, si rinviene tra le riforme c.d. abilitanti quella dedicata a “Semplificazione e concorrenza”, anche strutturata come semplificazione e razionalizzazione della legislazione, da attuarsi, tra l’altro, seguendo una duplice direzione di tutto rilievo.

Si tratta infatti di una riforma pensata in primo luogo come “Abrogazione e revisione di norme che alimentano la corruzione”: si richiama, in particolare, la necessità di semplificare la legge 190 del 2012 sulla prevenzione e la repressione dell’illegalità nella pubblica amministrazione, d’intervenire sugli obblighi di pubblicazione imposti alle pubbliche amministrazioni ai fini di trasparenza o sulle norme che contemplano tre tipi di accesso ai documenti ed alle informazioni da queste detenuti.

Il punto è molto interessante, perché ci consegna l’idea che ha il PNRR della semplificazione normativa nella sua funzione di strumento di trasparenza e di contrasto alla corruzione, che in quella sede – si badi – viene citata per la prima ed ultima volta: occorre ridurre la complessità dello stesso sistema anticorruzione, pensato, evidentemente, come “generatore” di corruzione. Emerge così, «*per assicurare maggiore trasparenza, l’esigenza di semplificare e ridurre gli strumenti di trasparenza (...) nel discorso che individua nella complessità del sistema della trasparenza un fattore di opacità e (persino) corruzione*»^[6].

Del resto, l’incertezza provocata dalla formulazione di disposizioni poco chiare alimenta le asimmetrie informative tra cittadini e burocrati^[7].

«*Gli eccessi e le complicazioni del legislatore producono ingiustizia*»^[8], e tra le forme di questa vi è anche la diffusione di comportamenti corrotti: va infatti segnalata, in questo settore, «*la grave malattia delle norme e un impellente bisogno di “cura” delle stesse*», un «*pensare “quantitativo” – che è propriamente un non pensare – di cui si nutre proprio il fenomeno che dovrebbe contrastare, il ‘cancro’ corruttivo*»^[9].

Valgano tuttavia due ordini di rilievi: a parte il fatto che vien da chiedersi in quale rapporto si pongano, nelle intenzioni del Piano, “semplificazione” e “semplicità” delle regole^[10], riduzione del numero delle disposizioni e qualità delle stesse,

purtroppo sul punto si rinvia ad una legge delega che andava adottata entro giugno 2021, ma della quale non vi è davvero traccia.

Ed è una circostanza che la Relazione dell'ANAC espressamente stigmatizza.

In secondo luogo, la suddetta riforma abilitante viene declinata come “Semplificazione in materia di contratti pubblici”, che indica, in particolare, quali misure urgenti, ma che non richiedono provvedimenti legislativi: 1) la riduzione del numero e la qualificazione delle stazioni appaltanti; 2) il potenziamento del *database* di tutti contratti tenuto da ANAC.

Due misure, tra loro evidentemente collegate e che nel PNRR costituiscono punti nodali della riforma post-pandemia in materia di contratti pubblici, soprattutto per il loro essere strumenti di trasparenza e, pertanto, di contrasto della corruzione.

Proprio parlando di *database* e trasparenza, è importante segnalare la modifica introdotta dal d.l. 31 maggio 2021, n. 77, convertito con modificazioni dalla l. 29 luglio 2021, n. 108 (c.d. Decreto Semplificazioni 2021) nell'art. 29 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici), intitolato “Principi in materia di trasparenza”, il cui comma 2 non prevede più solo un obbligo di pubblicazione, in piattaforma digitale, degli «atti» posti in essere dalle amministrazioni aggiudicatrici, che vanno dalla programmazione all'esecuzione dei contratti, bensì un obbligo di trasmissione tempestiva alla BDNCP, attraverso le piattaforme telematiche ad essa interconnesse secondo le modalità indicate dall'art. 213, comma 9, di «*tutte le informazioni inerenti agli atti*» delle amministrazioni aggiudicatrici, in relazione alla cui pubblicazione ANAC ha assunto nel 2021 il ruolo di “garante”.

Si tratta di una modifica che si salda con quella introdotta dallo stesso provvedimento al comma 8 dell'art. 213 del Codice, per implementare la rilevazione e l'interscambio delle informazioni tramite i sistemi informatizzati richiamati dall'art. 29, anche ai fini di trasparenza preventiva.

In effetti, nella sua ultima Relazione annuale, l'ANAC sottolinea il “ruolo cardine” della BDNCP nell'ambito del complessivo sistema di monitoraggio dei contratti pubblici: esso evolve «*da “semplice” strumento di archiviazione dei dati sugli appalti a nucleo centrale di una rete di raccolta, analisi e scambio e pubblicazione dei dati volto alla condivisione degli stessi con gli stakeholder e alla trasparenza del patrimonio informativo in materia di contratti pubblici*»,

diventando per questa via «*un efficace presidio di trasparenza e di prevenzione della corruzione*», oltre che di “sostenibilità” degli acquisti pubblici, «*al fine di un efficace e tempestivo monitoraggio dell’intero ciclo di vita dei contratti pubblici, replicabile anche ai fini della vigilanza sull’attuazione degli interventi finanziati con le risorse del PNRR*»^[11]. Non a caso, del resto, è stato osservato che «*trasparenza e prevenzione della corruzione seguiranno un destino intrecciato, in un percorso che valorizza ulteriormente la prospettiva della “disponibilità” delle informazioni*»^[12].

È per questo motivo che ANAC saluta con favore, quanto alla Missione 1 del PNRR, dedicata a “Digitalizzazione, innovazione, competitività, cultura e turismo”, la sua Componente 1, “Digitalizzazione, innovazione e sicurezza nella PA”, che dovrebbe aver reso disponibili quelle risorse necessarie, ma fino ad ora mancate, per procedere ad una profonda trasformazione in senso digitale del settore dei contratti pubblici, soprattutto attraverso la gestione digitale, con interoperabilità con la BDNCP, di tutte le fasi del loro ciclo di vita.

3. ANAC e contratti pubblici: cenni alla vigilanza collaborativa ed al supporto alle stazioni appaltanti

Venendo al ruolo di ANAC, che qui rileva, esso emerge in particolare dal già citato art. 213 del Codice che, a dire il vero, dopo il Correttivo del 2017, non è stato toccato quanto alle principali funzioni dell’Autorità.

Oltre all’importantissima funzione sanzionatoria (comma 13), tra quelle di maggiore rilievo troviamo le funzioni di vigilanza, controllo e regolazione dei contratti pubblici, nei limiti di quanto stabilito dal Codice, «*anche al fine di prevenire e contrastare illegalità e corruzione*» (comma 1).

Inoltre, l’Autorità, «*attraverso linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolazione flessibile, comunque denominati garantisce la promozione dell’efficienza, della qualità dell’attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche*» (comma 2).

A questo proposito, va ricordato che, secondo l’art. 213, è per quella specifica finalità che ANAC gestisce la BDNCP, in relazione alla quale il Decreto

Semplificazioni 2021, come richiesto dal PNRR, è intervenuto sul comma 8 dell'articolo per implementare la rilevazione e l'interscambio delle informazioni tramite i sistemi informatizzati già richiamati in materia di trasparenza (art. 29), al fine di assicurare il rispetto del principio di unicità dell'invio delle informazioni, la riduzione degli oneri amministrativi, la tracciabilità dei flussi finanziari e la trasparenza preventiva.

Ancora, degna di nota è la funzione di "vigilanza collaborativa" nei confronti delle stazioni appaltanti, che la richiedano previa stipula di protocolli d'intesa, finalizzata a supportarle nella predisposizione degli atti e nella gestione delle procedure di gara (comma 3, lett. h).

Si tratta di una funzione di particolare interesse, perché in questo caso l'Autorità svolge, nei confronti delle richiedenti, non un ruolo reattivo – *ex post* –, bensì pro-attivo, volto anche alla valorizzazione – *ex ante* – di modelli di azione virtuosi e *best practices*, ottenuta attraverso il dialogo con la stazione appaltante: è quella che la dottrina ha chiamato "funzione pedagogica" di ANAC, che esprime una funzione che si colloca a metà strada tra l'attività di regolazione (a monte) e l'attività di controllo (a valle), ponendosi quale ausilio nello svolgimento concreto di ciascuna procedura di affidamento^[13].

Forma d'interazione tra Autorità e soggetti vigilati, «*mediante un approccio condiviso di problem solving*»^[14], ha l'obiettivo di prevenire possibili condotte illecite nel ricondurre l'azione amministrativa al suo quadro normativo di riferimento.

Nella Relazione annuale 2021 è infatti definita come una delle più efficaci prerogative di ANAC, che l'ha portata in quell'anno ad introdurre alcune modifiche al Regolamento del 28 giugno 2017, sull'esercizio di quest'attività nel contesto dei contratti pubblici, nel senso dell'ampliamento del suo ambito applicativo: in particolare, ne sono stati modificati i presupposti d'intervento correlati all'importo dei contratti ed è stata normativamente disciplinata la sua possibile attivazione, nei fatti già frequentemente avvenuta, anche in un momento successivo all'aggiudicazione del contratto.

3.1. Segue: la qualificazione delle stazioni appaltanti

Quello della vigilanza collaborativa può forse essere considerato come un primo

metodo di qualificazione delle stazioni appaltanti.

Si tratta, del resto, di una funzione destinata ad accrescere il “requisito reputazionale” delle stesse, che per questa via dovrebbero diventare più affidabili, più virtuose, soprattutto sotto il profilo della trasparenza, anche con la conseguente riduzione degli spazi di contestabilità dei loro atti, che in effetti ha già prodotto un esiguo numero di ricorsi avviati sulle procedure vigilate.

Parlare di requisiti reputazionali significa, in verità, toccare un tasto molto dolente del Codice, perché significa evocare un “grande assente”: il *rating* d’impresa.

Previsto dall’art. 83, comma 10, del Codice come sistema di certificazione da parte di ANAC degli operatori economici, che tenga conto, in particolare, dei precedenti comportamenti dell’impresa (ad esempio, in relazione al mancato utilizzo del soccorso istruttorio o al rispetto dei tempi e dei costi di esecuzione dei contratti), e che «è connesso a requisiti reputazionali valutati sulla base di indici qualitativi e quantitativi, oggettivi e misurabili, nonché sulla base di accertamenti definitivi che esprimono l’affidabilità dell’impresa», è ancora in attesa delle relative linee guida: allo stato, ne esiste solo una bozza, risalente al maggio del 2018, che è stata oggetto di forti critiche da parte delle associazioni di categoria delle imprese.

Probabilmente, l’introduzione della necessità per ANAC di individuare i criteri relativi alla valutazione di impatto generato, avvenuta con il d.l. 26 ottobre 2019, n. 124, (c.d. Decreto fiscale 2019), non è stata di aiuto per l’implementazione del sistema, specie sotto il profilo delle competenze richieste alla stessa ANAC ai fini di quella valutazione^[15].

Per tornare allo specifico ruolo che ANAC svolge nei confronti delle stazioni appaltanti, e che l’art. 213 del Codice in linea generale orienta nella direzione della loro capacità organizzativa e tecnica, esso trova come suo fondamentale terreno di snodo la gestione del sistema della loro qualificazione.

Si tratta di un’attività in linea con la raccomandazione della Commissione Europea 2017/1805 del 3 ottobre 2017, relativa alla professionalizzazione degli appalti pubblici, che ha messo in evidenza come il rafforzamento della professionalità degli operatori economici del settore costituisca strumento di attuazione di un mercato unico più forte, essendo causa delle inefficienze e degli sprechi di risorse pubbliche non solo la mancanza di trasparenza e la corruzione

degli operatori, ma anche – e forse soprattutto – il ridotto livello di competenza degli stessi.

Questa attività costituisce, in altre parole, uno strumento d'implementazione sia della qualità, sul versante delle forniture, dei lavori, dei servizi e delle professionalità dell'amministrazione, che della capacità di vigilanza da parte dell'ANAC, alla quale, come visto, è richiesto di porsi in termini sempre più collaborativi nei suoi rapporti con gli operatori economici^[16].

Il vantaggio è altresì quello di apportare un cambiamento sostenibile delle tradizionali prassi amministrative, nel senso dell'innovazione^[17].

Sul già indicato presupposto che la qualificazione costituisce misura urgente di semplificazione in materia di contratti pubblici, *Milestone M1C1-71* del PNRR, Riforma 1.10, "Riforma del quadro legislativo in materia di appalti pubblici e concessioni" ha infatti previsto il seguente obiettivo: «ANAC completa l'esercizio di qualificazione delle stazioni appaltanti in termini di procurement capacity facendo seguito all'attuazione dell'art. 38 del Codice dei contratti pubblici»^[18].

Ai sensi del citato art. 38, il suo conseguimento avviene in rapporto ai bacini territoriali ed alla tipologia, alla complessità ed all'importo dei contratti (comma 1), attraverso un procedimento che ha per oggetto il complesso delle attività compiute per l'acquisizione di un bene, di un servizio o di un lavoro in relazione a tre diversi ambiti: capacità di progettazione^[19], capacità di affidamento e capacità di verifica sull'esecuzione e controllo dell'intero processo di acquisizione, compresi collaudo e messa in opera (comma 3).

Guardando in primo luogo all'aspetto procedurale della qualificazione, si noti come esso sia stato profondamente modificato proprio al tempo della pandemia.

Il comma 2 dell'art. 38 aveva previsto che la definizione, secondo criteri di qualità, efficienza e professionalizzazione, dei requisiti tecnico-organizzativi necessari per l'iscrizione nell'elenco delle stazioni appaltanti qualificate istituito allo scopo presso ANAC, spettasse ad un decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, da adottarsi tra l'altro, secondo la formulazione originaria del comma, sentite l'ANAC e la Conferenza unificata^[20].

Il d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla l. 11 settembre 2020, n. 120, (c.d. Decreto Semplificazioni 2020) ne aveva tuttavia modificato il contenuto, nel senso di non prevedere più che la Conferenza unificata venisse semplicemente sentita, ma introducendo per essa il meccanismo dell'intesa e,

pertanto, di un condizionamento più forte sull'atto finale.

È stato proprio il mancato raggiungimento di questa intesa che ha impedito l'adozione del decreto, producendo il blocco di quell'*iter*.

Come conseguenza, ed in attuazione della più volte citata riforma abilitante sulla semplificazione in materia di contatti pubblici prevista dal PNRR, l'avvio del sistema di qualificazione è stato affidato ad un Protocollo d'intesa tra la Presidenza del Consiglio dei ministri e l'ANAC, in effetti sottoscritto il 17 dicembre 2021, allo scopo di ridurre il numero delle stazioni appaltanti e di implementarne la qualità.

Il Protocollo, oltre ad istituire nell'Anagrafe Unica delle Stazioni Appaltanti (AUSA) un'apposita sezione contenente l'elenco delle stazioni appaltanti qualificate, ha individuato, riprendendo l'art. 38, comma 4, i requisiti di base ed i requisiti premianti occorrenti per la qualificazione.

Quanto ai primi, ve ne sono alcuni che riguardano l'attività della stazione appaltante, come il numero di gare svolte nel quinquennio, il rispetto dei tempi di esecuzione delle procedure e di pagamento di imprese e fornitori, l'assolvimento degli obblighi di comunicazione dei dati sui contratti pubblici che alimentano gli archivi detenuti o gestiti dall'ANAC, la disponibilità di piattaforme telematiche per la gestione delle procedure di gara. E si noti che, prima del Decreto Semplificazioni 2020, quest'ultimo era un requisito premiale: renderlo vero e proprio requisito "di base" ha sostanzialmente significato legare a doppio giro qualificazione, semplificazione e digitalizzazione.

Altri requisiti di base riguardano invece l'organizzazione della stazione appaltante, richiedendo la presenza di strutture organizzative stabili deputate ai vari ambiti di qualificazione, di dipendenti aventi specifiche competenze in relazione alle attività di cui sopra e di un sistema di formazione e aggiornamento del personale: in altre parole, si richiede professionalità e professionalizzazione del personale.

Per ciò che concerne i requisiti premianti, connessi all'aspetto propriamente reputazione del soggetto che richiede la qualificazione, sono richiamati la valutazione positiva dell'ANAC sull'attuazione di misure di prevenzione dei rischi di corruzione e promozione della legalità, la presenza di sistemi di gestione della qualità certificati da organismi accreditati, il livello di soccombenza nel contenzioso e l'applicazione di criteri di sostenibilità ambientale e sociale

nell'attività di progettazione e affidamento, requisito, quest'ultimo, collegato alla forte spinta che ha caratterizzato il Codice dei contratti pubblici in quella direzione.

Il Protocollo ha quindi individuato nel 31 marzo 2022 il termine di approvazione, da parte di ANAC, delle Linee guida per l'attuazione, anche a fasi progressive, del sistema di qualificazione, termine che l'Autorità ha in effetti rispettato (delibera n. 141 del 30 marzo 2022).

Le Linee guida, il cui testo è stato aggiornato alla luce dei dati successivamente inviati dalle stazioni appaltanti e dell'esito della consultazione degli *stakeholders*^[21], sono divenute definitive con la delibera n. 441 del 28 settembre 2022 dell'ANAC e si pongono come "prima fase" di attuazione del sistema, che sarà reso operativo con l'entrata in vigore della riforma della disciplina dei contratti pubblici.

A tale ultimo proposito, si noti che dei requisiti di qualificazione delle stazioni appaltanti si occupa l'art. 63 del recentissimo *"Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante "Delega al Governo in materia di contratti pubblici"*, licenziato dal Consiglio di Stato il 7 dicembre 2022.

Da una sua prima lettura, è interessante rilevare come, in relazione a quelli per la progettazione e l'affidamento, è stato fatto particolare riferimento ad una necessaria esperienza e competenza che abbiano maturato nel settore la stazione appaltante ed il suo "capitale umano". Sono infatti considerati i requisiti attinenti: a) all'organizzazione della funzione di spesa e ai processi; b) alla consistenza, esperienza e competenza delle risorse umane, ivi incluso il sistema di reclutamento e l'adeguata formazione del personale; c) all'esperienza maturata nell'attività di progettazione, affidamento ed esecuzione di contratti, ivi compreso l'eventuale utilizzo di metodi e strumenti di gestione informativa delle costruzioni.

4. Dalla professionalità delle stazioni appaltanti alla professionalità dell'ANAC? Spunti dalla riforma in materia di contratti pubblici

Da tutto ciò che precede, emerge come l'elenco delle stazioni appaltanti

qualificate debba nascere con il precipuo obiettivo di far emergere quelle che sono capaci non solo di seguire una procedura che garantisca un confronto rispettoso delle regole della concorrenza, ma anche di fare, dell'affidamento degli appalti pubblici, un'occasione d'innovazione e d'innalzamento della qualità complessiva della domanda e dell'offerta^[22], in una prospettiva dinamica.

Si tratta di una *expertise* che non implica soltanto la padronanza degli strumenti informatici e delle tecniche giuridiche necessarie per svolgere le procedure di acquisto, anch'essi comunque fulcro dell'innovazione, ma anche la capacità di conoscere e analizzare il mercato di riferimento, prevedendone comportamenti ed evoluzione^[23].

Se tutto questo è vero, vi è altresì una conseguenza di grande rilievo per queste riflessioni: è evidente come all'ANAC venga richiesta, preliminarmente (in occasione della messa a regime del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti) e successivamente (in relazione all'espletamento della funzione di vigilanza collaborativa) *«una competenza tecnica ben superiore a quella attesa dalle stesse stazioni appaltanti»*^[24].

A proposito delle competenze dell'ANAC, è importante rivolgere l'attenzione alla l. 21 giugno 2022, n. 78, recante la "Delega al Governo in materia di contratti pubblici".

Entrata in vigore il 9 luglio 2022, la legge ha posto l'accento su numerose delle esigenze emerse in questa sede.

Nella definizione dei principi e dei criteri direttivi, infatti, la riduzione e la certezza dei tempi relativi alle procedure di gara ed alla stipula dei contratti pubblici sono tra l'altro collegate alla necessità di digitalizzazione ed informatizzazione delle procedure, alla piena attuazione della BDNCP ed al rafforzamento della specializzazione professionale dei commissari all'interno delle amministrazioni (art. 1, comma 2, lett. m).

Nella delega, sono poi previsti *«ridefinizione e rafforzamento della disciplina in materia di qualificazione delle stazioni appaltanti, afferenti ai settori ordinari e ai settori speciali, al fine di conseguire la loro riduzione numerica, nonché l'accorpamento e la riorganizzazione delle stesse»*, ai quali, rispetto al disegno di legge originariamente presentato dal Governo, si è aggiunto il *«potenziamento della qualificazione e della specializzazione del personale operante nelle stazioni appaltanti, anche mediante la previsione di specifici percorsi di formazione»* (art.

1, comma 2, lett. c).

L'ANAC, nella sua ultima Relazione, seppur abbia manifestato preoccupazione per la formulazione generica di alcuni principi e criteri direttivi, ha espresso una valutazione positiva sul testo della legge, auspicando che la riforma del quadro normativo di riferimento avvenga mediante il ricorso ad un'unica fonte normativa, nell'ottica dell'unitarietà e maggiore chiarezza dello stesso, che affronti il tema della qualificazione delle stazioni appaltanti in stretta connessione con quello della transizione sul digitale dell'intero ciclo di vita dei contratti pubblici che si compendia nella BDNCP^[25].

Sempre a proposito della delega, molto interessante è il fatto che soltanto l'11 maggio 2022, vale a dire pochi giorni prima della trasmissione al Senato per l'approvazione definitiva del disegno di legge C. 3514^[26], la VIII Commissione Ambiente, Territorio e Lavori Pubblici della Camera abbia approvato un emendamento del testo, in quell'occasione indicato come lett. a-bis), che prevedeva la *«revisione delle competenze dell'Autorità nazionale anticorruzione in materia di contratti pubblici, al fine di rafforzarne le funzioni di vigilanza sul settore e di supporto alle stazioni appaltanti»*.

L'emendamento, nel testo definitivo della legge, sarebbe diventato la lett. b) dell'art. 1, comma 2.

Quella della revisione delle competenze dell'ANAC costituisce, evidentemente, un'esigenza che il Governo non aveva in origine avvertito, ma che il Parlamento ha invece ritenuto prioritaria, essendo seconda soltanto al doveroso perseguimento degli obiettivi di stretta aderenza alle direttive europee.

Certamente, l'attuazione dell'art. 1, lett. b), della delega costituisce una sfida complessa, perché richiede una revisione di competenze che dovrebbe avvenire nel senso del delicato bilanciamento tra funzione di vigilanza e funzione di guida degli operatori economici, in un settore nel quale l'evoluzione nel senso dell'innovazione ha ormai raggiunto un punto di non ritorno.

Per l'Autorità si dovrebbe delineare un ruolo che può essere definito come “formativo” nei confronti delle amministrazioni che operano nel settore dei contratti pubblici: un ruolo probabilmente più che opportuno, in quanto destinato a porre parziale rimedio alla tradizionale inadeguatezza organizzativa di un'amministrazione italiana che, a ben vedere, è stata colta dalla pandemia e dal conseguente sistema di riforme quasi del tutto impreparata.

Anzi: è proprio in relazione all'attuazione del PNRR che ci si è resi conto delle carenze degli apparati amministrativi, se riguardati in rapporto alle nuove competenze necessarie per stare al passo con il ritmo serrato delle tempistiche dettate per la realizzazione degli investimenti finanziati con i fondi europei. Si tratta di carenze che, in periodi "normali", sono state trascurate per motivi legati al più generale contesto politico^[27].

Eppure, consultando il già citato *Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante "Delega al Governo in materia di contratti pubblici"*, del 7 dicembre 2022, l'impressione che si riceve è quella di una sostanziale conferma delle funzioni dell'ANAC già previste dall'art. 213 del Codice attualmente in vigore, alle quali, per la prima volta, si aggiunge solo l'esplicito richiamo alle funzioni relative alla qualificazione delle stazioni appaltanti (art. 222, comma 3, lett. l) ed al coordinamento della digitalizzazione del sistema dei contratti pubblici, da parte della cabina di regia, che si svolge nell'ambito delle funzioni previste dall'art. 23 dello schema in relazione alla BDNCP (art. 222, comma 3, lett. m).

Dal canto suo, l'ANAC è ben consapevole delle sfide che deve affrontare.

Infatti, nella sua più volte citata ultima Relazione, dà conto del fatto di aver già realizzato, nel corso del 2021, un articolato processo di revisione della sua struttura organizzativa che, avuto riguardo alla pianificazione strategica 2021-2023, ha inteso ridefinirne l'assetto, allo scopo di renderla più coerente con gli obiettivi di digitalizzazione e semplificazione dei contratti pubblici previsti dal PNRR. Ha infatti sentito l'esigenza di rafforzare il proprio ruolo nazionale ed internazionale in materia di anticorruzione e trasparenza, per potenziare le proprie competenze in materia informatica e per svolgere una più efficace azione di vigilanza in materia di contratti pubblici, che l'Autorità sa doversi svolgere in chiave sempre più collaborativa^[28].

5. Riflessioni conclusive

Volendo ora cercare di tirare le fila della riflessione sin qui svolta, si consideri che l'ANAC, nel capitolo della sua Relazione dedicato al ruolo dell'assistenza tecnica nelle strategie anticorruzione, ricorda come, nella Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione (UNCAC), principale strumento giuridico

internazionale a carattere vincolante in materia, vi sia «*un forte richiamo agli Stati sull'importanza dell'aspetto culturale ed educativo come leva per una valorizzazione dell'etica pubblica e conseguente contenimento del rischio corruttivo*»^[29], da cui discende l'onere per gli Stati contraenti di formulare e sviluppare specifici programmi di formazione per il proprio personale responsabile della prevenzione della corruzione.

Assumere la prospettiva dell'etica pubblica rende interessante il richiamo a quanto è stato recentemente scritto a proposito del paradigma della trasparenza: «*parlare di paradigma significa riflettere sul cambiamento di paradigma, quel processo graduale che porta alla sostituzione di una diversa teoria dominante*», cosa che «*avviene quando un nuovo e diverso modello risulta capace di attrarre, risulta più persuasivo, in grado di generare conversioni e nuove adesioni*»^[30].

Ciò che si evidenziava nelle prime pagine di questo lavoro, in relazione alla circostanza che, nelle previsioni del PNRR, per un'efficace strategia di trasparenza e di lotta alla corruzione occorre, in primo luogo, semplificare le disposizioni in materia di trasparenza ed anticorruzione, rende l'idea del punto di partenza in cui ci troviamo, probabilmente non caratterizzato dalle condizioni più favorevoli affinché un nuovo paradigma possa compiutamente dispiegarsi.

Il cambio di paradigma è tuttavia, allo stato, quanto meno auspicabile, ed il fatto di accorgersi che sia tale, è probabilmente già qualcosa.

Del resto, si tratta di un auspicio che trae alimento da quella che può essere definita come una più generale “crisi” di paradigma, caratterizzata, ad esempio, da processi mediante i quali vengono assunte decisioni di rilevante impatto economico e tuttavia sottratte agli ordinari meccanismi di legittimazione democratica, come – del resto – dimostra, al netto delle esigenze dettate dall'emergenza, la stessa formazione ed approvazione dei contenuti del PNRR^[31].

In aggiunta, si noti una contraddizione: da una parte, viene oggi richiesta una revisione delle competenze di ANAC, in senso evidentemente funzionale al nuovo ruolo che le riforme le attribuiscono nel settore dei contratti pubblici quanto alla promozione della qualità del lavoro degli operatori economici ma, allo stesso tempo, sono diversi i processi decisionali messi in campo dal PNRR, e riguardanti il tema della trasparenza del settore, in cui si registra il mancato coinvolgimento dell'ANAC.

A ben vedere, però, il cambio di paradigma è, in primo luogo, un “fatto

culturale”.

Ha ragione chi scrive che il cambiamento di paradigma dipende dal «*consolidamento di una cultura della trasparenza*», che è in primo luogo “accettazione” della stessa e che nasce dalla formazione del personale e da una riflessione complessiva proprio di tutti i profili connessi all’organizzazione della pubblica amministrazione^[32].

Se il personale della pubblica amministrazione è oggi chiamato ad affrontare la difficile transizione digitale ed ecologica, il miglioramento del “capitale umano”^[33] è essenziale per la stessa buona riuscita del Piano.

La Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione, citata all’inizio di questo paragrafo, conferma del resto come trasparenza e lotta alla corruzione vadano conciliate con i principi dell’etica pubblica^[34].

Anche a prescindere dalla comunque necessaria qualità delle regole, il punto di partenza di ogni strategia di riforme è la buona preparazione, sia tecnica che culturale, del personale pubblico che le deve attuare, presidio della complessiva “tenuta morale” della categoria^[35].

Se l’elevazione della qualità culturale e tecnica dell’amministrazione passa necessariamente attraverso l’identificazione della formazione e dell’istruzione come programmi prioritari da parte della comunità sociale^[36], va evidentemente salutata con favore la previsione, nel PNRR, sia di una riforma orizzontale rivolta alla pubblica amministrazione per implementarne le competenze, sia della *Missione 4: Istruzione e ricerca*, che prevede un cospicuo piano di investimenti volti, tra l’altro, al potenziamento dell’offerta di tutti i servizi di istruzione^[37].

In effetti, non si tratta solo di applicare o perfezionare i codici di comportamento: è un problema di formazione professionale del pubblico funzionario^[38] e, prima ancora, di educazione del cittadino, secondo un percorso ad esempio intercettato dalla l. 20 agosto 2019, n. 92 che ha reintrodotto nelle scuole l’insegnamento dell’educazione civica in senso funzionale ad una sensibilizzazione diffusa alla cultura della legalità già in ambito scolastico.

Si ricordi, del resto, che tutti quelli che abbiamo da ultimo menzionato sono obiettivi di sviluppo sostenibile, secondo quanto si legge nell’Agenda 2030 delle Nazioni Unite.

Nel documento vi è infatti un Obiettivo 4, attinente alla dimensione “sociale” dello sviluppo sostenibile, dedicato a “Istruzione di qualità per tutti”, volto ad

assicurare a tutti un'istruzione, equa ed inclusiva, che sia di "qualità tecnica" (Target 4.3) ed in grado di far acquisire le competenze, anche tecniche e professionali, necessarie per l'occupazione (Target 4.4).

Inoltre, l'Agenda richiama la trasparenza come un mezzo per raggiungere "Istituzioni solide", secondo il sedicesimo Obiettivo che, in relazione alla dimensione "istituzionale" dello sviluppo sostenibile ed allo scopo di creare organismi efficienti, responsabili ed inclusivi a tutti i livelli, indica come Target 16.5 «*ridurre sostanzialmente la corruzione e la concussioni in tutte le loro forme*» e come Target 16.6 «*sviluppare istituzioni efficaci, responsabili e trasparenti a tutti i livelli*».

Non è d'altra parte un caso che l'Alleanza Italiana per lo Sviluppo Sostenibile (ASviS), a seguito della pandemia, rediga ogni anno un Rapporto dedicato all'esame dei provvedimenti e della situazione dell'Italia rispetto ai 17 Obiettivi dell'Agenda 2030, soprattutto avuto riguardo al PNRR.

L'ultimo Rapporto, intitolato "Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, la Legge di Bilancio 2022 e lo sviluppo sostenibile" ed i cui dati sono aggiornati al marzo 2022^[39], segnala la necessità di una «*capacitazione amministrativa per l'attuazione del PNRR*», al fine di consentire una pronta ed efficace gestione delle risorse da questo messe in campo.

Valga tuttavia una notazione finale.

Nel Rapporto si legge che lo sforzo proposto dal Governo allo scopo «*non sembra produrre gli esiti sperati. Le modalità scelte e i criteri utilizzati per identificare il personale sono state oggetto di notevoli critiche, e la qualità del personale selezionato non sembra essere adeguata al tipo di attività richieste per l'attuazione del PNRR*»^[40].

Inoltre, si sottolinea come il Piano non presenti misure che vadano nella direzione della realizzazione dell'Obiettivo 17 dell'Agenda 2030, il quale, quanto alla "Partnership per gli obiettivi" prevede un Target 17.9 volto a «*rafforzare il sostegno internazionale per l'attuazione di un sistema di costruzione delle capacità*», manifestando pertanto carenze in una prospettiva che collochi l'Italia, al tempo delle transizioni, nella sua opportuna interrelazione con gli altri Paesi e con la società^[41].

Il cambio di paradigma è probabilmente ancora lontano.

1. I testi delle Relazioni annuali pubblicate da ANAC sono consultabili sul sito www.anticorruzione.it.
2. Sulle criticità emerse in materia di contratti pubblici al tempo della pandemia, specie a seguito dei regimi di eccezione introdotti dalla decretazione d'urgenza del 2020 e del 2021, S. Fantini-H. Simonetti, *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2022, pp. 76 ss., G. Perulli (a cura di), *Contratti pubblici. Aggiornato al Decreto Semplificazioni*, Giappichelli, Torino, 2021, pp. 48 ss. e F. Sciarretta (a cura di), *Il "nuovo" Codice dei contratti pubblici: frammenti di disciplina tra approccio europeo e logiche nazionali*, Il Mulino, Bologna, 2020, pp. 15 ss.
3. Sull'incidenza del fenomeno corruttivo nel settore degli appalti pubblici, anche C. Benetazzo, *Gli appalti pubblici nel PNRR tra semplificazione e prevenzione della corruzione*, in www.federalismi.it.
4. Sull'oggetto, si rinvia alle informazioni pubblicate in www.anticorruzione.it.
5. In materia, si vedano E. Carloni, *Misurare la corruzione? Indicatori di corruzione e politiche di prevenzione*, in *Pol. Dir.*, 2017, *passim* e R. Cantone, *Il sistema della prevenzione della corruzione*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 35 ss. Inoltre, per una recente analisi del rischio di corruzione, condotta approfondendo i dati provenienti dalla BDNCP, M. Troia, *Data analysis e costruzione di indicatori di rischio di corruzione per la Banca dati nazionale dei contratti pubblici*, Napoli, 2020. Sia infine consentito rinviare a P. Lombardi, *La lotta alla corruzione come obiettivo di sviluppo sostenibile: nuove prospettive anche alla luce del PNRR*, in www.federalismi.it.
6. E. Carloni, *Il paradigma trasparenza. Amministrazioni, informazione, democrazia*, Il Mulino, Bologna, 2022, p. 143.
7. N. Fiorino-E. Galli, *La corruzione in Italia: un'analisi economica*, Il Mulino, Bologna, 2013, p. 55.
8. M. D'Alberti, *I due nemici da combattere: i corrotti e il degrado istituzionale*, in M. D'Alberti (a cura di), *Combattere la corruzione. Analisi e proposte*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2016, p. 15, cui *adde*, dello stesso volume, A. Bixio, *Le origini sociali della corruzione* e A. Moliterni, *Semplificazioni amministrative e contrasto alla corruzione: conflitto o concorso?*, rispettivamente p. 63 e p. 231, sulle complicazioni normative e procedurali come fattore d'implementazione della corruzione.
9. Le due efficaci frasi tra virgolette sono di G. Forti, *La cura delle norme. Oltre la corruzione delle regole e dei saperi*, Vita e Pensiero, Milano, 2018, pp. 182-183.
10. Sull'opportunità di regole "semplici" al tempo delle semplificazioni, M. Gorlani, *La semplificazione dei contratti pubblici: ricorrente "utopia" o occasione da cogliere?*, in questa *Rivista*, f. 3/2022, pp. 20 ss.
11. Le frasi tra virgolette sono riprese da ANAC, *Relazione annuale 2021*, op. cit., pp. 29 e 31.
12. E. Carloni, *Il paradigma trasparenza*, op. cit., p. 127.
13. Sulla vigilanza collaborativa, per tutti, si vedano gli approfondimenti di C. Benetazzo, *ANAC e sistema europeo dei contratti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 102 ss. ed E. Frediani, *Vigilanza collaborativa e supporto in itinere delle stazioni appaltanti. La funzione*

- «pedagogica» dell'ANAC, in *Dir. e proc. amm.*, 2018, pp. 151 ss.
14. ANAC, *Relazione annuale 2021*, op. cit., p. 32.
 15. Su questo istituto e sulle sue criticità, si vedano gli approfondimenti di M. Cardone, *Il rating d'impresa: disciplina, criticità e prospettive di un istituto mai applicato*, in *www.federalismi.it*, R. Lombardi, *Compliance 231 e misure di risk management: la nouvelle vague della "regolazione responsiva" degli attori pubblici economici*, in *Dir. amm.*, 2019, pp. 148 ss. e L. Galli-M. Ramajoli, *Il ruolo della reputazione nel mercato dei contratti pubblici: il rating d'impresa*, in *Riv. reg. mercati*, 2017, pp. 63 ss.
 16. In questo senso, R. Cantone, *Il sistema della prevenzione della corruzione in Italia*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, p. 7.
 17. T. Mathà, *Innovazione negli appalti pubblici attraverso la professionalizzazione della committenza*, in C. Pagliarin-C. Perathoner-S. Laimer (a cura di), *Contratti pubblici e innovazione. Una strategia per far ripartire l'Italia*, Giuffrè Francis Lefevre, Milano, 2021, p. 63.
 18. Per l'approfondimento del tema della qualificazione delle stazioni appaltanti, T. Mathà, *Innovazione negli appalti pubblici attraverso la professionalizzazione della committenza*, op. cit., pp. 63 ss., R. Dipace, *Manuale dei contratti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2021, pp. 133 ss., A. Di Feo, *Centrali di committenza, qualificazione delle stazioni appaltanti e tutela della concorrenza in Italia e nel Regno Unito*, in *Urb. e app.*, 2019, pp. 33 ss., P. Chirulli, *Qualificazione delle stazioni appaltanti e centralizzazione delle committenze* e L. Donato, *Qualità ed efficienza delle stazioni appaltanti e delle imprese nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, entrambi in *Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale della Banca d'Italia*, 2018, n. 83, rispettivamente pp. 21 ss. e pp. 51 ss., V. Guerrieri, *Quali vie per razionalizzare il sistema del public procurement? La qualificazione delle stazioni appaltanti e gli effetti sulla centralizzazione degli acquisti*, in *www.federalismi.it*.
 19. In origine, era prevista, quale specifico ambito di qualificazione, unitamente alla capacità di progettazione, anche la capacità di programmazione, tuttavia espunta dal testo della disposizione dal Decreto Semplificazioni 2020 di cui a breve si farà cenno nel testo.
 20. Sul punto, si veda A. Massari, *Il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti nello schema di d.p.c.m.*, in *App. e contr.*, 2018, pp. 2 ss. e L. Donato, *Qualità ed efficienza delle stazioni appaltanti e delle imprese nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, op. cit., p. 56.
 21. Sul punto, si rinvia alla Relazione sullo stato di attuazione del sistema di qualificazione trasmessa alla Cabina di Regia di cui all'art. 212 del Codice dei contratti pubblici, pubblicata da ANAC il 27 giugno 2022 e consultabile sul sito *www.anticorruzione.it*. La Relazione costituisce esito della "seconda fase" del sistema di qualificazione, in cui l'Autorità ha operato un'analisi dei contributi pervenuti, effettuato un ampio richiamo dei contenuti della Legge delega cui si accennerà a breve e richiamato la fondamentale importanza della BDNCP per la rielaborazione delle informazioni utili al sistema di qualificazione.
 22. P. Chirulli, *Qualificazione delle stazioni appaltanti e centralizzazione delle committenze*, op. cit., p. 24.

23. P. Chirulli, op. cit., p. 26.
24. P. Chirulli, op. cit., p. 40.
25. Sul punto, si rinvia al paragrafo della più volte citata *Relazione annuale 2021* dedicato alle audizioni sul disegno di legge, pp. 55 ss.
26. Per l'approfondimento dei contenuti del disegno di legge discusso alla Camera, si veda il *dossier* del 23 marzo 2022 sulla Delega al Governo in materia di contratti pubblici, consultabile sul sito www.temi.camera.it.
27. In questo senso, M. Clarich, *La riforma della pubblica amministrazione nello scenario post Covid-19: le condizioni per il successo del Piano nazionale di ripresa e resilienza*, in G. Corso-F.G. Scoca- A. Ruggeri-G. Verde (a cura di), *Scritti in onore di Maria Immordino*, vol. I, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022.
28. Sul punto, si rinvia al capitolo della Relazione dedicato a "La riorganizzazione di ANAC di fronte alle nuove sfide", pp. 80 ss.
29. ANAC, *Relazione annuale 2021*, op. cit., p. 74.
30. E. Carloni, *Il paradigma trasparenza*, op. cit., p. 19.
31. E. Carloni, op. ult. cit., pp. 264-265.
32. E. Carloni, op. ult. cit., pp. 299 ss.
33. M. Clarich, *La riforma della pubblica amministrazione nello scenario post Covid-19*, op. cit.
34. B.G. Mattarella, *Controllo della corruzione amministrativa e regole di etica pubblica*, in *Riv. it. dir. pubb. comun.*, 2002, pp. 1030 e 1053. Sul delicato e complesso rapporto tra lotta alla corruzione ed etica pubblica, F. Patroni Griffi, *Gli strumenti di prevenzione nel contrasto alla corruzione e Battere la corruzione: una sfida impossibile?*, entrambi in www.federalismi.it.
35. G. Forti, *La cura delle norme*, op. cit., pp. 190 e 192.
36. Ancora G. Forti, *La cura delle norme*, op. cit., p. 193.
37. Sul punto, sia consentito rinviare nuovamente a P. Lombardi, *La lotta alla corruzione come obiettivo di sviluppo sostenibile: nuove prospettive anche alla luce del PNRR*, op. cit.
38. B.G. Mattarella, *Il diritto dell'onestà. Etica pubblica e pubblici funzionari*, in *Il Mulino*, 2007, pp. 38 ss.
39. Il documento è consultabile sul sito www.asvis.it.
40. Così il citato Rapporto ASviS, p. 17.
41. Ancora lo stesso Rapporto ASviS, p. 14. Sul forte arretramento, registrato tra il 2010 ed il 2020 non solo dall'Italia ma dalla gran parte dei Paesi dell'UE quanto al perseguimento di questo specifico obiettivo, si rinvia al Rapporto ASviS 2022, *L'Italia e gli Obiettivi di Sviluppo Sostenibile*, pubblicato il 4 ottobre 2022 sul sito www.asvis.it.

Sviluppo sostenibile e appalti pubblici. Sul ruolo degli appalti innovativi come strumento di sostenibilità

Stefano Rossa

DOI: 10.13130/2723-9195/2022-4-45

Il contributo affronta in chiave giuridica il rapporto che intercorre fra sviluppo sostenibile e sistema degli appalti pubblici. Dopo aver esaminato l'applicazione della strategia del Sustainable Public Procurement nei c.d. appalti "tradizionali", l'analisi approfondisce i vantaggi che possono derivare, sul piano della sostenibilità, dal ricorso, da parte delle stazioni appaltanti, ai c.d. appalti "innovativi".

Sustainable development and public procurement

The role of innovative procurement as a sustainability tool. The paper analyses the relationship between sustainable development and public procurement system from a juridical perspective. After having examined the application of the "Sustainable Public Procurement" strategy in so-called "traditional" procurement, the study explores the sustainability benefits that can be derived from the use of so-called "innovative" procurement by contracting administrations.

1. Introduzione. Un'istantanea del sistema degli appalti

Uno dei vantaggi derivanti del processo di digitalizzazione del settore pubblico, e della pubblica amministrazione in particolare^[1], è l'aver messo a disposizione dei cittadini alcuni strumenti informatici in grado di fotografare, con precisione e attendibilità^[2], specifici settori amministrativi. Uno di questi strumenti digitali è la Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici (BDNCP)^[3], che, grazie alla gestione dell'ANAC, raccoglie, analizza e rende disponibile i dati aperti relativi ai contratti pubblici italiani, anche tramite strumenti di *data visualisation*.

Dall'elaborazione dei dati della BDNCP riferiti all'anno 2021^[4], l'istantanea che ritrae il c.d. sistema dei contratti pubblici^[5] è contraddistinta da alcune caratteristiche. Innanzitutto, il valore complessivo dei contratti pubblici rappresenta un'ampia percentuale della ricchezza che viene prodotta, ogni anno, nel nostro Paese^[6]. Questa ricchezza, derivante da un numero elevato di procedure di aggiudicazione concluse (più di 5 milioni), è tuttavia ridimensionata da alcuni aspetti strutturali. Da un lato, la presenza di molte stazioni appalti (più di 25.000) ma di poche centrali di committenza; dall'altro, la distribuzione non omogenea delle amministrazioni contraenti sul territorio nazionale. Il risultato di questi due aspetti si traduce nella circostanza per cui la maggior parte di tutte le procedure di aggiudicazione concernono appalti di servizi, nel settore ordinario, di importo compreso fra i 40.000 € e i 150.000 €^[7].

A fronte di questo quadro ricostruttivo, ci si potrebbe interrogare se sia possibile rendere maggiormente sostenibile il c.d. sistema italiano degli appalti pubblici^[8] favorendo, così, lo sviluppo sostenibile. E, *a fortiori*, in che modo l'innovazione possa essere d'aiuto a tal fine.

Prima di poter procedere ad affrontare il quesito posto, pare tuttavia necessario precisare il significato del concetto di sostenibilità.

2. Il concetto di sostenibilità. Sostenibilità come sviluppo sostenibile, fra tutela dell'ambiente e crescita economica

Se nel 1996 si fosse aperto il vocabolario alla ricerca del significato del termine "sostenibilità", il risultato trovato sarebbe stato alquanto *scarno*. Infatti, sarebbe risultata per "sostenibilità" soltanto la «[c]ondizione di ciò che è sostenibile»^[9]; mentre, cercando di aggirare l'ostacolo alla ricerca di "sostenibile", sarebbe risultato soltanto un tautologico «[c]he si può sostenere»^[10].

Tuttavia, già soltanto pochi anni dopo, si sarebbe trovata nei dizionari una definizione vera e propria di sostenibilità, ovvero «[n]elle scienze ambientali ed economiche, condizione di uno sviluppo in grado di assicurare il soddisfacimento dei bisogni della generazione presente senza compromettere la possibilità delle generazioni future di realizzare i propri»^[11].

Dalla definizione sopra riportata si evince come il concetto di "sostenibilità" sia, dunque, strettamente legato a quello di "sviluppo sostenibile". Anzi: è possibile

affermare che vi sia equivalenza e sovrapposizione fra questi due concetti^[12]. Si avrà, infatti, sostenibilità qualora lo sviluppo non sia in grado di pregiudicare le generazioni successive. E ciò perché soltanto uno sviluppo orientato a preservare il futuro può essere definito sostenibile.

La consapevolezza odierna della necessità di tutelare i diritti delle generazioni future è frutto di un percorso iniziato alla fine della seconda guerra mondiale e maturato in particolare negli atti Settanta e Ottanta del secolo scorso. Il punto di partenza di questo *iter* è rappresentato dalla *United Nations Charter* del 1945, con la quale si intendeva tutelare le generazioni successive evitando il rischio di un ennesimo conflitto mondiale che, come la IWW e la IIWW, potesse mettere nuovamente a repentaglio la vita di milioni di persone^[13]. Nella visione della *United Nations Charter*, dunque, il mezzo con cui tutelare le generazioni future era rappresentata dalla pace. Successivamente, invece, con la *Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment*^[14] (c.d. Dichiarazione di Stoccolma) del 1972, per la prima volta si è messa in relazione la tutela dell'ambiente con la tutela delle generazioni future, sul presupposto che salvaguardando l'ambiente e le risorse naturali si potesse garantire ai posteri il soddisfacimento dei propri bisogni^[15]. Grazie al c.d. Brundtland Report, intitolato *Our Common Future*^[16] e approvato a seguito della *World Commission on Environment and Development* (WCED) delle Nazioni Unite del 1983, invece, per la prima volta venne cristallizzato il principio dello sviluppo sostenibile. In questo documento, infatti, esso viene definito come «*development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs*»^[17].

Come è stato osservato dalla dottrina, nella definizione data dalla WCED lo sviluppo sostenibile non è legato esplicitamente all'ambiente^[18], in quanto tale riferimento non compare in modo espresso. Anche se, come è stato correttamente sottolineato, è «*necessario rifuggire la tentazione di "caricare" di significati inespressi la definizione, che comunque, una volta formulata, va interpretata oggettivamente*»^[19], tale circostanza mette in luce due aspetti che, fino ad allora, non erano ancora emersi in modo evidente. Il primo di essi concerne l'oggetto dello sviluppo sostenibile: esso non è l'ambiente, come potrebbe apparire dalla Dichiarazione di Stoccolma, bensì lo sviluppo umano (*ça va sans dire*). Lo sviluppo umano (attuale) è sostenibile soltanto se non danneggia

e non mette a repentaglio i bisogni delle generazioni future. Lo sviluppo sostenibile, quindi, è diretto a tutelare le generazioni successive, e non l'ambiente in sé, il quale viene infatti tutelato strumentalmente: si tutela l'ambiente proprio per tutelare le generazioni successive. Il secondo aspetto che viene messo in evidenza dalla WCED è la presenza di altro antecedente logico, un altro fattore in grado di condizionare la tutela dell'ambiente: la crescita economica^[20]. Soltanto tramite una corretta crescita economica è possibile tutelare l'ambiente, impostando politiche economiche mirate a un consumo responsabile delle risorse naturali in chiave di solidarietà intergenerazionale^[21], tutelando in tal modo le generazioni future – sul punto il caso della c.d. *Ecological Footprints*^[22] è emblematico.

Ecco che già soltanto quanto ricostruito fino a qui consente di cogliere la complessità del concetto di sviluppo sostenibile. La formazione di questo principio appare dunque paragonabile al procedere dell'auriga della biga alata del mito platonico^[23]. Come noto, l'auriga è impegnato a condurre la biga alata verso l'iperuranio cercando di comporre i movimenti dei suoi due cavalli di cui l'uno, quello bianco, si dirige verso il mondo delle idee, mentre l'altro, quello nero, avanza invece verso un'altra direzione (il mondo concupiscibile). Similmente, lo sviluppo sostenibile ha proceduto delle volte trainato verso la tutela dell'ambiente, altre volte maggiormente verso gli aspetti della crescita economica. Ne sono un esempio, in relazione alla tutela dell'ambiente, la *United Nations Conference on Environment and Development*^[24] di Rio de Janeiro del 1992 e la relativa *Rio Declaration on Environment and Development*^[25] del 1992 sul piano internazionale, mentre su quello domestico il c.d. Codice dell'ambiente^[26]; relativamente alla crescita economica, invece sia il Trattato di Amsterdam^[27] del 1997, sia il Trattato di Lisbona^[28] del 2009.

A questi due aspetti si aggiunge quello che è considerato il terzo pilastro dello sviluppo sostenibile, quello sociale, come emerge in modo evidente sia nella *United Nations Agenda 2030 for Sustainable Development*^[29], i cui *Sustainable Development Goals* trascendono il mero ambito della tutela ambientale e della crescita economica, sia nella recente riforma costituzionale italiana agli artt. 9 e 41 Cost.^[30], la quale appare essere connotata da lungimirante sincretismo, in quanto i tre menzionati aspetti si intersecano e si mescolano proficuamente.

In ogni caso, il citato percorso dello sviluppo sostenibile lo ha condotto, anche

grazie alla guida della dottrina e dei commentatori, verso un suo sempre maggiore grado di perfezionamento teorico e una maggior autonomia scientifica rispetto alla tutela dell'ambiente. E questo al punto tale che, sul piano giuridico, è stato innalzato a principio generale dell'azione amministrativa^[31].

Prima di procedere con la trattazione, pare necessario riassumere quanto ricostruito fino a qui. Nel primo paragrafo si è evidenziato l'importante valore economico del sistema degli appalti pubblici in Italia. Un valore economico talmente considerevole da poter influenzare l'economia. Come è stato messo in luce, lo Stato, tramite le stazioni appaltanti, acquista ingenti quantità di beni, servizi o lavori con la conseguenza di riuscire a influire sul mercato influenzandone le tendenze^[32]. E proprio perché lo Stato influenza e condiziona il mercato con la sua domanda di lavori, beni e servizi, il mezzo tramite cui fa ciò, vale a dire gli appalti pubblici, può rappresentare una leva di cambiamento per rendere maggiormente sostenibile il sistema degli acquisti pubblici^[33].

3. Sviluppo sostenibile e appalti “tradizionali”. Il *Sustainable Public Procurement*

In quanto principio generale dell'attività amministrativa, lo sviluppo sostenibile rappresenta un obiettivo verso cui l'azione dell'amministrazione deve tendere nel proprio agire^[34]. E l'ambito degli appalti pubblici costituisce la cornice ideale all'interno della quale ciò avviene, in quanto esso deve essere visto come un ciclo di spesa in cui non vengono soltanto previsti dei fabbisogni e individuate le risorse per soddisfarli, ma in cui viene anche deciso come raggiungere, nella concretezza, il soddisfacimento di bisogni pubblici. Come è stato evidenziato dalla dottrina, il sistema degli appalti è un sistema giuridico-funzionale in cui «*in contrapposizione alle sofisticazione delle dottrine giuridiche, [si] stabilisce un collegamento tra soluzione tecnica ed effetti che ne derivano*»^[35]. Pertanto, il soddisfacimento di tali bisogni deve avvenire prendendo in considerazione specifici valori di riferimento, anche non economici^[36], previsti dagli stessi Trattati, come espressamente affermato in più occasioni dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea in merito all'ammissibilità dei criteri di aggiudicazione ambientali e sociali^[37].

Questa è la ragione per la quale è stato sviluppato il c.d. *Sustainable Public*

Procurement^[38], tessera ormai centrale nel mosaico del diritto europeo degli appalti, che non costituisce una procedura di aggiudicazione in sé bensì rappresenta uno specifico approccio al *procurement*. Un approccio composito, complesso^[39], derivante proprio dalla eterogenea natura del concetto di sostenibilità, e a tal fine mirato a integrare la tutela dell'ambiente (*Green Public Procurement*^[40]) e degli aspetti sociali (*Socially Responsible Public Procurement*^[41]) negli appalti pubblici tramite l'impiego di apposite strategie procedurali di acquisto^[42].

Il *Sustainable Public Procurement* è applicabile a tutte le procedure di scelta del contraente: per una ragione di semplicità espositiva, il presente paragrafo si focalizzerà sull'applicazione del *Sustainable Public Procurement* a quelle procedure di scelta contraente che è possibile considerare rientranti nell'insieme dei c.d. appalti "tradizionali". Quell'insieme, cioè, in cui per sottrazione sono ricomprese tutte le procedure di scelta del contraente^[43] ad eccezione dell'appalto pre-commerciale (*Pre-commercial procurement*, PCP), dell'appalto di soluzioni innovative (*Public Procurement of Innovation*, PPI), dell'appalto transfrontaliero (*Joint Cross-Border Public Procurement*) e del partenariato per l'innovazione (*Innovation Partnership*, IP), le quali costituiscono l'insieme dei c.d. appalti innovativi. In proposito si tornerà più a fondo nel paragrafo successivo, al quale si rimanda specificatamente la trattazione di questo punto.

Ciò posto, le strategie procedurali di acquisto accennate poc'anzi possono concernere solo alcune o tutte le fasi della procedura di gara. Alcuni esempi sono rappresentati dai criteri ambientali minimi (CAM) e da apposite clausole che possono essere applicate in ambiti differenti, quali quello delle forniture di energia elettrica e dei servizi di ristorazione.

3.1. I criteri ambientali minimi (CAM)

Una di tali strategie è rappresentata dal rispetto, in capo agli operatori economici partecipanti all'appalto, dei Criteri Ambientali Minimi (CAM).

Sulla spinta del diritto europeo, e in attuazione a una specifica norma contenuta nella c.d. legge finanziaria per l'anno 2007^[44], l'allora Ministero dell'Ambiente, con decreto ministeriale dell'11 aprile 2008, aveva adottato il c.d. *Piano di Azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica*

amministrazione^[45] (noto anche come *Piano di Azione Nazionale sul Green Public Procurement*), con l'esplicito intento di promuovere gli appalti verdi fra le pubbliche amministrazioni aggiudicatrici. A tal fine, il Ministero dell'Ambiente ha dunque fatto ricorso allo strumento dei CAM, adottati con specifici decreti ministeriali, ovvero un elenco di categorie merceologiche, relative a forniture e affidamenti, per le quali vi è una generale maggior sensibilità verso la tutela dell'ambiente, derivante della natura della fornitura o dell'affidamento. In relazioni a queste categorie merceologiche, che sono periodicamente riviste e aggiornate, sono state previste stringenti specifiche tecniche che garantiscono un livello di maggior tutela ambientale (e sociale)^[46] : un esempio è rappresentato dalla categoria merceologica "lavaggio industriale e del noleggio di tessili e materasseria"^[47].

Al fine di rendere omogenea sul territorio italiano l'applicazione di tali specifiche tecniche, il Codice dei contratti pubblici ha previsto che ogni qual volta le stazioni appalti indicano una procedura di appalto di forniture o affidamenti il cui oggetto rientra nel predetto elenco predisposto dal Ministero, le amministrazioni contraenti sono obbligate *ex lege*^[48] a prevedere – e pretendere dagli operatori economici – la conformità dell'oggetto dell'appalto, e il suo processo di produzione, ai summenzionati criteri minimi ambientali.

Posto il potere di ANAC di promuovere direttamente ricorso al giudice amministrativo^[49], nel caso in cui un'amministrazione aggiudicatrice stipuli un contratto in violazione della disciplina sui CAM a causa della propria azione omissiva, la giurisprudenza amministrativa si è più volte pronunciata sul fatto che i CAM non abbiano natura di mere norme programmatiche, ma siano invece automaticamente cogenti per l'amministrazione^[50] : pertanto, l'amministrazione è obbligata a inserire il rispetto dei requisiti ambientali nel bando e nei documenti di gara^[51], pena l'esclusione dell'operatore economico dalla procedura di gara^[52]; qualora, invece, l'amministrazione non inserisca i CAM, la relativa norma deve pertanto intendersi imperativa e cogente, con la conseguenza che essa opera indipendentemente da una sua espressa previsione negli atti di gara^[53].

I CAM possono trovare attuazione sia in fase di predisposizione delle specifiche tecniche richieste dalla stazione appaltante in relazione alle caratteristiche che il singolo bene o la specifica fornitura devono possedere per soddisfare lo specifico fabbisogno^[54]; sia nella fase di valutazione delle offerte – il rispetto dei CAM può

infatti costituire un criterio premiante nella valutazione della componente tecnica dell'offerta (effettuata con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa), nell'ipotesi in cui la commissione voglia attribuire un punteggio premiante ulteriore rispetto alle specifiche tecniche minime stabilite nei documenti di gara^[55].

3.2. L'applicazione di clausole *ad hoc* a vantaggio della trasversalità del concetto di sostenibilità (ambientale e sociale in particolare): i casi di acquisto di fornitura di energia elettrica e dell'affidamento di servizi di ristorazione

Un'altra strategia volta a garantire la sostenibilità in senso ampio consiste, invece, nell'introduzione di particolari clausole nella *lex specialis* e nella documentazione di gara.

Come è intuibile, l'inserimento di specifiche clausole consente all'amministrazione aggiudicatrice, in fase di progettazione della strategia di gara, di poter soddisfare il fabbisogno pubblico con maggior adattabilità, intervenendo con modalità sartoriali nello specifico caso di specie. Inoltre, tali clausole *ad hoc* possono essere impiegate per raggiungere una pluralità di obiettivi legati, direttamente o indirettamente, al soddisfacimento del particolare fabbisogno.

In relazione alla sostenibilità intesa come tutela dell'ambiente, un esempio può essere rappresentato da una *best practice* di S.C.R. Piemonte^[56], la centrale di committenza della Regione Piemonte, in tema di appalti di fornitura di energia elettrica^[57]. Questa centrale di committenza ha stipulato nel tempo – in particolare per quanto ivi di interesse, nel 2016, 2017, 2019 e 2021 – alcune convenzioni concernenti la fornitura di energia elettrica a favore degli enti regionali piemontesi^[58]. Al fine di tutelare l'ambiente, le risorse naturali e diminuire la produzione di anidride carbonica, la centrale di committenza ha aumentato in ogni convenzione la percentuale di acquisto di fornitura di energia elettrica proveniente da fonti rinnovabili, passando così dal 10% di acquisto di “energia verde” nella convenzione del 2016, al 50% in quella del 2017, per giungere al 100% in quella del 2019 – percentuale mantenuta anche nel 2021.

Per quanto attiene, invece, alla sostenibilità intesa in senso ampio, ricomprendendo sia gli aspetti ambientali sia quelli sociali^[59], un'ulteriore strategia

può riguardare, ad esempio, le gare di ristorazione. Come emerge dal *Rapporto di sostenibilità 2018* di Consip^[60], la Concessionaria dei servizi informativi pubblici ha bandito per conto del Ministero dei Beni e delle Attività Culturali procedure di gara per i servizi di ristorazione dei principali musei italiani: nella documentazione di gara, oltre a prevedere il rispetto dei CAM, ha imposto altresì la conformità dell’offerta tecnica ad ulteriori criteri ambientali e sociali, come ad esempio la produzione a km 0 del cibo servito, il trasporto dello stesso con mezzi a basso impatto ambientale, la destinazione del cibo avanzato a canili o gattili, oltre alla promozione di collaborazioni con enti che impiegano lavoratori con disabilità^[61].

Il sostegno delle tematiche sociali è sempre più sentita dal legislatore italiano, e le procedure di appalto rappresentano uno degli strumenti tramite cui questi implementa misure volte a tal fine. Si pensi, infatti, alla recente modifica del Codice dei contratti pubblici volta a promuovere la parità di genere e quella generazionale tramite alcune specifiche previsioni^[62], fra cui la riduzione della garanzia provvisoria – che gli operatori devono versare all’amministrazione aggiudicatrice nel momento della partecipazione alla procedura – a favore di quegli operatori economici in possesso di una certificazione della parità di genere^[63]; nonché l’espressa possibilità, per le amministrazioni, di prevedere criteri premiali di valutazione dell’offerta per gli operatori economici in possesso della predetta certificazione di parità di genere^[64].

4. I limiti degli appalti “tradizionali” e i vantaggi derivanti dal ricorso agli appalti innovativi

Le strategie appena descritte rappresentano soltanto alcuni esempi di come sia possibile realizzare sul piano concreto il *Sustainable Public Procurement*. Queste strategie di tutela ambientale e sociale, a ben riflettere, sono state applicate agli appalti “tradizionali”^[65], vale a dire a quelle procedura di aggiudicazione (già) note, presenti nell’attuale disciplina europea e domestica del *procurement* così come in quella precedente, e in cui l’elemento “innovazione” non è fondamentale in quanto, nel migliore dei casi, appare puramente un fattore accidentale. Agli appalti “tradizionali” si affiancano gli appalti “innovativi”, procedure di aggiudicazione sviluppate in tempi più recenti e incentrate, come si analizzerà di

seguito, proprio sull'innovazione.

Di primo acchito potrebbe non sembrare evidente, ma tramite gli appalti innovativi le amministrazioni aggiudicatrici possono acquistare forniture, servizi e lavori in grado di incidere positivamente sull'ambiente, tutelandolo, e promuovendo buone pratiche di sostenibilità. Questo in quanto le amministrazioni possono far sviluppare e acquistare innovazione per risolvere problemi o situazioni irrisolvibili con gli strumenti a disposizione o con i beni e i servizi presenti sul mercato in quel preciso momento.

Un esempio pratico appare utile a tal riguardo. Alcuni anni fa^[66], l'*Österreichische Bundesbeschaffung GmbH*^[67] (l'Autorità federale austriaca per gli appalti pubblici) si era trovata innanzi a un problema che fino ad allora, avendo fatto sempre ricorso agli appalti "tradizionali", non era riuscita a risolvere: acquistare un sistema in grado di diminuire la percentuale di inquinamento dell'acqua impiegata dalla produzione delle monete; acqua che, quindi, in conseguenza della lavorazione industriale, conteneva quantità di sostanze chimiche superiori al limite di legge e pertanto non poteva essere né riutilizzata né smaltita normalmente. Tuttavia, ricorrendo a un appalto innovativo (nello specifico, un appalto di soluzioni innovative, modello di cui si tratterà *infra*), nonché grazie a un'attenta progettazione della gara, a una corretta redazione della *lex specialis* e a una accurata gestione della procedura, l'Autorità federale austriaca per gli appalti è riuscita ad acquistare un sistema che consentiva, da un lato, di incrementare drasticamente il risparmio di acqua impiegata nella coniazione delle monete e, dall'altro, di filtrare ed eliminare dall'acqua grandi percentuali di componenti chimici.

Questo è soltanto uno fra i numerosi esempi che testimoniano la rilevanza degli appalti innovativi nell'ambito della tutela ambientale e dello sviluppo sostenibile. Prima di approfondire le ragioni che conducono a ritenere fondata tale affermazione, pare necessario soffermarsi brevemente nell'illustrazione di quali e cosa siano questi appalti innovativi.

5. Gli appalti innovativi

Come emerge intuitivamente dal significato letterale, gli appalti innovativi^[68] sono delle procedure d'appalto caratterizzate da una natura innovativa e dunque

strettamente correlate all'innovazione: negli appalti innovativi l'innovazione è l'elemento centrale.

In base alla definizione del Codice dei contratti pubblici, per innovazione si intende «l'attuazione di un prodotto, servizio o processo nuovo o che ha subito significativi miglioramenti tra cui quelli relativi ai processi di produzione, di edificazione o di costruzione o quelli che riguardano un nuovo metodo di commercializzazione o organizzativo nelle prassi commerciali, nell'organizzazione del posto di lavoro o nelle relazioni esterne»^[69]. Un qualcosa è dunque innovativo se è nuovo o se ha subito miglioramenti tali da renderlo diverso da come era in origine^[70]. In relazione agli appalti, l'innovazione è legata alla capacità di soddisfare un bisogno che il mercato, tramite i suoi prodotti o servizi, allo stato attuale non è in grado di soddisfare^[71]. Se una procedura di appalto riesce a sviluppare un nuovo prodotto o servizio di cui vi è il fabbisogno, o a migliorarlo profondamente a tal fine, ma che il mercato per varie ragioni^[72] non può in quel preciso momento fornire, allora quell'appalto può essere considerato un appalto innovativo^[73]. In aggiunta a ciò, secondo recente dottrina^[74] vi può essere altresì un appalto innovativo se esso è finalizzato all'acquisto di beni o servizi innovativi, oppure se è volto a favorire e incoraggiare operatori economici innovativi o, infine, se è il suo procedimento a essere innovativo. Sul punto si tornerà *infra*.

Questa particolare domanda pubblica, che rappresenta una vera e propria «sfida al mercato»^[75], costituisce una leva strategica per incrementare non soltanto l'innovazione in sé, ma la crescita generale del Paese e dell'Unione europea^[76]. E questo è il motivo per cui gli appalti innovativi sono nati in ambito europeo grazie alla teorizzazione dell'appalto pre-commerciale (*Pre-Commercial Procurement*), dell'appalto pubblico di soluzioni innovative (*Public Procurement of Innovative Solutions*), dell'appalto transfrontaliero (*Cross-Border Public Procurement*), e del partenariato per l'innovazione (*Innovation Partnership*), recepiti in un secondo momento anche in ambito domestico.

5.1. L'appalto pre-commerciale

L'appalto pre-commerciale (in inglese *Pre-Commercial Procurement*) è disciplinato nella Comunicazione della Commissione del 14 dicembre 2007 – COM(2007)799^[77], nonché per *relationem* dall'art. 158 co. 2 del Codice dei

contratti pubblici^[78], ed è legato all'ambito dei servizi di ricerca e sviluppo di carattere non commerciale^[79]. Con esso, le stazioni appaltanti acquistano dagli operatori del mercato attività di ricerca e sviluppo, onde sviluppare e sperimentare soluzioni nuove per risolvere problemi complessi che non trovano risposte soddisfacenti sul mercato.

La procedura dell'appalto pre-commerciale si articola in tre fasi a sviluppo progressivo, al termine di ciascuna delle quali l'amministrazione precede a selezionare gli operatori economici per la partecipazione a quella successiva. Dopo aver verificato che il mercato non sia in grado di soddisfare il fabbisogno pubblico, ad esempio ricorrendo alle consultazioni preliminari di mercato^[80], si apre la prima fase di studio e ricerca, in cui si ha lo sviluppo di un progetto mirato a soddisfare il fabbisogno espresso dall'amministrazione; una seconda fase, invece, concerne la creazione del prototipo basato sul progetto sviluppato nella prima fase; la terza fase, infine, è quella di verifica dei risultati, nella quale il prototipo viene prodotto in pochi esemplari e testato in un contesto simile alla realtà e nella quale viene vagliata la sua funzionalità e il soddisfacimento o meno del fabbisogno iniziale. La commercializzazione dei risultati ottenuti dalla fase di ricerca e sviluppo è dunque esclusa dall'ambito dell'appalto pre-commerciale^[81], e ciò sia nel caso in cui il risultato della fase di ricerca sia utile all'amministrazione, sia nel caso in cui esso invece non lo sia.

Il vantaggio per la stazione appaltante è notevole, in quanto, da un lato, essa può rivolgersi contemporaneamente a più operatori economici, i quali cofinanziano tutti insieme l'attività di ricerca e sviluppo di cui l'amministrazione necessita; dall'altro, l'amministrazione non procede in alcun caso a all'acquisto della soluzione progettuale. Come sottolineato poc'anzi, l'appalto pre-commerciale non comprende la fase di commercializzazione: se l'amministrazione ha interesse ad acquistare il prodotto o il servizio sviluppato durante l'appalto pre-commerciale, essa può agire ricorrendo a una procedura di aggiudicazione ulteriore e distinta dall'appalto pre-commerciale. Può ricorrere, ad esempio, all'appalto di soluzioni innovative, in relazione a cui si rimanda all'analisi successiva.

In generale, il vantaggio per gli operatori economici che deriva dall'appalto pre-commerciale, e che incentiva perciò la loro partecipazione, è duplice. Da un lato, un primo vantaggio consiste principalmente nella circostanza per cui

l'amministrazione aggiudicatrice paga un prezzo per sostenere l'attività di ricerca e sviluppo del privato, condividendo in tal senso il rischio d'impresa derivante dal carattere innovativo (e quindi: rischioso) del servizio o del prodotto – al punto che una parte della dottrina ha visto nell'appalto pre-commerciale una sorta di «modalità di finanziamento della ricerca e dell'innovazione»^[82]. Proprio questo aspetto permette di distinguere l'appalto pre-commerciale dall'appalto di servizi di ricerca e sviluppo: quest'ultimo infatti, oltre a essere previsto esplicitamente dalla disciplina europea e nazionale^[83], non prevede una compartecipazione dell'amministrazione al rischio di impresa in quanto essa paga un corrispettivo in denaro per impiegare in modo esclusivo i risultati del servizio di ricerca e sviluppo^[84]. Il secondo vantaggio per il privato concerne la facoltà di utilizzare i risultati dell'attività di ricerca e sviluppo anche al di fuori del contesto dell'appalto pre-commerciale, senza la previsione di impiego esclusivo dei risultati da parte dell'amministrazione.

5.2. L'appalto di soluzioni innovative

L'appalto di soluzioni innovative (in inglese *Public Procurement of Innovative Solutions*), invece, non rappresenta in senso stretto una procedura d'appalto, bensì un «*approccio all'innovazione*»^[85] che può essere perseguito attraverso diverse altre procedure^[86] (in particolare: la procedura competitiva con negoziazione, il dialogo competitivo, la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara)^[87]. In base alla classificazione proposta dalla dottrina e precedentemente richiamata^[88], l'appalto di soluzioni innovative sarebbe un appalto innovativo in quanto finalizzato all'acquisto di beni o servizi innovativi.

Contrariamente all'appalto pre-commerciale, dal quale è esclusa la fase della commercializzazione, nell'appalto di soluzione innovative tale fase è ricompresa ma invece esula proprio quella della ricerca e sviluppo^[89]. Il presupposto per l'attuazione di questo tipo di appalto, infatti, è che vi sia già sul mercato un prodotto o un servizio innovativo, ma esso non è ancora in grado di soddisfare appieno il fabbisogno dell'amministrazione se non dopo una sua implementazione migliorativa.

Il prodotto o servizio, una volta migliorato secondo gli standard (e al prezzo)

stabiliti dall'amministrazione per il soddisfacimento dei propri fabbisogni, possiederà delle caratteristiche nuove che dovranno però essere testate dalla pubblica amministrazione; quest'ultima, grazie alla sua domanda d'acquisto, "consistente" e pertanto attrattiva per gli operatori economici, contribuirà a definirne gli standard tecnici necessari per la commercializzazione del bene o del servizio e per la sua immissione sul mercato di largo consumo. In questo caso, dunque, la stazione appaltante agisce in veste di *early adopter*^[90] o di *utente di lancio*^[91].

Il vantaggio per l'amministrazione consiste nel (poter) soddisfare un fabbisogno pubblico ricorrendo a una soluzione innovativa già (quasi totalmente) sviluppata, agli standard tecnici e al prezzo da essa stabiliti, e che necessita soltanto di un aggiustamento pre-commerciale – risparmiando tempo e risorse in quanto la fase di ricerca e sviluppo, che esula dall'appalto di soluzioni innovative, è già stata effettuata in precedenza. Gli operatori economici, invece, sono avvantaggiati dall'azione di *early adapter* dell'amministrazione poiché, grazie all'intervento dell'amministrazione, essi impiegano minori risorse (e meno tempo) per svolgere un'azione essenziale per la vendita su larga scala del proprio prodotto o servizio.

5.3. L'appalto transfrontaliero

Un altro tipo di appalto innovativo^[92] è rappresentato dall'appalto transfrontaliero (in inglese *Joint Cross-Border Procurement*), previsto dall'art. 39 della Direttiva 24/2014/UE il cui testo è stato sostanzialmente trasposto nell'art. 43 del d.lgs. n. 50 del 2016.

Innanzitutto, la disciplina europea stabilisce due principi generali: da un lato, gli Stati membri non possono vietare alle rispettive amministrazioni aggiudicatrici di ricorrere alle attività di centralizzazione di committenza poste in essere da centrali di committenza ubicate in un altro Stato europeo – seppur possano delimitare aspetti specifici (es. tipo di attività di centralizzazione)^[93]; dall'altro, le stazioni appaltanti non possono ricorrere all'appalto transfrontaliero per eludere la propria disciplina nazionale, dato che questa potrebbe essere più ristretta e limitante rispetto a quella di un altro Stato membro^[94].

La disciplina europea, pertanto, consente in modo esplicito gli appalti transfrontalieri^[95] – i quali risultano utili, in particolare, per risolvere un problema

pratico che si verifica molto spesso sul mercato europeo: sovente può accadere, infatti, che lo stesso bene abbia un prezzo diverso a seconda del singolo Paese di riferimento – come è emerso in particolare durante le prime fasi della pandemia da Covid-19 in relazione ai dispositivi di protezione individuale^[96]. Aspetto che può ovviamente incidere negativamente sulla tutela dei diritti degli individui.

In ogni caso, la disciplina europea prevede che le centrali di committenza dei Paesi europei possano realizzare un appalto transfrontaliero in due modi: avvalendosi tutte quante dell'attività di un'unica centrale di committenza situata nel Paese in cui il bene oggetto dell'appalto avrà il costo più basso^[97], oppure stipulando fra esse un accordo che regoli i rapporti, sia in punto di diritti sia in punto di obblighi dei contraenti^[98].

Nel primo caso, la Direttiva prevede, ad esempio, che un'amministrazione finlandese possa avvalersi delle attività di una centrale di committenza greca (in quanto, ad esempio, il bene oggetto che si intende acquistare ha il prezzo più basso proprio in Grecia). In questa ipotesi, troverà applicazione la disciplina dello Stato in cui ha sede la centrale di committenza straniera della quale l'amministrazione aggiudicatrice si avvale (per rimanere sull'esempio: si applicherà la disciplina greca)^[99]. La *ratio* è uniformare la disciplina normativa da applicare, evitando che in alcune sotto-fasi del contratto si applichino regole differenti da Paese a Paese.

Nella seconda ipotesi, invece, vi sono due o più amministrazioni aggiudicatrici di Stati diversi (ad es. una lussemburghese, una slovena e una polacca) che agiscono insieme per aggiudicare un contratto di appalto. Tale appalto può essere posto in essere tramite l'istituzione di un terzo soggetto congiunto che agisce in nome e per conto delle singole amministrazioni partecipanti (come nel caso dell'*European Grouping of Territorial Cooperation – EGTC*, in italiano Gruppo europeo di cooperazione territoriale – GECT), oppure tramite un accordo fra esse senza prevedere, tuttavia, la creazione di un soggetto terzo. In quest'ultimo caso, le stazioni appaltanti sono chiamate a sottoscrivere un accordo nel quale devono essere stabilite le responsabilità delle parti, le disposizioni nazionali da applicarsi nell'appalto transfrontaliero (vale a dire, rimanendo sull'esempio, se si applicheranno quelle lussemburghesi, polacche, o slovene), nonché l'organizzazione interna della procedura di aggiudicazione dell'appalto (ovvero come essa debba essere gestita sul lato pratico, come debba avvenire l'esecuzione

del contratto, ecc.).

Da quanto ivi ricostruito brevemente, appare intuitivo affermare che l'appalto transfrontaliero sia un appalto innovativo, stando alla classificazione citata in precedenza^[100], a fronte dell'innovatività della sua procedura. Secondo una parte della dottrina, l'appalto transfrontaliero sarebbe idoneo a essere impiegato per acquistare prodotti e soluzioni innovative, nonché per promuovere l'innovazione fra gli operatori economici^[101], specialmente se affidato ad amministrazioni dotate di un elevato livello di competenze tecniche – quali possono essere le centrali di committenza^[102]. Di converso, altra parte della dottrina ha invece sottolineato le enormi difficoltà pratiche che le stazioni appaltanti dovrebbero affrontare in tal senso, sommando alle complessità della procedura dell'appalto transfrontaliero quelle dell'appalto di soluzioni innovative^[103].

5.4. Il partenariato per l'innovazione

Un ultimo tipo di appalto innovativo è costituito dal partenariato per l'innovazione^[104] (in inglese *Innovation Partnership*) disciplinato dall'art. 31 della Direttiva 2014/24/UE^[105] e recepito dal Codice dei contratti pubblici all'art. 65^[106]. Come dispone espressamente la disciplina nazionale, vi sono due condizioni preliminari per l'impiego del partenariato per l'innovazione: le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori possono ricorrere a questo tipo di appalto innovativo qualora vi sia, da un lato, l'esigenza di sviluppare beni, servizi o lavori innovativi per soddisfare un fabbisogno pubblico che il mercato non può ancora soddisfare; dall'altro, vi sia invece la necessità di acquistare le forniture, i servizi o i lavori che ne risultano – e questo a prezzi e con livelli di prestazioni concordati fra la stazione appaltante e gli operatori economici partecipanti. Sotto questo punto di vista, il partenariato per l'innovazione rappresenta una crasi fra l'appalto pre-commerciale e l'appalto di soluzioni innovative, perché prevede quelle fasi che invece sono espressamente escluse dai due appalti innovativi intesi singolarmente^[107].

Anche il partenariato per l'innovazione si fonda su un approccio multifase a sviluppo progressivo, composto da fasi negoziali successive che, secondo la dottrina, lo riconducono alle procedure ristrette flessibili^[108]. A livello generale, è possibile identificare tre precise fasi procedurali (prima: selezione dell'operatore

economico; seconda: sviluppo della soluzione progettuale; terza: realizzazione e commercializzazione del prodotto sviluppato nella seconda fase)^[109], che possono essere però suddivise in alcune sotto-fasi, descritte di seguito^[110].

Prima di dare avvio al partenariato per l'innovazione, l'amministrazione aggiudicatrice deve verificare se il mercato sia già in grado di soddisfare il fabbisogno d'innovazione. Il che avviene tramite la pubblicazione di un avviso di consultazione preliminare di mercato^[111] e di un eventuale invito dell'amministrazione aggiudicatrice, rivolto agli operatori economici, a partecipare alla consultazione preliminare di mercato.

Appurata tale incapacità del mercato, il partenariato per l'innovazione si apre con la sua prima fase. Innanzitutto, l'amministrazione pubblica un avviso di manifestazione di interesse o un avviso di indizione, motivando la scelta del ricorso a questa procedura di aggiudicazione, unitamente alla documentazione di gara – con cui, da un lato, viene espresso il fabbisogno da soddisfare e, dall'altro, vengono stabiliti l'*iter* procedurale in base a cui si articolerà l'appalto, le condizioni contrattuali minime e i requisiti tecnici minimi^[112] –, invitando i potenziali offerenti presenti sul mercato, che soddisfino i requisiti di partecipazione stabiliti dall'amministrazione, a partecipare presentando un'offerta iniziale e un progetto iniziale di soluzione innovativa. Raccolte tutte le offerte iniziali pervenute, la stazione appaltante seleziona uno o più operatori economici (solitamente più di uno), le cui offerte sono state ritenute maggiormente idonee^[113], e tramite lettera di invito li invita nella successiva fase di negoziazione.

La fase di negoziazione ha ad oggetto tali offerte iniziali e può essere effettuata dall'amministrazione aggiudicatrice separatamente con ciascun operatore economico. In ogni caso, l'amministrazione specifica nella lettera di invito i criteri tecnici di base che non potranno essere oggetto della negoziazione, così come il criterio di valutazione delle offerte che, ovviamente, non può che essere quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa^[114]. A seconda della difficoltà tecnica dell'appalto innovativo, tal fase può suddividersi in ulteriori sottofasi a progressivo avanzamento, condizionate dal raggiungimento di obiettivi intermedi^[115]: può esservi, ad esempio, una fase dedicata alla progettazione preliminare della soluzione innovativa e una fase di progettazione esecutiva. Proprio sulla base del grado di complessità, la stazione appaltante può decidere di

ridurre il numero dei partecipanti al termine di ogni sottofase^[116], nonché di interrompere il partenariato se ritiene improduttivo quanto fatto fino a quel momento^[117].

In questa fase di negoziazione, la stazione appaltante può negoziare con gli operatori economici i contenuti delle offerte iniziali – eccetto per i predetti aspetti minimi individuati nella documentazione di gara e per il criterio di valutazione delle offerte – onde riuscire a trovare la soluzione progettuale che più si avvicina al soddisfacimento dei bisogni dell'amministrazione. Alla chiusura della fase della negoziazione, gli operatori economici (che eventualmente hanno superato la fase di ulteriore selezione sub-procedurale) presentano la loro offerta finale, che diventa in tal modo definitiva e non più negoziabile.

La fase successiva è quella dell'individuazione della miglior offerta finale^[118]. Tale fase si apre con l'invito dell'amministrazione, rivolto agli operatori economici le cui offerte sono state selezionate nella fase precedente, a presentare la loro offerta finale, contenente la soluzione progettuale finale. In questa ultima fase, l'amministrazione aggiudicatrice valuta le soluzioni progettuali finali – sempre sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (criterio che come scritto non può essere mai oggetto di negoziazione fra le parti^[119]) – e seleziona l'offerta ritenuta migliore. L'amministrazione aggiudicherà la procedura all'operatore economico selezionato^[120].

Come emerge da quanto ricostruito, il partenariato per l'innovazione si discosta dall'appalto pre-commerciale poiché alla fase di ricerca e sviluppo segue automaticamente la fase di commercializzazione. L'automatismo però non corrisponde all'obbligo di acquistare la fornitura o il servizio: infatti, qualora essa ritenesse il prototipo sviluppato non utile al soddisfacimento del fabbisogno pubblico, l'amministrazione ha la facoltà di risolvere il partenariato per l'innovazione e non proseguire con le fasi successive (o con la fase successiva)^[121]. Proprio questo aspetto conduce a un punto in comune con l'appalto pre-commerciale: nel partenariato per l'innovazione vi è una distribuzione del rischio d'impresa – anche se probabilmente in misura minore – fra amministrazione aggiudicatrice e operatore economico, dal momento che, come scritto e come anche posto in luce dalla dottrina, alla fine dell'*iter* procedurale quest'ultima potrebbe non veder mai sviluppato il prodotto o il servizio finale, mentre gli operatori sono in ogni caso retribuiti in relazione alle fasi del partenariato per

l'innovazione a cui hanno effettivamente preso parte ^[122].

Va, infine, sottolineato un ulteriore aspetto del partenariato per l'innovazione: nonostante il nome, la dottrina maggioritaria ritiene che questo appalto non rientri in quel «*fascio di istituti giuridici caratterizzati da alcuni comuni elementi*» ^[123] che è il partenariato pubblico privato, né in quello contrattuale né in quello istituzionalizzato ^[124].

6. Sviluppo sostenibile e appalti innovativi. Riflessioni conclusive

Dopo aver ricostruito e descritto cosa siano gli appalti innovativi, e in che cosa essi consistano, pare necessario riflettere su come essi possano risultare proficui in relazione alla tematica dello sviluppo sostenibile.

Innanzitutto, gli appalti innovativi sono ritenuti molto preziosi dalle istituzioni pubbliche, europee ^[125] e nazionali ^[126], proprio in considerazione del fondamentale apporto che questi strumenti possono dare in numerosi campi, compreso quella tutela dell'ambiente e dello sviluppo sostenibile. Questo perché, come sottolineato in precedenza, lo Stato, tramite gli appalti pubblici, influenza il mercato e cambia le tendenze, rappresentando così una leva di cambiamento che può essere rivolta a specifiche esigenze reali e concrete. Esigenze che, in ultima analisi, sono connesse fra loro: si pensi alla teoria *One Health* ^[127], oppure ai vari *Sustainable Development Goals* (SDG) della *United Nations Agenda 2030 for Sustainable Development* ^[128]: per sconfiggere la povertà (SDG#1) è imprescindibile sconfiggere la fame (SDG#2), nonché ridurre le disuguaglianze (SDG#10), promuovendo, fra le altre, l'istruzione di qualità (SDG#4). Questo è soltanto uno fra i numerosi esempi che è possibile mettere in luce in relazione all'*Agenda 2030*, ma mostra bene i gradi di interconnessione fra le grandi questioni che incidono sulla realtà.

In questo contesto, gli appalti pubblici costituiscono un elemento di vantaggio, coincidente con la ragione per la quale essi sono stati teorizzati ed elaborati: colmare i limiti del mercato. Si è sottolineato infatti che nei c.d. appalti “tradizionali” si pone la questione dell'impossibilità soddisfare quei bisogni che il mercato non è in grado di soddisfare.

Grazie agli appalti innovativi, la pubblica amministrazione può efficientare sia la

propria capacità conoscitiva dei fabbisogni sia il proprio potere decisionale nelle singole sottofasi delle procedure innovative d'appalto, dato che essa può partecipare direttamente alla creazione del prodotto o del servizio insieme agli operatori privati.

Creando la domanda pubblica di beni servizi e lavori, e influenzando in tal modo il mercato, le stazioni appaltanti possono contribuire *ab initio*, in una fase prodromica, a realizzare prodotti o soluzioni che, oltre a soddisfare il preciso bisogno, sono altresì in grado di essere rispettosi *di default* di quegli obiettivi che la stessa amministrazione ritiene meritevoli di tutela, come lo sviluppo sostenibile. Ed è proprio questo il vantaggio degli appalti innovativi in relazione allo sviluppo sostenibile. Se negli appalti “tradizionali” i meccanismi del *Sustainable Public Procurement*, analizzati precedentemente, agiscono “a valle” della procedura di appalto, nel senso che le varie clausole e criteri di sostenibilità vengono inseriti in una procedura pre-esistente, la quale è logicamente distinta dai criteri di sostenibilità e non dipendente da essa, si può notare come, invece, non altrettanto avviene negli appalti “innovativi”. In essi, specialmente nel caso del partenariato per l'innovazione e degli appalti pre-commerciali, è possibile tutelare lo sviluppo sostenibile già “a monte”, nella fase di ricerca e sviluppo del prodotto o del servizio, creando vale a dire un bene o un servizio le cui caratteristiche risultano *sustainable by default*, cioè conformi intrinsecamente al principio dello sviluppo sostenibile – come d'altronde emerge anche dall'esempio dell'Autorità federale austriaca per gli appalti pubblici citato in precedenza. Con un ulteriore vantaggio: agli appalti innovativi, infatti, è comunque sempre possibile applicare altresì quegli strumenti del *Sustainable Public Procurement*, analizzati nel corso della trattazione, che sono applicati agli appalti “tradizionali”.

Questo dimostra un aspetto significativo: grazie agli appalti innovativi, dunque, non solo è possibile vedere la domanda pubblica come leva per incrementare l'innovazione, ma anche come leva per aumentare la sostenibilità.

1. Senza pretese di esaustività, si vedano in argomento R. Cavallo Perin, D.U. Galetta (a cura di), *Il diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale*, Giappichelli, Torino, 2020; R. Cavallo Perin (a cura di), *L'amministrazione pubblica con i big data: da Torino un dibattito sull'intelligenza artificiale*, Rubettino, Torino, 2021; A. Masucci, *Digitalizzazione dell'amministrazione e servizi pubblici “on line”. Lineamenti del disegno normative*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2019, 117 ss.; E. Carloni, *Algoritmi su carta. Politiche di*

digitalizzazione e trasformazione digitale delle amministrazioni, in Dir. pubbl., 2, 2019, 363 ss.; A.G. Orofino, *La semplificazione digitale*, in Dir. econ., 3, 2019, 87 ss. In argomento siano consentiti i rimandi a S. Rossa, *Contributo allo studio delle funzioni amministrative digitali. Il processo di digitalizzazione della Pubblica Amministrazione e il ruolo dei dati aperti*, CEDAM-Wolters Kluwer, Milano, 2021 e, per profili comparatistici, a S. Rossa, *Il diritto all'informazione come base per una amministrazione digitale: una comparazione fra Italia ed Estonia*, in Dir. econ., 2, 2019, 543 ss. Invece, in relazione al processo di digitalizzazione dei contratti pubblici, argomento che come si vedrà nel corso della trattazione scorre parallelo ma non interseca la presente analisi e per tale ragione non verrà infra approfondito, si rimanda in particolare a G.M. Racca, *La digitalizzazione dei contratti pubblici: adeguatezza delle pubbliche amministrazioni e qualificazione delle imprese*, in R. Cavallo Perin, D.U. Galetta (a cura di), *Il diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale*, cit., 321 ss.

2. E questo grazie ai dati che vengono elaborati in informazioni. Sul punto, oltre ai riferimenti bibliografici riportati alla nota precedente, si vedano le osservazioni di G. Carullo, *Gestione, fruizione e diffusione dei dati dell'amministrazione digitale e funzione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2017. Più specificamente in merito ai dati aperti sia consentito il riferimento a S. Rossa, *Open data e amministrazioni regionali e locali. Riflessioni sul processo di digitalizzazione partendo dall'esperienza della Regione Piemonte*, in Dir. inf., 4-5, 2019, 1121 ss. L'impiego dei dati aperti nel processo di digitalizzazione della pubblica amministrazione incide anche sulla trasparenza dell'azione della stessa amministrazione: in relazione a questa tematica, sia consentito il richiamo a S. Rossa, *Trasparenza e accesso all'epoca dell'Amministrazione digitale*, in R. Cavallo Perin, D.U. Galetta (a cura di), *Il diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale*, cit., 247 ss.
3. La BDNCP è disciplinata dall'art. 62-bis d.lgs. n. 82/2005 ed è consultabile liberamente in <https://dati.anticorruzione.it/#/home> [ultima consultazione: 12.08.2022].
4. Dati presi dalla Banca dati nazionale dei contratti pubblici (consultabile in <https://dati.anticorruzione.it/superset/dashboard/appalti/>) [ultima consultazione: 12.08.2022].
5. In argomento le riflessioni di G. Mazzantini, *Analisi economica della spesa pubblica italiana*, in L. Fiorentino, A. La Chimia (a cura di), *Il procurement delle pubbliche amministrazioni. Tra innovazione e sostenibilità*, Il Mulino, Bologna, 2021, 41 ss., pur riferite a dati antecedenti il 2021.
6. Ovvero 257 miliardi €, che corrisponde a poco meno del 14% del PIL 2021 per l'Italia (pari a 1.781,2 miliardi €).
7. Si veda a riguardo il *Rapporto quadrimestrale sul mercato dei contratti pubblici*, 2° quadrimestre 2021, sviluppato dall'*Ufficio Osservatorio Studi e Analisi Banche Dati* di ANAC, dal quale emerge che il 33,5% di tutte le procedure di affidamento perfezionate di importo pari o superiore a 40.000 € sia relativo ad appalti di servizi nel settore ordinario.
8. In generale, sugli appalti pubblici in Italia la dottrina è molto ampia, ragione per cui si rimanda ai commentari del d.lgs. n. 50 del 2016. Si vedano, *ex multis*, F.G. Ferrari, G.

- Morbidelli (a cura di), *Codice dei contratti pubblici. Il D.L.vo 18 aprile 2016, n. 50 commentato articolo per articolo*, ed. La Tribuna, Piacenza, 2017; M. Corradino, S. Sticchi Damiani (a cura di), *I nuovi appalti pubblici. Commento al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, Giuffrè, Milano, 2017; M.A. Sandulli, M. Lipari, F. Cardarelli (a cura di), *Il correttivo al codice dei tratti pubblici. Guida alle modifiche introdotte dal d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56*, Giuffrè, Milano, 2017; A. Carullo, G. Iudica, *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, CEDAM-Wolters Kluwer, 2018; M.A. Sandulli, R. De Nictolis (dir.), *Trattato sui contratti pubblici*, Voll. I-V, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2019; F. Caringella (dir.), *Codice dei contratti pubblici*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2022. In argomento, anche se in relazione alla disciplina italiana precedente al 2014-2016, si vedano anche R. Caranta, *I contratti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2012. Relativamente alla situazione europea, invece, S. Treumer, M. Comba (Eds.), *Modernising Public Procurement. The Approach of EU Member States*, Elgar, Cheltenham-Northampton, 2018, nel quale è riportata una visione complessiva di come le Direttive del 2014 sono state recepite nei diversi Paesi Ue, e in cui il capitolo dedicato all'Italia è scritto da M. Comba, S. Richetto, *Transposition of the 2014 Public Procurement Package in Italy: meeting the deadline without really doing so*, 135 ss.
9. Voce *Sostenibilità*, in N. Zingarelli, *Vocabolario della lingua italiana "Lo zingarelli"*, Zanichelli, Bologna, 1996, 1698.
 10. Voce *Sostenibile*, in N. Zingarelli, *Vocabolario della lingua italiana "Lo zingarelli"*, cit., 1698.
 11. Voce *Sostenibilità* in *Enc. Treccani Online* (2018?), in <https://www.treccani.it/enciclopedia/sostenibilita/> [ultima consultazione 12.08.2022]. In tal senso anche L. Santo, *Sostenibilità*, in *Enc. Ita. Treccani*, VII app., 2007.
 12. In argomento la dottrina è numerosa. Senza pretese di esaustività, si vedano F. Fracchia, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Editoriale scientifica, Napoli, 2010; C. Videtta, *Lo sviluppo sostenibile. Dal diritto internazionale al diritto interno*, in R. Ferrara, C.E. Gallo (a cura di), *Le politiche ambientali, lo sviluppo sostenibile e il danno*, in R. Ferrara, M.A. Sandulli (dir.), *Trattato di diritto dell'ambiente*, Vol. I, Giuffrè, Milano, 2014, 221 ss.; F. Fracchia, *Il principio dello sviluppo sostenibile*, in G. Rossi (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Giappichelli, Torino, 2011, 170 ss.; V. Pepe, *Lo sviluppo sostenibile tra diritto internazionale e diritto interno*, in *Riv. giur. ambiente*, 2002, 209 ss. In relazione ai diritti umani si veda E. Frediani, *Lo sviluppo sostenibile: da ossimoro a diritto umano*, in *Quad. cost.*, 3, 2017, 626 ss. Sulla relazione fra sostenibilità e cultura C. Videtta, *Cultura e sviluppo sostenibile*, Giappichelli, Torino, 2018. Per aspetti legati al diritto agrario S. Manservigi, *Il principio dello sviluppo sostenibile: da Rio+20 al diritto dell'Unione europea e il suo fondamentale ruolo nel diritto agrario*, in P. Borghi, S. Manservigi, G. Sgarbanti (a cura di), *Il divenire del Diritto agrario italiano ed europeo tra sviluppi tecnologici e sostenibilità*, Atti del Convegno di Bologna-Rovigo, 25-26 ottobre 2012, Giuffrè, Milano, 2014, 175 ss. In chiave comparata invece in I. Alogna, *La circolazione del modello di sviluppo sostenibile: prospettive di diritto*

- comparato per un percorso multidirezionale, in G. Cerrina Feroni, T.E. Frosini, L. Mezzetti, P.L. Petrillo (a cura di), *Ambiente, energia, alimentazione: modelli giuridici comparati per lo sviluppo sostenibile (Environment, energy, food comparative legal models for sustainable development)*, I, Fondazione CESIFIN Alberto Predieri, Roma, 2015, 145 ss.
13. Cfr. il preambolo: «[w]e the Peoples of the United Nations determined to save succeeding generations from the scourge of war, which twice in our lifetime has brought untold sorrow to mankind». La United Nations Charter è consultabile sul sito ufficiale delle Nazioni Unite all'indirizzo <https://www.un.org/en/about-us/un-charter> [ultima consultazione: 12.08.2022].
 14. *Report of the United Nations Conference on the Human Environment*, U.N. Doc. A/Conf.48/14 (1972), reprinted in 11 I.L.M., 1416. Il testo della Dichiarazione di Stoccolma è consultabile in <http://undocs.org/en/A/CONF.48/14/Rev.1> [ultima consultazione 12.08.2022].
 15. Relativamente alla *Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment* cfr. in particolare il *Principle 2* («[t]he natural resources of the earth, including the air, water, land, flora and fauna and especially representative samples of natural ecosystems, must be safeguarded for the benefit of present and future generations through careful planning or management, as appropriate») e il *Principle 5* («[t]he non-renewable resources of the earth must be employed in such a way as to guard against the danger of their future exhaustion and to ensure that benefits from such employment are shared by all mankind»).
 16. Cfr. World Commission on Environment and Development, *Our Common Future*, Oxford University Press, Oxford, 1987.
 17. *Ibidem*.
 18. Così F. Fracchia, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, cit., 8.
 19. F. Fracchia, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, cit., 9.
 20. In tal senso la dottrina: «il report sembra ispirarsi anche alla convinzione secondo cui la crescita economica può essere lo strumento attraverso cui perseguire la protezione dell'ambiente e, soprattutto, il benessere degli uomini», *Ibidem*.
 21. Come è stato sottolineato, «[l]a solidarietà è flessibile: l'impegno richiesto agli agenti, pur ispirato alla conservazione della specie, dunque, non è astrattamente definibile, ma è legato alle peculiarità dei contesti, nutrito di pragmatismo (nello sviluppo sostenibile, ciò impone, ad esempio, di tenere conto delle esigenze della crescita) e limitato ad alcune situazioni estreme che possono incidere sul destino dell'umanità», F. Fracchia, *Il principio dello sviluppo sostenibile*, in G. Rossi (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, cit., 176.
 22. Sul punto W.E. Rees, *Ecological footprints and appropriated carrying capacity: what urban economics leaves out*, in *Environment & Urbanization*, 4(2), 1992, 121 ss. e W.E. Rees, M. Wackernagel, *Ecological footprints and appropriated carrying capacity: Measuring the natural capital requirements of the human economy*, in A. Jansson et al., *Investing in*

Natural Capital: The Ecological Economics Approach to Sustainability, Island Press, Washington D.C., 1994.

23. Si veda E.V. Maltese (a cura di) *Platone. Tutte le opere*, Vol. II, Fedro, Newton, Roma, 1997, 457-459 (246 a-b).
24. *Rio Declaration on Environment and Development*, U.N. Doc. A/CONF.151/5/Rev.1 (1992).
25. Il testo della dichiarazione è consultabile in: <https://bit.ly/3JKeDD8> [ultima consultazione: 12.08.2022]. Cfr. in particolare il principio 4, secondo cui «*in order to achieve sustainable development, environmental protection shall constitute an integral part of the development process and cannot be considered in isolation from it*».
26. Si veda l'art. 3-quater co. 1 d.lgs. n. 152/2006: «*[o]gni attività umana giuridicamente rilevante ai sensi del presente codice deve conformarsi al principio dello sviluppo sostenibile, al fine di garantire che il soddisfacimento dei bisogni delle generazioni attuali non possa compromettere la qualità della vita e le possibilità delle generazioni future*».
27. Cfr. art. B del Trattato di Amsterdam che modifica il trattato sull'Unione europea, i trattati che istituiscono le Comunità europee e alcuni atti connessi: «*[l]'Unione si prefigge i seguenti obiettivi: - promuovere un progresso economico e sociale e un elevato livello di occupazione e pervenire a uno sviluppo equilibrato e sostenibile, in particolare mediante la creazione di uno spazio senza frontiere interne, il rafforzamento della coesione economica e sociale e l'instaurazione di un'unione economica e monetaria che comporti a termine una moneta unica, in conformità delle disposizioni del presente trattato; [...]*».
28. Cfr. art. 2 co. 3 del Trattato di Lisbona che modifica il trattato sull'Unione europea e il trattato che istituisce la Comunità europea: «*[l]'Unione instaura un mercato interno. Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente. [...]*».
29. Cfr. <https://www.un.org/sustainabledevelopment/development-agenda/> [ultima consultazione: 12.08.2022].
30. Cfr. art. 9 co. 3 Cost., formulazione attuale a seguito della legge costituzionale n. 1 del 2022, che ha disposto che la Repubblica «*[t]utela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. [...]*». In relazione all'ambiente nella giurisprudenza costituzionale italiana, si veda F. Lucarelli (a cura di), *Ambiente, territorio e beni culturali nella giurisprudenza costituzionale*, ESI, Napoli, 2006. In ambito internazionale, invece, appaiono interessanti le riflessioni di E. Daly, J.R. May, *Global environmental constitutionalism: a right-based primer for effective strategies*, in L.C. Paddock, R.L. Glicksman, N.S. Bryner (Eds.), *Decision Making in Environmental Law*, Elgar, 2016, 21 ss. Cfr. anche l'art. 41 co. 2 e 3 Cost., formulazione attuale a seguito della legge costituzionale n. 1 del 2022, che stabilisce che l'iniziativa economica «*[n]on può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i*

programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali e ambientali».

31. In tal senso F. Fracchia, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, cit., 32: «[i]l principio dello sviluppo sostenibile, matrice degli altri principi che ne costituiscono l'applicazione e la sostanziale traduzione, sembra in tal modo aver definitivamente valicato il limite, anche disciplinare, del diritto dell'ambiente, perché assunto alla dignità di principio generale dell'attività amministrativa tour court».
32. Chiara sul punto A. La Chimia, *Appalti e sviluppo sostenibile nell'Agenda 2030*, in A. La Chimia (a cura di), *Il procurement delle pubbliche amministrazioni. Tra innovazione e sostenibilità*, cit., 73: «[l]o Stato compratore è acquirente capace di influenzare il mercato e cambiare le tendenze».
33. Come del resto messo in evidenza dalla Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni del 3 ottobre 2017 (COM(2017) 572 final), rubricato "Appalti pubblici efficaci in Europa e per l'Europa", la quale, nella *Introduzione*, afferma che «[l]e autorità pubbliche possono farvi leva in maniera più strategica per dare maggior valore a ogni euro di fondi pubblici speso e per contribuire a un'economia più innovativa, sostenibile, inclusiva e competitiva. Il miglioramento delle procedure d'appalto contribuisce inoltre a rendere più forte il mercato unico [...]».
34. Cfr. art. 3-quater d.lgs. 152/2006, norma in relazione alla quale la dottrina ha sottolineato che «[l]o sviluppo sostenibile è anche considerato un obiettivo e la norma [art. 3-quater d.lgs. 152/2006] lo conferma là dove richiama l'esigenza di individuare un corretto rapporto fra risorse», F. Fracchia, *Il principio dello sviluppo sostenibile*, in G. Rossi (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, cit., 179.
35. Così E. Chiti, C. Franchini, *L'integrazione amministrativa europea*, Il Mulino, Bologna, 2003, 159, in relazione alla nozione di amministrazione aggiudicatrice nella giurisprudenza della Corte di giustizia: «è di tipo giuridico-funzionale, riconducendo l'interpretazione giuridica agli obiettivi della disciplina degli appalti. In questo modo, il giudice europeo svela ed esalta l'inevitabile collegamento tra ragionamento giuridico e decisione politica, presentati come gli elementi di un metodo funzionale in cui l'argomento tecnico-giuridico relativo alla nozione di amministrazione aggiudicatrice è ricondotto alle opzioni politiche di fondo della costituzione economica europea. In altri termini, la nozione di amministrazione aggiudicatrice, lungi dall'essere concepita come il frutto di una scelta tecnica e neutrale, viene fatta discendere dall'interpretazione delle principali disposizioni del Trattato sui rapporti economici, secondo una linea metodologica non convenzionale che, in contrapposizione alla sofisticazione delle dottrine giuridiche, stabilisce un collegamento tra soluzione tecnica ed effetti che ne derivano». Secondo R. Caranta, *I contratti pubblici*, cit., 542, tale argomentazione può essere oggetto di generalizzazione nell'ambito degli appalti.
36. Si pensi in proposito all'importanza del criterio di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in cui l'offerta presentata degli operatori economici è

- valutata sia in relazione alla componente economica sia in merito alla componente tecnica, consentendo dunque all'amministrazione aggiudicatrice di porre in essere una valutazione circa il rapporto qualità tecnica del bene e prezzo. Cfr. art. 67 Direttiva 2014/24/UE e art. 95 co. 6 d.lgs. n. 50/2016. In argomento ANAC, *Linee guida n. 2 Offerta economicamente più vantaggiosa*, agg. 2018.
37. La Corte di giustizia europea si è espressa per la prima volta in merito all'ammissibilità di criteri di valutazione delle offerte di gara di carattere non economico a partire dal noto caso Corte giust. CE, sentenza 20 settembre 1988, C-31/87, *Gebroeders Beentjes BV c. Paesi Bassi*, ECLI:EU:C:1988:422, in relazione a clausole premiali di carattere sociale volte a contrastare la disoccupazione. Orientamento giurisprudenziale confermato pochi anni dopo da Corte giust. CE, sentenza 26 settembre 2000, C-225/98, *Commissione c. Francia*, ECLI:EU:C:2000:494. Con l'altrettanto nota sentenza Corte giust. CE, sentenza 17 settembre 2002, C-513/99, *Concordia Bus Finland*, ECLI:EU:C:2002:495, i giudici si sono pronunciati circa l'ammissibilità di criteri di valutazione delle offerte di gara di natura ambientale, a condizione che tali criteri fossero collegati con l'oggetto dell'appalto, che fossero previamente contenuti nella *lex specialis*, che fossero conformi ai principi del diritto unionale e che non conferissero una libertà incondizionata di scelta all'amministrazione. Negli anni successivi, tale filone giurisprudenziale si è consolidato anche grazie ad altre sentenze, fra cui Corte giust. CE, sentenza 4 dicembre 2003, C-448/01, *EVN AG et Wienstrom GmbH c. Austria*, ECLI:EU:C:2003:651 e Corte giust. UE, sentenza 10 maggio 2012, C-368/10, *Max Havelaar Label – Commissione c. Paesi Bassi*, ECLI:EU:C:2012:284. In relazione agli orientamenti della giurisprudenza europea in merito al superamento dell'approccio (meramente) economico nella valutazione delle offerte degli operatori economici in sede di gara, si veda in particolare E. Caruso, *La funzione sociale dei contratti pubblici. Oltre il primato della concorrenza?*, Jovene, Napoli, 2021, spec. 189 ss.
38. In argomento, senza pretese di esaustività, si vedano F. Fracchia, S. Vernile, *I contratti pubblici come strumento dello sviluppo ambientale*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2, 2020, 4 ss.; M. Andhov, R. Caranta (Eds.), *Sustainability through public procurement: the way forward. Reform Proposals*, SMART Project Report, 2020; A. La Chimia, *Appalti e sviluppo sostenibile nell'Agenda 2030*, in A. La Chimia (a cura di), *Il procurement delle pubbliche amministrazioni. Tra innovazione e sostenibilità*, cit., 77 ss.; in chiave comparata L. Ventura, *Public procurement e sostenibilità. Convergenze trasversali dei sistemi giuridici contemporanei*, in *Dir. comm. intern.*, 1, 2020, 243 ss. In senso ampio M. Antonioli, *Sviluppo Sostenibile e Giudice Amministrativo tra Tutela Ambientale e Governo del Territorio*, in *Riv. ita. dir. pubbl. comunit.*, 2, 2019, 201 ss. In argomento si vedano, fra i numerosi contributi, R. Caranta, S. Marroncelli, *Gli appalti pubblici tra mitigazione e resilienza: il contributo del GPP alla lotta contro i cambiamenti climatici*, in *Riv. giur. amb.*, 1, 2021, 83 ss.; G. Quinto, *Le variabili ambientali nella disciplina degli appalti pubblici*, in *Ambientediritto*, 1, 2020; A. Di Giovanni, *L'ambiente sostenibile nel nuovo Codice degli appalti: green public procurement e certificazioni ambientali*, in *Dir. econ.*, 1,

- 2018, 157 ss.; C. Feliziani, *I “nuovi” appalti verdi: un primo passo verso un’economia circolare?*, in *Dir. econ.*, 2, 2017, 349 ss.; S. Villamena, *Codice dei contratti pubblici 2016. Nuovo lessico ambientale, clausole ecologiche, sostenibilità, economicità*, in *Riv. giur. edilizia*, 3, 2017, 101 ss.; R. Caranta, M. Trybus (Eds.), *The Law of Green and Social Procurement in Europe*, DJØF, Copenhagen, 2010. In lingua inglese invece I.A. Nicotra, C. Sagone, *Green Public Procurement: a look into the past to meet future challenges*, in *federalismi.it*, 6, 2022, 259 ss.; T. Müller, *Green public procurement*, in C. Pagliarin, C. Perathoner, S. Laimer (a cura di), *Contratti pubblici e innovazione. Una strategia per far ripartire l’Europa*, Giuffrè, Milano, 2021, 45 ss. In relazione al rapporto fra appalti pubblici ed economia circolare si vedano A. Lazzaro, *Pubblica amministrazione e processi di sviluppo sostenibile: la nuova sfida dell’economia circolare*, in *Nuove Autonomie*, 2, 2020, 405 ss., in part. 422 ss.; e M. Cocconi, *Un diritto per l’economia circolare*, in *Dir. econ.*, 3, 2019, 113 ss., in part. 139 ss.
39. Come già posto in luce da T. Stoffel, C. Carvero, A. La Chimia, G. Quinot, *Multidimensionality of Sustainable Public Procurement (SPP) – Exploring Concepts and Edects in Sub-Saharan Africa and Europe*, in *Sustainability*, 11, 2019, 6352, nonché da S. Arrowsmith, *Horizontal Policies in Public Procurement: A Taxonomy*, in *Journal of Public Procurement*, Vol. 10, 2, 2010, 149 ss.
40. L’esigenza di integrare la tutela ambientale negli appalti pubblici è stata tradotta dalle Istituzioni – europee e quindi domestiche – in norme giuridiche da poco meno di trent’anni. Il primo atto in tale ambito può essere considerato la Comunicazione della Commissione del 27 novembre 1996 (COM(96) 583 def), rubricato “Libro verde. Gli appalti pubblici nell’Unione europea. Spunti di riflessione per il futuro”. Successivamente sono seguite altre Comunicazioni della Commissione: la Comunicazione della Commissione del 18 giugno 2004 (COM(2003) 302) rubricata “Politica integrata dei prodotti”; la Comunicazione della Commissione del 16 luglio 2008 (COM(2008) 400) rubricata “Appalti pubblici per un ambiente migliore”; la Comunicazione della Commissione del 16 luglio 2008 (COM(2008) 397) rubricata “Piano d’azione per produzione e consumo sostenibili”; nonché la Comunicazione della Commissione del 2 dicembre 2015 (COM (2015) 614) rubricata “Piano d’azione europea per l’economia circolare”. Il *Green Public Procurement* è ovviamente presente nella disciplina dettata dalla Direttiva 2014/24/UE: cfr. in particolare i considerando 37), 92) e 95).
41. In relazione agli aspetti della sostenibilità slegati dall’ambito ambientale, si vedano *ex multis* E. Caruso, *La funzione sociale dei contratti pubblici. Oltre il primato della concorrenza?*, *cit.*; D. Caselli, G. De Angeis, L. De Vita, B. Giullari, S. Lucciarini, A. Rimano, *Il sistema del procurement dei servizi sociali in Italia tra concorrenza e concessione. Quali esiti sulle condizioni di lavoro, quali implicazioni sulla qualità del servizio*, in L. Fiorentino, A. La Chimia (a cura di), *Il procurement delle pubbliche amministrazioni. Tra innovazione e sostenibilità*, *cit.*, 231 ss.; Å. Edman, P. Nohrstedt, *No Socially Responsible Public Procurement without Monitoring the Contract Conditions*, in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, n. 12/2017, 352 ss.; C. Vivani, *Appalti*

sostenibili, “green public procurement” e “socially responsible public procurement”, in *Urb. app.*, 8-9, 2016, 993 ss.; in relazione alla disciplina giuridica precedente si rimanda a M.E. Comba, *Green and Social Considerations in Public Procurement Contracts*, in R. Caranta, M. Trybus (Eds.), *The Law of Green and Social Procurement in Europe*, cit., 299 ss.; a S. Arrowsmith, P. Kunzlik, *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law: New Directives and New Directions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009; e a C. Mc. Crudden, *Buying Social Justice: Equality, Government Procurement and Legal Change*, Oxford University Press, Oxford, 2007. In senso ampio anche J. Barraket, J. Weissman, *Social Procurement and Its Implications for Social Enterprise: A Literature Review*, Working Paper No. CPNS 48, The Australian Centre for Philanthropy and Nonprofit Studies, Queensland University of Technology, 2009. Come è stato sottolineato da L. Cellura, T. Cellura, G. Galluzzo, *Manuale per l'applicazione dei criteri sociali negli appalti pubblici. Strumenti e procedure per l'attuazione del Sustainable Public Procurement*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2022, 10, il *Sustainable Public Procurement* non comprende al suo interno soltanto il *Green Public Procurement* e il *Socially Responsible Public Procurement*, bensì anche l'*Ethical Public Procurement*. Rilievo che testimonia la complessità di tale approccio.

42. Oltre alle Direttive del 2014, si veda altresì la Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo - Politica integrata dei prodotti - Sviluppate il concetto di “ciclo di vita ambientale” (COM/2003/0302 def).
43. A titolo esemplificativo: la procedura aperta (*ex art.* 60 d.lgs. n. 50/2016); la procedura ristretta (*ex art.* 61 d.lgs. n. 50/2016); la procedura competitiva con negoziazione (*ex art.* 62 d.lgs. n. 50/2016); la procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara (*ex art.* 63 d.lgs. n. 50/2016); e il dialogo competitivo (*ex art.* 64 d.lgs. n. 50/2016).
44. Cfr. art. 1 co. 1126 l. n. 296/2006.
45. Il Piano è stato successivamente aggiornato con Decreto del Ministero dell’Ambiente 10 aprile 2013.
46. Molti CAM contengono riferimenti a parametri e criteri di natura sociale, come nel caso della categoria merceologica “calzature da lavoro e accessori in pelle”, al punto che vi è chi si riferisce a essi con la locuzione “criteri sociali minimi” (CSM). In tal senso, ad esempio, A. Fezza, G. Lombardo, *I criteri sociali e ambientali minimi (CSM e CAM) nella contrattualistica pubblica. Possibili premialità per iniziative ad impatto sociale e ambientale*, in *Riv. trim. app.*, 3, 2019, 1085 ss.
47. Cfr. Decreto del Ministro dell’Ambiente 11 aprile 2008, “Approvazione del Piano d’azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione”. Poiché questo decreto ha subito, e subisce, continue modifiche e integrazioni, si ritiene più agevole consultare l’elenco delle categorie merceologiche sul sito del Ministero della Transizione Ecologica all’indirizzo <https://gpp.mite.gov.it/Home/Cam> [ultima consultazione: 12.08.2022]. Sui CAM si vedano L. Cellura, T. Cellura, G. Galluzzo, *Manuale per l'applicazione dei criteri sociali negli appalti pubblici. Strumenti e procedure per l'attuazione del Sustainable Public*

- Procurement, cit.*, 211 ss.; M. Trevisan, *Bandi di gara e criteri ambientali minimi (CAM)*, in *I Contratti dello Stato e degli Enti pubblici*, 2, 2021, 61 ss.; F. de Leonardis, *L'uso strategico della contrattazione pubblica: tra GPP e obbligatorietà dei CAM*, in *Riv. quadrim. dir. amb.*, 3, 2020, 62 ss.; E. Bellomo, *Appalti verdi in urbanistica ed edilizia: i criteri ambientali minimi*, in *Riv. giur. urb.*, 1, 2020, 143 ss.; F. de Leonardis, *Norme di gestione ambientale e clausole ecologiche*, in *L'amministrativista.it*, 2016; T. Cellura (a cura di), *L'applicazione dei criteri ambientali minimi negli appalti pubblici*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2016.
48. Cfr. art. 34 d.lgs. n. 50/2016 (ma indirettamente anche gli artt. 4, 30 co. 1, 36 co. 1, 95 co. 6 e 12 d.lgs. n. 50/2016). È stato l'art. 18 l. n. 221/2015 a rendere obbligatoria applicazione dei CAM negli appalti pubblici, introducendo l'art. 68-bis nel precedente Codice dei contratti pubblici, il d.lgs. n. 163/2006. In argomento si richiamano anche le già citate ANAC, *Linee guida n. 2 Offerta economicamente più vantaggiosa*, agg. 2018 in <https://www.anticorruzione.it/-/lineeguida-n.-2>.
49. Cfr. combinato disposto dell'art. 213 co. 9 e art. 211 co. 1-bis d.lgs. n. 50/2016.
50. Cfr. T.A.R. Veneto (sezione I), sentenza del 18 marzo 2019, n. 329.
51. Così Cons. St. (sezione V), sentenza del 3 febbraio 2021, n. 972.
52. In tal senso T.A.R. Trentino-Alto Adige, (sezione I), sentenza del 14 maggio 2020, n. 66.
53. Cfr. T.A.R. Veneto (sezione I), sentenza del 18 marzo 2019, n. 329.
54. Cfr. art. 68 d.lgs. n. 50/2016.
55. In ogni caso, secondo Cons. St. (sezione III), sentenza dell'11 marzo 2019, n. 1635, le amministrazioni aggiudicatrici sono legittimate a inserire criteri di valutazione ambientale, aggiuntivi e sussidiari, per premiare i processi aziendali degli operatori economici partecipanti. In ogni caso, si badi che secondo la giurisprudenza i CAM non costituiscono un requisito di partecipazione né di esecuzione. Cfr. sent. T.A.R. Campania, (Salerno), sentenza dell'8 marzo 2021, n. 1529, *Diritto*: «[è] sufficiente osservare che i criteri ambientali minimi non possono essere qualificati in senso proprio come requisiti, né di partecipazione, né di esecuzione; non di partecipazione, dal momento che questi afferiscono al concorrente, sia in quanto operatore economico (cd. requisiti generali), sia quale imprenditore del settore (cd. requisiti speciali); i requisiti di esecuzione sono invece condizioni soggettive ed oggettive dell'appaltatore, previsti onde assicurare il puntuale adempimento di obbligazioni inerenti al contratto pubblico per cui è stata indetta gara; in tal senso, essi sono esigibili non in capo al concorrente, e quindi fin dal momento della gara, ma solo dall'appaltatore ed al momento della stipulazione, essendo solo tale soggetto colui che deve assicurare la corretta esecuzione delle prestazioni contrattuali».
56. Si rimanda al sito istituzionale <https://www.scr.piemonte.it/> [ultima consultazione: 12.08.2022].
57. Cfr. *Tender procedure for the purchase of 100% green electricity supply* nel sito ufficiale di Interreg Europe, consultabile in <https://bit.ly/3QG7V3r> [ultima consultazione: 12.08.2022] e soprattutto, in relazione ai dati derivanti dalle convenzioni per l'anno 2016 e per l'anno 2017, si veda il report *Spp Regions – Energia verde. Acquisto congiunto di 500*

- GWh in Piemonte*, in <https://bit.ly/3BUByty> [ultima consultazione: 12.08.2022].
58. Per la precisione, si veda l'art. 3 co. 1 legge Regione Piemonte n. 19/2007: «*[l]a SCR-Piemonte spa svolge la sua attività in favore della Regione e dei seguenti soggetti aventi sede nel suo territorio: a) enti regionali, anche autonomi, ed in generale organismi di diritto pubblico dalla stessa costituiti o partecipati nonché loro consorzi o associazioni ed inoltre enti e aziende del servizio sanitario regionale; b) enti locali e enti, aziende e istituti, anche autonomi, istituzioni ed in generale organismi di diritto pubblico da questi costituiti o partecipati e comunque denominati nonché loro consorzi o associazioni, istituti di istruzione scolastica universitaria e agenzie territoriali per la casa*».
59. In argomento si veda anche la guida sugli appalti pubblici socialmente responsabili pubblicata dalla Commissione europea nel giugno 2021, intitolata “Acquisti sociali — Una guida alla considerazione degli aspetti sociali negli appalti pubblici (seconda edizione)»” (2021/C 237/01).
60. CONSIP, *Rapporto di sostenibilità 2018*, 2019, 44 ss., consultabile in <https://bit.ly/3zGzbry> [ultima consultazione: 12.08.2022]. Sul punto anche L. Cellura, T. Cellura, G. Galluzzo, *Manuale per l'applicazione dei criteri sociali negli appalti pubblici. Strumenti e procedure per l'attuazione del Sustainable Public Procurement*, cit., 259.
61. Cfr. CONSIP, *Rapporto di sostenibilità 2018*, cit., 45.
62. In argomento I. Paziani, *L'attuazione della parità di genere attraverso i contratti pubblici: gli incentivi nel Codice dei Contratti Pubblici*, in *Media Appalti*, 9 giugno 2022.
63. Cfr. art. 93 co. 7 d.lgs. n. 50/2016.
64. Cfr. art. 95 co. 13 d.lgs. 50/2016.
65. Ad esempio, nel caso delle convenzioni di SCR Piemonte citate nel corpo del testo si trattava di procedure aperte ex art. 60 d.lgs. n. 50/2016.
66. Per approfondimenti si veda il documento della Commissione europea, *Green Public Procurement in practice*, n. 58, febbraio 2016.
67. Cfr. <https://www.bbg.gv.at/> [ultima consultazione: 12.08.2022].
68. Sugli appalti innovativi in generale, si vedano *ex multis* R. Caranta, P. Cerqueira Gomes, *Public procurement and innovation*, in *ERA Forum*, n. 22/2021, 371 ss.; P. Cerqueira Gomes, *EU Public Procurement and Innovation: The Innovation Partnership Procedure and Harmonisation Challenges*, Elgar, Cheltenham, 2021; C. Pagliarin, C. Perathoner, S. Laimer (a cura di), *Contratti pubblici e innovazione. Una strategia per far ripartire l'Europa*, cit.; M.E. Comba, *Appalti pubblici per l'innovazione*, in *Dir. econ.*, 1, 2020, 179 ss.; G.M. Racca, C.R. Yukins (Eds.), *Joint Public Procurement and Innovation – Lessons Across Borders*, Bruylant, Bruxelles, 2019; M.E. Comba, *La domanda pubblica come leva per l'innovazione: le potenzialità degli appalti innovativi per le Anchor Institutions*, in M.E. Comba (a cura di), *Le Anchor Institution nella società liquida: strumenti giuridici per una sperimentazione in Italia*, in *federalismi.it*, 4, 2019, 46 ss.; S. Treumer, M.E. Comba (Eds.), *Modernising Public Procurement. The Approach of EU Member States*, Elgar, Cheltenham, 2018; M. Andrecka, *Innovation partnership in the new public procurement regime – a shift of focus from procedural to contractual issues?*, in *Public Procurement Law*

- Review*, 2015, 48 ss. P. Telles, L. Butler, *Public Procedure Award Procedures in Directive 2014/24/EU*, in F. Lichère, R. Caranta, S. Treumer (Eds.), *Modernising Public Procurement: The New Directive*, DJØF, Copenhagen, 2014, 131 ss.; V. Lember, R. Kattel, T. Kalvet (Eds.), *Public Procurement, Innovation and Policy*, Springer, Berlin Heidelberg, 2014. In senso ampio, recentemente, R. Cavallo Perin, M. Lipari, G.M. Racca (a cura di), *Contratti pubblici e innovazioni. Per l'attuazione della legge delega*, Jovene, Napoli, 2022. In ogni caso, in relazione ai singoli appalti innovativi, analizzati di seguito, si richiamano i riferimenti bibliografici citati successivamente in nota.
69. Art. 3 co. 1 lett. *nnnn*) d.lgs. n. 50/2016.
70. In tal senso anche la definizione data dalla voce *Innovazione*, in *Vocabolario online Treccani*, in <https://www.treccani.it/vocabolario/innovazione/> [ultima consultazione: 12.08.2022]: «[l]’atto, l’opera di innovare, cioè di introdurre nuovi sistemi, nuovi ordinamenti, nuovi metodi di produzione e sim. [...]. b. In senso concr., ogni novità, mutamento, trasformazione che modifichi radicalmente o provochi comunque un efficace svecchiamento in un ordinamento politico o sociale, in un metodo di produzione, in una tecnica, ecc. [...] anche in particolari meccanismi o prodotti dell’industria [...]».
71. Così M.E. Comba, *Appalti pubblici per l’innovazione*, cit., 181: «[e]lemento comune a tutti gli appalti innovativi deve essere l’assumere ad oggetto il raggiungimento di una determinata finalità che al momento non è soddisfatta dai prodotti presenti sul mercato, ma che può esserlo, in un tempo ragionevole, attraverso un prodotto nuovo».
72. Ragioni non solo tecniche ma anche di convenienza economica di produzione.
73. Una definizione simile è anche rinvenibile, in ambito politologico, in V. Lember, R. Kattel, T. Kalvet (Eds.), *Public Procurement, Innovation and Policy*, cit., 2: un appalto innovativo si ha allorché «a public agency places an order for product (goods, services or systems) that do not yet exist, but that could probably be developed within a reasonable period of time based on additional or new innovative work».
74. In tal senso G.M. Racca, C.R. Yukins, *Introduction. The Promise and Perils of Innovation in Cross-Border Procurement*, in G.M. Racca, C.R. Yukins (Eds.), *Joint Public Procurement and Innovation – Lessons Across Borders*, cit., 1 ss.
75. Cfr. sito dell’Agenzia per l’Italia Digitale (AGID): «[t]ramite gli appalti innovativi, la PA lancia una “sfida” al mercato, esprimendo il proprio fabbisogno in termini funzionali, in modo che gli operatori interessati possano proporre la soluzione più in linea le esigenze della PA». Cfr. <https://www.agid.gov.it/it/agenzia/appalti-innovativi> [ultima consultazione: 12.08.2022].
76. Chiara sul punto la Direttiva 2014/24/UE, considerando 47) prima parte: «[l]a ricerca e l’innovazione, comprese l’ecoinnovazione e l’innovazione sociale, sono uno dei principali motori della crescita futura e sono state poste al centro della strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva. Le autorità pubbliche dovrebbero utilizzare gli appalti pubblici strategicamente nel miglior modo possibile per stimolare l’innovazione. L’acquisto di prodotti, lavori e servizi innovativi svolge un ruolo fondamentale per migliorare l’efficienza e la qualità dei servizi pubblici e nello stesso tempo affrontare le

principali sfide a valenza sociale. Ciò contribuisce a ottenere un rapporto più vantaggioso qualità/prezzo nonché maggiori benefici economici, ambientali e per la società attraverso la generazione di nuove idee e la loro traduzione in prodotti e servizi innovativi, promuovendo in tal modo una crescita economica sostenibile». In argomento si richiama anche la Comunicazione della Commissione del 15 maggio 2018 (COM(2018) 3051) rubricata “Orientamenti in materia di appalti per l’innovazione”. In argomento si veda altresì M.E. Comba, *La domanda pubblica come leva per l’innovazione: le potenzialità degli appalti innovativi per le Anchor Institutions*, cit.

77. Comunicazione della Commissione del 14 dicembre 2007 (COM (2007) 799) rubricata “Appalti pre-commerciali: promuovere l’innovazione per garantire servizi pubblici sostenibili e di elevata qualità in Europa”. Come è stato evidenziato dalla dottrina, l’appalto pre-commerciale, introdotto da una semplice comunicazione a differenza degli altri appalti innovativi (di cui si dirà *infra*) che sono stati disciplinati dalle Direttive del 2014, «non è stato oggetto né di modifica, né di integrazione nelle citate direttive», C. Pagliarin, *Il partenariato per l’innovazione. La pubblica amministrazione e l’iniziativa privata per l’innovazione*, in C. Pagliarin, C. Perathoner, S. Laimer (a cura di), *Contratti pubblici e innovazione. Una strategia per far ripartire l’Europa*, cit., 173.
78. Cfr. art. 158 co. 2 d.lgs. n. 50/2016: «*[l]e stazioni appaltanti possono ricorrere, nel rispetto dei principi di cui all’articolo 4 del presente codice, agli appalti pubblici pre-commerciali, destinati al conseguimento di risultati non appartenenti in via esclusiva all’amministrazione aggiudicatrice e all’ente aggiudicatore perché li usi nell’esercizio della sua attività e per i quali la prestazione del servizio non è interamente retribuita dall’amministrazione aggiudicatrice e dall’ente aggiudicatore, così come definiti nella comunicazione della Commissione europea COM 799 (2007) del 14 dicembre 2007, nelle ipotesi in cui l’esigenza non possa essere soddisfatta ricorrendo a soluzioni già disponibili sul mercato».*
79. In argomento anche M. Delsignore, M. Ramajoli, *Gli appalti pubblici pre-commerciali*, in L. Fiorentino, A. La Chimia (a cura di), *Il procurement delle pubbliche amministrazioni. Tra innovazione e sostenibilità*, cit., 347 ss.; M. Brasson, *Quando le stazioni appaltanti ricorrono a soluzioni innovative: dialogo competitivo e servizi di ricerca e sviluppo*, in C. Pagliarin, C. Perathoner, S. Laimer (a cura di), *Contratti pubblici e innovazione. Una strategia per far ripartire l’Europa*, cit., 83 ss.; M. Barberio, *Appalti innovativi – Parte 2. Partenariato per l’innovazione e appalti pre-commerciali*, in *l’Amministrativista*, 2020; G. Delle Cave, *Innovazione e sviluppo nelle Pubbliche Amministrazioni: gli appalti innovativi e i c.d. “pre-commerciali”*, in *l’Amministrativista*, 2019; S. Papa, *Gli appalti precommerciali: un particolare approccio all’aggiudicazione degli appalti di ricerca e sviluppo*, in *Giustamm.*, 3, 2017; G. Iosca, *Innovazione nella contrattualistica pubblica: dagli appalti pre-commerciali al partenariato per l’innovazione*, in *App. e Contr.*, 10, 2015, 40 ss. Sul tema anche C. Spada, *I contratti di ricerca e sviluppo*, in *Dir. amm.*, 3, 2021, 687 ss. Come è stato osservato da G.M. Racca, S. Ponzio, D. Gualtieri, *PP2Innovate Tool – Guida al PPI nel settore “smart – energy”*, Interreg Central Europe, 2018, 10 in

- <https://bit.ly/3bQFocn> [ultima consultazione: 12.08.2022], l'appalto pre-commerciale «non si concentra sull'acquisto di prodotti o servizi già esistenti – siano essi presenti sul mercato in scala ridotta o in grandi volumi – ma sulla fase di R&S e, in particolare, sull'esplorazione e sul progetto di possibili alternative e soluzioni che competano per divenire prototipi ed essere sviluppate in un numero limitato di esemplari identificati come il miglior risultato possibile». Sul punto si veda la pagina web Pre-Commercial Procurement sul sito della Commissione europea all'indirizzo <https://bit.ly/3QDqaGI> [ultima consultazione: 12.08.2022].
80. Cfr. art. 66 d.lgs. n. 50/2016.
 81. Cfr. Comunicazione della Commissione del 14 dicembre 2007 (COM (2007) 799), punto 5.3.
 82. M. Delsignore, M. Ramajoli, *Gli appalti pubblici pre-commerciali*, in L. Fiorentino, A. La Chimia (a cura di), *Il procurement delle pubbliche amministrazioni. Tra innovazione e sostenibilità*, cit., 349.
 83. Cfr. art. 14 Direttiva 2014/24/UE e art. 158 co. 1 d.lgs. n. 50/2016.
 84. Sulla differenza fra appalto pre-commerciale e appalto di servizi di ricerca e sviluppo si veda C. Spada, *I contratti di ricerca e sviluppo*, cit.
 85. G.M. Racca, S. Ponzio, D. Gualtieri, *PP2Innovate Tool – Guida al PPI nel settore “smart – energy”*, cit., 15.
 86. E in quanto tale è disciplinato dalle Direttive del 2014 e dal Codice dei contratti pubblici.
 87. Ma non solo. Infatti, come evidenziato dalla dottrina, «[l]e Direttive Appalti del 2004 hanno anche introdotto o riformulato alcuni moduli procedurali che possono essere definiti “innovation friendly” nel senso che, pur non essendo esplicitamente pensati e costruiti per stimolare l'innovazione tecnologica, ammettono comunque che l'innovazione possa essere presa in considerazione come elemento di valutazione. Essi sono: le indagini di mercato pre-gara ed il dialogo tecnico; i concorsi di progettazione; il dialogo competitivo; la possibilità di inserire varianti in fase di presentazione dell'offerta», M.E. Comba, *Appalti pubblici per l'innovazione*, cit., 187.
 88. Cfr. G.M. Racca, C.R. Yukins, Introduction. *The Promise and Perils of Innovation in Cross-Border Procurement*, in G.M. Racca, C.R. Yukins (Eds.), *Joint Public Procurement and Innovation – Lessons Across Borders*, cit., 1 ss.
 89. In tal senso, ad esempio, G.M. Racca, S. Ponzio, D. Gualtieri, *PP2Innovate Tool – Guida al PPI nel settore “smart – energy”*, cit., 15.
 90. Così il sito dell'Agenzia per l'Italia Digitale (AGID) alla pagina dedicata agli appalti pubblici di soluzioni innovative <https://bit.ly/3zMrqjL> [ultima consultazione: 12.08.2022]. Sul punto si consulti la pagina web *Public Procurement of Innovative Solutions* sul sito della Commissione europea all'indirizzo <https://bit.ly/3bQwKuD> [ultima consultazione: 12.08.2022].
 91. In tal senso G.M. Racca, S. Ponzio, D. Gualtieri, *PP2Innovate Tool – Guida al PPI nel settore “smart – energy”*, cit., 15.
 92. In argomento G.M. Racca, S. Ponzio, *Contrats publics transnationaux: une perspective*

- complexe*, in *Ius Publicum Network Review*, 1, 2021, 1 ss.; R. Cavallo Perin, G.M. Racca, *European Joint Cross-border Procurement and Innovation*, in G.M. Racca, C.R. Yukins (Eds.), *Joint Public Procurement and Innovation – Lessons Across Borders*, cit., 106 ss.; S. Ponzio, *Joint procurement and innovation in the new Eu directive and in some Eu-funded projects*, in *Ius Publicum Network Review*, 2, 2014, 1 ss.; R. Cavallo Perin, *Conclusioni*, in Atti del Convegno “Appalti pubblici: innovazione e razionalizzazione. Le strategie di aggregazione e cooperazione europea nelle nuove direttive, Roma, 14 maggio 2014. Recentemente anche F. Schotanus, *Joint procurement: an economics and management perspective*, in C. Risvig Hamer, M.E. Comba, *Centralising Public Procurement. The Approach of Eu Member States*, Elgar, Cheltenham, 2021, 54 ss.
93. Cfr. art. 39 co. 2 Direttiva 2014/24/UE.
94. Cfr. art. 39 co. 1 ultimo periodo Direttiva 2014/24/UE.
95. Cfr. art. 39 co. 1 primo periodo Direttiva 2014/24/UE.
96. Sui contratti pubblici durante il periodo di Covid-19 nel mondo si rimanda, in generale, a S. Arrowsmith, L.R.A. Butler, A. La Chimia, C. Yukins (Eds.), *Public Procurement Regulation in (A) Crisis? The Global Lessons from the Covid-19 Pandemic*, Hart, Oxford-London, 2021; C. Smith, N. Penagos, L. Marchessault, G. Hayman, *Improving emergency procurement: an open data-driven approach*, in *Public Procurement Law Review*, 4, 2020, 171 ss. In lingua italiana invece G. Sdanganelli, *Il modello europeo degli acquisti congiunti nella gestione degli eventi rischiosi per la salute pubblica*, in *DPCE online*, 2, 2020, 2323 ss.
97. E ciò ai sensi dell’art. 39 co. 2 e 3 Direttiva 2014/24/UE.
98. In base a quanto disposto dall’art. 39 co. 1, 4 e 5 Direttiva 2014/24/UE.
99. La disciplina straniera si applica anche in altri casi: nell’aggiudicazione di un appalto nell’ambito di un sistema dinamico di acquisizione (SDA); nell’ambito di un accordo quadro, nello svolgimento di una riapertura del confronto competitivo; nell’ambito di un accordo quadro, nella determinazione di quale operatore economico parte dell’accordo quadro svolgerà un determinato compito.
100. G.M. Racca, C.R. Yukins, *Introduction. The Promise and Perils of Innovation in Cross-Border Procurement*, in G.M. Racca, C.R. Yukins (Eds.), *Joint Public Procurement and Innovation – Lessons Across Borders*, cit., 1 ss.
101. Così R. Cavallo Perin, G.M. Racca, *European Joint Cross-Border Procurement and Innovation*, in G.M. Racca, C.R. Yukins (Eds.), *Joint Public Procurement and Innovation – Lessons Across Borders*, cit., 93 ss. Il progetto HAPPI (*Healthy Aging Public Procurement of Innovations*) è significativo a riguardo, in quanto esso è stato realizzato tramite a un appalto transfrontaliero con cui si è acquistato forniture di natura innovativa. In argomento si veda G.M. Racca, *Appalti transfrontalieri congiunti di soluzioni innovative nel settore dell’assistenza sanitaria. Da un’esperienza pionieristica alle innovazioni post pandemia per i contratti pubblici*, Progetto Happi, 2022 (in corso di pubblicazione). Per approfondimenti, invece, si rimanda al sito <http://www.masterseic.it/happi/> [ultima consultazione: 12.08.2022].
102. In generale sulle centrali di committenza, e sul rapporto fra centrali di committenza e alto

- livello di professionalizzazione si vedano G.M. Racca, S. Ponzio, *La scelta del contraente come funzione pubblica: i modelli organizzativi per l'aggregazione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 1, 2019, 33 ss. M. Immordino, A. Zito, *Aggregazione e centralizzazione della domanda pubblica di beni: stato dell'arte e proposte di migliorie al sistema vigente*, in *Nuove autonomie*, 2, 2018, 223 ss.. M.E. Comba, *Aggregazioni di committenza e centrali di committenza: la disciplina europea e il modello italiano*, in *Urb. App.*, 2016, 1053 ss.; B.G. Mattarella, *La centralizzazione delle committenze*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 613 ss.; G.M. Racca, *La professionalità nei contratti pubblici della sanità: centrali di committenza e accordi quadro*, in *Foro amm. CDS*, 7-8, 2010, 1727 ss.
103. In tal senso M.E. Comba, *Appalti pubblici per l'innovazione*, cit., 184.
104. In argomento M.E. Comba, *Appalti pubblici per l'innovazione*, cit., 188 ss.; C. Pagliarin, *Il partenariato per l'innovazione. La pubblica amministrazione e l'iniziativa privata per l'innovazione*, in C. Pagliarin, C. Perathoner, S. Laimer (a cura di), *Contratti pubblici e innovazione. Una strategia per far ripartire l'Europa*, cit., 137 ss.; C. Krönke, *Innovation Partnership: Purpose, Scope of Application and Key Elements of a New Instrument of Strategic Procurement*, in G.M. Racca, C.R. Yukins (Eds.), *Joint Public Procurement and Innovation – Lessons Across Borders*, cit., 337 ss.; C. Chiariello, *Il partenariato per l'innovazione*, in *Giustamm.*, 2, 2016, 1 ss.; S. Bigazzi, *Le "innovazioni" del partenariato per l'innovazione*, in A. Fioritto, *Nuove forme e nuove discipline del partenariato pubblico privato*, Giappichelli, Torino, 2017, 225 ss. In generale, sui partenariati si veda R. Dipace, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Giuffrè, Milano, 2006 e, in relazione alla situazione dell'Unione europea, P. Bogdanowicz, R. Caranta, P. Telles (Eds.), *Public-Private Partnerships and Concessions in the EU. An Unfinished Legislative Framework*, Elgar, Cheltenham-Northampton, 2020.
105. Come sottolineato da M.E. Comba, *Appalti pubblici per l'innovazione*, cit., 194, il partenariato per l'innovazione è stato introdotto per la prima volta dalla Direttiva 2014/24/UE, non essendo previsto nelle precedenti Direttive del 2004.
106. Poiché l'art. 65 del Codice dei contratti pubblici ha di fatto recepito il testo dell'art. 31 della Direttiva, si prenderà in esame il testo della disciplina italiana.
107. Rispettivamente, la fase della commercializzazione nell'appalto pre-commerciale e quella della ricerca e sviluppo nell'appalto di soluzioni innovative.
108. Secondo C. Pagliarin, *Il partenariato per l'innovazione. La pubblica amministrazione e l'iniziativa privata per l'innovazione*, in C. Pagliarin, C. Perathoner, S. Laimer (a cura di), *Contratti pubblici e innovazione. Una strategia per far ripartire l'Europa*, cit., 158, da «un primo sguardo complessivo alla procedura si può agevolmente ricondurla nell'ambito di quelle ristrette, con fasi negoziali successive, tipiche di quelle flessibili, quali la procedura competitiva con negoziazione».
109. Cfr. Comunicazione della Commissione europea del 15 maggio 2018 (C(2018) 3051 final), rubricata "Orientamenti in materia di appalti per l'innovazione", punto 4.2.3.4.
110. La dottrina ha sottolineato che «[u]no degli aspetti più interessanti della suddivisione in più segmenti della procedura di selezione consiste nella possibilità per la stazione appaltante

*di svolgere un'attività di cherry picking, cioè di individuare le parti migliori delle diverse offerte per metterle insieme e costruire così una offerta ideale, da sottoporre poi all'offerta finale dei partecipanti. Tuttavia, tale possibilità è comune alle altre procedure simili come il dialogo competitivo e la procedura negoziata [...] [Ma], mentre nel dialogo competitivo è necessario il consenso degli interessati per rilevare soluzioni proposte o informazioni riservate a tutti i partecipanti e poter così procedere con il cherry picking, nel partenariato per l'innovazione è richiesto soltanto che la stazione appaltante definisca a priori le modalità di protezione della proprietà intellettuale, in modo che ciascun partecipante ne sia consapevole dall'inizio della procedura», M.E. Comba, *Appalti pubblici per l'innovazione*, cit., 196.*

111. Ai sensi dell'art. 66 d.lgs. n. 50/2016.
112. E questo per una ragione precisa, come previsto dall'art. 65 co. 2 d.lgs. n. 50/2016: «*[n]ei documenti di gara le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori fissano i requisiti minimi che tutti gli offerenti devono soddisfare, in modo sufficientemente preciso da permettere agli operatori economici di individuare la natura e l'ambito della soluzione richiesta e decidere se partecipare alla procedura*».
113. Cfr. art. 65 co. 9 primo periodo d.lgs. n. 50/2016: «*[n]el selezionare i candidati, le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori applicano in particolare i criteri relativi alle capacità dei candidati nel settore della ricerca e dello sviluppo e nella messa a punto e attuazione di soluzioni innovative*».
114. Criterio che non può essere modificato o essere oggetto di negoziazione fra le parti. Cfr. art. 65 co. 4 ultimo periodo d.lgs. n. 50/2016.
115. Ovviamente, in base a quanto disposto dall'art. 65 co. 5 secondo periodo d.lgs. n. 50/2016, «*[i]l partenariato per l'innovazione fissa obiettivi intermedi che le parti devono raggiungere e prevede il pagamento della remunerazione mediante congrue rate*».
116. Nel rispetto dei principi di parità di trattamento fra operatori economici, di imparzialità, di trasparenza e buon andamento dell'amministrazione.
117. Ciò a condizione che tale facoltà sia stata preventivamente inserita nella documentazione di gara. Cfr. art. 65 co. 5 ultimo periodo e art. 65 co. 8 d.lgs. n. 50/2016.
118. Cfr. art. 65 co. 9 d.lgs. n. 50/2016.
119. Cfr. art. 65 co. 6 ultimo periodo d.lgs. n. 50/2016.
120. Cfr. art. 65 co. 10 d.lgs. n. 50/2016.
121. Cfr. art. 65 co. 5 d.lgs. n. 50/2016.
122. In tal senso M.E. Comba, *Appalti pubblici per l'innovazione*, cit., 197: «*per quanto riguarda la struttura stessa della procedura, se essa supera le difficoltà inerenti all'appalto pre-competitivo perché unisce in un solo contratto la fase di ricerca e sviluppo con quella di acquisto del bene o servizio, dall'altra impone alla stazione appaltante di avviare una procedura per l'acquisto di un bene o servizio che potrebbe anche non venire mai ad esistenza, richiedendo così in capo alla stazione appaltante una certa propensione al rischio*».
123. M.P. Chiti, *Il Partenariato Pubblico Privato e la nuova direttiva concessioni*, in G.F. Cartei, M. Ricchi (a cura di), *Finanza di progetto e partenariato pubblico-privato. Temi europei, istituti nazionali e operatività*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, 3.

124. *Ex multis* C. Pagliarin, *Il partenariato per l'innovazione. La pubblica amministrazione e l'iniziativa privata per l'innovazione*, in C. Pagliarin, C. Perathoner, S. Laimer (a cura di), *Contratti pubblici e innovazione. Una strategia per far ripartire l'Europa*, cit., 179.
125. Si veda in tal senso la Comunicazione della Commissione europea del 6 luglio 2021 (2021/C 267/01), rubricata “Orientamenti in materia di appalti per l'innovazione”, nella quale viene sottolineata la stretta relazione che intercorre fra ricorso agli appalti innovativi e sviluppo di un'economia europea verde e digitale.
126. Relativamente al contesto italiano, occorre evidenziare come l'Agenzia per l'Italia Digitale (AGID) abbia creato il portale web istituzionale <https://appaltinnovativi.gov.it/> [ultima consultazione: 12.08.2022] nel quale sono raccolti tutti gli appalti innovativi posti in essere dalle amministrazioni aggiudicatrici italiane. La creazione di questo portale è volta dare diffusione al ricorso a questi strumenti e a promuovere una maggior consapevolezza della loro utilità pratica.
127. La One Health è una teoria basata sulla consapevolezza che la salute dell'uomo, dell'ambiente e degli animali sono legate fra loro da un vincolo di interdipendenza, con la conseguenza che l'una incide sulle altre. Sul punto si veda la *Joint Press Release* dell'*Health High Level Expert Panel* (OHHLEP) della *Food and Agriculture Organization of the United Nations* (FAO), della *World Organisation for Animal Health* (WOAH), del *United Nations Environment Programme* (UNEP) e della *World Health Organization* (WHO), 1 dicembre 2021, nel documento consultabile in <https://bit.ly/3QJrbgt> [ultima consultazione: 12.08.2022].
128. Si veda <https://sdgs.un.org/goals> [ultima consultazione: 12.08.2022].

Accountability e rendicontazione sociale nel sistema giudiziario italiano

Renato Civitillo, Floriana Fusco e Paolo Ricci

DOI: 10.13130/2723-9195/2022-4-25

I sistemi giudiziari stanno vivendo una stagione di forte pressione istituzionale e sociale per migliorare, da un lato, la propria efficacia ed efficienza; dall'altro, il livello di trasparenza e accountability. Ciò è ancor più evidente con riferimento al contesto italiano, in cui il dibattito sul sistema giudiziario è sempre stato molto acceso e i tentativi di riforma numerosi. Tra l'altro, una nuova riforma del sistema giudiziario è considerata la conditio sine qua non per il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR). Il presente articolo si propone di esplorare la diffusione della rendicontazione socio-ambientale e di sostenibilità tra gli uffici giudiziari italiani, con particolare riguardo ai fattori facilitanti ed ostacolanti tali pratiche. A tal fine, è stata condotta, nell'ambito di una ricerca internazionale, una survey che ha coinvolto 430 Uffici appartenenti al sistema giudiziario ordinario italiano. L'indagine, basata su 57 risposte valide, evidenzia una diffusione ancora molto limitata della rendicontazione di sostenibilità, nonostante vi sia una buona conoscenza della sua funzione e quindi una certa consapevolezza della sua potenziale utilità. Risultati interessanti sono stati evidenziati anche in riferimento ai fattori ostacolanti o facilitanti. Da ultimo, l'articolo fornisce alcune implicazioni per i responsabili politici e per gli Uffici intenzionati a intraprendere questo percorso.

Accountability and social reporting in the Italian judicial system

Judicial systems are experiencing a period of strong institutional and social pressure to improve, on the one hand, their effectiveness and efficiency and on the other, to increase their level of transparency and accountability. This is particularly evident in the Italian context, in which the debate regarding the judicial system has always been very heated and where numerous attempts at reform have taken place. Among other things, a new reform of the judicial system is considered the sine qua non for the National Recovery and Resilience Plan (PNRR). This article aims to explore the dissemination of socio-environmental and sustainability reporting among Italian

judicial offices, with particular regard to the factors that facilitate and binder such practices. To this end, a survey involving 430 offices belonging to the Italian ordinary justice system was conducted. The survey, based on 57 valid responses, highlights a very limited dissemination of sustainability reporting, despite the fact that there is a good knowledge of its function and therefore an awareness of its potential usefulness. Interesting results are highlighted in reference to the factors binding or facilitating the related processes. Last but not least, the paper suggests some implications for policy makers and public administration that are willing to take this path.

1. Introduzione

Il settore pubblico si trova nuovamente in un'era di importanti cambiamenti, fortemente spinti dall'Agenda 2030 dell'ONU e più recentemente dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (2021-2026). Lo sforzo istituzionale appare costantemente indirizzato a migliorare i livelli di efficacia ed efficienza, anche nel tentativo di ridurre l'elevato livello di delegittimazione cui è giunta la Pubblica Amministrazione italiana. Tale stagione di profondi cambiamenti non può che interessare anche il sistema giudiziario, la cui effettiva amministrazione è una condizione fondamentale sia per il progresso sociale sia per lo sviluppo economico. Non a caso, la Banca Mondiale^[1] considera le istituzioni giudiziarie vitali per il raggiungimento della sua missione, vale a dire ridurre la povertà e promuovere la prosperità su ampia scala; in questa direzione, ha promosso negli ultimi 25 anni più di 800 progetti focalizzati in questo ambito.

Similmente, l'UE annovera tra le sue priorità il miglioramento dell'efficacia delle istituzioni giudiziarie e a tal fine fornisce agli Stati membri un supporto tecnico, accessibile attraverso la Direzione generale per il Sostegno alle riforme strutturali (DG REFORM), avente un budget totale di 222,8 milioni di euro per il triennio 2017-2020^[2]. L'Agenda ONU 2030 include la parità di accesso alla giustizia nei target dell'Obiettivo n. 16 “*Promuovere società pacifiche e inclusive per uno sviluppo sostenibile, garantire a tutti l'accesso alla giustizia, e creare istituzioni efficaci, responsabili ed inclusive a tutti i livelli*”^[3].

Nonostante l'Italia sia uno dei Paesi più popolosi e ricchi (in termini di PIL) d'Europa^[4], è ancora tristemente nota anche per le scarse prestazioni del suo

sistema giudiziario, al punto che nel 2018 (dati 2016) la Commissione Europea per l'Efficienza e la Giustizia (CEPEJ) ha inserito l'Italia nel gruppo dei Paesi con una "situazione grave", insieme a Bosnia Erzegovina, Georgia, Grecia, Malta e Turchia^[5]. Nel 2018, il *disposition time* delle cause civili e commerciali di primo grado è stato pari a 527 giorni, a fronte di una media dei Paesi considerati di 201 giorni^[6]. Il tempo di risoluzione delle cause penali in appello è stato, nel 2019, di 860 giorni^[7]. Sebbene si riconoscano gli sforzi profusi in questa direzione (si ricordano tra i più recenti dei numerosi tentativi di riforma, senza pretendere di essere esaustivi, il d.lgs. 114/2014, che ha introdotto l'Ufficio del Processo, e le leggi di delega n. 134/2021 e 206/2021) e alcuni conseguenti miglioramenti avuti negli ultimi anni, le istituzioni europee individuano nella scarsa efficienza del sistema giudiziario italiano una grande sfida irrisolta^[8], soprattutto in termini di *reasonable time* che dovrebbe essere il risultato del bilanciamento tra produttività e qualità. L'importanza per il futuro del Paese di porre sostanziale rimedio a tale situazione si evince anche nella scelta, tutt'altro che irrilevante, di inserire una (ennesima) riforma, avente quale obiettivo principale la riduzione dell'arretrato giudiziario e della tempistica delle sentenze, tra le riforme "orizzontali" e "di contesto" del PNRR.

Richieste simili sono evidenti anche nella direzione opposta, dal basso verso l'alto. I cittadini chiedono sempre più un sistema giustizia che sia non solo efficiente, efficace ed equo, ma anche trasparente e aperto all'esterno, capace cioè di instaurare un dialogo con un'ampia gamma di soggetti e con la collettività nel suo insieme^[9]. In altri termini, appare evidente l'esigenza che gli Uffici giudiziari siano "*accountable*" rispetto alle attività svolte e ai relativi impatti. In effetti, va sottolineato che il miglioramento dell'efficienza e della qualità della giustizia non può che passare anche dalla messa a punto di meccanismi di valutazione e rendicontazione. Meccanismi che dovrebbero aiutare a migliorare i risultati.

Nel tentativo di interpretare il sentimento attuale, politico-istituzionale e sociale, quando non anche legislativo, gli uffici giudiziari sembrano essere alla costante ricerca di un nuovo equilibrio, tra l'approccio giuridico tradizionale e i nuovi orientamenti^[10]. In verità, le nuove pratiche manageriali (es. "*case management*", "*caseload management*" e "*court management*") e i relativi meccanismi di accountability^[11] sono ancora visti con perplessità da pezzi della magistratura e da alcuni studiosi^[12] a causa del potenziale compromesso tra indipendenza e

accountability, tra autonomia e controllo. In questa direzione, i meccanismi di “soft accountability”, come quelli della “social e public accountability”^[13], sono considerati una soluzione efficace per soddisfare la crescente domanda di una giustizia *accountable*, poiché in grado di superare il potenziale *trade-off* tra indipendenza e accountability e bilanciare i valori legali e giudiziari con i principi gestionali e una maggiore attenzione ai bisogni della comunità^[14]. Anche il *trade-off* tra efficienza e qualità costituisce un aspetto bisognoso di essere approfondito per evitare giudizi e conclusioni sommarie. Il delicato rapporto tra tempi della giustizia e tasso di riforma delle sentenze rimane un tema di grandissimo interesse per gli studiosi.

Nonostante l'importanza di tali questioni, la letteratura manageriale in questo campo è ancora limitata^[15]. I pochi studi pubblicati sull'argomento hanno evidenziato diverse criticità nell'adozione dei report di sostenibilità^[16]. Le evidenze restano ancora scarse. Questo articolo intende fornire il suo contributo nel colmare questo gap, esplorando la rendicontazione sociale, ambientale e di sostenibilità nei sistemi giudiziari, ponendosi le seguenti domande di ricerca:

RQ1: Qual è lo stato dell'arte delle pratiche di rendicontazione sociale, ambientale e di sostenibilità negli Uffici Giudiziari?

RQ2: Quali sono i principali fattori ostacolanti e facilitanti?

2. La rendicontazione socio-ambientale e di sostenibilità nel sistema giudiziario

Quello sull'accountability nelle organizzazioni pubbliche è un dibattito accademico antico quanto multiforme. Da un lato, le organizzazioni pubbliche sono tenute a diventare sempre più trasparenti e *accountable* in relazione a un numero crescente di aspetti; dall'altro, la tradizionale rendicontazione finanziaria si è rivelata inadeguata a soddisfare tale esigenza informativa^[17], soprattutto quando proveniente da cittadini non esperti^[18]. Pratiche di rendicontazione non tradizionali e di tipo non-finanziario – tra cui la rendicontazione sociale, ambientale e di sostenibilità – sono diventate sempre più diffuse, alimentando l'attenzione della comunità accademica. Nonostante il notevole aumento delle pubblicazioni e delle ricerche, soprattutto negli ultimi cinque anni^[19], numerosi sembrano essere ancora i gap da colmare. Tra questi, si segnala la presenza di

amministrazioni pubbliche ancora poco indagate, tra cui proprio il sistema giudiziario. In effetti, sebbene l'introduzione (e ancora parziale accettazione) di meccanismi di accountability e di rendicontazione socio-ambientale sia più recente rispetto ad altri comparti, alcuni Autori hanno evidenziato già qualche tempo fa il cambio di paradigma nella legittimazione degli uffici giudiziari e il conseguente crescente attivismo dei medesimi nell'adottare strategie di condivisione delle informazioni che andassero oltre la semplice conformità legale^[20]. Alcuni studi sono stati recentemente condotti in Italia, anche a seguito di una prima divulgazione di tali pratiche spinta dal Progetto “*Diffusione di buone pratiche negli uffici giudiziari*”^[21]. Le risultanze mostrano che le esperienze sono in una perpetua fase di prova, principalmente a causa della cultura interna e delle peculiarità di queste organizzazioni, che rendono difficile la rendicontazione^[22]. Il sistema giudiziario si basa su una elevatissima professionalizzazione dei ruoli e sulla necessità di mantenere integra l'autonomia degli stessi. Analizzando un singolo caso studio, Ricci e Fusco^[23] hanno riscontrato una mancanza di rigore metodologico e una prevalente attenzione alle dimensioni economiche e istituzionali, piuttosto che a quelle sociali e ambientali. Nel discutere tali risultati, gli Autori hanno messo in risalto come ciò possa derivare da una carenza di linee guida o standard *ad hoc*. Tuttavia, un'ulteriore spiegazione è stata fornita in un successivo articolo, nel quale sono stati analizzate altre esperienze e tre bilanci sociali. Tale studio ha portato alla conclusione che la forte esigenza di legittimazione, accountability e istituzionalizzazione spinge le organizzazioni giudiziarie ad intraprendere questo percorso di rendicontazione, focalizzandosi solo o prevalentemente sui temi più di tendenza nel dibattito pubblico (quali la riduzione dei tempi e dei costi dei procedimenti)^[24]. A risultati coerenti sono giunti Ricci e Pavone^[25], che hanno condotto un caso studio, adottando un approccio basato sull'esperienza sul campo. In esso si conferma una generale debolezza e immaturità dell'attività di rendicontazione, legata principalmente alla limitata visione strategica nella condivisione delle informazioni, ad una bassa integrazione all'interno dei sistemi gestionali e contabili e ad un modesto coinvolgimento degli stakeholder. Tuttavia, gli Autori hanno altresì riscontrato un aumento complessivo del livello di accountability interna ed esterna e alcuni elementi innovativi che suggeriscono l'avvio di «*a new season for reporting in the judicial sector*»^[26].

3. Metodologia della ricerca

Il presente lavoro fa riferimento e in parte ridiscute alcune evidenze di un più ampio studio, condotto in Europa^[27]. La raccolta dei dati è avvenuta tra il 27 febbraio e il 27 marzo 2020, tramite la somministrazione di un questionario online, attraverso la piattaforma Qualtrics®. Il questionario, composto da 25 domande a risposta chiusa e 1 domanda a risposta aperta, è stato suddiviso in 5 sezioni:

1. informazioni generali (dimensioni, tipologia di ufficio, ubicazione geografica);
2. rappresentazione mentale;
3. pratiche attuali;
4. motivazioni e necessità;
5. opinione personale.

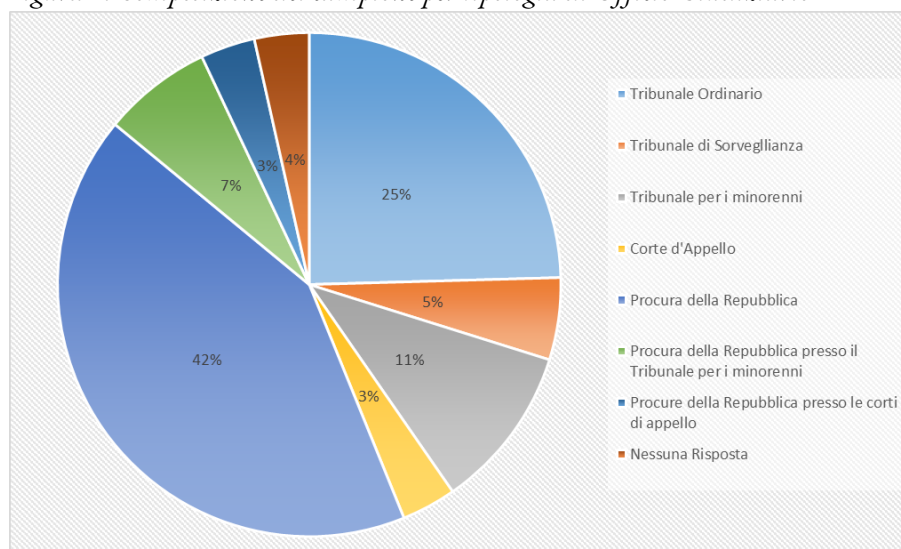
Per quanto concerne il contesto italiano, oggetto di indagine del presente articolo, la rilevazione è stata condotta nell'ambito della giustizia ordinaria; pertanto, non sono stati inclusi gli Uffici appartenenti alla giustizia militare, amministrativa e costituzionale. Nello specifico, sono stati coinvolti 430 uffici del territorio nazionale:

- Tribunali ordinari;
- Tribunali di sorveglianza;
- Tribunali per i minorenni;
- Corti di appello;
- Procure della Repubblica;
- Procure della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni;
- Procure della Repubblica presso le Corti di Appello.

L'e-mail d'indagine, contenente un'introduzione al progetto di ricerca e il link al questionario anonimo, è stata inviata ai Presidenti dei Tribunali e ai Procuratori Capo, fissando la scadenza per la compilazione a 30 giorni. Dopo circa due settimane, è stato inviato un sollecito per incrementare le probabilità di risposta. Delle 138 risposte ricevute, 81 sono risultate vuote o con dati prevalentemente

mancanti e 57 sono state ritenute valide; il tasso di risposta effettivo, dunque, è stato del 13,3%. Sebbene tale percentuale si sia rivelata più bassa di quella attesa (circa il 20-22%), occorre sottolineare che il timing della somministrazione è coinciso con l'avvento, in Italia, della prima ondata della pandemia Covid-19. Questa circostanza ha probabilmente inciso sulla disponibilità di risposta dei Presidenti dei Tribunali e dei Procuratori Capo. La composizione del campione così ottenuto è sintetizzata nella Figura 1; si precisa inoltre che la percentuale di risposta è stata pressoché simile per il Nord (14,97%) e il Centro (16%) Italia, mentre risulta essere sensibilmente più bassa al Sud e nelle Isole (9,62%).

Figura 1. Composizione del campione per tipologia di Ufficio Giudiziario



4. Discussione dei risultati

Lo studio ha evidenziato che, sebbene esista una discreta conoscenza dello strumento “bilancio di sostenibilità” e una positiva percezione della sua utilità, non vi è una concreta ed ampia diffusione di questa tipologia di rendiconto. Alla domanda “L’Ufficio giudiziario ha mai redatto un bilancio delle sue attività sociali, ambientali e di sostenibilità?” soltanto 16 Uffici hanno fornito risposta affermativa (Figura 2). Il dato suscita, ovviamente, un certo stupore se comparato con quello estrapolato sul sito del Ministero della Giustizia a maggio 2014, da cui risultavano finanziati 128 progetti comprendenti la redazione del bilancio sociale^[28]. Un recente studio^[29] ha sviluppato una ricognizione della diffusione dei

bilanci sociali, ambientali e di sostenibilità nel sistema giudiziario italiano, tramite l'analisi dei siti web degli Uffici giudicanti ed inquirenti della giurisdizione ordinaria, nonché del sito del Ministero della Giustizia dedicato al Progetto Diffusione di Best Practices per gli Uffici Giudiziari e dei principali motori di ricerca. Ciò ha permesso di individuare 146 bilanci sociali a partire dal 2005, con uno scarsissimo grado di continuità. Una possibile spiegazione di questo scostamento può derivare dal numero esiguo di risposte ricevute, ovvero una parte, o la maggior parte, degli Uffici che hanno redatto il bilancio sociale, non ha compilato il questionario. Tale ipotesi parrebbe trovare una conferma nel fatto che il 69% di coloro che hanno redatto il bilancio sociale e di sostenibilità ha successivamente dichiarato di aver provveduto con proprie risorse e non tramite forme di incentivazione economica di provenienza pubblica. Al riguardo occorre altresì sottolineare che la scarsità di risorse economiche è stata, tuttavia, indicata quale motivazione prevalente per la mancata redazione del bilancio di sostenibilità (Figura 3) e che, di conseguenza, la presenza di finanziamenti pubblici è stata considerata dalla maggior parte dei rispondenti come un forte incentivo all'adozione di questa tipologia di strumento, insieme alla possibilità di poter utilizzare delle linee guide specifiche per questa tipologia di Ufficio (Figura 4).

Figura 2. Diffusione delle pratiche di rendicontazione sociale tra gli Uffici Giudiziari



Figura 3. Motivazioni per la non adozione del bilancio sociale

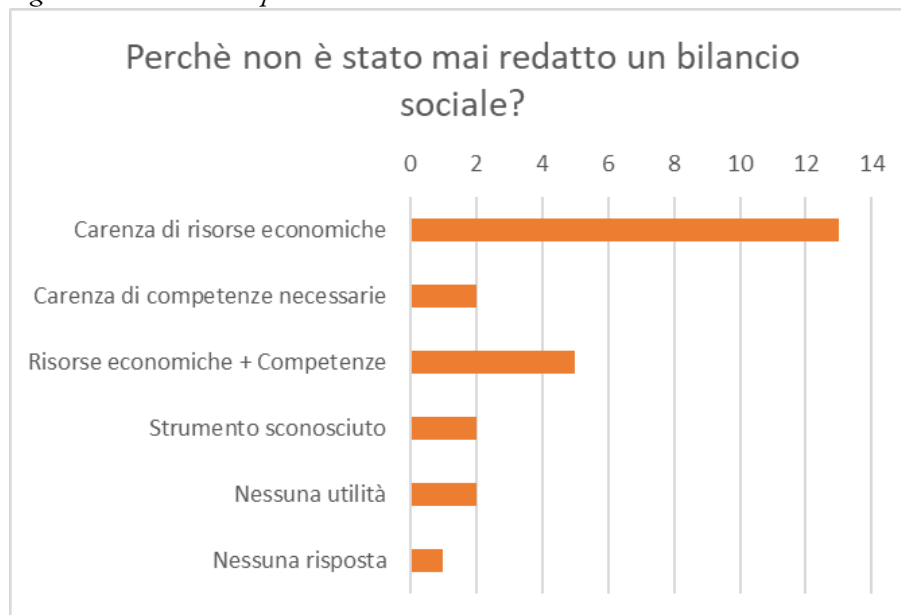
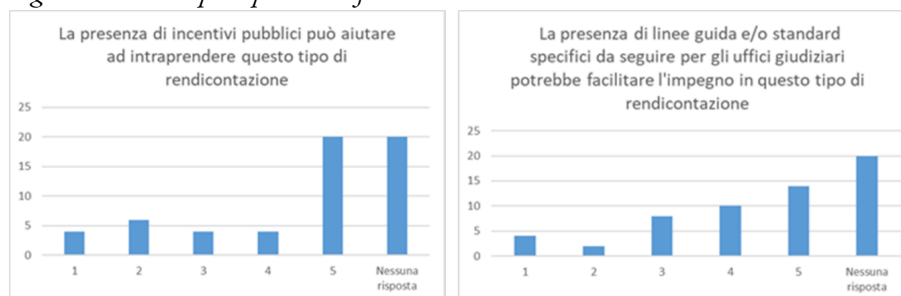


Figura 4. Fattori percepiti come facilitanti l'adozione di bilanci sociali



In effetti, in riferimento alla metodologia, la maggior parte di coloro che hanno già redatto un bilancio sociale, ha dichiarato di non aver seguito alcuna linea guida o standard internazionale o nazionale, a causa di una difficoltà nel loro utilizzo, per le eccessive informazioni richieste ovvero per la scarsa rispondenza alle peculiarità dell'organizzazione giudiziaria (Figura 5).

Per quanto concerne il contenuto dei report, il focus prevalente è risultato essere la rendicontazione dell'attività istituzionale-giudiziaria svolta (Figura 6), con una limitata attenzione alla dimensione più prettamente sociale, identificata per lo più con le attività di cooperazione esterna con università ed enti locali (Figura 7). Minore o nessun rilievo è stato dato all'identificazione degli stakeholder e alle dimensioni ambientale (poco rilevanti data la tipologia di Ufficio) ed economica.

Figura 5. Aderenza a linee guida o standard

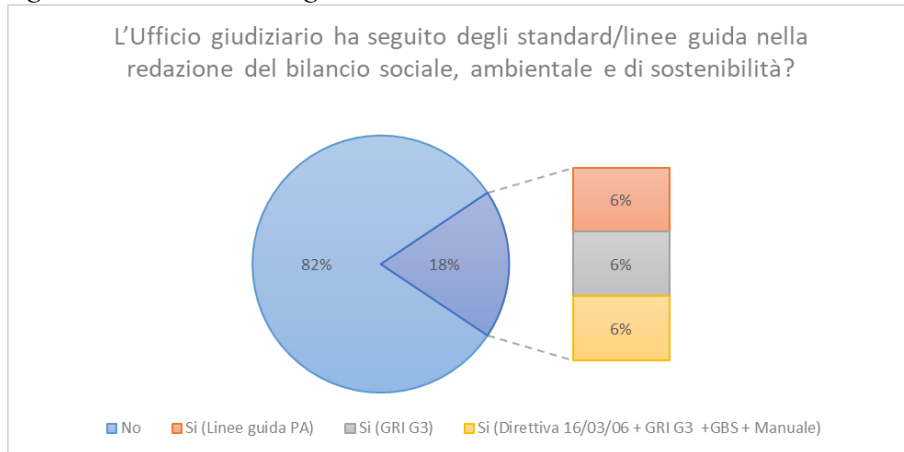


Figura 6 – Contenuto dei bilanci sociali

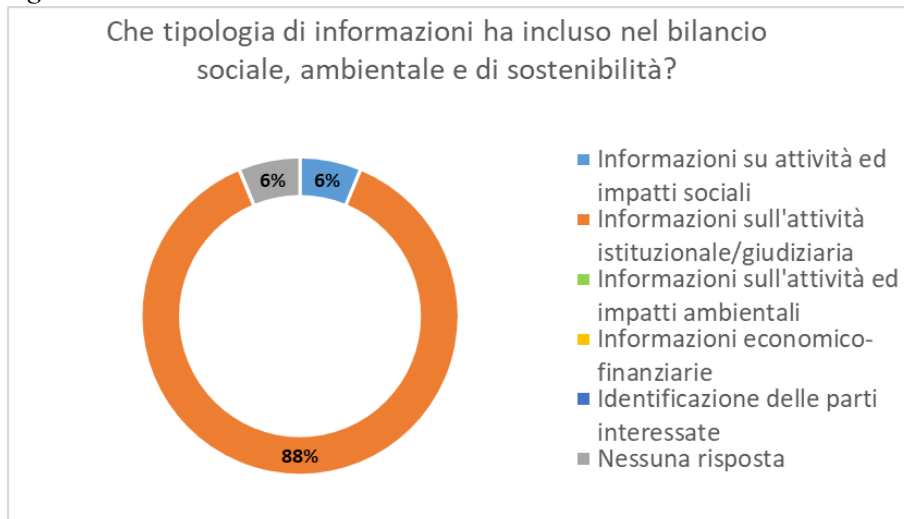


Figura 7 - Composizione delle attività sociali svolte



Purtroppo, pochissime sono state le risposte ricevute alla domanda aperta: “Cosa pensa sarebbe utile rendicontare agli stakeholder dell’ufficio giudiziario? Quali ostacoli ha incontrato nella preparazione del bilancio sociale?”. Nonostante l’esiguità del dato, diversi sono gli spunti di riflessione emersi (Tabella 1):

Tabella 1 – Opinioni degli Uffici Giudiziari sul bilancio di sostenibilità

Tematiche	Osservazioni	Esempi
Utilità dello strumento	Percezione del bilancio sociale, ambientale e di sostenibilità come uno strumento tipico di un’impresa (inutile per un Ufficio Giudiziario)	“Gli uffici giudiziari non sono una azienda. Occorre smetterla di gestire (male) la giustizia come se fosse un’azienda.”

Carenza di risorse economiche, umane e disponibilità di tempo.	<p><i>“Non ho preparato il bilancio sociale perché ho una carenza di organico amministrativo del 30%”</i></p> <p><i>“Ostacoli: mancanza di competenze specifiche nel personale interno e carenza di tempo da dedicare...”</i></p> <p><i>“Le difficoltà principali consistono nel fatto che gli uffici giudiziari non hanno fondi dedicati o sovvenzioni specifiche, per cui devono rivolgersi a istituzioni esterne. Idem per quanto riguarda la possibilità di avvalersi di persone specializzate...”</i></p>
Ostacoli	<p><i>“L'ostacolo maggiore è stato quando si è predisposto il bilancio senza l'ausilio di esperti, a seguito della fine del finanziamento”</i></p>
Mancanza di linee guida e/o standard specifici	<p><i>“È stata complicata la prima edizione proprio perché le linee guide, non essendo specifiche per gli uffici giudiziari, sono risultate piuttosto complicate, gli aggiornamenti ovviamente procedono con maggiore speditezza”</i></p>
Difficoltà reperimento dati	<p><i>“Acquisizione dati per la redazione del bilancio”</i></p>

CERIDAP

	<i>“Rapporto spese/risultati/servizio reso”</i>
Attività istituzionale/giudiziaria e dimensione economica	<i>“Attività economica ed istituzionale dell’Ufficio giudiziario”</i>
Contenuto	<i>“Rapporto tra carico di lavoro, risorse disponibili e domanda di giustizia del territorio; esito processi”</i>
Impatti sociali	<i>“Gli effetti possibili della giurisdizione nella vita dei cittadini”</i>

Fonte: Fusco, 2022

Altre risposte hanno evidenziato che l'*accountability* dovrebbe essere totale, eccezion fatta per il segreto investigativo, o, ancora, che pratiche di rendicontazione sociale o di sostenibilità possono (e dovrebbero) essere portate avanti, pur in mancanza di risorse, tramite forme di collaborazione con Università, enti locali, imprese o organizzazioni non profit. In tal senso, di seguito una risposta rilevata dalla survey: *«quest’ultimo problema è stato superato avvalendosi gratuitamente dei servizi dell’Università locale, che ha messo a disposizione un professore-tutor e un gruppo di studenti. Il libretto è stato stampato grazie al contributo di una fondazione bancaria, mentre il Comune ha messo a disposizione gratuitamente i locali (teatro cittadino) per la presentazione al pubblico».*

In conclusione, la ricerca, inoltre, ha evidenziato che pur considerandolo, in prevalenza, uno strumento utile, gli uffici giudiziari italiani tendono a non implementare processi di redazione di un bilancio di sostenibilità a causa della carenza di risorse e della difficoltà di predisposizione, dovute anche all’assenza di linee guida che indirizzino queste organizzazioni nella raccolta e nella selezione delle informazioni da fornire nel documento. Dallo studio emergono anche implicazioni utili per responsabili politici ed uffici giudiziari. Infatti, i risultati mostrano che è possibile individuare tre *drivers* fondamentali per incentivare e/o sostenere la diffusione del bilancio di sostenibilità presso queste tipologie di organizzazioni pubbliche:

CERIDAP

- Predisposizione di linee guida specifiche (*driver esterno*);
- Rafforzamento del network territoriale (*driver interno*);
- Sensibilizzazione degli Uffici, circa la funzione e l'utilità (*driver esterno-interno*), seppur infatti vi è una discreta conoscenza dello strumento, ancora si assiste ad una diffusione limitata e discontinua.

Non si ritiene utile, invece, inserire nel suddetto elenco la possibile incentivazione di tali pratiche mediante forme di finanziamento pubbliche, poiché esse sembrano risultare efficaci prevalentemente nel breve termine, ma con scarsi effetti nel medio e lungo periodo, come già verificatosi a seguito del progetto “*Diffusione di Best Practices*”.

In conclusione, è possibile affermare che la tendenza in atto è nel complesso sicuramente incoraggiante e tale da lasciar prevedere una crescita dell'accountability pubblica nel sistema giudiziario italiano. Sarà significativo, in ogni caso, il contributo che il legislatore potrà dare per incentivare le esperienze in atto e quelle future, valutando l'opportunità di definire e introdurre obblighi normativi e standard di rendicontazione.

1. Banca Mondiale, *Doing Business 2020: Comparing Business Regulation in 190 Economies*, Washington, DC: World Bank, 2020 [consultato da <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/32436/9781464814402.pdf>, il 24 ottobre 2020].
2. Commissione Europea, *The 2020 EU justice scoreboard*, 2020a [consultato da https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/justice_scoreboard_2020_en.pdf, il 25 ottobre 2020].
3. Organizzazione delle Nazioni Unite (UN), *Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development*, Division for Sustainable Development Goals, New York, NY, USA, 2015; Organisation For Economic Co-Operation, & Development (OECD), *Leveraging the SDG's for Inclusive Growth: Delivering Access to Justice for All*, 2016 [consultato da <http://www.oecd.org/gov/delivering-access-to-justice-for-all.pdf>, il 24 ottobre 2020].
4. Eurostat, (2019), *Database*, [consultato da <https://ec.europa.eu/eurostat/data/database> il 4 settembre 2020]
5. Consiglio d'Europa, Council of Europe European Commission for the efficiency of justice (CEPEJ), *European judicial systems. Efficiency and quality of justice*, CEPEJ STUDIES No. 26, 2018 [consultato da <https://rm.coe.int/rapport-avec-couv-18-09-2018-en/16808def9c>, il 30 agosto 2022].

6. Consiglio d'Europa, Council of Europe European Commission for the efficiency of justice (CEPEJ), *European judicial systems. Efficiency and quality of justice*, CEPEJ STUDIES No. 26, 2018 [consultato da <https://rm.coe.int/rapport-avec-couv-18-09-2018-en/16808def9c>, il 30 agosto 2022].
7. Commissione Europea, *The 2020 EU justice scoreboard*, 2020a [consultato da https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/justice_scoreboard_2020_en.pdf, il 25 ottobre 2020].
8. Commissione Europea, *Commission staff working document. Country Report Italy*, 2020b [consultato da https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/2020-european_semester_country-report-italy_en.pdf, il 4 Settembre 2020; Consiglio d'Europa, Council of Europe European Commission for the efficiency of justice (CEPEJ), *European judicial systems CEPEJ Evaluation Report*, 2020, [consultato da <https://rm.coe.int/rapport-evaluation-partie-1-francais/16809fc058>, il 30 agosto 2022].
9. F. Fusco, R. Civitillo, P. Ricci, S. Morawska, K. Pustulka, P. Banasik, *Sustainability reporting in justice systems: a comparative research in two European countries*. Meditari Accountancy Research, 2021, ahead-of-print doi.org/10.1108/MEDAR-11-2020-1091.
10. M. Fabri, M., P. M. Langbroek (Eds.), *The challenge of change for judicial systems: developing a public administration perspective*, Amsterdam: IOS Press, Ohmsha, 2000; C.B. Graham, S.W. Hays (Eds.), *Handbook of court administration and management*, 2017, Routledge, London.
11. E. Mak, *The European judicial organisation in a new paradigm: the influence of principles of 'new public management' on the organisation of the European courts*, European Law Journal, 2008, 14(6), pp. 718-734; C.B. Graham, S.W. Hays (Eds.), *Handbook of court administration and management*, 2017, Routledge, London.
12. S.P. Newbold, *Jeopardizing the Rule of Law: The Impact of Sequestration on the Administration of Justice*, 2017, *The American Review of Public Administration* 47(3), pp. 279-299; A. Volacu, *Justice, efficiency, and the new public management*, *Australian Journal of Public Administration*, 2018, 77(3), pp. 404-414.
13. W. Voermans, *Judicial transparency furthering public accountability for new judiciaries*, *Utrecht Law Review*, 2007, 3(1), pp. 148-159.
14. F. Contini, R. Mohr, *Reconciling independence and accountability in judicial systems*, *Utrecht Law Review*, 2007, 3(26).
15. T.A. Guimarães, A.O. Gomes, E.R. Guarido Filho, *Administration of justice: an emerging research field*, *RAUSP Management Journal*, 2018, 53, pp. 476-482.
16. F. Fusco, *La rendicontazione socio-ambientale e di sostenibilità nel sistema giudiziario italiano: presupposti scientifici ed evidenze empiriche. Economia delle aziende e delle amministrazioni pubbliche*, FrancoAngeli, Milano, 2022; P. Ricci, F. Fusco, *Sustainability Reporting in Public Sector: a comparative study in the Italian Justice System*, *Rivista Italiana di Ragioneria e di Economia Aziendale*, 2020, 2, pp. 200-215, P. Ricci P., F. Fusco, *Social Reporting in the Italian Justice System: Milan's Court experience*, *Public Integrity*, 2016,

- 18(3), pp. 254-268; P. Ricci, P., P. Pavone, P., *The experience of social reporting in Italian judicial offices. The laboratory of the public prosecutor's office in Naples*, International Journal of Public Sector Management, 2020, 33(6/7), pp. 713-729. <https://doi.org/10.1108/IJPSM-04-2020-0102>.
17. P. Ricci, R. Civitillo, *Italian Public Administration Reform: What are the Limits of Financial Performance Measures?*, in C. Bianchi, E. Borgonovi, E. Anessi Pessina (a cura di), *Outcome-Based Performance Management in the Public Sector*, Springer Series on "System Dynamics for Performance Management", Volume 2, Springer International Publishing AG, Switzerland, 2018, pp. 121-140.
 18. L. Biondi, E. Bracci, E., *Sustainability, Popular and Integrated Reporting in the Public Sector: A Fad and Fashion Perspective*, *Sustainability*, 2018, 10(9), p. 3112; P. Ricci, "Accountability" (voce), in *Global Encyclopedia of Public Administration, Public Policy and Governance*, Editor: Ali Farazmand, Springer International Publishing, 2016, Springer International Publishing Switzerland; A. Ball, S. Grubnic, J. Birchall, *Sustainability accounting and accountability in the public sector*, in *Sustainability accounting and accountability*, Routledge, London, 2014.
 19. F. Manes-Rossi, G. Nicolò, D. Argento, *Non-financial reporting formats in public sector organizations: a structured literature review*, *Journal of Public Budgeting, Accounting & Financial Management* 2020, 32(4), pp. 639-669 <https://doi.org/10.1108/JPBAFM-03-2020-0037>; A. Kaur, S. K. Lodhia, *Sustainability accounting, accountability and reporting in the public sector*, *Meditari Accountancy Research*, 2019, 27(4), pp. 498-504.; F. Fusco, P. Ricci, *What is the stock of the situation? A bibliometric analysis on social and environmental accounting research in public sector*, *International Journal of Public Sector Management*, 2019, 32(1), pp. 21-41.
 20. K. Malleon, *The new judiciary: The effects of expansion and activism*, Routledge, London, 1999; W. Voermans, *Judicial transparency furthering public accountability for new judiciaries*, *Utrecht Law Review*, 2007, 3(1), pp. 148-159.
 21. Si rinvia al sito istituzionale del Ministero della Giustizia per informazioni sul Progetto https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_2_9_4.wp.
 22. P. Ricci, P., P. Pavone, P., *The experience of social reporting in Italian judicial offices. The laboratory of the public prosecutor's office in Naples*, International Journal of Public Sector Management, 2020, 33(6/7), pp. 713-729. <https://doi.org/10.1108/IJPSM-04-2020-0102>.
 23. P. Ricci P., F. Fusco, *Social Reporting in the Italian Justice System: Milan's Court experience*, *Public Integrity*, 2016, 18(3), pp. 254-268.
 24. P. Ricci P., F. Fusco, *Sustainability Reporting in Public Sector: a comparative study in the Italian Justice System*, *Rivista Italiana di Ragioneria e di Economia Aziendale*, 2020, 2, pp. 200-215.
 25. P. Ricci, P., P. Pavone, P., *The experience of social reporting in Italian judicial offices. The laboratory of the public prosecutor's office in Naples*, International Journal of Public Sector Management, 2020, 33(6/7), pp. 713-729. <https://doi.org/10.1108/IJPSM-04-2020-0102>.
 26. P. Ricci, P. Pavone, *The accountability in the justice system: have times really changed?*

- Reflections from an Italian social reporting experience*, Public Integrity, 2022, 24(2), p. 111.
27. L'analisi completa, contenente la comparazione con il sistema giudiziario polacco, è contenuta in F. Fusco, R. Civitillo, P. Ricci, S. Morawska, K. Pustulka, P. Banasik, *Sustainability reporting in justice systems: a comparative research in two European countries*, Meditari Accountancy Research, 2021.
 28. P. Ricci, "Accountability" (voce), in Global Encyclopedia of Public Administration, Public Policy and Governance, Editor: Ali Farazmand, Springer International Publishing, 2016, Springer International Publishing Switzerland; P. Ricci P., F. Fusco, *Social Reporting in the Italian Justice System: Milan's Court experience*, Public Integrity, 2016, 18(3), pp. 254-268.
 29. F. Fusco, *La rendicontazione socio-ambientale e di sostenibilità nel sistema giudiziario italiano: presupposti scientifici ed evidenze empiriche. Economia delle aziende e delle amministrazioni pubbliche*, FrancoAngeli, Milano, 2022.

Challenges and opportunities for the European Union: a step forward

Giancarlo Vilella

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

L'articolo analizza l'evoluzione recente degli interventi dell'UE che costituiscono a un tempo delle sfide e delle opportunità: futuro dell'Europa, Stato di diritto, economia, digitalizzazione. L'analisi è condotta alla luce delle conseguenze della guerra in Ucraina che hanno influenzato quegli interventi: infatti, le conseguenze della guerra si aggiungono alle sollecitazioni della Conferenza per quanto riguarda il futuro dell'Europa, si aggiungono alle azioni anti-Covid per quanto riguarda la crescita dell'economia, e rendono più urgente il processo di sovranità digitale dell'Unione. In chiusura l'articolo propone alcune riflessioni derivanti dall'analisi, in particolare si chiede se nel nuovo contesto l'UE stia emergendo come soggetto politico, se ha le ambizioni adeguate al suo sviluppo, se riesce a governare i cambiamenti sociali profondi imposti dalla digitalizzazione e, infine, se continua a costituire un baluardo a difesa della democrazia.

This paper analyses how interventions of the EU represent both challenges and opportunities: on the future of Europe, the rule of law, the economy, digitalisation. The appraisal takes account of the consequences of the war in Ukraine, which have influenced those interventions: indeed, the consequences of the war come on top of the demands of the Conference as far as the future of Europe is concerned, are superadded to the anti-Covid actions as far as the growth of the economy is concerned, and make the process of securing the digital sovereignty of the Union more urgent. In closing, the article puts forward a number of reflections, in particular it is asked whether in this new context the EU is emerging as a political actor, whether it has the ambitions consonant with its development, whether it can succeed in governing the profound social changes necessitated by digitalisation and, lastly, whether it continues to be a bulwark for the defence of democracy.

In September 2021, CERIDAP published an article of mine in which I analysed the challenges the EU had to take up in the second part of the ninth legislature, and also how those challenges in fact embodied great opportunities^[1]. Now, one year later, I would like to carry out a first review of how the things I dealt with in that article have evolved, taking into account the fact that an event that was unimaginable at that time has meanwhile taken centre stage, by which I mean of course the war in Ukraine. In the article in question, I examined, in order, the topics of the Conference on the Future of Europe, the problems in defending the rule of law, the interventions in the economy through Next Generation EU, the Brexit situation, the consequences of Covid for free movement, and the strategy for the digitisation of the continent. In undertaking this review, I shall endeavour to follow the same order, so as to stick closely to my original inquiry, although some adjustments will be necessary in order to take account of the new context^[2].

1. The future of Europe

The proceedings of the Plenary of the Conference on the Future of Europe (CoFE) closed in Strasbourg on the last weekend of April 2022, and also in Strasbourg the Executive Board presented its conclusions on 9 May, Europe Day^[3]. The closing words of the Board's report present a short, clear summary and a (self-)evaluation, so it is best to quote them verbatim:

«The overarching purpose of the Conference on the Future of Europe was to make the European Union fit for present and future challenges by providing an opportunity for citizens to articulate their concerns and ambitions and, together with representatives of the three Institutions, national parliaments and other stakeholders, to provide guidance for the future. To achieve this objective, the Conference had to be a citizens-focused, bottom-up exercise, creating a new space to debate Europe's challenges and priorities and to develop an overview of what citizens expect from the European Union. The Conference has indeed played this role. European citizens from all walks of life and corners of the Union participated in the Conference and produced Citizens' Panels' recommendations as well as, together with the subsequent Plenary including members from the European Parliament, the Council, and the European Commission, as well as representatives from all national parliaments, the Committee of the Regions, regional and local

elected representatives, the European Economic and Social Committee, social partners, civil society and other key stakeholders, proposals for the future of Europe. The tools and methodology developed for this process provided a unique set of resources that could form the basis for future exercises in citizen engagement and deliberative democracy at EU level. Through a multitude of events and debates organised across the Union, the interactive multilingual digital platform, the European and National Citizens' Panels, and the Conference Plenary, the Conference has now delivered a final report, including an overview of this year-long intensive work, as well as the proposals formulated by the Plenary for the future of Europe. These proposals make very clear that the EU must act to achieve the green and digital transitions, strengthen Europe's resilience and its social contract, while addressing inequalities and ensuring that the European Union is a fair, sustainable, innovative and competitive economy that leaves no one behind. The geopolitical developments during the Conference, and especially the Russian war of aggression against Ukraine, have also shown that the EU needs to be more assertive, taking a leading global role in promoting its values and standards in a world increasingly in turmoil. The Conference has provided a clear direction in these areas and the three EU Institutions now need to examine how to follow up on the concerns, ambitions, and ideas expressed. The next step in this process is to come up with concrete EU action building on the outcome of the Conference, contained in this final report. EU institutions will now therefore examine this report and its follow-up, each within the framework of their competences and in accordance with the Treaties. A feedback event will take place to update citizens in autumn 2022 on how the Institutions will live up to their commitment to ensure that European citizens are listened to and hold, in their hands, the future of Europe»⁽⁴⁾.

On that occasion, the French President Macron, in his capacity as President-in-Office of the Council of the European Union, made a particularly significant speech, in which he emphasised the need for the EU to make substantial progress, also by amending the Treaties, and suggested convening a Convention to examine the proposals. But what was even more significant was what he said about the need to create a European political community more extensive than the European Union of countries sharing the values of democracy and participating in various aspects of community life⁽⁵⁾: the EU would remain as such, with the possibility of enlargement only when a construction is found that makes it

effective in its policies and decisions^[6]. Macron had just been re-elected president of France, an unexpected development^[7], which has been authoritatively described (A. Touraine) as writing a new page in the history books: the previous years had been very complicated and the extreme right had largely succeeded in gaining acceptance for its antagonistic, anti-European vision. Yet Macron was re-elected President even with his clear objective of making Europe stronger and more independent: just a few days after his re-election, on 9 May in Strasbourg, he relaunched the debate on these lines. But the road ahead is far from easy, the countries opposed to this are not a few: 13 Member States signed a document immediately after Macron's speech, arguing that treaty change is not on the agenda and was never on the agenda of the CoFE. But those countries (as well as other critics of all sorts) forget that between the initial idea of the CoFE and Macron's speech, first the Covid-19 pandemic broke out and then the war in Ukraine, both of which put the focus back on the essential need for a stronger EU. The European Parliament, on the other hand, immediately (already at its May session in Brussels) backed the idea of a Convention to amend the Treaties on the basis of the work of the CoFE.

It is plain that the future of Europe depends on many factors. In particular, in the new context, the war in Ukraine weighs heavily on the future of Europe, raising big, new questions: the war broke out at a time when Europe was having to face major issues such as the drift away from the rule of law in some eastern countries, the high levels of public debt in some southern countries, the accentuation of social inequalities almost everywhere, and populism in politics. According to many observers, the war in Ukraine is an outpost of the clash between democracies and authoritarian regimes: among others, for example, there was Francis Fukuyama, who argued in an interview that *«the world is no longer divided between left and right but between democracies and authoritarian regimes, of which China and Russia are the driving force. Putin has been at the centre of this anti-democratic network for years and sends troops everywhere. Now he is trying to crush Ukraine. I am convinced that the decisive battle between free countries and authoritarian regimes is being fought here»*^[8]. He went on to add that this is the opportunity for liberal democracies to awaken from their torpor and rediscover unity and a sense of common identity: the importance of these values and the importance of defending them against dictators is being

rediscovered^[9]. Other observers add that the war in Ukraine is a terrible tool alongside others used by authoritarian regimes, such as cyber-sabotage, disinformation, financing of anti-system forces, and terrorism, not forgetting the use of migrants as “human bombs”^[10]. Before the war in Ukraine, Belarus had been strongly criticised by Europe for using Afghan refugees as a weapon against the EU and Poland in particular: the latter reacted by building a barbed wire fence and a state of emergency zone with repressive action by the army and the police^[11].

Democratic regimes are therefore vulnerable not only to war, which they do not regard as a problem-solving tool, but also to all other pitfalls. According to Putin, the West’s vulnerability is structural on account of the decline of traditional values^[12], such as the family, and, as for Paul Krugman^[13], he thought that decadent democracies were unable to put up viable resistance: an error of judgement, although the challenge remains open. Russia thought in terms of a blitzkrieg and a positive reception, but instead met with Ukrainian resistance and NATO drawing back closer together: Putin’s various declarations of defiance to the West, such as *«in Ukraine we haven’t even begun»*, or *«try to beat us on the ground»*, or *«there is a risk of atomic conflict»*, are according to many observers an indication of surprise. The fact remains – as I have already argued – that Russia’s aspiration to take up leadership of the authoritarian^[14] anti-Western countries is self-evident and accompanied by an expansionist drive aimed at recovering lost territories: as to whether this is feasible in a strategic future in which *«for Moscow there will be more Asia, more China and much less West»*, I, as a non-specialist^[15], would have many doubts. Indeed, when I read, for example, admittedly without being an expert in this field, the news that the supply of gas from Russia to China has increased by 63.4% and that of oil by 55%, I can see a kind of solidarity between “friendly” countries, but above all I can see that, as a result, Russia has made itself economically dependent on China. However, what the IMF stated at the end of July 2022 must be borne in mind: according to the IMF, the Russian economy is expected to suffer much less of an adverse impact as a result of the sanctions of “only” a 6% contraction of GDP in 2022 (and 3.5% in 2023) thanks not only to the level of exports, but also to the resilience of the domestic financial sector and the domestic labour market^[16]. On the other hand, – again according to the IMF – the impact of the war on the

main European economies is worse than expected, with a major reduction in growth forecasts on account of energy prices, the slowdown in production owing to supply disruptions and also the drop in consumer confidence. Nevertheless, I believe in fact that Russia has drawn itself into a tunnel from which it will emerge reduced in size internationally, even weaker than before economically, and dependent strategically on other powers such as China. Furthermore, from a geopolitical point of view, the war in Ukraine brings about the end of a project designed to bring Russia and Western Europe closer together, a project from which (as Massimo Cacciari points out ^[17]) both sides could and should have drawn great advantages both in terms of their own strengthening and in terms of world balances: the invasion of Ukraine re-establishes a fracture which weakens both sides (for Russia, it also exposes that country's deep-rooted failures ^[18]) and creates a wall that destroys the development of critical thought: perhaps, as sociologist Edgar Morin says ^[19], for Western Europe, this shock has made us realise that we are in a sort of "general somnambulism" which has developed over the years and that the advances made by democracy are not irreversible ^[20].

In truth, what happened in Afghanistan had already created a great sense of impotence and paralysis for the West, while the reaction to the Russian invasion of Ukraine was strong and united ^[21]. After the US unilaterally withdrew from Afghanistan, without agreeing this with the European countries, the EU stressed as early as September 2021 the need to make its voice heard in international relations. The decision to supply arms to Ukraine and the decision to increase defence spending, also in countries such as Germany, are new, highly innovative components of the European Union approach. For example, the decision to create a joint fund of €500 million to purchase arms and munitions to replenish the stocks run down as a result of the war in Ukraine was most important, as was the joint procurement of anti-Covid vaccines: the aim is to create a single purchasing centre. The EU has also earmarked a total of €2.5 billion in 2022 to send weapons to the Ukrainian army. First Afghanistan, then Ukraine gave a boost to the development of a real European foreign policy supported by a common security and defence policy. As Macron said, in his role as President-in-Office of the Council of the Union, this is a new era, and we must continue along this path. Macron made it clear that the European Union cannot depend on others for its defence on land, on and under the sea, and in the air, but also in

space and cyberspace: European defence, Macron said in March 2022, must move to a more advanced stage^[22]. It is therefore a matter of overcoming a handicap denounced by Ece Temekuran: «*Europe does not have the kind of power that can be exercised with weapons. That is why it is perceived as naïve by leaders such as Erdogan and Putin*»^[23]. Next came NATO's enlargement to include new countries, Finland and Sweden, an enlargement northward on the borders with Russia. One observer, however, has given a sharp warning that the recent NATO enlargement interrupts the process of European defence construction that had already (re)started in 2021, after Afghanistan but before the Ukrainian war: from this point of view, the enlargement «*seems to be a merger of the Union with NATO (which) traces the strategic profile*» and undermines the idea of European defence, which is a mistake «*because European defence is a constitutive element of the EU*» (G. Tremonti)^[24].

2. Rule of law

The affair concerning the defence of the rule of law in the Union, which can be regarded as one of the determining factors of our future, has been going on with a high degree of conflict and shows no sign of being resolved positively.

Already in September 2021, the radical conflict between Poland and the EU emerged violently, when the Court of Justice of the EU (CJEU) fined Poland €500,000 per day if it did not close a lignite mine it was illegally exploiting: this case that pitted Poland against the Czech Republic (on whose borders the mine is located) and the CJEU had ruled in favour of the latter: «*You will not get a single cent*», the Polish deputy minister of justice declared. And it was just a straw in the wind. Indeed, in October 2021, the Polish Constitutional Court, prompted by the Polish government, held that domestic law took precedence over the European Treaties: there had already been cases in other countries^[25], but they were always rulings on specific, sectoral issues. In the case of Poland, however, the issue concerned the independence of judges, that is to say, a cornerstone of the principle of the rule of law which is a founding value of the EU. For some, this foreshadowed “Polexit”, all the more so since the reactions of the Polish Prime Minister at the time raised the level of verbal confrontation to unprecedented heights after the CJEU decided to impose a fine of €1 million per

day until the reform of the judiciary was corrected, in particular the part concerning the disciplinary section of the Supreme Court: the CJEU order was dated 14 July 2021, the imposition of the fine the following October.

In the meantime, the EU had adopted a regulation at the end of 2020 imposing the condition of respecting the rule of law for the disbursement of European funds (both regional policy and NextGen funds): the regulation was challenged by Poland and Hungary and the European Commission reserved the right to implement the regulation only after it had been reviewed by the CJEU, despite the European Parliament's very strong pressure for immediate application. In the end, the CJEU validated the conditionality mechanism in a judgment of February 2022 and the Commission was called upon to act "immediately", which it did by adopting guidelines for the application of conditionality. Soon afterwards, however, war broke out in Ukraine, leading to a huge flow of refugees in particular to Poland: the reaction of Poland and its people was very positive and generous in welcoming the Ukrainian refugees, which led to a suspension of the Commission's actions until the crisis, owing to which Poland needed financial aid, had been overcome. Moreover, at the end of May 2022, the European Commission approved Poland's national recovery and resilience plan (NRRP), a significant signal which took some of the pressure off, but without abandoning the basic question of respect for the rule of law: in fact, this approval was not unanimous, two vice-presidents voted against it, and many commentators, while acknowledging Poland's merits with regard to the reception of Ukrainian refugees, argued that the two plans should be kept separate. Unfortunately a serious escalation has been again recorded in August 2022: «*If the European Commission tries to push us against the wall, we will have no choice but to pull out all the cannons in our arsenal and open fire,*» Krzysztof Sobolewski, PiS' secretary-general, warned in an interview Monday with Polish state radio. He said Warsaw would adopt a "tooth for a tooth" strategy by vetoing EU initiatives, building a coalition seeking to fire von der Leyen and dismiss her whole College, as well as take legal action against Brussels to get the recovery fund money»^[26].

The same problem of conditionality for the use of European funds arose for Hungary, against which the Commission intentionally refrained from acting until the close of the parliamentary elections in that country, which returned Orbán to the head of government with an overwhelming majority. But

immediately after the elections, at the beginning of April 2022, the European Commission informed both Hungary and the European Parliament that the procedure would be opened, which indeed was done three weeks later with the sending of formal notice. It should be pointed out that, for Hungary, in addition to the problems concerning respect for the rule of law, there is a copious dossier concerning possible irregularities in the use of European funds, including related allegations of fraud and corruption.

3. The economy

As is well known, one of the highly innovative elements (of the EU's own constituent features) of Next-Generation is borrowing on the financial markets by the European Commission. Well: the interest of investors in subscribing to the market financing bonds offered by the European Commission under the Next-Generation scheme has been extremely high: in 2021, demand was 7 to 14 times higher than supply. This is particularly important for future prospects because it shows a high level of market confidence in EU debt securities, something which needs to be carefully monitored and assessed. But in addition to collecting resources on the market, what is crucial, of course, is the implementation of action programmes to revive the economy.

From this point of view, the case of Italy remains very important in the European context, indeed it can be said to occupy a central place having regard to the volume of resources allocated to that country. Let us recall the figures in order to understand the phenomenon: the Recovery Fund^[27] is worth a total of €723.8 billion (€386 billion in subsidised loans and €338 billion in non-repayable grants). Italy is the recipient of 26% of the total (a huge amount), that is, €191.5 billion (€122.6 in loans and €68.9 in grants), representing 10.7% of Italian GDP: these figures show the enormity of the intervention in favour of Italy. Clearly, a transfer of this magnitude requires a high guarantee of success for the European partners. Politically, a broad coalition government headed by a personality such as Draghi turned out to be the best solution in the Italian circumstances: yet a year after the launch of the initiative in Italy, the first difficulties in implementation were recorded. A first instalment of EUR 24.9 billion had been disbursed in August 2021 as pre-financing on the basis of the approval of the

Italian NRRP, while a first instalment properly so-called of EUR 21 billion (net of the partial recovery of the pre-financing) was paid following the achievement of the targets as at 31 December 2021. The instalment for the first half of 2022 (€20 billion, net of the partial recovery of pre-financing) was conditional on the achievement of the targets agreed on 30 June 2022: shortly before the deadline, however, there were internal arguments and difficulties, with Prime Minister Draghi constantly pressing the political parties and Parliament to accelerate the implementation of the NRRP, but also ministers for the aspects falling within their spheres of responsibility for their part. The government was intent on respecting the agreements and the plan, not least because (as explicitly stated) it was (and is) a great opportunity for Italy, not only to guarantee economic growth, which had been much impaired, but also to proceed with the structural reforms necessary for the country^[28].

This is about important reforms and interventions, of both major and medium impact. Just to mention a few key reforms to be carried out under the NRRP in order to get an idea of the what is involved, it is worth mentioning the reform of the competition regime, the tax reform and the reform of the public procurement code^[29]: as far as tax is concerned, in May 2022 the European Commission pointed out in its report on Italy that it was necessary to reduce the complexity of the tax code and specifically to rationalise tax concessions, eliminate environmentally harmful subsidies, adapt cadastral values to market values and more; as regards public procurement, on the other hand, it was necessary to reduce the number of contracting stations, reduce the duration of the award phase and carry out the digitalisation of procedures^[30]. As far as infrastructure interventions are concerned, let us recall the major investments in broadband, overcoming fossil energy dependence and investments in hydrogen, but also other interventions such as the first territorial health care, the valorisation of parks and gardens, the rules on university researchers, etc. On 30 June 2022, the government nevertheless requested the payment of the second instalment, claiming that it had reached the targets set for that date^[31]. However, proving that the difficulties just mentioned were not secondary, it happened that Prime Minister Draghi was forced to tender his resignation owing to the lack of a vote of confidence by three majority parties: the reaction of the European partners was not long in coming, the need to ensure the success of the Next-

Generation operations being absolutely primordial for the entire continent. The third phase, expiring on 31 December 2022, was indeed crucial both for the achievement of important new reform goals^[32] and for the implementation of those achieved so far. The 55 targets to be met by the end of 2022 in order to obtain a further instalment of €19 billion has been a focus of the concerns about the effects of the government crisis, particularly for the future of the major reforms: but this is another chapter to be written only after the Italian elections (25 September 2022) and the formation of the new government, while the Draghi government, although operating in a caretaker role handling on-going business, has continued (with the support of the President of the Republic) to do everything possible to make progress with the attainment of the NRRP.

Now, into this picture comes the growing and rather serious concern that Italy is the country with the highest debt in the whole of the EU^[33]: despite the suspension of the Stability Pact also for 2023, Italy is under “code red” observation, because the need to reduce its debt is a matter of absolute urgency owing to its negative potential for the entire European economic system. The Stability Pact was suspended in 2020 due to the Covid emergency with the intention of re-discussing it when the suspension expired, but the war in Ukraine has led to a postponement and the old rules are not expected to come back into force even in 2023 (as was planned). While waiting to see what the consequences of the sanctions on Russia and other measures are, apart from the damage caused by the war, no excessive deficit procedure will be opened in 2022 and the 2023 budgets will not be subject to the 20 per cent debt reduction rule. However, the debate on a possible reform of the Stability Pact has begun and the discussion ranges over many aspects:

- whether to adapt the criteria to individual States or simply raise the ceiling (e.g., to 100% of the debt, as proposed by some);
- whether investments for the environment and the digital transition should be taken into account when calculating the debt;
- whether the rules need to be simplified;
- how to make the enforcement of the corrective measures imposed by the Union more effective, so as to avoid sanctions;
- lastly, there remains the problem of how to make the change, if amending the Treaties is ruled out a priori.

In the meantime, however, the world's public debt has risen dramatically: in 2021 the capitalisation of global bonds reached 70 trillion dollars, i.e., 75% of the world's GDP^[54], while inflation has resumed running from the United States to Europe and elsewhere as it has not for more than thirty years. The European Central Bank has failed (because of serious uncertainties, according to critics) to govern the very sharp rise in inflation, which began before the war in Ukraine and then further escalated because of it, while it has begun to close all facilities with a subsidised interest rate for Member States^[55]. There are those who argue that the ECB moved too late: it was not until June 2022 that it announced a stop to national bond purchases together with the (deferred) increase in rates from the following July: it had previously bet on inflation being temporary. The reasons for inflation include not only first the pandemic and then the war, but also the massive increase in money supply by the FED, the ECB and the other central banks: which would suggest that there is a structural feature. At the end of July 2022, eleven years after the previous last time, the ECB raised its three key interest rates, by more than was planned (by 50 basis points), and at the same time announced that the next interest rate changes will be made on a meeting-by-meeting approach, that is say, without frontloading. In parallel with the raising of rates, the ECB adopted an instrument called the "Transmission Protection Instrument" (TPI), which will allow it to intervene "unrestrictedly" in favour of countries coming under unwarranted, disorderly pressure from the financial markets. However, the activation of the instrument is subject to certain conditions which respond to the principle of the coexistence of (European) solidarity with (State) responsibility: respect for the Community budgetary framework, absence of serious macroeconomic imbalances, programme of public expenditure restraint, respect for the commitments entered into with the Recovery Plan. I would be surprised if the situation of Italy did not spring to (anyone's) mind: in fact, as I have already said, it is the biggest concern. But there are those who defend the wait-and-see attitude by ECB on account of the risks to European economic growth, which should not be blocked. It must be clear that the "fear" of blocking the economic recovery after the pandemic times problems has good economic theoretical foundations, at the same time the "fear" (above all by Germany, but not only) of an uncontrolled inflation is very strong: the balance is not simple to be found. The war in Ukraine added to inflation: by

mid-2022, there were those who were beginning to speak of a “war economy” and the need to adapt economic policies to the new situation before the positive trend reversed.

In fact, the first positive effects of Next-Generation could already be seen on the labour market^[36]: in Europe, the rate of unemployment in the eurozone in December 2021 had reached its lowest level in 24 years, at 7% of the active population: between December 2020 and December 2021, unemployment fell by 1.83 million, and at the same time a shortage of labour in certain trades has become a serious problem^[37]. Also in Italy^[38], ISTAT had detected a sort of economic boom in June 2021 compared with June 2020, with 28.4% growth in manufacturing turnover and a net increase (hirings-disposals) of more than 600,000 more jobs, which rose further between January 2021 and January 2022 to 729,000 more jobs while unemployment fell to 8.8%, a good result for Italy, albeit with large differences between the North and the South of the country. However, in Italy, three quarters of the newly employed have a fixed-term contract and the problem of the working poor remains a large one on account of both low wages^[39] and insufficient working hours (hours and weeks of paid work^[40]): in Italy the percentage is 11.8%^[41] while in Europe as a whole the average is 9.2%. According to ISTAT, in Italy, one in three workers has a gross annual wage of less than EUR 12,000 and almost 10% of workers have an hourly wage of less than EUR 8.41. As we know, an agreement was reached in the EU in July 2022 on the need for a minimum wage in individual Member States which would guarantee dignity and sufficient wages for workers: it should be made clear that the objective is the adoption of a directive (not a regulation) and that this approach applies to countries that do not have at least 80 per cent of workers covered by collective bargaining. Germany immediately made a qualitative leap and adopted by law a minimum wage of EUR 12 per hour, starting in October 2022.

4. Digitalisation

The process of digitalisation of the economy and society has continued its course and there are numerous topics related to it. However, in the context of our survey of the great challenges in Europe, the digital market and digital services,

cybersecurity and smart working (or teleworking) have certainly come to the fore in the period under review.

As will be recalled, both the Digital Market Act (DMA) and the Digital Service Act (DSA) were proposed by the European Commission in mid-December 2020^[42], with political agreement being reached between the Council of the EU and the European Parliament in May and April 2022 respectively: this agreement is to be followed by the conclusion of the legislative procedure in a few months. The DMA aims to impose an obligation on the digital giants to interact with smaller operators, the blocking of anti-competitive practices, and the possibility of multi-million-euro fines for non-compliance with the rules. The DSA enables more responsibility to be imposed on the BigTechs for the content they publish, while requiring products sold there to be traceable, disinformation to be controlled and harmful (even if not illegal) content combated, and targeting practices regulated^[43]: again, the fines envisaged are large. The legislation was proposed after the possibility of self-regulation by large companies had been found to be a failure.^[44] The DSA and the DMA significantly reinforce the global regulatory role of the EU and its emergence as a global player in this area.

As far as cybersecurity is concerned, in his opening report for CyberTechEurope 2022, Alessandro Profumo, CEO of Leonardo, stated that *«in 2021 the global cost of cybercrime exceeded USD 6 trillion. One fifth of the attacks were directed at Europe»*^[45], while on the Italian side, Adolfo Urso, President of Copasir, said that *«a large-scale hacker attack must be viewed as a terrorist act»*^[46] and therefore the necessary measures must be taken^[47]. He also stated that hackers and the disinformation machine are aspects of a hybrid war which authoritarian regimes such as Russia and China use to penetrate Western democracies. If one then considers the information provided by Microsoft on the war in Ukraine, that is to say that several hacker groups of Russian origin had already carried out cyber-attacks against Ukrainian targets a year before the military invasion and that 37 destructive attacks were observed in the first two months of the war, often linked to operations on the ground, it can be understood why cybersecurity is now an essential strategic factor for States and international organisations, as well as for companies. However, at EU level, a real common strategy has yet to take off, although there is no lack of collaborative initiatives.

Lastly, we turn to smart working (or teleworking). According to a European

study^[48], hybrid working will affect 80 per cent of workers in the near future: however, there is concern about the ability of management to manage remote staff well. According to the study, the skills that should be developed are the ability to create team spirit, to strengthen communication, to be a good listener, even remotely, and to develop empathy, and lastly to keep the organisation on a sound footing. It may sound strange (not to me, however) but the pandemic has imposed a greater focus than in the past on how to ensure or achieve well-being in the workplace: it is a goal that is much more important for managers today than in the past, a priority with major consequences. According to some observers, the smart-working creates a reduction of the team spirit and in the long term could install in the worker a sort of “addiction” impacting the quality of the performance. Indeed, a company or an organisation evolves if each of its employees evolves, and, for this to be possible, it is necessary to create the necessary conditions.

Hybrid work has many advantages: it develops the worker’s sense of autonomy and affords the possibility of organising one’s working time; it allows much more concentration, because the distractions of the shared workplace are eliminated (it has been shown that, if distracted, it takes twenty-three minutes to recover one’s concentration fully); not to mention the gain in time due to the elimination of the home/work round trip. But, of course, it brings disadvantages that could be described as equal and opposite to the advantages, as for example on the subject of concentration: in fact, staying at home for some can mean excessive distraction if you do not know how to control your attention. To this must be added the problem of isolation and the risk, real or imagined, of not being able to communicate progress in one’s work well. Then there is the serious problem of health, because home workers are unlikely to be able to establish the right level of ergonomics in their equipment: in some countries a telework allowance has been introduced which in some cases is very significant^[49]. Finally, it has also been found that in many cases there is a risk of permanent work, that is to say, work that is not organised in well-distributed time slots. In short, it is now well understood that hybrid work cannot be left to individual initiative but must be the subject of in-depth team reflection, not only to analyse point by point the advantages and disadvantages enumerated above, but also to ensure that inequalities do not exist and that individual difficulties are eliminated.

In Italy in early December 2021, an agreement was reached between the government and social partners on so-called “agile work”^[50]. This agreement is the result of long-term discussion and consultation. In a nutshell, joining the agile work scheme is voluntary, subject to an individual agreement with a right of withdrawal. People are completely free not to join in. Working hours cannot be established, but there are time slots that must be identified, also with reference to disconnection times. Leave, overtime, holidays, and sickness are also taken into account in the agreement. In the months preceding the agreement, the Minister for Public Administration, R. Brunetta, had conducted a very substantial campaign on the need for civil servants to return to work at their pre-established workplaces: in the end, a 15% quota for possible hybrid (or agile) work was provided for the Italian public administration and the new provisions started to be applied as early as October 2021. In Italy, as from 1st September 2022 the use of the smart working is submitted to individual agreements, given that all special regulations lapsed.

5. Some reflections

Many reflections can be put forward in the light of this monitoring of events in 2021-22 from the perspective of a European Union which is facing great challenges and taking up the ensuing opportunities. From this point of view, the first reflection in order of importance that can be put forward is to ask whether the EU is emerging as a political actor. It seems to me that, despite the difficulties and contradictions, the EU has proved to be assertive, characterised by solidarity, and ambitious^[51], as it has shown with Covid and Climate, but also compact, responsive, and decisive, as it has shown with the war in Ukraine. Indeed, you can wonder if the exceptional external circumstances are determining this assertive EU attitude, rather than the real willingness of members to go in this direction: nevertheless, you can say that the present exceptional situation shows at least that it is possible and useful for all.

Of course, there is no shortage of problems: there have been and always will be differing points of view and problems in assessing the vital interests of the (numerous) individual Member States, which creates enormous difficulties for decision-making. We need very much to stress that the contradictions and the

difficulties are not few, the willingness to reach agreements for the common shared interests does not prevent Member States from adopting unilateral actions in conflict with the search of agreements: in this direction, the event (still in progress) concerning the price cap in the energy sector is the most paradigmatic, as well as the one abovementioned concerning the reform of the Stability Pact (still under discussion). It even goes as far as the extreme confrontational attitude of Hungary, which has used its veto on several occasions, resulting in essential changes in the EU's plans. For example, when I read newspaper headlines such as "EU already quarrelling over consumption cuts. European governments divided over plan to save 12 billion cubic metres" of gas, I immediately wonder what was driving the author of such a headline. We are talking about huge strategic issues, with 27 different countries discussing them: what do you expect? That they all agree in five minutes? It is truly astonishing and disheartening! It is as if we were talking about sharing a packet of peanuts among friends at the cinema. Instead, these are decisions of great emergency ("war economy" decisions, according to some observers) on account of Europe's dependence on Russian gas. The fact that there are (have been) even major differences between the Member States is true and – I repeat – normal, just as it is normal that discussions are held to find a common solution, on the basis of a Commission proposal: the EU Member States discuss, face up to each other, and jointly seek a solution: this is the right message, this is precisely what Europe is for. And in fact, agreement was subsequently reached in the shape of a differentiation of objectives, except in the event of a state of alert decreed by the EU Council by qualified majority, when the reduction of gas consumption would be mandatory for all (this was another file which Orbán's Hungary declared itself to be against).

But overall, there is no lack of unity: as witness, in my opinion, the fact that there is increasing discussion about the need to abandon unanimity voting, but also the widespread conviction that without a new method of decision-making, enlargements cannot take place, however much the EU is increasingly a pole of attraction (indeed, precisely because of this). New hypotheses are also being put forward based on the old idea of concentric circles, but little or nothing on the use of the enhanced cooperation provided for in the Treaties, while the need for a common defence is being seriously discussed for the first time for decades. The war in Ukraine shows, on the one hand, that it was reasonable to open the

Union's doors to the eastern countries that had thrown off the Russian yoke, whilst Hungarian obstructionism (with other serious conflicts in other countries) shows, on the other hand, that that opening was premature for those countries which were not in favour of a united Europe and which lacked a culture of rights: a great contradiction that justifies a return to the idea of a Europe of two concentric circles (with Macron's European Political Community, for example) and pushes towards more advanced solutions for the Union (abolition of unanimous voting in particular) even at the cost of losing pieces. Or, in my opinion, making a step forward by the countries that are willing to take it, whether through enhanced cooperation or other solutions. In short, the impetus for major changes is here and it would be a grave mistake to let it die.

On the contrary, it seems to me that the changes that are being discussed (this is the second reflection) are, paradoxically, much more advanced and ambitious than the results of the CoFE, pace all those critics who claim that the CoFE went beyond its terms of reference: it is a criticism which, in my opinion, is no longer relevant in these circumstances of change and great expectations for the future. In any event, leaving aside the content of the proposals (this is not the place to discuss them), it can be asked whether the CoFE was a success from a methodological point of view: and here my judgement is more tempered. The primary and experimental objective of the CoFE was to create an opportunity for citizens to express concerns and ambitions, to work together with representatives of the European institutions and national parliaments, to ensure that the reflection exercise was bottom-up. There is no doubt that the effort made to this end was great and the mobilisation significant; those who deny this are in bad faith: between participation on the online platform, European panels, national events, events organised by European bodies or institutions and so on, the mobilisation seen in itself is considerable^[52]. Moreover, what is equally considerable is the synthesis that has been achieved with the proposals put forward by the Conference Plenary. Why do I say that, nevertheless, my judgement is tempered? It is because, on the one hand, this great mobilisation has not left its mark on society, it has not created a widespread feeling that we are all dealing with Europe together, it has not convinced the media to support the discussion. On the other hand, with regard to the proposals (again: not discussed here) the reception has not created great enthusiasm, but rather questions such as

“Will they yield concrete results? Do they lead somewhere?” For the time being, negative criticism or, at best, silence, disregard prevails: although I can understand the fear of those who say that these proposals will create confusion, I personally believe that it would be good to give them a chance and do everything possible to have them taken into consideration.

My third reflection concerns the process of digitalisation, of which we have mentioned the measures with regard to the digital market and digital services, the problems of cybersecurity and the prospects of smart working: in fact, the advance of information technology is, according to recent analyses, profoundly shaping the character of our society. Ours is now defined as the era of the individual, succeeding the era of individualism: a large number of people no longer expect what is general but always something special, dedicated to them individually, such as in education, healthcare, products, events and other personal services^[53], it is an era which focuses on the individual and his or her personal, unique, individual needs. Digitalisation is said to have strongly favoured this process of “singularisation”: online experiences reflect and amplify a singularist stance with the spread of apps that provide personalised services such as diets, car routing, soul mates, or even choices based on previous ones, and so on^[54]. This must be added to the fundamental phenomenon of “disintermediation” (which strengthens the “singular” approach, encourages an auto-referential attitude, if not of auto-segregation, while in politics it supports the so-called knowledge short cut (and populism as consequence)^[55]). And there are those who go even further and argue that digitalisation has an important role to play in fostering the slide of the “multitudes” into an isolation that no longer includes respect for others but adopts a violent and intolerant attitude where “others” are not to be trusted, they are the enemy to be distrusted and fought^[56]: it is digitalisation that has fragmented human relationships, isolated people, made them angry and thus fostered a sense of omnipotence and of self-sufficiency in dealing with problems. This attitude is fuelled by unlimited access to information, often rambling and unreliable, which feeds conspiracy theories, revisionism, and denialism^[57].

These suggestions are certainly relevant in the sense that they denounce and systematise phenomena that are clearly visible in the behaviours of our societies. Perhaps they need to be counterbalanced by highlighting the opposite

phenomena favoured by digitalisation, such as participation, a new way of socialising, creativity, and so on. However, it is true, as has been authoritatively shown recently ^[58], that our age lacks a philosophical overarching vision of what is happening: the central point of all the reflections that have determined the history of mankind is precisely the relationship with “the other”, living in society with other human beings: it is the heart of the humanities, but it is precisely the concept of society (which is also recent) which most needs defining ^[59]. In his masterly work, Meyer shows us the way of reflection: there is how social life is perceived by individuals, based on culture, cohesion and coherence; then there are the venues of social life (village, city, State) and the units of social life (family, tribe, nation, people). But the real pillars of the concept of society, according to Meyer, are probably distance and belonging: religion and identity show themselves to be the foundations of belonging, while the economy reveals itself as the factor that determines distance. Belonging and distance are thus the crux of the problem, and this is where politics intervenes as the mediation of both, with the State as the organiser. The power of politics is nourished by negotiation, authority and force, which are related to (or in conflict with) consensus, that means democracy.

And so we come to my last reflection, which is indeed about democracy. Freedom House says that democracy is under siege, having been in decline for 15 years: from 2018 to date, the percentage of the world population which is considered to live in a democratic system has fallen from 50.2% to 32.2%, a significant and worrying decline. As I have already extensively shown elsewhere ^[60], analyses tending to show the difficulties of democracies have multiplied in recent years, an indication of widespread concern, but these are flanked by numerous interventions in the Western world which repudiate its own model and consider it an evil ^[61] together with the “flood” of the cancel culture that should be blocked, of course not for preventing the critics (which is a value) rather for making the most of the positive elements determining the role of the West in humanity development ^[62]: it is on these lines of radical criticism of the Western model of democracy and values that the exponents of authoritarian and dictatorial countries express themselves, adopting a widespread propaganda method in our media, without of course there being reciprocity in theirs, where there is only repression. Let me give a very concrete example: I found myself with an issue of

La Lettura (10 October 2021) which I had put aside to read, but then forgotten. I opened it and there was a long reportage on the European Strega Prize with the finalists presented at the Turin Book Fair. Here is the title: «*Lack of leadership, an uncertain present, difficulty in imagining the future, an uneven past: the authors of the European Strega Prize reflect on the continent and its prospects*»^[63]. Rather shocking, if not ridiculous. But does reflection about our continent really deserve these themes and only these themes being enlarged upon? Are the authors selected really only those who see everything as negative and catastrophic? It is a culturally destructive folly, which contributes nothing (perhaps apart from some people's personal gain) and makes our civilisation weak vis-à-vis the external actors who have declared a strategic war against it, the same external actors who grasp the arguments of our internal critics with both hands, often word for word. Sometimes it is surprising to see how the reasoning and language of the attacks by authoritarian countries coincide with those of our domestic critics. Now, if a close look is taken at the statements accompanying the Russian invasion of Ukraine, it is immediately noticeable that a permanent attack is being directed against the Western democracies: this actually suggests that beyond the geopolitical objectives in Ukraine, the war is a tool that seeks to undermine the resilience of democratic regimes^[64], with visible results. According to Maria Zakharova, Sergei Lavrov's spokeswoman, «*It is obvious to everyone that liberal regimes are in the deepest political, ideological and economic crisis, there is chaos, loss of control, it is free fall*»^[65]: a statement made following B. Johnson's resignation and reiterated by Medvedev after Draghi's resignation. The impression that is sought to be given is that Western leaders are "fragile", with Johnson being ousted, Macron losing his parliamentary majority, Scholz and Biden facing internal difficulties and Draghi forced to resign, but what is forgotten is that this is due to democracy, which allows confrontation, dialectics, and conflict and does not solve problems by resorting to individual or mass arrests, unexplained deaths, closure of the media, and liquidation of opponents even when they belong to the same political party. D. Quirico is right, solid democracies are not afraid of political crises, even if there is war, they question themselves, «*It is tyrannies, if anything, that invoke unanimity*»^[66]. It is mind-boggling, truly astounding to see the question being asked, even indirectly or in good faith, whether authoritarian and dictatorial regimes are more stable than

democracies: it is an absurd comparison, they are two opposing worlds in the concept and practice of freedom, even if it is true, however, that an intrinsic weakness of the Western democracies in the face of political aggression from countries like Russia, China, Iran and, in a different way, Turkey seems to be confirmed, also because the Western democracies leave room internally for even radical critics and, in the political arena, also for parties who oppose the system. And it is also true that even today it is the Western model that appears “weird”^[67] compared with a large part of the world: the substantial difference lies in the fact that in the West we reason more analytically, we believe in individual responsibility and freedom of will, we are individualists and universalists, while in large parts of the world the ties to the clan and the family remain strong, they think holistically and they have a communitarian feeling^[68]: this calls for serious reflection.

All this means that the debate on democracy and liberal values should now take on a general dimension^[69], with contributions which transcend academia and look to the future of our societies.

1. The article, entitled G. Vilella, *Second half of ninth legislature: challenges and potential opportunities for the European Union* was later published in CERIDAP, 2021, 3, pp. 113 ss. Once again I wish to thank my colleague and friend Robert Bray, who has been instrumental in helping me to make my English worthy of its subject-matter: the responsibility for the remaining errors and infelicities is mine and mine alone.
2. The article in question lacked a paragraph dedicated to the great challenge of Climate Change, an omission which will be repeated in this contribution: this challenge is a major priority, but I have neither the skills nor the knowledge to deal with it adequately. As a great teacher of mine used to say: «*I am not prepared enough to be brief*». I can only remind you of what is known to all, namely the adoption in 2021 of the *Green Pact for Europe*, which paved the way for numerous initiatives, including the goal of reducing greenhouse gas emissions by at least 50 per cent by 2030 and reaching carbon neutrality in 2050, as well as the decision not to build any more fossil-fuel cars from 2035. Furthermore, a Social Climate Fund is expected to come to life soon, to mitigate the impact of these decisions on certain sectors of the population.
3. Conference on the Future of Europe, *Report on the Final Outcome*, Strasbourg, May 2022 (<https://www.europarl.europa.eu/resources/library/media/20220509RES29121/20220509RES29121.pdf>). The Conference was officially opened in Strasbourg on 9 May 2021, exactly one year before.
4. Conference on the Future of Europe, *Report on the Final Outcome*, op. cit., p. 93.

5. Apart from the other candidates, It is true, in fact, that Ukraine is a “democracy in transition” with many problems to be resolved: possibly the present situation could (and maybe does) contribute to accelerate the process.
6. Already in his opening speech at the Conference, a year earlier, Macron had spoken of the need for the EU to decide rapidly and decisively.
7. And indeed, in the general election the following month Macron lost his absolute majority in the National Assembly. For a wide-ranging, in-depth and very acute analysis of these French elections and their significance not only for the electoral system but for the entire French political system, see the two articles by J. Ziller, *Dopo l'elezione del 24 aprile: il presidenzialismo francese in bilico tra governabilità e rappresentatività*, in *Federalismi.it*, 13, 2022, and subsequently *Dopo le elezioni legislative di giugno 2022: il parlamentarismo francese in bilico tra rappresentatività e governabilità*, in *Federalismi.it*, 18, 2022.
8. Interview with *Corriere della Sera*, 22 March 2022.
9. The author explores and expands on this subject in his recent book F. Fukuyama, *Liberalism and its Discontents*, Macmillan, London, 2022: according to him, liberal democracies today are under external pressure from an increasing number of countries which are illiberal democracies (India, Hungary) or non-democratic liberalisms (Hong Kong, Singapore), not counting of course authoritarian or dictatorial States. But even within our democracies there is pressure from right-wing and left-wing populisms that undermine justice and the rule of law. A great responsibility lies, according to the author, with the so-called “neo-liberalism” of recent years which has distorted classical liberalism. The union or the fusion of (classical) liberalism and democracy remains the best system for solving national and international problems and conflicts.
10. The phenomenon has been well known ever since the precise analysis of K. Greenhill, *Weapons of Mass Migration: Forced Displacement, Coercion, and Foreign Policy*, Cornell University Press, Ithaca, New York, 2010.
11. But it is not the only anti-immigrant fence to have been built in Europe: such fences exist in the Baltic countries, in Austria, Hungary and Slovenia and also in Greece, but we must not forget Ceuta, Melilla and Calais. To all this must be added the sea blockade system, a sort of maritime wall created by the sea operations of warships equipped for this purpose.
12. Allow me to refer to G. Vilella, *E-Democracy. Dove ci porta la democrazia digitale*, Pendragon, Bologna, 2020, where at pp. 34-35 I pointed out (recalling an interview of Putin with the Financial Times of 28 June 2019) that for Putin the liberal values of the West are obsolete and at odds with the interests of the vast majority of the population, that there is resentment towards these values, and in essence (I said) Putin is advocating to the world the illiberal authoritarian model as the model of the future: at the time it was not very fashionable to say this sort of thing about Putin, but today we have finally (re)discovered the problem.
13. *La Stampa*, 1 April 2022.
14. In reality, according the in-depth analysis contained in Memorial Italia, *Russia. Anatomia di un regime* (coordinamento di M. Flores), Milano, 2022, more than an authoritarian

- country Russia should today be compared to the Fascist regime.
15. For a well-rounded analysis of the Russian context in which the attack on Ukraine arose, see O. Moscatelli, *Putin e il putinismo in guerra*, Salerno Editrice, Rome, 2022: the analysis is that of a specialist who has been closely following the Kremlin's political and ideological evolution for years and has lived and worked in Moscow.
 16. In fact, according to some observers, there would seem to be (I use the conditional tense advisedly) a specific factor of concern, namely that sanctions are being circumvented using the "triangulation" method: more precisely, there would seem to be at least twenty countries in the world which enable companies wishing to export to Russia to do so by allowing the exports to go through them. It appears that this can be seen from a huge increase in those countries' exports to Russia which cannot be justified on the basis of their production. We will be seen whether this hypothesis is true and what the consequences will be.
 17. *La Stampa*, 12 April 2022.
 18. According to some analysts, it was precisely Russia's inherent weakness in the globalised world that prompted Moscow to return to military confrontation. This will in any case have an impact on the globalised approach to the world economy and will bring about new contexts and probably new alliances: whether this will take place predominantly on the basis of economic interests or also on ideological grounds (opposing autarchies against democracies) remains to be seen.
 19. *Le Soir*, 8 March 2022.
 20. The author expands and deepens the theme in his latest book, E. Morin, *Réveillons-nous!*, Édition Denoël, Paris, 2022: the title is very significant. Although the focus is largely on France, in fact the book's analysis is universal and leads us along the paths of «*a new anthropological era*» and the intrinsic link between «*crisis thinking and crisis of thought*».
 21. In this context (and this is the only reference I will make to the subject) the post-Brexit period is ever more conflicted if the news circulating unofficially (but without official proposals) about a British plan to create a new system of agreements between countries distrustful of the EU and intransigent towards Russia is true: these would be political, economic and military agreements, alternative to the EU, thanks to which the United Kingdom would regain a visible role in Europe, from where it had essentially disappeared after Brexit. The war in Ukraine created this opportunity, it seems: it has not been discussed since Boris Johnson's resignation.
 22. On the same wavelength, S. Romano, *La scommessa di Putin*, Longanesi, Milan, 2022, examines the necessary prospect of a united EU as an effective political subject, prior to further enlargements, as well as an EU autonomous from other powers, including the US and NATO, while the war in Ukraine has brought the US and NATO imperiously back into Europe.
 23. *Tuttolibri*, 9 October 2021.
 24. The debate is also fuelled by other hypotheses, such as that of A. Battaglia, S. Silvestri, *Guerra in Europa*, Castelvechi, Rome, 2022, who suggest the creation of a European

- Security and Defence Council, closely linked to NATO and the EU but external to and independent of both.
25. On the subject of the primacy of European law, see recently the excellent text by J. Ziller, *La primauté du droit de l'Union européenne*, Brussels, PE 732.474, May 2022 (responsible administrator Giorgio Mussa): the author wonders in closing whether we should not now move on to introduce this principle explicitly in the Treaties.
 26. As reported, word by word, in POLITICO Brussels Playbook, 9 August 2022 (<https://www.politico.eu/newsletter/brussels-playbook/mitsotakis-under-pressure-poland-threatens-vdl-dont-forget-belarus/>).
 27. For a precise, detailed recent analysis of this instrument see F. Fabbrini, *Next Generation EU*, il Mulino, Bologna, 2022: the author considers NGEU to be a watershed that introduces for the first-time elements of common economic policy alongside the single currency.
 28. For Italy's structural weakness in implementing plans and programmes, see recently A. Saravalle, C. Stagnaro, *Molte riforme per nulla. Una contro storia economica della Seconda Repubblica*, Marsilio, Venice, 2022.
 29. As will be recalled, the competition law was blocked for a long time because of the tendering for beach concessions and the regulation of taxis (later effectively scrapped), while the tax reform was blocked by the problem of updating the land register.
 30. As for public procurement, I would like to mention the excellent book by S. D'ancona, *Contributo allo studio della progettazione in materia di appalti e concessioni. Una prospettiva dalle scienze comportamentali e cognitive*, Giappichelli, Turin, 2022. The author turns his attention to the design of public contracts along two lines: the legal-administrative reference framework and the behavioural and cognitive sciences, in order to investigate and verify the existence of a relationship between design errors and inadequacies and rationality constrained by administrative behaviour.
 31. In fact, with the conversion into law of the d.l. n. 79/2022 (Decree NRRP 2), with many amendments by Parliament, the objectives were formally achieved on the last day: the final text was published in Gazzetta Ufficiale n. 150 of 29 June 2022 as l. n. 79/2022, converting d.l. n. 36/2022.
 32. At the time of the crisis, competition law, civil and criminal justice, tax justice, and some aspects of schools and universities, not to mention the implementation of the initiatives launched for digital Italy and the ecological transition, still had to be finalised.
 33. In August 2022 the Bank of Italy informed that the debt reached the highest level of ever with 2766 billion euros. In addition, The ECB helped once again Italy in July 2022 by buying 9.8 billion of national bonds and stopped the spread: at the same time purchase of German bond were reduced of 14.3 billion.
 34. In Summer 2022 there were at least 20 poor countries in the World that had a concrete risk of default, it means the double than the previous year.
 35. In 2021, the ECB recorded a "monstrous" increase in its balance sheet to €8,566 billion, but also an equally "monstrous" reduction in profits from €1.6 billion to €192 million

CERIDAP

- (!): a serious anomaly.
36. In truth, the EU has prepared and implemented a wide-ranging intervention plan on the labour market, broader than NextGen: I analysed this in detail in G. Vilella, *Lavoro e tecnologie informatiche. Note a margine della fiducia al governo Draghi*, in CERIDAP, 2, 2021, pp. 168 ss.
 37. One example, in Brussels in the first months of 2022, a survey found 113 trades lacked sufficient labour(!).
 38. In Italy, €4.9 billion in EU resources (€4.4 from the NRRP and €0.5 from React-EU) have been earmarked for a programme (GOL) aimed at helping at least 3 million people (unemployed persons, people in receipt of money from the Cassa Integrazione redundancy fund, young Neets – Not in Employment, Education or Training) in their search for employment: the initiative was launched in September 2021.
 39. As we know, an agreement was reached in the EU in July 2022 on the need for a minimum wage in individual Member States which would guarantee dignity and sufficient wages for workers: it should be made clear that the objective is the adoption of a directive (not a regulation) and that this approach applies to countries that do not have at least 80 per cent of workers covered by collective bargaining. Germany immediately made a qualitative leap and adopted by law a minimum wage of EUR 12 per hour, starting in October 2022.
 40. In some sectors, such as tourism and catering, only one contract in a hundred lasts more than 12 months, which fuels precariousness.
 41. To this we must add that at the end of 2020 there were 3 million Neets (15-34 age group) in Italy (of which 1.7 were women), which is a worrying figure because it is full of negative potential (in 2021 there were 23% of Neets in Italy).
 42. Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act), Brussels, 15.12.2020, COM(2020) 842 final, 2020/0374(COD) and Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Single Market for Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC, Brussels, 15.12.2020, COM(2020) 825 final, 2020/0361(COD).
 43. For the risks of citizens exposed to the power of platforms in the various activities of mediation between producers and customers, or service providers, or even social network managers, see recently P. Stanzone (edited by), *I “poteri privati” delle piattaforme e le nuove frontiere della privacy*, Giappichelli, Turin, 2022. The essays in this book analyse the collection and use of personal data, user profiling, the circulation of fake news and more.
 44. To complete the information, it is important to mention that in October 2021 at OECD level 136 countries reached an agreement setting a minimum tax rate of 15% for multinationals in order to limit tax competition: Big Tech is included in this package, which is strongly supported and encouraged by the European Commission. To get an idea of what “Big” means, suffice it to say that in early January 2022 Apple reached an all-time high of a USD3 trillion capitalisation on Wall Street.
 45. *Relazione di apertura del CyberTechEurope 2022*, Rome, 10-11 May 2022.

46. Interview with *Corriere della Sera*, 13 May 2022.
47. Italy is particularly sensitive: 90 per cent of Italian public administration servers are considered vulnerable to hacker attacks and Italy is the second most affected country in Europe after Spain.
48. GOODHABITZ, *Rapport d'étude: L'état des lieux du talent management*, February 2022 (<https://www.goodhabitiz.com/fr-be/ressources/publications/rapport-d-etude-l-etat-des-lieux-du-talent-management/>).
49. For example, particularly in Belgium.
50. PROTOCOLLO-NAZIONALE-LAVORO-AGILE-07122021-RV.pdf
51. Already in the February 2022 Eurobarometer, those in favour of European integration reached 75%, compared with 21% of critics but not opponents, and 4% of anti-Europeans. The most interesting piece of information among many in the Eurobarometer survey is that European citizens consider that the Union guarantees stability and democracy in an increasingly turbulent world and opens up prospects for young people.
52. See Conference on the Future of Europe, *Report on the Final Outcome*, op. cit., which gives the details: for example for online participation “By 20 April 2022 close to 5 million unique visitors had visited the Multilingual Digital Platform and there were over 50,000 active participants, 17,000 ideas debated, and over 6,000 events registered on the platform”, for the European Panels, 800 citizens were directly involved, for EYE 10,000 young people, and several tens of thousands of participants in various events.
53. F. Rigotti, *L'era del singolo*, Einaudi, Turin, 2021.
54. *Ibid.*
55. I have widely analysed the aspect of the “disintermediation” in my *E-Democracy etc. cit.*, especially pag. 153 et seq. and 263 et seq., so that here I just mentioned it.
56. É. Sadin, *Io tiranno. La società digitale e la fine del mondo comune*, Luiss University Press, Rome, 2022.
57. *Ibid.*
58. I refer to M. Meyer, *Principia Politica*, Vrin, Paris, 2022.
59. *Ibid.*
60. In particular (but not only) in G. Vilella, *E-Democracy. Dove ci porta la democrazia digitale*, cit., pp. 19-51, with an extensive bibliography.
61. This is analysed very well by F. Rampini, *Suicidio occidentale*, Mondadori, Milano, 2022, which makes a precise recognition of how people try to erase their values, how our social, cultural, economic, institutional, political system is being shaken, how so-called “wokeness” is leading to the conviction that the white man must be penalised and re-educated. In order to avoid misunderstandings, it should be stressed that the author analyses this phenomenon with a critical eye, considering the process under way to be a destructive phenomenon which creates antagonism.
62. According A. Schiavone, *L'Occidente e la nascita di una civiltà planetaria*, il Mulino, Bologna, 2022, they are above all democracy, law, technique and capital.
63. *La Lettura*, 10 October 2021.

64. The President of Turkey, a NATO ally and candidate for EU membership, has unexpectedly inserted himself into this game. He is said to have declared that “The system created by the West in order to ensure its own security and prosperity is collapsing”: see *Corriere della Sera*, 6 June 2022. According to many observers, Erdogan is playing a double game and the war in Ukraine has favoured a key mediation role for him: perhaps there is a “double game”, the fact is that the results are visible in that Turkey is the country which, together with the UN, has enabled an agreement to be reached to unblock Ukrainian grain exports.
65. See :
<https://www.sb.by/en/zakharova-said-that-johnson-s-resignation-indicates-deep-crisis-in-uk.html>.
67. I refer with this term to the book by J. Heinrich, *The WEIRDest People in the World: How the West Became Psychologically Peculiar and Particularly Prosperous*, Farrar, Straus and Giroux, New York, 2020, which uses the acronym Western, Educated, Industrialised, Rich, Democratic, to play with the word WEIRD, meaning strange, bizarre.
68. The summary is by J. Heinrich, op. cit., but I do not go beyond this and do not refer to the analyses that support his thesis.
69. The publisher *il Mulino* has indeed launched a new collection focused on the future of the West: the analysis will concern the National State model, the fundamental role of technique, the genders relations and so on.

Safeguarding the European Sport Model in Professional Football: The EU Court of Justice's Delicate Task in Case European Super League Company (C-333/21)

José Luís da Cruz Vilaça

DOI: 10.13130/2723-9195/2022-4-29

Lo sport va ben oltre la sua dimensione economica. Fa parte dell'identità e della cultura dell'Europa e persegue importanti obiettivi sociali, educativi e di coesione. Tuttavia, per quanto riguarda gli sport professionistici e il calcio in particolare, la dimensione economica ha normalmente avuto la precedenza. Il fatto che il diritto UE introduca limiti alle norme emanate dagli organi di governo sportivi non è una questione nuova. Tuttavia, i recenti avvenimenti, legati in particolare ad una rinnovata spinta da parte di alcune delle squadre di calcio più grandi e più ricche ad istituire "leghe separatiste", hanno portato nuovamente alla ribalta il rapporto tra diritto comunitario e sport.

Sports go way beyond their economic dimension. They are part of Europe's identity and culture, fulfilling important social, educational and cohesion purposes. However, when it comes to professional sports and football in particular, the economic dimension has normally taken precedence. That EU law introduces limits to the rules enacted by sports governing bodies is not a novel question. Nonetheless, recent events, notably related to a renewed push by some of the biggest and wealthiest football clubs to set up "breakaway leagues", have once again brought the relationship between EU law and sports to the spotlight.

1. Introduction

Sports go way beyond their economic dimension. They are part of Europe's identity and culture, fulfilling important social, educational and cohesion purposes. However, when it comes to professional sports and football in particular, the economic dimension has normally taken precedence. That EU law introduces limits to the rules enacted by sports governing bodies is not a novel question^[1]. Nonetheless, recent events, notably related to a renewed push by some of the biggest and wealthiest football clubs to set up “breakaway leagues”^[2], have brought the relationship between EU law and sports to the spotlight.

Three cases currently pending before the EU Court of Justice (“Court”)^[3] concern the intersection between sports and EU law. In *European Super League Company* (“*ESLC*”)^[4], and *International Skating Union*^[5], the compatibility with competition law of pre-authorisation rules for the organisation of sporting competitions other than those organised by the relevant governing bodies, coupled with sanctions in case of participation in unauthorised competitions, is at stake. Advocate-General Rantos Opinion in *ESLC* is expected next December 15. Moreover, in the *Royal Antwerp Football Club* case^[6], the so-called UEFA “home grown rules” are under scrutiny.

Below, I discuss the main issues raised by *ESLC*, particularly whether the rules on the organisation of international football matches established in FIFA and UEFA statutes^[7] comply with competition law. Despite the cardinal importance attributed to the protection of undistorted competition within the internal market, Article 165 of the Treaty on the Functioning of the EU (TFEU) clearly refers to the «*European dimension of sports*», recognising its «*specific nature*» and «*structures*» as well as the role of «*bodies responsible for sports*». Therefore, I advocate a holistic approach to the matter, that considers all the relevant EU law provisions and principles. The recognition of the so-called “European Sport Model” as inherent to the EU Treaties, and an assessment of the compatibility of the rules adopted by sports governing bodies in the light of the principle of proportionality, are the key tenets of such approach.

2. The European Sport Model and Article 165 TFEU

The *ESLC* case follows a request for a preliminary ruling from a Spanish court on a dispute opposing the European Super League against FIFA and UEFA.

The case touches upon the main principles characterising the European Sport Model: (i) a pyramid structure for the organisation of sport and sport competitions, in which sports federations play a central role, ensuring (among others) that national and international matches do not overlap^[8]; (ii) a system of open competitions based on the principle of promotion/relegation dependent on “on-pitch” performance, rather than on financial strength; (iii) solidarity between the various constituent elements and operators; and (iv) a professional and efficient governing system, where all stakeholders are represented (including the clubs and players), and which entails mechanisms to ensure impartiality and to avoid conflicts of interest^[9].

These features have been recognised in the Court’s case law over the years^[10], as well as in several EU soft-law instruments^[11].

With the adoption of the Lisbon Treaty, they were granted “constitutional status” by means of Article 165 TFEU^[12]. Pursuant to this provision, the EU shall not only recognise but also promote the European Sport Model. In particular, the Union shall foster «*fairness and openness in sporting competitions*».

3. Compatibility with EU competition law

It follows from the Court’s case-law since the judgment in *Walrave and Koch*, in the 1970s, that sport is subject to EU law, including the rules on competition (*Meca-Medina*), in so far as it constitutes an economic activity.

This means that the recognition of «*the specific nature of sport*»^[13] and the regulatory autonomy enjoyed by sports governing bodies do not remove sporting activities entirely from the scope of the Treaty^[14], even if these specificities will influence the assessment of the lawfulness of the practices or regulations at issue.

It is our understanding that this approach stems from a joint reading of Articles 101 and 102 TFEU, prohibiting certain forms of collusive behaviour and abuses of dominance, and Article 165 TFEU.

Once established that sporting rules are subject to EU law, it is then necessary to

determine the relevant framework of analysis that courts and administrative authorities, at EU or national level, must apply. Pursuant to the Court's consistent case-law (in sports cases but also in other fields), the application of Articles 101 and 102 TFEU requires an examination of all the relevant elements of the "economic and legal context" in which the practices have been adopted^[15]. The imperative to preserve the main features of the European Sport Model is certainly a relevant element to consider, as well as the strong countervailing market power that certain clubs and players that would be part of the European Super League enjoy.

4. The pre-authorisation requirement for competitions organised outside the scope of FIFA and UEFA

Concerning the specific issue of FIFA and UEFA rules requiring prior authorisation for the organisation of sporting events, at stake in the *ESLC* case, the key legal question seems to be whether the existence of a conflict of interests, alleged by the European Super League, would constitute *per se* a violation of EU competition law.

The potential for conflict of interests would arise from the fact that the governing bodies are simultaneously the rule makers of sports competitions (which includes the self-attributed power to pre-approve any competition organised by a third party) and the organisers of those competitions, thus exploiting the associated financial benefits.

In this regard, the Court has already clarified that the existence of a potential conflict of interests, due to the dual role an association of undertakings plays, does not automatically constitute a violation of competition law, provided its powers are subject to «*restrictions, obligations and review*»^[16]. These requirements imply that the rules enacted by the association be transparent, non-discriminatory and respect the principle of proportionality^[17].

This brings us to another point. Not only the application of competition law to sports must consider its specificities, but also the fundamental principles of that field of law, developed over decades in the Court's case-law, shall not be ignored just because sporting activities are at stake. In this respect, the Court has consistently held that the existence of a dominant position is not illegal under EU

law, provided that the undertaking concerned does not abuse it (see, among others, *Intel*). In the same vein, the dual role of sports governing bodies should not be deemed illegal, insofar as they establish sufficient safeguards to prevent the risk of abuses.

5. The Super League from an EU law standpoint

As stated, the main legal question at stake in the *ESLC* case revolves around the pre-authorisation requirement imposed by FIFA and UEFA and its compatibility with EU competition law.

Notwithstanding, this issue is inexorably linked to the question whether the creation of a “closed championship”^[18], such as the European Super League, would be consistent with EU law as it stands. As regards the principles and values enshrined in Article 165 TFEU, the very fact that it would mostly consist in a closed league runs counter the principles of promotion and relegation, as well as of the openness of competitions. Moreover, due to the high profile of the clubs that would participate in such league, the latter would risk holding a dominant position (depending on how the relevant market would be defined) and would possibly amount to a prohibited agreement between undertakings, laying ground for FIFA and UEFA successfully challenging it.

6. What to expect in the near future?

A Portuguese ex-football player once amusedly remarked that “predictions shall be left for the end of the match”. Differently, in EU law, where there is solid jurisprudence on a certain set of rules or practices, it is arguably less risky to estimate the probable outcome of a case.

To accommodate expectations, it is important to bear in mind the nature of the proceedings at stake. In the context of a reference for preliminary ruling, one should not expect seeing the Court going through every single aspect of FIFA and UEFA rules. In principle, only the specific questions concerning the interpretation of EU law submitted by the national court will be addressed so that the latter be subsequently able to solve the dispute at hand.

For this purpose, the principles characterising the European Sport Model must be considered, even more since, after the Lisbon Treaty, they expressly form part

of the Union's constitutional framework of which Article 165 TFEU is also part. In particular, the fact that sports governing bodies enjoy a high degree of autonomy, being better placed to regulate specific aspects of each sport, including the organisation of international competitions, seems unavoidable. Of course, that autonomy is not boundless. The need to self-impose certain limitations and to respect the requirements of proportionality must be present if an adequate equilibrium between the several interests at stake is to be preserved.

1. See e.g. Court of Justice, judgment of 12 December 1974, 36/74, *Walrave and Koch*, ECLI:EU:C:1974:140, concerning free movement of workers; Court of Justice, judgment of 18 July, C-519/04 P, *Meca-medina*, ECLI:EU:C:2006:492, regarding competition law. See also P. Ibáñez Colomo, *Competition law and sports governance: disentangling a complex relationship*, in *World Competition*, 45, 2022, p. 2, available at SSRN.
2. See e.g. T. Panja and R. Smith, *Europe's New Super League, Explained*, in *NYT*, May 2021.
3. The author represented Portugal in the oral hearing that took place in Luxembourg last July.
4. Request for a preliminary ruling from the Juzgado de lo Mercantil n.º 17 de Madrid (Spain) lodged on 27 May 2021, C-333/21, *European Super League Company*.
5. Appeal brought on 26 February 2021 by International Skating Union against the judgment of the General Court (Fourth Chamber, Extended Composition) delivered on 16 December 2020 in Case T-93/18, C-124/21 P, *International Skating Union v European Commission*
6. Request for a preliminary ruling from the Tribunal de première instance francophone de Bruxelles (Belgium) lodged on 11 November 2021, C-680/21, *Royal Antwerp Football Club*.
7. In June 2022, when the preliminary ruling proceedings were already pending before the Court, UEFA codified its rules regulating international matches (*Règles d'autorisation de l'UEFA régissant les compétitions interclubs internationales*).
8. At the bottom of the pyramid are the amateur, semi-professional and professional clubs. They are all members of the national federations for their particular sport. National federations organize competitions and regulate the sport at the national level and represent their branch at the European and international level. European and other regional confederations support and share the organization of sports with the world federation.
9. See Resolution 2021/C 501/01 of the Council and of the Representatives of the Governments of the Member States, meeting within the Council, of 1° June 2011 on the key features of a European Sport Model. See also J. Sennett, A. Le Gall, G. Kelly, R. Cottrill, S. Goffredo and K. Spyridopoulos, *Study on the European Sport Model, a report to the European Commission*, April 2022.
10. See Court of Justice, judgment of 12 December 1974, 36/74, mentioned; Court of Justice,

CERIDAP

- judgment of 14 July 1976, 13/76, *Dona v Mantero*, ECLI:EU:C:1976:115; Court of Justice, judgment of 11 April 2000, C-191/97, *Delière*, ECLI:EU:C:2000:199; Court of Justice, judgment of 18 July, C-519/04 P, mentioned.
11. 1997 Amsterdam Declaration on Sport; Commission's 1999 Helsinki Report on Sport; 2000 Nice Declaration; European Parliament's 2007 Resolution on the future of professional football in Europe; 2007 Commission White Paper.
 12. Article 165 TFEU comes under Title XII of the Treaty on «*Education, vocational training, youth and sport*». Conversely, its predecessor in the EC Treaty, Article 149 TEC, referred only to «*education, vocational training and youth*», no reference being made to “sport”.
 13. See Court of Justice, judgment of 18 July, C-519/04 P, mentioned.
 14. See Court of Justice, judgment of 15 December 1995, C-415/93, *Bosman*, ECLI:EU:C:1995:463; Court of Justice, judgment of 11 April 2000, C-191/97, mentioned; Court of First Instance, judgment of 26 January 2005, T-193/02, *Piau*, ECLI:EU:T:2005:22; Court of Justice, judgment of 18 July, C-519/04 P, mentioned.
 15. See Court of Justice, judgment of 19 February 2002, C-309/99, *Wouters*, ECLI:EU:C:2002:98; Court of Justice, judgment of 18 July, C-519/04 P, mentioned; Court of Justice, judgment of 6 September 2017, C-413/14 P, *Intel*, ECLI:EU:C:2017:632.
 16. See Court of Justice, judgment of 1^o July, C-49/07, *MOTOE*, ECLI:EU:C:2008:376.
 17. See Court of Justice, judgment of 28 February 2013, C-1/12, *OTOE*, ECLI:EU:C:2013:127; General Court, judgment of 16 December 2020, T-93/18, *ISU*, ECLI:EU:T:2020:610.
 18. According to European Super League's *website*, the founding clubs would always have a guaranteed place. Five teams would qualify annually for the tournament.

Esclusione da gara per grave illecito professionale: il Tar Sardegna fissa i paletti alla discrezionalità della stazione appaltante

Pietro Losciale

DOI: 10.13130/2723-9195/2022-4-23

L'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice degli Appalti prevede l'esclusione dell'operatore economico da una procedura di gara laddove la stazione appaltante dimostri, «con mezzi adeguati», che lo stesso si sia reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità. La ratio della norma – oggetto di recente modifica da parte del legislatore – è l'«esigenza», da parte della pubblica amministrazione, «di assicurare l'affidabilità di chi si propone quale contraente» (vedi Consiglio Stato, sezione V, sentenza 11 aprile 2016, n. 1412), sicché poter valutare l'integrità dell'operatore economico attraverso un adeguato processo valutativo. La discrezionalità di tale disposizione – nel punto in cui prevede l'esclusione dell'operatore economico per gravi illeciti professionali sulla base di un qualsiasi mezzo ritenuto dalla stazione appaltante adeguato – è stata oggetto di recente trattazione da parte del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna, che, con sentenza del 3 ottobre 2022 n. 646, ha chiarito come tale valutazione presupponga un iter logico basato su due livelli, uno oggettivo e uno relativo, che tenga conto tanto dell'oggettiva gravità dell'illecito professionale posto in essere dall'operatore, quanto dell'effettivo pregiudizio che lo stesso possa apportare allo specifico contratto oggetto di affidamento.

Exclusion from public tender procedures for serious professional misconduct: the Regional Administrative Court for Sardinia limits the discretion of the Contracting Authority

Article 80, paragraph 5, letter c) of the Code of Public Contracts provides for exclusion from participation of economic operators who have been convicted of serious professional misconduct affecting their integrity or reliability. The rationale for this provision is «the need», of the public administration, «to ensure the reliability of

those who propose themselves as contractors» (Council of State, decision no.1412, of April 11, 2016) through an evaluation process to determine their integrity. This provision has been the subject of a recent decision by the Regional Administrative Court for Sardinia: no. 646 of October 3, 2022. That decision focused on the discretion left by this provision – at the point where it provides for the exclusion of the economic operator for serious professional misconduct on the basis of any means considered by the Contracting Authority as adequate. The decision has clarified how this evaluation presupposes a specific reasoning based on two levels: one objective and one relative, which considers both the gravity of the professional misconduct committed by the economic operator, and the prejudice that it may cause to the specific contract in question.

1. Il caso

In data 2 novembre 2021 il Comune di Oristano ha indetto una procedura aperta, da svolgersi sulla Piattaforma telematica SardegnaCat, per l'affidamento, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, del "Servizio di trasporto scolastico scuole dell'infanzia, primarie e secondarie di 1° grado", con euro 7.182.000,00 a base d'asta.

Disposta la graduatoria finale, la stazione appaltante ha ricevuto notizia di un ricorso amministrativo con cui la seconda classificata chiedeva l'esclusione dalla gara dell'impresa aggiudicataria, segnalando che quest'ultima aveva ommesso di indicare nel DGUE la propria esclusione da una precedente procedura negoziata indetta dall'Unione dei Comuni della Bassa Valle del Tirso e del Grighine, la quale, con determinazione 11 settembre 2019, n. 47, aveva considerato "gravi illeciti professionali" delle condotte tenute negli anni 2018 e 2019 dall'operatore economico nell'esecuzione di un precedente servizio di trasporto scolastico pubblico che le era stato affidato dal Comune di Villanova Truschedu. Si trattava, in particolare, del fatto che l'interessata si era avvalsa di un autista (sostituto del titolare) privo del titolo abilitativo richiesto (Carta di circolazione del conducente per trasporto persone) e di un accompagnatore non in regola con gli obblighi contributivi e previdenziali.

Alla successiva richiesta di chiarimenti da parte del Comune di Oristano l'aggiudicatario vi ha dato riscontro con nota del 21 marzo 2022, evidenziando, in

sintesi, di non avere segnalato nel DGUE le circostanze sopra descritte solo perché il Comune di Villanova Truschedu non aveva, poi, sanzionato le condotte segnalate e perché, dopo essere stata esclusa dalla successiva gara da parte dell'Unione dei Comuni della Bassa Valle del Tirso e del Grighine, era stata, invece, costantemente ammessa alle gare successive, compresa una indetta dalla stessa Unione.

Con successivo provvedimento del RUP in data 13 aprile 2022 la stazione appaltante, in accoglimento della richiesta formulata dalla seconda classificata, ha disposto l'esclusione dalla gara del primo in classificato, prendendo atto, *sic et simpliciter*, dei gravi illeciti professionali imputatigli, da parte del Comune di Villanova Truschedu, nella precedente commessa^[1], «*incidenti sui requisiti imprescindibili di integrità ed affidabilità, data la gravità degli stessi*»^[2].

Avverso il provvedimento di esclusione l'aggiudicataria ha proposto ricorso innanzi al Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna, evidenziando «*l'oggettiva ed evidente "marginalità" delle violazioni rilevate nel caso specifico, tanto più se si considera che una di queste risale a più di tre anni orsono e che l'altra neppure era stata oggetto di contestazione da parte della precedente stazione appaltante, che aveva, poi, rilasciato il certificato di regolare esecuzione della prestazione*»^[3].

2. La decisione

Il Collegio ha ritenuto il ricorso fondato, sul presupposto secondo cui le ragioni sottese al provvedimento di esclusione da parte della stazione appaltante appaiono «*carenti sotto il profilo logico e motivazionale*»^[4].

Sotto il profilo logico, il giudice ha fatto proprio l'orientamento del Consiglio di Stato^[5], che, nell'argomentare il processo valutativo della stazione appaltante circa i gravi illeciti professionali quali causa di esclusione *ex art. 80, comma 5, lett. c)* Cod. App., ha individuato un percorso logico «*su due livelli, dalla cui integrazione discende la complessiva verifica del grave illecito professionale a effetto escludente: da un lato occorre che il comportamento pregresso assuma la qualificazione oggettiva di comportamento in grado d'incrinare l'affidabilità e integrità dell'operatore nei rapporti con l'amministrazione; dall'altro, il fatto così qualificato va messo in relazione con il contratto oggetto dell'affidamento, così da*

poter declinare in termini relativi e concreti la nozione d'inaffidabilità e assenza d'integrità, ai fini della specifica procedura di gara interessata»^[6].

In altre parole, in sede di valutazione di una fattispecie quale grave illecito professionale, la stazione appaltante non deve limitarsi a verificare, discrezionalmente, «con mezzi idonei», la gravità dell'infrazione commessa, secondo un criterio di natura oggettiva, ma deve individuare quel potenziale pregiudizio che la stessa possa arrecare nei confronti della specifica procedura di gara interessata, secondo un criterio di natura relativa.

Invero, disposta l'esclusione in caso di grave illecito professionale, grava sulla pubblica amministrazione un onere motivazionale in ordine ai motivi che hanno condotto a ritenere la fattispecie incriminata come tale: «Laddove, poi, come nel caso in esame, la violazione contestata riguardi condotte tenute nell'esecuzione di un precedente contratto, la stazione appaltante dovrà ulteriormente approfondire la questione, anche a livello motivazionale, valutando e illustrando l'effettiva “gravità” dell'illecito (qualificazione dello stesso che, come noto, è espressamente richiesta dalla disciplina vigente ai fini dell'esclusione) alla luce, tra l'altro, della sanzione applicata e del tempo trascorso dalla violazione, come espressamente richiede l'art. 80, comma 5, lett. c-ter, ultima parte, del Codice»^[7]. Circostanza non verificatasi nel caso di specie, essendosi la stazione appaltante sostanzialmente limitata a “ricostruire” i fatti, senza preoccuparsi di valutarne la concreta incidenza sull'affidabilità del concorrente.

Infine – specifica la pronuncia – «le condotte pregresse rispetto alla gara in svolgimento possono assumere rilievo escludente quali “gravi illeciti professionali” solo se obiettivamente in grado di determinare “la rottura del rapporto di fiducia con altre stazioni appaltanti” (cfr., da ultimo, Consiglio di Stato, Sezione V, 12 aprile 2019, n. 2407; Consiglio di Stato, Sezione V, 4 febbraio 2019, n. 827), aspetto, questo, che non emerge ictu oculi dai fatti in discussione e che la stazione appaltante non si è preoccupata di valutare, e tanto meno motivare, adeguatamente»^[8].

3. Conclusioni

La sentenza in commento si pone in controtendenza rispetto a quel filone giurisprudenziale che ha inteso riconoscere un non indifferente potere

discrezionale in capo alla pubblica amministrazione nell'individuazione di quei gravi illeciti professionali – e, conseguentemente, dei «*mezzi idonei*» alla loro configurazione – quali causa di esclusione da una procedura di gara *ex art. 80, comma 5, lett. c) Cod. App.*

Nella corretta valutazione di un grave illecito professionale, il Collegio ha tracciato due differenti binari su cui operare: uno logico, attraverso una “procedimentalizzazione” dell'iter valutativo della stazione appaltante, che, oltre a ricostruire la gravità dell'infrazione compiuta, permetta di classificare l'illecito commesso come presupposto tale da determinare «*la rottura del rapporto*»^[9] con la stessa pubblica amministrazione, secondo un criterio, come già chiarito, di natura relativa; uno motivazionale, prevedendo, in capo alla stazione appaltante, l'obbligo di illustrare l'iter logico seguito, in un'ottica che valorizzi le motivazioni che hanno portato a ritenere un grave illecito professionale come tale.

In conclusione, il giudice ha inteso fissare dei paletti alla discrezionalità amministrativa esercitata dalla stazione appaltante, così che, nell'esercizio della stessa, la pubblica amministrazione sia veicolata all'applicazione di un procedimento logico motivazionale che appuri la gravità di un illecito professionale quale causa di esclusione da una procedura di gara non solo sulla base dell'effettivo fatto verificatosi, quanto anche rispetto ad elementi inscindibilmente legati allo stesso quali, come chiarito dal giudice, l'eventuale sanzione applicata e il tempo trascorso dalla stessa violazione.

1. Si noti che il provvedimento di esclusione del RUP tiene conto non già della precedente esclusione disposta da parte dell'Unione dei Comuni della Bassa Valle del Tirso e del Grighine quanto delle sole criticità segnalate dal Comune di Villanova Truschedu in altra commessa. In tal senso, il provvedimento cita Cons. Stato, Sez. III, 7 dicembre 2020, n. 7730, secondo cui la valutazione della stazione appaltante «*può basarsi sulla documentata presenza di pregresse omissioni, mancanze o scorrettezze nell'adempimento dei doveri nascenti dagli impegni professionali assunti, le quali possono portare a qualificare l'operatore economico come non affidabile per onorare ulteriori contratti pubblici*».
2. Così T.A.R. per la Sardegna, sentenza del 3 ottobre 2022, n. 646.
3. *Ibidem.*
4. *Ibidem.*
5. Il riferimento è a Cons. Stato, sez. V, 8 gennaio 2021, n. 307.
6. Così T.A.R. per la Sardegna, sentenza del 3 ottobre 2022, cit.
7. Sul punto si veda anche Cons. Stato, sez. V, 2 marzo 2018, n. 1299: «*Piuttosto, in tale*

CERIDAP

eventualità -vale a dire quando esclude dalla partecipazione alla gara un operatore economico perché considerato colpevole di un grave illecito professionale [...] - la stazione appaltante dovrà adeguatamente motivare in merito all'esercizio di siffatta discrezionalità (che concerne la gravità dell'illecito, non la conseguenza dell'esclusione, che è dovuta se l'illecito è considerato grave) e dovrà previamente fornire la dimostrazione della sussistenza e della gravità dell'illecito professionale contestato con "mezzi adeguati"».

8. Così T.A.R. per la Sardegna, sentenza del 3 ottobre 2022, cit.
9. Così T.A.R. per la Sardegna, sentenza del 3 ottobre 2022, cit.

Note critiche sulla disciplina in materia di sanzioni amministrative intese a contrastare la diffusione della pandemia da Covid-19

Paolo Provenzano

DOI: 10.13130/2723-9195/2022-4-49

L'articolo analizza, in chiave critica, la disciplina in materia di sanzioni amministrative introdotta, a partire dal D.L. n. 19/2020, con l'intento di sanzionare le condotte potenzialmente idonee a incrementare la diffusione del Covid-19.

Critical notes on the regulation of administrative penalties to prevent the dissemination of Covid-19

This article critically analyzes the regulation of administrative penalties, starting with Decree Law No. 19/2020, that have the intention of sanctioning conduct that has the potential to increase the spread of Covid-19.

1. Introduzione

Come chiunque ha potuto constatare, quella ipertrofia normativa che costituisce tradizionalmente una nota dolente del nostro ordinamento è esponenzialmente aumentata durante l'emergenza pandemica.

Specie durante il periodo di massima diffusione del *virus* si è infatti assistito a una produzione normativa alluvionale, a una vera e propria «*nomorrea del legislatore*»^[1], che non ha lasciato indenne, per quanto qui rileva, neppure la disciplina delle sanzioni amministrative introdotte al fine di punire le condotte ritenute tali da poter determinare un aumento dei contagi.

Tale disciplina, com'è noto, si rinviene essenzialmente nel Decreto Legge n. 6 del 2020 e (soprattutto) nel successivo Decreto Legge n. 19 del 2020, cui

espressamente rinviano i Decreti Legge in materia di prevenzione della diffusione dei contagi via via emanati, tra i quali, *in primis*, il Decreto Legge n. 33 del 2020 e, da ultimo, il Decreto Legge n. 24 del 2022^[3].

Di detta disciplina si passa partitamente a trattare individuandone taluni aspetti critici. Il tutto, però, non prima di aver anticipato che si tratta di criticità, già evidenziate da chi scrive in occasione di un convegno tenutosi nel dicembre 2020^[4], che continuano, pur nell'attuale fase "calante" della pandemia, a essere di strettissima attualità. E ciò non solo perché la disciplina in parola risulta ancora oggi vigente, ma anche perché sono ancora *sub judice* le impugnazioni delle sanzioni amministrative applicate nel passato.

2. Il Decreto Legge n. 6 del 2020 e l'originaria marginalità riservata alle sanzioni amministrative nel contrasto alle condotte idonee a favorire la diffusione dei contagi

Com'è noto, il legislatore nella fase più "critica" della pandemia ha deciso di attribuire rilevanza penale alla violazione delle misure di contenimento della diffusione del *virus* di volta in volta introdotte. L'art. 3 del già citato D.L. n. 6/2020, operando un rinvio «*quoad poenam*» all'art. 650 del c.p.^[5], prevedeva, infatti, che dette violazioni integrassero illeciti penali puniti «*con l'arresto fino a tre mesi o con l'ammenda fino 206 euro*».

A fianco di tale reato il medesimo art. 3 del citato D.L. n. 6/2020 stabiliva poi l'applicazione, ai «*gestori di pubblici esercizi o di attività commerciali*», di una sanzione amministrativa di natura interdittiva^[6] consistente nella «*chiusura dell'esercizio o dell'attività da 5 a 30 giorni*», disponendo al riguardo che la «*violazione è accertata ai sensi della legge 24 novembre 1981, n. 689*».

Questa ultima, giova precisarlo, era *ab origine* l'unica sanzione amministrativa prevista dal legislatore.

Come si è anticipato, infatti, salvo quest'ultima residuale ipotesi, in prima battuta si era incautamente pensato di affidare al solo diritto penale la repressione delle condotte poste in essere in violazione delle previsioni volte a evitare la diffusione del *virus*.

Tale originaria scelta è risultata però infelice per varie ragioni. Anzitutto perché la stessa era idonea a ingolfare ulteriormente le (sempre affollate) aule dei giudici

penali, in secondo luogo perché volta a criminalizzare, facendo così di “tutta l’erba un fascio”, una serie eterogenea di condotte e, infine, perché, in fin dei conti, di scarsa (per non dire scarsissima) efficacia deterrente ^[6].

Sotto tale ultimo profilo occorre, infatti, evidenziare che il reato di cui all’art. 650 c.p., cui rinviava come detto «*quaod poenam*» il citato art. 6 del D.L. n. 6/2020, è estinguibile per oblazione *ex art. 162-bis c.p.* Esso può essere, dunque, estinto pagando una somma pari ad appena centotré euro ^[7].

Forse anche per tali ragioni, con il successivo D.L. n. 19/2020 si è deciso dunque di correggere il tiro. Con detto Decreto Legge, infatti, si è superata l’originaria impostazione panpenalistica, aumentando lo spazio delle sanzioni amministrative e, di converso, riducendo quello riservato alle sanzioni penali.

3. Il Decreto Legge n. 19 del 2020 e le “nuove” sanzioni amministrative previste in caso violazione delle previsioni volte a impedire la diffusione del covid-19

L’originaria impostazione, volta – lo si ripete – a fronteggiare la diffusione del covid-19 privilegiando la repressione penale rispetto a quella amministrativa, è stata, come detto, presto abbandonata.

Con l’art. 4, comma 1, del Decreto Legge n. 19/2020 si è infatti stabilito che, «*salvo che il fatto costituisca reato, il mancato rispetto delle misure di contenimento*» è punito con una sanzione amministrativa pecuniaria.

Con tale medesima norma si è, altresì, precisato che in taluni casi (si tratta delle violazioni degli obblighi di sospensione di eventi culturali, sportivi, ludici ecc. ecc.) alla sanzione pecuniaria si somma una sanzione accessoria, assimilabile alla sanzione interdittiva di cui si è detto prima, consistente nella chiusura «*dell’esercizio o dell’attività da 5 a 30 giorni*».

Sempre con il citato art. 4, sconfessando *apertis verbis* quanto previsto dal “vecchio” Decreto Legge n. 6/2020, si è infine chiarito che in ogni caso «*non si applicano le sanzioni contravvenzionali*» previste dal richiamato art. 650 c.p.

Tale impostazione è stata successivamente confermata anche dai successivi Decreti Legge n. 33/2020 e n. 24/2022, che, come si è già anticipato, richiamano espressamente quanto previsto dal D.L. n. 19/2020.

Ebbene, anche il “nuovo” assetto, che ha indubbiamente il merito di aver posto al

centro le sanzioni amministrative in luogo di quelle penali^[8], risulta comunque problematico sotto diversi e molteplici profili, di cui si passa a trattare.

3.1 Le “nuove” sanzioni pecuniarie

Occorre, anzitutto, soffermarsi sulle sanzioni pecuniarie introdotte dal D.L. n. 19/2020.

Al riguardo è opportuno preliminarmente evidenziare che la cornice edittale, che è oggi ricompresa tra quattrocento e mille euro, era originariamente compresa tra quattrocento e tremila euro. Il massimo edittale è stato infatti abbattuto in sede di conversione in legge del citato Decreto Legge n. 19/2020.

Di tale mitigazione – e qui un primo aspetto problematico sul quale pare opportuno soffermarsi – si deve, a parere di chi scrive^[9], necessariamente tenere conto anche con riferimento a tutte le condotte illecite consumatesi nello “*iato*” temporale compreso tra il 25 marzo 2020 (data di entrata in vigore del D.L. n. 19/2020) e il 23 maggio 2020 (data di entrata in vigore della legge di conversione n. 35/2020).

Vero è infatti, com'è risaputo, che nella legge n. 689/1981 non si rinviene alcuna norma dal contenuto analogo all'art. 2, comma 4, c.p., che, come noto, impone la retroattività della legge più favorevole sopravvenuta.

Vero è pure che non vi è nella legge di conversione del Decreto Legge n. 19/2020 alcuna previsione che *imponga* l'applicazione retroattiva della disciplina più favorevole da essa introdotta.

Ma vero è parimenti che non si rinviene in tale legge alcuna disposizione che *vieti* l'applicazione retroattiva della sopravvenuta (e più favorevole) cornice edittale. Il che dovrebbe, in via interpretativa, consentire l'automatica applicazione di quest'ultima anche alle violazioni poste in essere *prima* dell'entrata in vigore della legge di conversione.

A tale approdo si giunge muovendo dal principio scolpito dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 63/2019, con la quale si è finalmente (meglio tardi che mai) stabilito che, «*laddove (...) la sanzione amministrativa abbia natura “punitiva”, di regola non vi sarà ragione per applicare*^[10] la sanzione «*in una misura considerata ormai eccessiva (e per ciò stesso sproporzionata) rispetto al mutato apprezzamento della gravità dell'illecito da parte dell'ordinamento*»^[11].

Con tale storica (e da lungo tempo attesa) sentenza si è, infatti, ritenuto che il principio della retroattività *in mitius* sia da «ritenersi applicabile anche alle sanzioni amministrative che abbiano natura “punitiva”»^[12], trovando esso fondamento, sia nel diritto sovranazionale (e segnatamente nell’art. 7 della CEDU, così come innovativamente interpretato dalla Corte di Strasburgo a far tempo dalla celebre sentenza della *Scoppola* del 2009^[13]), sia e (prima ancora) nell’art. 3 Cost., che, a sua volta, «impone in linea di massima di equiparare il trattamento sanzionatorio dei medesimi fatti»^[14].

Ora, tornando alla nuova e più mite cornice edittale introdotta in sede di conversione in legge del D.L. n. 19/2020, pare potersi ritenere che, data l’assenza di una specifica disposizione che vieti l’applicazione retroattiva della stessa, non vi sia alcun impedimento all’applicazione di quest’ultima anche alle condotte poste in essere *prima* della sua entrata in vigore.

Non può, del resto, rinvenirsi un impedimento a tale applicazione retroattiva né nell’art. 11 delle Preleggi (per cui la legge – lo si sa – dispone solo per il futuro), né nell’art. 1 della l. n. 689/1981 (che vieta, come noto, l’applicazione delle norme sanzionatorie amministrative al di fuori dei fatti e dei tempi in esse considerate).

Il che, come si è già in altra sede osservato^[15], si evince dalla già citata sentenza della Corte costituzionale n. 63/2019^[16]. Con tale pronuncia infatti si sono implicitamente rigettate due eccezioni di inammissibilità della questione di costituzionalità della specifica norma sottoposta al vaglio della Consulta formulate dall’Avvocatura dello Stato e imbastite proprio su tali previsioni, non oggetto di espressa rimessione da parte del Giudice *a quo* e ritenute dalla medesima Avvocatura dello Stato di per sé preclusive dell’applicazione del principio della retroattività *in mitius* in materia di sanzioni amministrative.

Ebbene, il fatto che la Consulta non abbia accolto detta eccezione di inammissibilità sta chiaramente a significare, lo ribadiamo anche in questa sede, che la stessa abbia ritenuto che il citato art. 11 delle Preleggi e il richiamato art. 1 della l. n. 689/1981 precludano in generale la sola retroattività *in malam partem*, ma non anche quella *in bonam partem*.

Ciò detto, sempre con riferimento alle sanzioni pecuniarie di cui si discorre si deve sottolineare che l’art. 4 del D.L. n. 19/2020 stabilisce, per un verso, con una previsione di cui francamente non è dato comprendere la *ratio*, che la sanzione viene aumentata di un terzo nel caso in cui la violazione contestata venga posta in

essere «*mediante l'utilizzo di un veicolo*» e, per altro verso, che è sempre possibile il pagamento in misura ridotta ai sensi dell'art. 202 del Codice della strada (D.Lgs. n. 285/1992).

Ne deriva, dunque, che se il trasgressore paga entro cinque giorni dalla contestazione è ammesso a pagare un importo pari al trenta per cento del minimo edittale (duecentottanta euro) e il minimo edittale (quattrocento euro), là dove provveda al pagamento comunque entro sessanta giorni dalla contestazione.

Si tratta, giova segnalarlo, di disciplina non applicabile alle misure accessorie di cui ci accingiamo a trattare.

3.2 Le “nuove” sanzioni accessorie

In linea di continuità con la previgente disciplina, il D.L. n. 19/2020 ha, come detto, stabilito la possibilità di irrogare, ma questa volta in aggiunta alle “nuove” sanzioni pecuniarie e non quindi come sanzione “indipendente”, una sanzione interdittiva consistente, segnatamente, nella chiusura da cinque a trenta giorni dell'esercizio o dell'attività nella quale si è verificata la violazione.

Detta sanzione interdittiva, dunque, opera nell'attuale contesto normativo quale sanzione accessoria a quella pecuniaria di cui si è detto in precedenza.

L'art. 4 del D.L. n. 19/2020 ha previsto, al riguardo, il potere dell'agente accertatore di disporre, in via cautelare, l'immediata chiusura dell'esercizio o dell'attività per una «*durata non superiore a 5 giorni*», che verranno poi scomputati dalla sanzione interdittiva definitivamente irrogata.

Va da sé, a parere di chi scrive, che là dove, a valle del procedimento, non venga poi irrogata alcuna sanzione, ben potrà il soggetto che ha subito l'applicazione della misura cautelare in questione agire in giudizio per ottenere il risarcimento dei danni derivanti dalla chiusura affrettatamente disposta.

3.3 Sulla disciplina applicabile in caso di recidiva

Vi è un aspetto problematico che accomuna entrambe le sanzioni (pecuniarie e accessorie) di cui si è detto.

Ci si riferisce alla disciplina di cui all'art. 4, comma 5, del D.L. n. 19/2020. Il quale prevede che, «*in caso di reiterata violazione della disposizione di cui al comma 1*», la sanzione amministrativa pecuniaria è «*raddoppiata e quella*

accessoria è applicata nella misura massima».

Ora, con riferimento a tale disciplina è opportuno in primo luogo interrogarsi su cosa s'intenda per «*reiterata violazione della disposizione di cui al comma 1*». Il comma 1, infatti, a sua volta rinvia ad una serie eterogenea di violazioni fisate, a loro volta, da una moltitudine di fonti.

Ebbene, il riferimento al comma 1 nella sua interezza, che è stato introdotto in sede di conversione in legge (originariamente il D.L. parlava “*sic et simpliciter*” di violazione della «*medesima disposizione*»^[17]), porta a ritenere che si abbia recidiva, con conseguente applicazione della disciplina di cui si discorre, nei casi in cui ad una violazione di una qualsiasi delle regole in questione da cui sia scattata la sanzione ne segua un'altra anche di diverso tipo.

In altri termini, l'aggravamento sanzionatorio in caso di recidiva dovrebbe conseguire dalla violazione di qualsivoglia previsione avente quale scopo ultimo quello di scongiurare la diffusione del covid-19.

Il che trova conferma nell'art. 8-bis della L. n. 689/1981^[18], che pare essere applicabile alle sanzioni in parola in virtù di quanto previsto dall'art. 12 della l. n. 689/1981. Norma, quest'ultima, in base alla quale le disposizioni della legge n. 689/1981 si applicano, «*salvo che non sia diversamente stabilito, per tutte le violazioni per le quali è prevista la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro*».

In base al citato art. 8-bis si ha, infatti, reiterazione della violazione ogni qualvolta venga posta in essere «*un'altra violazione della stessa indole*» e per «*violazioni della stessa indole*», come chiarito sempre da tale norma, «*si considerano (...) le violazioni della medesima disposizione e quelle di disposizioni diverse che, per la natura dei fatti che le costituiscono o per le modalità della condotta, presentano una sostanziale omogeneità o caratteri fondamentali comuni*».

Sempre con riferimento alla disciplina sulla recidiva, si deve sottolineare che essa non dovrebbe operare, viceversa, «*nel caso di pagamento in misura ridotta*» di cui si è detto in precedenza.

Tutto ciò è espressamente previsto dal già citato art. 8-bis, per il quale la reiterazione «*non opera in caso di pagamento in misura ridotta*». E se ciò vale con riferimento alla sanzione pecuniaria non può che valere anche con riferimento a quella accessoria, posto che, come noto, “*accessorium sequitur*” principale.

Vi è poi un terzo aspetto problematico della disciplina che prevede l'inasprimento

delle sanzioni in caso di recidiva e che riguarda, in questo caso, le sole sanzioni accessorie, che, come detto, vengono in tali evenienze «*[sempre] applicat(e) nella misura massima*».

Così disponendo, si è introdotta una sanzione fissa che, com'è stato puntualmente denunciato da attenta dottrina^[19], appare di dubbia legittimità costituzionale. La Consulta, infatti, ha a più riprese evidenziato, si veda da ultimo la sentenza n. 222/2018, che «*ogni fattispecie sanzionata con pena fissa (qualunque ne sia la specie) è per ciò solo "indiziata" di illegittimità*»^[20].

La pena fissa risulta, infatti, incompatibile col principio di proporzionalità e con quello di uguaglianza. Principi, questi ultimi, che impongono, sempre e comunque, di rapportare il quantum della sanzione alla condotta che con essa si va concretamente a punire.

4. Quanto al problematico passaggio dalla “vecchia” alla “nuova” disciplina

Compiendo un passo indietro, si deve porre in evidenza che per disciplinare il passaggio dalla “vecchia” disciplina (in cui, come detto, le sanzioni penali avevano un ruolo centrale) a quella “nuova” (in cui, come si è parimenti detto, tale ruolo centrale è stato opportunamente attribuito alle sanzioni amministrative) è stata introdotta una norma *ad hoc*. Ci si riferisce al comma 8 dell'art. 4 del D.L. n. 19/2020, per il quale le “nuove” sanzioni amministrative sostituiscono quelle penali previste dal D.L. n. 6/2020, «*applicandosi anche alle violazioni commesse anteriormente alla data di entrata in vigore [del più volte citato D.L. n. 19/2020]*».

Con detta norma è stata dunque prevista un'applicazione retroattiva delle “nuove” sanzioni amministrative alle condotte poste in essere nella vigenza della disciplina che considerava le stesse, viceversa, penalmente rilevanti.

Nel prevedere detta applicazione retroattiva la norma in parola stabilisce, in particolare, che in tale evenienza «*le sanzioni amministrative sono applicate nella misura minima ridotta alla metà*». Il che significa che la sanzione pecuniaria applicabile è pari a duecento euro.

Tale precisazione è stata introdotta, con tutta evidenza, con il chiaro ed inequivoco intento di evitare che la “nuova” disciplina possa essere ritenuta

incostituzionale per violazione dell'art. 25 Cost. e, più precisamente, del principio, ricavabile da detta previsione, che vieta l'applicazione retroattiva in "*malam partem*"^[21].

Infatti, se non si fosse previsto detto abbattimento della sanzione applicabile, la "nuova" sanzione amministrativa sarebbe risultata certamente (ed in ogni caso) più grave di quella penale di cui all'art. 650 c.p., che, come visto, prevede o l'arresto fino a tre mesi o una ammenda fino duecentosei euro.

La Corte costituzionale, del resto, muovendo dal principio per cui «*la presunzione di maggior favore del trattamento sanzionatorio amministrativo rispetto a quello penale*»^[22] rappresenti in realtà un falso mito, ha ritenuto necessario operare, di volta in volta, una valutazione in concreto per verificare, all'atto pratico, se il passaggio dal sistema sanzionatorio penale a quello amministrativo sia effettivamente più favorevole per il destinatario della sanzione che si va a irrogare.

Non è affatto detto, in altri termini, che la depenalizzazione rappresenti, sempre e comunque, un vantaggio per il destinatario della sanzione amministrativa che si va a sostituire a quella penale.

Tornando alla previsione che disciplina il passaggio dal "vecchio" al "nuovo" apparato sanzionatorio, si deve evidenziare che l'abbattimento, da essa previsto, del minimo edittale applicabile alle violazioni poste in essere *prima* dell'avvento della "nuova" disciplina risulti in realtà solo parzialmente in grado di scongiurare il rischio di incorrere in una violazione dell'art. 25 Cost.^[23].

Occorre, infatti, osservare che se è vero, come si è detto, che la disciplina sanzionatoria che si va ad applicare retroattivamente è più mite di quella prevista dal massimo edittale dell'art. 650 c.p. è però anche vero che essa è addirittura dieci volte superiore al minimo edittale (venti euro) previsto per tale contravvenzione in base al combinato disposto degli artt. 650 e 26 c.p.

Sotto tale profilo non pare dunque potersi dire che il passaggio dalla "vecchia" alla "nuova" disciplina sia certamente più favorevole per il soggetto sanzionato, potendo, di contro, determinare l'applicazione di una sanzione pecuniaria ben più grave di quella che sarebbe stata in concreto applicata allo stesso in virtù della previgente disciplina.

Ma vi di più.

È necessario, infatti, ribadire che la contravvenzione di cui all'art. 650 c.p. può

essere estinta per oblazione pagando una somma pari ad appena centotre euro e, quindi, pagando una somma pari quasi alla metà della sanzione fissa (duecento euro) applicabile, indistintamente, a tutti gli illeciti posti in essere prima dell'avvento del D.L. n. 19/2020.

Anche sotto tale profilo la disciplina in argomento sembra, dunque, tutt'altro che favorevole e, come tale, di dubbia legittimità costituzionale.

5. Gli ulteriori aspetti critici della disciplina sanzionatoria introdotta dal D.L. n. 19/2020 e poi, via via, confermata

Oltre a quelli sin qui succintamente passati in rassegna, vi sono alcuni ulteriori aspetti problematici della disciplina sanzionatoria in questione, sui quali pare opportuno soffermarsi.

Ci si riferisce, anzitutto, alla francamente poco condivisibile scelta di aver indistintamente assoggettato a un'unica cornice edittale una serie eterogenea di condotte, che, all'evidenza, risultano tra loro non assimilabili.

Il fatto, ad esempio, che la violazione dell'obbligo di mantenere una «*distanza di sicurezza interpersonale di almeno un metro*» (art. 1, co. 2, del DPCM 3 novembre 2020) sia stata assoggettata alla medesima sanzione applicabile nel (ben più grave) caso di «*violazione della quarantena precauzionale*» (art. 1, co. 7, del DPCM 3 novembre 2020) sembra del tutto irragionevole e, come tale, incompatibile col principio di proporzionalità. Il quale esige un'articolazione legale del sistema sanzionatorio che renda possibile l'adeguamento delle pene alle effettive responsabilità personali.

Il principio di proporzionalità, che trova, come noto, fondamento costituzionale nell'art. 3 Cost., impone, in altri termini, che la sanzione comminata sia proporzionata al disvalore della condotta punita. Esso preclude, dunque, che possa prevedersi una medesima sanzione per condotte il cui disvalore risulti in tutta evidenza non assimilabile^[24].

Un ulteriore aspetto critico della disciplina in parola consiste nella sua dubbia compatibilità col principio di riserva di legge di cui all'art. 25 Cost.^[25].

Infatti, l'art. 2 del D.L. n. 33/2020, compiendo un passo indietro rispetto all'art. 4 del D.L. n. 19/2020, ha previsto che le sanzioni di cui si è detto si applicano, oltre che alle violazioni delle disposizioni del presente decreto, anche a quelle «*dei*

decreti e delle ordinanze emanati in attuazione del presente decreto».

Si è al cospetto di un rinvio “in bianco” a disposizioni di rango sub-legislativo che sono chiamate a delineare le fattispecie illecite da cui consegue l’applicazione delle sanzioni amministrative. Il che pare, in tutta franchezza, essere difficilmente compatibile con il principio di stretta legalità imposto dall’art. 25 Cost. che, come stabilito dalla Corte costituzionale con la storica sentenza n. 196/2010^[26], si applica anche alle sanzioni amministrative di carattere punitivo, cui indubbiamente devono essere ricondotte anche quelle in oggetto^[27].

Pare infine di dubbia legittimità, come già rilevato da taluna giurisprudenza^[28], la scelta di condizionare, quanto meno in parte, l’applicazione delle sanzioni di cui si è detto al sistema delle autocertificazioni, che per lunghi mesi (per fortuna ormai lontani^[29]) sono state imprescindibili “compagne di viaggio” di ogni soggetto che intendeva circolare nel territorio italiano.

Tale dubbia legittimità consegue dal fatto che con le autocertificazioni, di cui il nostro legislatore tende impropriamente ad abusare, utilizzandole sovente per «“*supplire*” alle inefficienze dei poteri pubblici»^[30], si pone chi le rende al cospetto di una brutale alternativa: o autodenunciarsi, dichiarando che non si stava compiendo una attività consentita, essendo così soggetti alle sanzioni pecuniarie *de quibus*; oppure dichiarare il falso, compiendo così il reato di dichiarazione mendace di cui all’art. 495 c.p.

Ebbene, tale tragica scelta pare francamente incompatibile col principio “*nemo tenetur se detegere*”^[31], ossia, per dirla con la Corte costituzionale, con il «*diritto della persona [che affonda le sue radici nell’art. 24 Cost.] a non contribuire alla propria incolpazione e a non essere costretta a rendere dichiarazioni di natura confessoria*»^[32].

1. Così G. Forti, *Introduzione. Un’attesa di luce, dalla carità, in Le regole e la vita. Del buon uso di una crisi, tra letteratura e diritto*, Milano, 2020, p. 22.
2. Il citato D.L. n. 24/2022 all’art. 11, che tutta una serie di fattispecie ivi previste sono «*sanzionati ai sensi dell’articolo 4 del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19*».
3. Ci si riferisce al convegno dal titolo tenutosi il 21 dicembre 2020 dal titolo *La Pandemia da Covid-19: La risposta del diritto pubblico*, organizzato dal CERIDAP e dal Dipartimento di Diritto Pubblico Italiano e Sovranazionale dell’Università degli Studi di Milano.
4. Così G.L. Gatta, *Coronavirus, limitazione di diritti e libertà fondamentali, e diritto*

penale: un deficit di legalità da rimediare, in *www.sistemapenale.it*, 2020, p. 4, il quale osserva che «*il d.l. n. 6/2020 richiama l'art. 650 c.p. solo quoad poenam, configurando pertanto un'autonoma figura di reato, che sanziona (...) l'inosservanza di provvedimenti generali e astratti*» e non già la violazione di provvedimenti puntuali rivolti al destinatario della violazione.

5. Con riferimento a tale misura interdittiva vi sono taluni decreti cautelari dei Giudici amministrativi (ad esempio il decreto n. 933 del 23 aprile 2020 del T.A.R. Campania) che hanno negato la giurisdizione del giudice amministrativo, in favore di quello ordinario, richiamando l'art. 6 del D.Lgs. n. 150/2011. Si tratta, tuttavia, di impostazione che non pare condivisibile. Detta norma, infatti, attribuisce alla giurisdizione del giudice ordinario le «*sole controversie previste dall'art. 22 della legge 689/1981*» e quindi le sole impugnazioni delle sanzioni amministrative pecuniarie, ed eventualmente di quelle interdittive ad esse accessorie. Ne deriva, *a contrariis*, che per le eventuali sanzioni interdittive, quale quella di cui si discorre, non accessorie ad alcuna sanzione pecuniaria sussista, *ex art. 103 Cost.*, la giurisdizione del giudice amministrativo. E ciò quand'anche le stesse siano irrogate sulla base del procedimento di cui alla legge n. 689/1981. Su tali tematiche cfr. A. Manzione, *Il riparto di giurisdizione in materia di sanzioni amministrative non pecuniarie*, in *www.giustiziainsieme.it*.
6. Così G.L. Gatta, *Coronavirus, limitazione di diritti e libertà fondamentali, e diritto penale: un deficit di legalità da rimediare*, cit., p. 4, ove si evidenzia che «*la tutela penale delle misure di contenimento del COVID-19 si regge oggi su un reato bagatellare*» e ancora che «*vi è da domandarsi se sia ragionevole fare affidamento sul vecchio art. 650 c.p. (i cui livelli sanzionatori sono obsoleti anche a prescindere dalla vicenda COVID-19) o se non sia invece più opportuno introdurre una figura di reato ad hoc, nella forma del delitto, con previsione di pene più severe*».
7. A tal riguardo cfr. M. Pelissero, *Covid-19 e diritto penale pandemico. Delitti contro la fede pubblica, epidemia e delitti contro la persona alla prova dell'emergenza sanitaria*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2020, pp. 503 ss. Il quale osserva che «*al fine di garantire il rispetto delle misure di contenimento, il legislatore ha utilizzato il diritto penale in chiave di pura deterrenza, debole quanto ad efficacia ed essenzialmente simbolico: un diritto penale inefficace e ineffettivo (estinguibile per oblazione ex art. 162-bis c.p. con poco più di cento euro, salvo il potere discrezionale del giudice di rigettare la richiesta in ragione della gravità della violazione)*».
8. Sul punto cfr. C. Cupelli, *Il diritto penale alla prova dell'emergenza Covid-19: nuove esigenze di tutela e profili sanzionatori*, in *Cass. Pen.*, 2020, p. 2220, ove si legge che «*il d.l. n. 19 del 2020 ha innovato il sistema repressivo sul piano delle scelte politico-criminali, affidandosi a vari livelli di offensività; ciò corrisponde a pieno a un'esigenza di equilibrio sanzionatorio, modellando la responsabilità penale in rapporto al diverso disvalore del fatto, e a evitare lo stravolgimento, in nome dell'emergenza, di tradizionali schemi di imputazione e consolidate categorie dogmatiche*».
9. È di tale medesima opinione anche C. Cupelli, *Il diritto penale alla prova dell'emergenza*

- Covid-19: nuove esigenze di tutela e profili sanzionatori*, cit., p. 2212.
10. Corte Cost., 21 marzo 2019, n. 63, in *www.cortecostituzionale.it*. § 6.2.
 11. *Ibidem*.
 12. *Ibidem*.
 13. Sul punto cfr. C. Pinelli, *Retroattività della legge penale più favorevole fra CEDU e diritto nazionale*, in *Giur. cost.*, 2011, pp. 3047 ss. e F. Viganò, *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge penale più favorevole. Un nuovo tassello nella complicata trama dei rapporti tra Corte costituzionale e Corte EDU: riflessioni in margine alla sentenza n. 236/2011*, in *www.penalecontramporaneo.it*, 2011. Mi sia consentito altresì di rinviare a P. Provenzano, *La retroattività in mitius delle norme sulle sanzioni amministrative*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2012, pp. 879 ss. e a P. Provenzano, *Sanzioni amministrative e retroattività in mitius: un timido passo in avanti*, in *Riv. trim. penale contemporaneo*, 2016, pp. 271 ss.
 14. Corte Cost., 21 marzo 2019, n. 63, cit.
 15. Mi sia consentito di rinviare a P. Provenzano, *Illecito amministrativo e retroattività in bonam partem: da eccezione alla regola a regola generale*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 2020, pp. 52 ss.
 16. Corte Cost., 21 marzo 2019, n. 63, cit.
 17. Con riferimento alla versione originaria della norma in questione si veda G.L. Gatta, *Un rinnovato assetto del diritto dell'emergenza COVID-19, più aderente ai principi costituzionali, e un nuovo approccio al problema sanzionatorio: luci ed ombre nel d.l. 25 marzo 2020, n. 19*, in *www.sistema-penale.it.*, p. 6, ove si pone in evidenza che l'espressione «medesima disposizione» è «espressione, infelice, [che] si presta a una duplice lettura: quella che ravvisa la reiterazione in caso di violazione dell'art. 4, co. 1 (la "disposizione" che configura l'illecito), quale che sia la misura di contenimento inosservata; quella, restrittiva e nel dubbio preferibile, che invece riferisce il concetto di "disposizione" alla misura di contenimento e, pertanto, interpreta la reiterazione come una sorta di 'recidiva' specifica».
 18. Su tale disciplina si veda S. Papa, *La reiterazione delle violazioni*, in A. Cagnazzo - S. Toschei - F.F. Tuccari (a cura di), *La sanzione amministrativa*, Milano, 2016, pp. 351 ss.
 19. G.L. Gatta, *Un rinnovato assetto del diritto dell'emergenza COVID-19, più aderente ai principi costituzionali, e un nuovo approccio al problema sanzionatorio: luci ed ombre nel d.l. 25 marzo 2020, n. 19*, cit., p. 8,
 20. Corte Cost., 5 dicembre 2018, n. 22, in *www.cortecostituzionale.it*.
 21. Su tale tema si rinvia a G. Portaluri, *Il principio di irretroattività*, in A. Cagnazzo - S. Toschei - F.F. Tuccari (a cura di), *La sanzione amministrativa*, cit., p. 5.
 22. Così Corte Cost., 7 aprile 2017, n. 68, in *www.cortecostituzionale.it*. In tal senso si è espressa anche Corte Cost., 25 ottobre 2018, n. 223, in *www.cortecostituzionale.it*, nella quale si evidenzia che non può essere dato per pacifico «il generale maggior favore di un apparato sanzionatorio di natura formalmente amministrativa rispetto all'apparato sanzionatorio previsto per i reati».
 23. Si esprime in tal senso G.L. Gatta, *Un rinnovato assetto del diritto dell'emergenza*

- COVID-19, più aderente ai principi costituzionali, e un nuovo approccio al problema sanzionatorio: luci ed ombre nel d.l. 25 marzo 2020, n. 19, cit., p. 8.*
24. Sul principio di proporzionalità delle sanzioni si veda F. Viganò, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, 2021.
 25. In termini cfr. F. Goisis, *Senato della Repubblica, audizione informale in videoconferenza del Prof. Avv. Francesco Goisis in relazione all'esame del disegno di legge n. 1812 (d-l 33/2020 – Ulteriori misure Covid-19)*, in www.senato.it. Il quale osserva che «la potestà sanzionatoria amministrativa di cui ai d.l. 19 e 33 del 2020 dovrebbe essere ricondotta ad una maggiore aderenza al principio di stretta legalità di cui all'art. 25 Cost. e art. 7 CEDU (applicabili data la natura punitiva delle sanzioni). In particolare, preoccupa il concreto rilievo che linee guida e protocolli paiono acquisire nel direttamente e sostanzialmente definire la condotta richiesta». E ancora che «non è solo un problema (pur rilevante ai sensi dell'art. 25 Cost.) di formale rispetto delle fonti del diritto (riserva di legge). È anche una questione di qualità della normazione, in termini di quella chiarezza e prevedibilità che l'art. 7 CEDU pretende per i precetti sanzionatori amministrativi, in quanto pacificamente riconducibili, secondo i giudici di Strasburgo, alla materia penale».
 26. Corte Cost., 4 giugno 2010, n. 196, in www.cortecostituzionale.it. Con riferimento a tale sentenza si veda A. Travi, *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte Costituzionale: alla ricerca di una nozione comune di "sanzione"*, in *Giur. cost.*, 2010, pp. 2323 ss.
 27. Si esprime in tal senso anche M. Pelissero, *Covid-19 e diritto penale pandemico. Delitti contro la fede pubblica, epidemia e delitti contro la persona alla prova dell'emergenza sanitaria*, cit., p. 515, il quale osserva che «sebbene formalmente il principio di legalità sia salvo attraverso il rinvio della fonte legislativa a quella secondaria, a me pare che quando un pacchetto di misure incida così drasticamente sulla vita dei consociati, il gioco del rinvio formale celi "un consistente e per certi aspetti inedito accentramento dei poteri" e una, connessa flessione della ratio di garanzia della riserva di legge richiesta per limitare libertà costituzionali fondanti il nostro ordinamento democratico. Pur nell'urgenza di provvedere e proprio in ragione della gravità e delicatezza della situazione, avrebbe dovuto essere mantenuta la centralità del Parlamento nella individuazione delle limitazioni applicabili. La svalutazione della garanzia della riserva di legge è l'effetto della combinazione di diversi elementi: la trasformazione dell'illecito penale in illecito amministrativo ha contribuito a far sentire meno stringente la riserva di legge, dimenticando che nulla cambia se sostanzialmente la sanzione mantiene carattere punitivo».
 28. Cfr. GUP Milano, sent. 12 marzo 2021, giud. Del Corvo, in www.sistemapenale.it. Con riferimento a tale pronuncia si veda E. Penco, *Fra obbligo «di dire la verità» e diritto di difesa del singolo: dal G.u.p. di Milano una nuova pronuncia che riconosce l'insussistenza della fattispecie di cui all'art. 483 c.p. nell'ipotesi di false attestazioni in autodichiarazione Covid-19, ibidem.*
 29. Com'è stato osservato in dottrina, infatti, «emblema dell'incertezza che ha colpito gli aspetti più centrali della vita di relazione di ciascuno di noi – come il conoscere i limiti alla propria libertà di movimento, le condizioni per poter tornare presso la propria residenza o

CERIDAP

per recarsi sul luogo di lavoro – è la vicenda dei cd. moduli per le autocertificazioni, oggetto di continue e non sempre chiare modifiche nei momenti più delicati della prima fase emergenziale» (così M. D'Amico, Emergenza, Diritti, Discriminazioni, in www.gruppodipisa.it, pp. 20-21).

30. Così M.A. Sandulli, *La semplificazione della produzione documentale mediante le dichiarazioni sostitutive di atti e documenti e l'acquisizione d'ufficio*, in M.A. Sandulli (a cura di) *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2020, p. 183.
31. Su tale tematica si veda A.F. Masiero, *Reati di falso e autocertificazione durante l'emergenza Covid-19: tra ricerca dell'effettività e simbolismo*, in *Sistema Penale*, 2021, in cui si dà atto dei diversi orientamenti formati al riguardo.
32. Corte Cost., ord. 10 maggio 2019, n. 117, in www.cortecostituzionale.it.