

# CERIDAP

RIVISTA INTERDISCIPLINARE SUL  
DIRITTO DELLE  
AMMINISTRAZIONI PUBBLICHE

FASCICOLO

3 / 2023

LUGLIO - SETTEMBRE

**DIRETTORE RESPONSABILE:** Prof.ssa Diana-Urania Galetta

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

Inserita nell'elenco delle Riviste scientifiche di classe A con Delibera ANVUR n. 147/2023

**VICEDIRETTORE E RESPONSABILE DEL COMITATO EDITORIALE:** Prof. Gabriele Bottino

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

**RESPONSABILE DEL COMITATO DI REDAZIONE:** Prof. Gherardo Carullo

**COMITATO DI REDAZIONE:** Pierandrea Corleto, Stefano D'Ancona, Emanuela Furiosi, Massimo Giavazzi, Alessia Monica, Clara Napolitano, Giulia Pinotti, Paolo Provenzano, Pier Marco Rosa Salva, Stefano Rossa, Matteo Palma, Giulia Re Ferrè, Leonardo Scuto, Federico Votta

**RESPONSABILI OSSERVATORIO DELLA GIURISPRUDENZA:** Gherardo Carullo, Stefano D'Ancona, Massimo Giavazzi

**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 Kapodistria 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](http://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 4.0 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*, 2023, 3, p. 35 ss.

Per l'invio di contributi destinati alla pubblicazione: [ceridap.eu/rivista/invio-contributi](https://ceridap.eu/rivista/invio-contributi)

## INDICE SOMMARIO

### ARTICOLI

GHERARDO CARULLO, <i>Large Language Models for Transparent and Intelligible AI-Assisted Public Decision-Making</i> .....	1
PAOLA CHIRULLI, <i>Contratti pubblici e amministrazione del futuro</i> .....	24
FIorenzo LIGUORI E PASQUALE LA SELVA, <i>Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale</i> .....	44
ANDREA MALTONI, <i>Contratti pubblici e sostenibilità ambientale: da un approccio "mandatory-rigido" ad uno di tipo "funzionale"?</i> .....	64
GIUSEPPE PODERATI E HUA JI, <i>A study of the legislative tools to phase out e-waste in an ever-evolving digital world: environmentally sound initiatives and measures in China, the European Union, Ghana, India, Samoa, Singapore, and South Africa</i> .....	99
ANTONIO FELICE URICCHIO, <i>Le problematiche fiscali rivenienti dalle nuove tipologie contrattuali in materia di riviste elettroniche</i> .....	123

### RASSEGNE E COMMENTI

DIANA-URANIA GALETTA, <i>Dalle riviste cartacee alle riviste online e oltre. Sull'open access per default e le problematiche connesse</i> .....	143
MICAELA LOTTINI, <i>Gli animali selvatici e la loro tutela tra novità normative e antichi problemi</i> .....	151
GIANCARLO VILELLA, <i>European Election 2024: the legacy of the ninth European legislature</i> .....	169

### NOTE E RELAZIONI

GABRIELE MARIA BRENCIA, <i>Il Responsabile Unico del Progetto nel nuovo</i>	
---	--

CERIDAP

*Codice dei contratti pubblici* ..... 180

**OSSERVATORIO DELLA GIURISPRUDENZA**

MASSIMO GIAVAZZI, *Corte di cassazione, Sez. unite, 6 aprile 2023, n. 9479*  
..... 194

## **HANNO COLLABORATO A QUESTO NUMERO:**

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

GHERARDO CARULLO, Professore Associato di Diritto Amministrativo nell'Università degli Studi di Milano. Avvocato nel foro di Bologna.

PAOLA CHIRULLI, Professore Ordinario di Diritto Amministrativo, "Sapienza" Università di Roma.

DIANA-URANIA GALETTA, Professore Ordinario di Diritto Amministrativo nell'Università degli Studi di Milano e Direttore CERIDAP.

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

HUA JI, Professore Associato di Diritto Internazionale, China Foreign Affairs University - Pechino.

PASQUALE LA SELVA, Dottorando di Ricerca in Scienze Giuridiche nell'Università degli Studi Perugia.

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

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

ANDREA MALTONI, Professore Ordinario di Diritto Amministrativo nell'Università degli Studi di Milano.

GIUSEPPE PODERATI, Dottorando nell'Istituto di ricerca di Diritto Ambientale dell'Università di Wuhan. LL.M. in Asian Legal Studies alla National University di Singapore.

ANTONIO FELICE URICCHIO, Professore Ordinario di Diritto Tributario, Università degli Studi "Aldo Moro" di Bari. Presidente dell'Agenzia Nazionale/Italiana di Valutazione del Sistema Universitario e della Ricerca (ANVUR).

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.

# Large Language Models for Transparent and Intelligible AI-Assisted Public Decision-Making

Gherardo Carullo

DOI: 10.13130/2723-9195/2023-3-100

*Questo articolo esamina l'implementazione dell'intelligenza artificiale nei processi decisionali all'interno della pubblica amministrazione, con un focus su come affrontare le sfide legate alla trasparenza, alla responsabilità e alla comprensibilità delle decisioni generate dall'IA. L'articolo discute in particolare l'importanza dell'imputabilità nelle decisioni prese con algoritmi di deep learning. Sottolinea che concedendo alle pubbliche amministrazioni il pieno controllo sul set di dati per l'addestramento, sul codice sorgente e sulla base di conoscenza, si può garantire l'imputabilità della decisione. Questo controllo permette alle amministrazioni di validare la pertinenza e l'accuratezza dei dati di addestramento dell'algoritmo, affrontare eventuali bias e rispettare i requisiti legali ed etici. Il documento propone quindi l'utilizzo dei Large Language Models (LLM) come soluzione per migliorare la trasparenza e la motivazione dietro le decisioni assistite dall'IA. Mette in evidenza che gli LLM possono generare output testuali articolati e comprensibili che assomigliano da vicino alle decisioni generate dall'uomo, permettendo una comprensione più profonda del processo decisionale. Inoltre, l'articolo enfatizza l'importanza di fornire l'accesso al set di dati per l'addestramento, al codice sorgente e ai precedenti amministrativi individuali per aumentare la trasparenza e la responsabilità. Sostiene che offrendo questi componenti, gli stakeholder possono valutare la validità e l'affidabilità delle decisioni assistite dall'IA, promuovendo la fiducia nel processo decisionale.*

*This paper examines the implementation of artificial intelligence in decision-making processes within public administration, with a focus on addressing the challenges of transparency, accountability, and the intelligibility of AI-generated decisions. The paper discusses the importance of imputability in decisions made with deep learning algorithms. It emphasises that by granting public administrations full control over the training dataset, source code, and knowledge base, the imputability of the decision*

*can be ensured. This control enables administrations to validate the relevancy and accuracy of the algorithm's training data, address potential biases, and comply with legal and ethical requirements. The paper then proposes the use of Large Language Models (LLM) as a solution to enhance the transparency and motivation behind AI-assisted decisions. It highlights that LLMs can generate articulate and comprehensible textual outputs that closely resemble human-generated decisions, allowing for a deeper understanding of the decision-making process. Furthermore, the paper emphasises the significance of providing access to the training dataset, source code, and individual administrative precedents to enhance transparency and accountability. It argues that by offering these components, stakeholders can evaluate the validity and reliability of AI-assisted decisions, fostering trust in the decision-making process.*

*Summary: 1. Introduction.- 2. Levels of AI and types of administrative powers.- 3. Briefly Assessing GDPR's Limits on Automated Decision-Making: The Human-in-the-Loop Approach.- 4. The imputability of decisions automated with deep learning.- 5. The motivation of decisions automated with Large Language Models.- 6. Conclusions.*

## **1. Introduction**

Technological evolution has led to techniques of artificial intelligence (AI) capable of interpreting a given context and acting accordingly to achieve one or more objectives<sup>[1]</sup>. While traditionally public decisions have been taken so far mostly by human beings<sup>[2]</sup>, thanks to this capacity, these algorithms can adopt a decision similar, under certain conditions and within certain limits, to that which a human would reach. In some cases, this ability can even exceed the cognitive possibilities of the individual<sup>[3]</sup>, inferring information from the data that would be difficult for a human to identify<sup>[4]</sup>.

We can therefore assume that the implementation of AI in decision-making processes of public administrations (PA), in aid or in substitution of human intellectual work, is today technically possible<sup>[5]</sup>. Incorporating AI in PA might also be desirable as it could empower decision-makers to arrive at more informed decisions by leveraging data-driven insights and advanced analytical capabilities<sup>[6]</sup>.

This holds true at least for repetitive and predetermined tasks that can be easily automated, and possibly even for more complex decision-making cases<sup>[7]</sup>.

Indeed, the use of AI has already been tested in various fields<sup>[8]</sup>, such as healthcare<sup>[9]</sup> and economics<sup>[10]</sup>. In the context of public administration, the potential benefits of AI implementation in decision-making processes are numerous<sup>[11]</sup>. AI systems can analyze large amounts of data quickly and accurately, leading to more informed decisions<sup>[12]</sup>. They can also reduce the risk of bias and error in decision-making, ensuring fair and consistent outcomes for all parties involved. Moreover, AI-based decision-making can save time and resources, allowing public administrators to better allocate available resources<sup>[13]</sup>.

However, the use of AI in decision-making is not without its challenges. One major concern is the lack of transparency in the decision-making process<sup>[14]</sup>. It is important for administrators and the population to be able to understand how AI systems make decisions and ensure that these decisions are based on relevant and accurate information. Additionally, there are ethical considerations to consider, such as the potential for AI to perpetuate or amplify existing biases<sup>[15]</sup>.

To address these challenges, it is crucial to develop and implement appropriate frameworks and safeguards for the use of AI in public administration<sup>[16]</sup>. This includes establishing guidelines for the development and deployment of AI systems to be used by the public sector, ensuring transparency and accountability in decision-making, and addressing ethical concerns. Furthermore, it is essential to involve stakeholders from diverse backgrounds and perspectives in the development and implementation of these frameworks to ensure that the use of AI in public administration is fair and equitable.

It is important to clarify that the focus of this paper is on the implementation and potential benefits of AI in the context of public administration decision-making processes, intentionally addressing the topic as an autonomous and different issue to the one of regulation AI in the private sector<sup>[17]</sup>. This paper explicitly refrains from discussing the need for AI regulation in the private sector, as it remains an open question whether such regulation is necessary, and if so, to what extent. In the private sector, there are ongoing debates and discussions surrounding the appropriate level of oversight for AI technologies, but this paper does not engage with those debates. Instead, the paper concentrates on the unique opportunities and challenges that AI presents for public administration<sup>[18]</sup>,

providing insights and recommendations specific to this domain. By narrowing the scope to public administration, the paper aims to offer a focused examination of AI implementation and its potential impact on decision-making processes within this context.

## **2. Levels of AI and types of administrative powers**

There are numerous and diverse AI techniques available<sup>[19]</sup>, making it challenging to provide a unifying definition. In its broadest sense, AI can be understood as the ability of a machine to make good decisions, plans, or inferences by adhering to the principles of statistical and economic rationality<sup>[20]</sup>. This shared characteristic allows for a common ground to appreciate the various approaches within the expansive field of artificial intelligence.

A first group of algorithms, often referred to as “conditional algorithms,” is characterized by AI systems that base their decisions on the satisfaction or non-satisfaction of specific conditions, employing a structure such as “if...else...”. The decision-making, planning, or inferencing capabilities of conditional algorithms stem from the application of predefined rules that are hardcoded into the algorithm itself<sup>[21]</sup>. These rules are typically encoded into the program by one or more human programmers, who translate their understanding of the problem domain into a series of logical steps that the algorithm follows.

In recent times, there have been emerging forms of automation that facilitate the writing of such rules, reducing the need for direct human intervention in the coding process<sup>[22]</sup>. Regardless of whether a human being or an automated software generates the conditional algorithm, the essential computer rules that delineate the procedural model of the algorithm are established programmatically. As a result, these rules are accessible and consultable, allowing for transparency in the decision-making process and the ability to trace the logic behind the AI system’s actions.

Conditional algorithms, as a foundational AI concept, enable the development of AI systems by providing a structured and rule-based approach to problem-solving. By clearly defining the conditions and associated actions, conditional algorithms offer a level of predictability and reliability in decision-making processes that can be invaluable in various applications, particularly when dealing

with scenarios where the potential outcomes and factors involved are well understood.

The logical process that underpins these algorithms bears some resemblance to legal reasoning, which suggests they may hold potential for applications in the field of administrative law. In the context of legal norms, a rule is established, and when certain events or conditions arise, specific legal consequences are produced as a result of applying that rule.

The incorporation of conditional algorithms into administrative action does not inherently disrupt the decision-making process of administrative bodies, provided that the applicable legal rule can be effectively translated into one or more machine-interpretable and executable rules. This translation process involves breaking down complex legal principles into simpler, conditional statements that a machine can process, understand, and apply consistently and accurately.

By aligning the algorithmic logic with legal reasoning, conditional algorithms can be used to support or automate administrative decision-making processes in a manner that is compatible with existing legal frameworks<sup>[23]</sup>. When properly designed and implemented, these algorithms can enhance the efficiency, consistency, and transparency of administrative actions while still adhering to the underlying legal principles.

However, it is essential to consider potential challenges and limitations when incorporating conditional algorithms into administrative decision-making<sup>[24]</sup>. For instance, some legal rules may be too complex or ambiguous to be easily translated into clear-cut conditional statements<sup>[25]</sup>. In such cases, a careful analysis of the legal rule and the context in which it is applied may be necessary to determine whether a conditional algorithm is appropriate for the task at hand<sup>[26]</sup>.

This AI technique, namely conditional algorithms, becomes therefore impractical when the number of conditions to be evaluated is either non-quantifiable or extremely high. In the realm of administrative activities, this eventuality typically arises in situations involving discretionary powers. In such cases, the choice is not strictly predetermined by the law; instead, the administration is granted the flexibility to select the option that seems most appropriate for the specific case at hand.

Discretionary powers require a nuanced understanding of context, the balancing

of competing interests, and the consideration of multiple factors that may not be easily quantifiable or reducible to simple rules<sup>[27]</sup>. As a result, the use of conditional algorithms is impractical, if not impossible, for situations involving some degree of discretion, as the inherent complexity and subjectivity of these decisions can make it difficult to capture and encode the decision-making process into a series of clear-cut, machine-interpretable rules<sup>[28]</sup>.

In such instances, alternative AI techniques might be more appropriate for supporting or informing the decision-making process. For example, machine learning algorithms can be employed to analyze historical data and identify patterns or trends that may inform decision-makers as they exercise their discretionary powers<sup>[29]</sup>. Additionally, natural language processing techniques can be used to mine and analyze relevant documents or case law, providing insights and context that may guide administrators in their decision-making process<sup>[30]</sup>.

Machine learning and deep learning techniques were developed specifically to address the limitations of conditional algorithms<sup>[31]</sup>. In deep learning systems, the essential information required for making a particular decision is extracted by the machine itself through the analysis of vast amounts of data<sup>[32]</sup>. This data is processed to identify patterns and parameters that enable the system to subsequently make informed decisions<sup>[33]</sup>. It is worth emphasizing that the output or “decision” generated by a deep learning-based algorithm can take various forms, such as a boolean value (true or false), a discursive text, or any other data presentation format depending on the specific requirements of the case.

Deep learning systems comprise two key components. The first component is the source code, which is a text written in a specific programming language that can be understood by a human with the requisite technical skills. The second crucial component of a deep learning system is the “model”, a collection of parameters that empowers the algorithm to make informed decisions<sup>[34]</sup>. It is important to note that this model is typically not directly intelligible to humans<sup>[35]</sup>.

The model is developed during the training phase, wherein the algorithm iteratively attempts to represent a given set of big data accurately. Through these repeated attempts, the algorithm evaluates how well the model represents the input data, refining the model in the process<sup>[36]</sup>. The reliability of the model is expressed using various measures, such as the percentage of approximation, mean absolute error, or other indicators, depending on the type of operation being

performed<sup>[37]</sup>.

Lastly, it's noteworthy to mention that a novel technique has recently emerged, which enables the enhancement of a model's knowledge without requiring its re-training. During the execution phase, the model's knowledge base is expanded by introducing new contextual data while it performs a specific task<sup>[38]</sup>. In this way the model can adapt to new information and incorporate it into its knowledge base in real time.

### 3. Briefly Assessing GDPR's Limits on Automated Decision-Making: The Human-in-the-Loop Approach

Articles 13 and 14 of the GDPR mandate that the processor of personal data informs the data subject about the existence of automated decision-making, including profiling, as outlined in Article 22(1) and (4). In such cases, the data subject must be provided with meaningful information about the logic behind the automated decision-making process, as well as the significance and anticipated consequences of this processing.

In the context of public administration, this obligation requires that the administration notify all individuals whose personal data are processed within the decision-making procedure about the presence of an automated decision-making process. Ideally, this notification should include *«simple ways to tell the data subject about the rationale behind, or the criteria relied on in reaching the decision»*<sup>[39]</sup>.

The purpose of these provisions is to ensure transparency and accountability in the processing of personal data<sup>[40]</sup>, particularly when automated decision-making is employed. By providing data subjects with information about the logic and consequences of automated decision-making, the GDPR seeks to empower individuals with the knowledge necessary to understand the potential impact of such systems on their lives and to exercise their rights accordingly<sup>[41]</sup>.

Subject to prevailing national legislation<sup>[42]</sup>, these European provisions do not inherently preclude the adoption of automated decision making within public administration. Instead, these provisions aim to establish a framework that ensures that data subjects are in a position to *«understand the logic underlying artificial intelligence decisions»*<sup>[43]</sup>.

Art. 22 of the GDPR is another crucial aspect to consider when discussing the use of AI and deep learning in public administration decision-making processes. The first paragraph of this article states that data subjects have *«the right not to be subject to a decision based solely on automated processing, including profiling, which produces legal effects concerning him or her or similarly significantly affects him or her»*.

The adverb *«solely»* plays a critical role in the context of using deep learning techniques by public administrations. Administrative action is typically proceduralized, and, as of now, key human figures remain integral to the formation of any decision. Consequently, it can be reasonably argued that, as long as human intervention remains genuine and meaningful<sup>[44]</sup>, i.e., *«by a human who is competent and professionally authorised to do so»<sup>[45]</sup>*, a decision made by an authority in the exercise of its functions would not be adopted *«solely»* in an automated manner<sup>[46]</sup>.

This concept of maintaining a human-in-the-loop ensures that, while AI and deep learning systems contribute to the decision-making process, human operators retain ultimate control and responsibility. By keeping a human presence at critical stages, public administrations can maintain compliance with the GDPR and address potential concerns related to accountability, transparency, and fairness.

The human-in-the-loop approach allows public administrations to harness the benefits of AI and deep learning techniques in their decision-making processes while adhering to the GDPR's provisions. This approach strikes a balance between leveraging advanced technology and ensuring that the human element remains central to the administrative process, safeguarding the rights of data subjects and maintaining the integrity of the decision-making process.

While certain national legislations may be in the process of sanctioning fully automated decisions<sup>[47]</sup>, we maintain that it remains crucial that human participation is retained within the administrative procedure<sup>[48]</sup>. This ensures adherence to the GDPR and other pertinent legal structures, such as the right to a good administration, while upholding accountability in decision-making processes. Consequently, for the purposes of this paper and given the existing legal landscape, we may conclude that further exploration of the GDPR's provisions concerning fully automated decision-making is unnecessary, provided

that the human-in-the-loop approach is maintained.

A distinct issue pertains to the utilization of personal data during both the training and execution phases of AI, as exemplified by the case involving OpenAI, which was instigated by the Italian data protection authority<sup>[49]</sup>. However, this issue goes beyond the scope of this paper, as it primarily pertains to data protection, as opposed to our specific focus on AI in public administration decision-making processes. Consequently, we will not delve into this aspect further in this context.

#### **4. The imputability of decisions automated with deep learning**

During the training phase, deep learning generates the “rules” to be applied in the subsequent execution phase<sup>[50]</sup>. This scenario is fundamentally different from the one involving conditional algorithms. As outlined above, in the case of conditional algorithms, an agent writes the rules based on the legal provisions applicable to a specific case. In contrast, deep learning does not involve a definite codification of the rules that will guide the machine’s decisions.

In deep learning, the model is derived from the analysis of the dataset on which the algorithm has been trained. Essentially, deep learning generates the parameters that will govern the execution phase by attempting to create an action model based on pre-existing data<sup>[51]</sup>. This implies that deep learning must be trained using a vast collection of administrative decisions pertaining to specific cases<sup>[52]</sup>. Additionally, if new information is incorporated during the execution phase through a knowledge-base approach<sup>[53]</sup>, this additional information must also be pertinent to the case under consideration.

The administrative decision made with the support of deep learning can thus be contextualized within the framework of administrative precedent<sup>[54]</sup>. The model provides a representation of administrative cases upon which future evaluations of similar cases can be based. Consequently, the imputability of decisions automated with deep learning is grounded in the historical and practical knowledge derived from previously resolved cases. This knowledge, when combined with the algorithm’s ability to identify patterns and relationships within the data, can lead to more informed and effective decision-making in

public administration<sup>[55]</sup>. However, it is essential to acknowledge and address the potential biases and limitations that may arise from non-objective data, or the risk that data «*can easily be manipulated and may be biased to reflect cultural, gender, national or other prejudices and preferences*»<sup>[56]</sup>.

It is thus of utmost importance that the administration maintains complete control over the dataset used during the training phase<sup>[57]</sup>. Ensuring that the training dataset and knowledge base is attributable to the administration is a crucial factor in establishing the imputability of the model generated from such dataset.

By exercising control over the training data, the administration can be made accountable to confirm that the information used to train the deep learning algorithm is relevant, accurate, and representative of the cases that the AI system will encounter<sup>[58]</sup>. This, in turn, can help guarantee that the model's predictions and recommendations are grounded in the reality of the administration's decision-making context.

Additionally, having full control over the training dataset and knowledge base allows the administration to minimize potential biases and inaccuracies that may be present in the data. This is particularly important in ensuring that AI-based decisions are fair, transparent, and adhere to ethical standards, including for compliance with the GDPR<sup>[59]</sup>.

One could argue that there is a potential risk that the human official responsible for overseeing the decision-making process might simply accept the decision proposed by the AI system without any genuine review. As a matter of fact, assuming the algorithm functions properly, the extent of the human's constructive contribution to the automated decision-making process may not be of great significance. As previously mentioned, the algorithm is built upon administrative precedents and can be instructed to apply them to new cases by formulating the text of the decision.

While such a situation might pose issues under the GDPR<sup>[60]</sup>, regarding the imputability of the decision, if the competent authority endorses the decision and affixes their signature, the content of the administrative act must be ascribed to the administration to which they belong. This ensures that the principles of accountability and responsibility are maintained in the decision-making process. Consequently, judicial review remains possible under the same conditions as if

the administrative act had been carried out entirely without the assistance of any algorithms.

The primary concern here is ensuring that human officials do not become overly reliant on AI-generated decisions and abdicate their responsibility to carefully review and assess the recommendations provided by the AI system. This can be addressed through proper training and guidelines for officials working alongside AI tools, emphasizing the importance of critical thinking and active engagement in the decision-making process<sup>[61]</sup>.

As a result, the decision made with the support of deep learning algorithms can be attributed to the administration, provided that it has full control, choice, and access to the dataset used in the algorithm's training phase, as well as the source code of the algorithm itself, and any other knowledge base used during the execution phase<sup>[62]</sup>. By ensuring these conditions are met, the administration is able to maintain its influence and authority over the model utilized in the decision-making process.

This approach emphasizes the importance of the administration's active involvement in every stage of the AI implementation, from selecting the data and overseeing the algorithm's development to monitoring its performance and outcomes. By retaining control over these aspects, the administration can ensure that the AI system operates in line with its intended goals and values, while also taking responsibility for the resulting decisions. This approach not only maintains the accountability of the administration but also strengthens the legitimacy and transparency of AI-assisted decision-making processes.

## **5. The motivation of decisions automated with Large Language Models**

A critical aspect of addressing decisions made with the assistance of digital tools is the motivation behind the decision. As previously mentioned, deep learning algorithms do not rely on hard-coded rules that can be easily verified by humans. Instead, the decision is based on an evaluation of the issue through a model generated during the training phase.

Consequently, a common contention is that AI methodologies, particularly deep learning, should be avoided in the public sector due to their inherent "opacity"<sup>[63]</sup>.

Particularly, concerns about the transparency and intelligibility of the decision-making process frequently arise. Given that the algorithm's rationale is not explicitly articulated in a format understandable by humans<sup>[64]</sup>, it is contended that comprehending the motivations behind the decisions, and ensuring their adherence to legal and ethical standards, presents a substantial challenge.

We, however, posit that this purported opacity is more perceived than real, thanks to the most recent advancements in AI techniques. It is crucial to underscore that a deep learning system can be designed to generate a textual output that mirrors the structure and consistency of its training data, but with a different content<sup>[65]</sup>. This ability to generate articulate decisions that closely resemble human-generated decisions is a powerful feature of deep learning algorithms. Presently, this class of AI systems is known as Large Language Models (LLM)<sup>[66]</sup>.

This means that if deep learning is trained using discretionary administrative acts as a basis, the algorithm can be configured to learn how to formulate texts that resemble those found in these acts. Consequently, once the training is complete, during the execution phase, the algorithm can produce a well-structured decision that employs the same terms as those observed during the training phase, but with new content that is coherent with the new input data<sup>[67]</sup>.

Given the necessity to comprehend the rationale behind an automated decision<sup>[68]</sup>, we can thus now rely on AI systems that produce intelligible decisions articulated in textual format. As such, these decisions are comprehensible to humans. This may also be supported by additional output information, to provide clearer and more comprehensible explanations of the algorithm's decision-making process.

A deep learning system intended for use by public bodies should therefore be designed to generate textual output that closely resembles what a human would produce when addressing the same issue. Rather than providing a simple binary outcome, such as accepted or rejected, the algorithm must be configured to create an argumentative text that effectively communicates the reasoning behind the decision. Of course, this assumes that the algorithm functions correctly, meaning it has the ability to produce coherent and meaningful text.

In the contemporary advancements witnessed in the field, the probability of a LLM generating outputs that are incoherent or incomprehensible is considerably low. Nevertheless, in the rare occurrence that such discrepancies do manifest, a

meticulous case-by-case evaluation would be necessitated to ascertain the validity of the output. Any resulting text found to lack coherence or relevance shall be classified as unusable.

Moreover, it should be noted that it is more likely for LLMs, including prominent examples like chatGPT<sup>[69]</sup>, to sometimes generate outputs that are not entirely aligned with the true complexity of the issue at hand, occasionally resulting in “hallucinations” or inaccurate representations of the input data. This risk is particularly heightened when LLMs interface with complex situations comprising many facts, where they might create seemingly sound legal reasoning based on the given context, even though they lack a genuine comprehension of the underlying motivations or intricacies of these results.

Given these potential pitfalls, it becomes essential that public officials and operators rigorously review and validate the textual suggestions offered by LLMs. In cases where the AI system might not fully understand the context or nuances of a particular prompt or question, it’s incumbent upon human oversight to discern the veracity and applicability of AI-generated content. This requires the development of robust frameworks for evaluating the outputs of these systems, thereby ensuring that the utilization of LLMs complements rather than compromises the integrity of public decision-making processes<sup>[70]</sup>. Thus, the challenge lies not just in crafting algorithms capable of generating human-like textual outputs, but in seamlessly merging the capacities of these AI systems with expert human judgment to forge a pathway to more transparent and intelligible public decision-making.

Consider a deep learning system that has been trained on millions of environmental assessment procedures to evaluate the compatibility of various interventions on a given territory. When applied to a new case, the output generated by this algorithm should resemble the format and structure of previous assessments while addressing the unique aspects of the specific case at hand. Instead of producing a mere boolean result indicating compatibility or incompatibility, the algorithm should generate a comprehensive compatibility analysis, drawing upon the parameters established during the training phase.

In this scenario, the deep learning system would effectively analyze the new case by considering the various factors and criteria that have been learned from the vast array of prior environmental assessments. The resulting output would

provide a detailed and reasoned compatibility analysis, enabling stakeholders to better understand the rationale behind the decision and its implications on the proposed intervention.

The first aspect of the motivation to consider in a decision made by a deep learning system is the output text generated by the machine. On top of this, in a decision adopted by a LLM, additional factors that would not be available in a decision made by a human can be taken into account. These may include the deviation of the algorithm from previous cases, as well as the relevance of those cases in informing the decision at hand.

In evaluating the output text, it is crucial to acknowledge that this text should mirror what a human would have produced. Therefore, such text should only be incorporated into the final decision of the PA if its contents are valid and legally sound, which can be determined by the competent public official responsible for the case in question.

If the text clears this initial hurdle, further reviews of the output are feasible. As previously stated, the dataset utilized for instructing the system must include decisions already rendered by the administration on cases analogous to those the algorithm will be ruling on. Therefore, the system could, for example, highlight the key precedents that played a decisive role in shaping the decision. Incorporating such a feature into a deep learning system would require the algorithm to be programmed to recognize relevant precedents during the execution phase, with techniques such as vectorization and similarity comparison<sup>[74]</sup>. By incorporating an automated mechanism capable of comparing the output with pertinent precedents, it can be ensured that new decisions are in alignment with those previously made by the same administration for similar cases under the same regulatory framework, ultimately enhancing the transparency and accountability of the decision-making process.

To make these circumstances verifiable by interested parties, it is necessary to grant access to both the source code of the algorithm and the dataset used for training<sup>[72]</sup>. The dataset is crucial for understanding how the algorithm operates – particularly in evaluating whether the algorithm has been trained on data that genuinely corresponds to the case being assessed – and if any bias may exist<sup>[73]</sup>. For this reason, the entire dataset used by the AI should be made freely available to anyone. Moreover, since any modification of the data can result in variations of

the final output, it is essential that the data is made available exactly as it was during the training process. This transparency ensures that all parties involved can confidently assess the validity and reliability of decisions made with the assistance of deep learning algorithms.

In order to address the evident concerns surrounding personal data protection, it is crucial to ensure that any dataset used by a public administration for instructing a deep learning system is fully anonymized before it is ever utilized. By taking this precautionary measure, the privacy of individuals can be protected, while still allowing for the effective training of deep learning algorithms.

To ascertain the relevance of the dataset fed to the system, it is essential to examine whether the cases used to instruct the model genuinely align with the situation being decided. Before exploring how this might be accomplished, it is important to emphasize that all interested parties must have access to the complete dataset. The responsibility of determining which portions of the dataset are relevant for validating the deep learning system's model should not rest solely on the administration.

By offering access to both the final text of the decision, and these additional components that are normally not available when the decision is adopted solely by a human being, a deeper understanding of the decision-making process can be achieved, ensuring a more robust and transparent justification. In doing so, stakeholders can have greater confidence in the decisions made using deep learning systems, as the motivation behind the decisions is well-documented and can be scrutinized by interested parties. This comprehensive approach to justification not only fosters trust in automated decision-making processes but also promotes accountability and transparency within public administration.

## **6. Conclusions**

To ensure the reliability and effectiveness of LLM in public administration, it is crucial to establish rigorous quality control measures and testing procedures. These measures should verify the algorithm's ability to produce accurate, coherent, and meaningful argumentative text that adheres to the standards and expectations of human decision-makers. Additionally, ongoing monitoring and evaluation of the system's performance will help identify any issues or anomalies

that may arise, ensuring that the AI-assisted decision-making process remains transparent, understandable, and accountable.

In the context of automated decisions made using LLM, we argue that the duty to state the reasons of the decision<sup>[74]</sup> can be met even more comprehensively and thoughtfully than in cases where decisions are not supported by such systems. Beyond the content of the administrative act as generated by the computer system, the rationale can be further substantiated by incorporating the source code, the training dataset, and the individual administrative precedents that best matched the case at issue.

The utilization of LLMs as outlined in the preceding sections presents a viable solution to the “black box” problem often associated with algorithmic decision-making processes<sup>[75]</sup>. The transparent and intelligible nature of decisions generated by these models facilitates a level of scrutiny that parallels, if not exceeds, that of traditional administrative decisions. Decision recipients, as well as overseeing bodies, are in fact granted the ability to review not only the resulting text but also the underlying arguments and considerations that influenced the outcome, fostering a deeper layer of transparency and accountability.

The integration of LLMs essentially creates a dual-layer review mechanism where decisions can be evaluated based on the generated textual output, in a manner synonymous with conventional administrative scrutiny, coupled with an additional layer of analysis focusing on the supporting arguments that the system utilized during the decision-making process. This facilitates a more in depth and comprehensive review, allowing stakeholders to better dissect and understand administrative decisions.

Consequently, by designing deep learning systems that generate argumentative text outputs comparable to those of human decision-makers, public administrations can harness the power of AI while setting a new benchmark in administrative accountability and scrutiny. At the same time, by enhancing the transparency and understandability of AI-assisted decisions, public administrations can build trust in these systems and ensure that their use is welcomed by the recipients of the decisions.

AI represents a remarkable resource for public authorities, with the potential to substantially enhance administrative action by automating various aspects of public bodies’ operations, thus improving the effectiveness and efficiency of their

activities. Specifically, the implementation of AI in the public sector can automate a wide range of repetitive tasks, enabling officials to redirect their efforts towards more critical functions that directly impact citizens' lives.

As AI systems become more advanced and sophisticated, they can not only process information more rapidly than human beings but also analyze vast amounts of data to identify patterns and trends, thereby enabling more informed and data-driven decision-making. The use of AI in the public sector has the potential to revolutionize the way public services are delivered, leading to more personalized and accessible services for citizens while also reducing the time and cost associated with manual processes.

The adoption of AI in public administration is becoming an inevitable evolution to ensure its sustainability, both from an economic and a functional standpoint. In other words, implementing AI is essential for equipping administrations with the necessary tools to effectively address citizens' needs and safeguard public interests, particularly in a context of continuous change and rapid scientific advancements that increasingly challenge public institutions.

This technological progress must be carried out in compliance with individuals' rights and in adherence to the procedural guarantees provided to protect them. Specifically, the obligation to provide reasons for administrative decisions must be preserved to supply citizens with the appropriate tools to assess the legitimacy of decisions anyhow adopted by public bodies.

Among these factors, data assumes a pivotal role. In a data-driven society, access to data is a crucial element for understanding public authorities' decisions made with deep learning algorithms. And since data, without the appropriate tools for analysis, cannot be effectively interpreted to extract the information they potentially convey, it is imperative that the administration, along with the data, also provide the tools necessary for accurate and effective analysis and review.

By doing so, administrations can strike a balance between harnessing the transformative power of AI technology and ensuring transparency, accountability, and respect for individuals' rights. This approach will enable public institutions to evolve alongside technological advancements while preserving the fundamental principles of fairness, justice, and due process that underpin democratic societies<sup>[6]</sup>.

1. For a brief history of the field of artificial intelligence, from a technical perspective, see F. Chollet, *Deep learning with Python*, II Ed., Manning, Shelter Island, New York, 2021, p. 13.
2. E. Szewczyk, *Artificial intelligence in administrative law and procedure*, in *Human Rights - From reality to the virtual world*, WSGE, Józefów, 2021, p. 116.
3. On the «*biological constraints on perceptual and computational capacity*» of humans decision-makers, see K. Bamberger, *Regulation as Delegation: Private Firms, Decisionmaking, and Accountability in the Administrative State*, in *Duke Law Journal*, 2006, p. 410.
4. I. Pilving, *Guidance-based Algorithms for Automated Decision-Making in Public Administration: the Estonian Perspective*, in *CERIDAP*, 1, 2023, p. 65.
5. T.J. Barth, E. Arnold, *Artificial Intelligence and Administrative Discretion*, in *ARPA*, vol. 29, 1999, p. 337.
6. M. Grygorak, I. Isaienko, T. Kuznietsova, *The role of artificial intelligence in the europeanization of logistics public services*, in *International Journal of New Economics, Public Administration And Law*, 2, 2018; K.M. Wiig, *Knowledge management in public administration*, in *Journal of Knowledge Management*, 2002.
7. T.M. Vogl, C. Seidelin, B. Ganesh, J. Bright, *Smart Technology and the Emergence of Algorithmic Bureaucracy: Artificial Intelligence in UK Local Authorities*, in *PAR*, 2020, Wiley (Blackwell Publishing), p. 950.
8. A. Sigfrids, M. Nieminen, J. Leikas, P. Pikkuaho, *How Should Public Administrations Foster the Ethical Development and Use of Artificial Intelligence? A Review of Proposals for Developing Governance of AI*, in *Frontiers in Human Dynamics*, vol. 4, 2022, Frontiers Media SA, p. 1.
9. E. Topol, *The Topol Review: Preparing the healthcare workforce to deliver the digital future*, in *HEE, Leeds*, 2019.
10. J.M. Cavanillas, E. Curry, W. Wahlster (Eds), *New Horizons for a Data-Driven Economy: A Roadmap for Usage and Exploitation of Big Data in Europe*, Springer, Cham, 2016.
11. M. Grygorak, I. Isaienko, T. Kuznietsova, *The role of artificial intelligence in the europeanization of logistics public services*, cit..
12. L. Kysh, *Institutional Support for the Digital Transformation of Public Administration*, in *Knowledge, Education, Law, Management*, 3, 2022; K.M. Wiig, *Knowledge management in public administration*, cit..
13. T.M. Vogl, C. Seidelin, B. Ganesh, J. Bright, *Smart Technology and the Emergence of Algorithmic Bureaucracy*, cit., p. 953.
14. E. Szewczyk, *Artificial intelligence in administrative law and procedure*, cit., p. 116.
15. I. Sobrino-García, *Artificial Intelligence Risks and Challenges in the Spanish Public Administration: An Exploratory Analysis through Expert Judgements*, in *Administrative Sciences*, vol. 11, 2021, p. 4.
16. D. Piana, *Legal services and digital infrastructures: a new compass for better governance*, Routledge, New York, 2021; I. Ulnicane, W. Knight, T. Leach, B.C. Stahl, W.-G.

- Wanjiku, *Governance of Artificial Intelligence*, in M. Tinnirello (Ed.), *The Global Politics of Artificial Intelligence*, Taylor & Francis, 2022, p. 31.
17. R. Kennedy, *E-Regulation and the Rule of Law: Smart Government, Institutional Information Infrastructures, and Fundamental Values*, Social Science Research Network, Rochester, NY, 2015, p. 22.
  18. C.E. Jimenez-Gomez, J. Cano-Carrillo, F.F. Lanas, *Artificial Intelligence in Government*, in *Computer*, vol. 53, 10, 2020, p. 25.
  19. F. Chollet, *Deep learning*, cit., p. 13.
  20. S. Russell, T. Dietterich, E. Horvitz, B. Selman, F. Rossi, D. Hassabis, S. Legg, M. Suleyman, D. George, S. Phoenix, *Research Priorities for Robust and Beneficial Artificial Intelligence: An Open Letter*, in *AI Magazine*, Winter, 2015, p. 3.
  21. F. Chollet, *Deep learning*, cit., p. 3.
  22. M. Chen, J. Tworek, H. Jun, Q. Yuan, H.P. de O. Pinto, J. Kaplan, H. Edwards, Y. Burda, N. Joseph, G. Brockman, A. Ray, R. Puri, G. Krueger, M. Petrov, H. Khlaaf, G. Sastry, P. Mishkin, B. Chan, S. Gray, N. Ryder, M. Pavlov, A. Power, L. Kaiser, M. Bavarian, C. Winter, P. Tillet, F.P. Such, D. Cummings, M. Plappert, F. Chantzis, E. Barnes, A. Herbert-Voss, W.H. Guss, A. Nichol, A. Paino, N. Tezak, J. Tang, I. Babuschkin, S. Balaji, S. Jain, W. Saunders, C. Hesse, A.N. Carr, J. Leike, J. Achiam, V. Misra, E. Morikawa, A. Radford, M. Knight, M. Brundage, M. Murati, K. Mayer, P. Welinder, B. McGrew, D. Amodei, S. McCandlish, I. Sutskever, W. Zaremba, *Evaluating Large Language Models Trained on Code*, in *arXiv*, 2107.03374, 2021.
  23. T.M. Vogl, C. Seidelin, B. Ganesh, J. Bright, *Smart Technology and the Emergence of Algorithmic Bureaucracy*, cit., p. 953. For a practical implementation of such systems, see G. Contissa, F. Lagioia, M. Lippi, H.-W. Micklitz, P. Palka, G. Sartor, P. Torroni, *Towards Consumer-Empowering Artificial Intelligence*, International Joint Conferences on Artificial Intelligence Organization, 2018, p. 5152.
  24. G. Contissa, F. Lagioia, M. Lippi, H.-W. Micklitz, P. Palka, G. Sartor, P. Torroni, *Towards Consumer-Empowering Artificial Intelligence*, cit., p. 5152.
  25. M. Adler (Ed.), *Administrative Justice in Context*, Bloomsbury Publishing, Oxford, 2010, p. 168. For an example related to risk management, see T. Mahler, *Tool-supported Legal Risk Management: A Roadmap*, in *EJLS*, 3, 2010, p. 22.
  26. L.B. Moses, *Recurring Dilemmas: The Law's Race to Keep up with Technological Change*, in *U. Ill. J.L. Tech. & Pol'y*, vol. 2007, 2, 2007, p. 283.
  27. D.E. Hall, *Administrative Law: Bureaucracy in a Democracy*, VI Ed., Pearson Prentice Hall, 2015, pp. 341–343.
  28. S. Zouridis, M. Thaens, *E-Government: Towards a Public Administration Approach*, in *Asian Journal of Public Administration*, vol. 25, 2, 2003, p. 175.
  29. E.J. Walters, *Data-Driven Law: Data Analytics and the New Legal Services*, CRC Press, 2018.
  30. C. Raffel, N. Shazeer, A. Roberts, K. Lee, S. Narang, M. Matena, Y. Zhou, W. Li, P.J. Liu, *Exploring the Limits of Transfer Learning with a Unified Text-to-Text Transformer*, in

- arXiv*, 1910.10683, 2020.
31. F. Chollet, *Deep learning*, cit., p. 10.
  32. M. Mohri, A. Rostamizadeh, A. Talwalkar, *Foundations of Machine Learning*, MIT Press, Cambridge, 2012
  33. *Ibid.*, p. 1.
  34. I. Goodfellow, Y. Bengio, A. Courville, *Deep Learning*, MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 2016.
  35. J.L. Slosser, F.F.I.U.I. Rechtsforschung, *Thoughts on the Black Box: Getting to Cooperative Intelligence in Public Administration*, 2022.
  36. D.E. Rumelhart, G.E. Hinton, R.J. Williams, *Learning representations by back-propagating errors*, in *Nature*, vol. 323, 1986, p. 533.
  37. F. Chollet, *Deep learning*, cit., p. 5.
  38. B. Peng, M. Galley, P. He, H. Cheng, Y. Xie, Y. Hu, Q. Huang, L. Liden, Z. Yu, W. Chen, J. Gao, *Check Your Facts and Try Again: Improving Large Language Models with External Knowledge and Automated Feedback*, in *arXiv*, 2302.12813, 2023.
  39. Article 29 Data Protection Working Party, “Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679”, of 6 February 2018 (17/EN WP251rev.01), p. 25.
  40. On «*the core principle of transparency underpinning the GDPR*» on this topic, see the already mentioned “Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679”, by the Article 29 Data Protection Working Party, p. 16.
  41. M. Krzysztofek, *GDPR: General Data Protection Regulation (EU) 2016/679: Post-Reform Personal Data Protection in the European Union*, Kluwer Law International B.V., Alphen aan den Rijn, 2018, p. 144.
  42. National legislation, depending on the specific context and jurisdiction, may impose additional restrictions on the use of AI in the public sector. These limitations could be in the form of more stringent transparency requirements, or stronger safeguards against potential biases in AI-driven decisions. See, for example, J.-P. Schneider, F. Enderlein, *Automated Decision-Making Systems in German Administrative Law*, in *CERIDAP*, 1, 2023. For Sweden, see J. Reichel, *Regulating Automation of Swedish Public Administration*, in *CERIDAP*, 1, 2023 For an overview of the approaches adopted by Member States, see H.C.H. Hofmann, *Comparative Law of Public Automated Decision-Making. An Outline*, in *CERIDAP*, 1, 2023.
  43. A.P. Czarnowski, K. Kunda, M. Gawronski, M. Kibil, M. Sztaberek, P. Punda, *Data Subject’s Rights*, in M. Gawronski (Ed.), *Guide to the GDPR*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2019, p. 163
  44. M. Krzysztofek, *GDPR*, cit., p. 172.
  45. A.P. Czarnowski, K. Kunda, M. Gawronski, M. Kibil, M. Sztaberek, P. Punda, *Data Subject’s Rights*, cit., p. 179.
  46. On the need to ensure «*human supervision on outcomes affecting people*», see I.M. Wróbel,

*Artificial intelligence systems and the right to good administration*, in *Review of European and Comparative Law*, vol. 49, 2022, p. 219.

47. See for example Estonia I. Pilving, *Guidance-based Algorithms for Automated Decision-Making in Public Administration: the Estonian Perspective*, cit.. For a broader comparative perspective, see G. Gallone, *Riserva di umanità e funzioni amministrative*, CEDAM, Milano, 2023, p. 128.
48. Similar conclusions are reached, in relation to the private sector, by B. Cappiello, *AI-systems and non-contractual liability*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 215.
49. On March 30, 2023, the Italian Data Protection Authority expressed concerns about ChatGPT's handling of user data, particularly its lack of age verification and inadequate legal basis for personal data collection and processing. The authority highlighted inaccuracies in the data provided by ChatGPT, as well as potential risks to minors under 13 due to a lack of filters. As a result, they issued a provisional restriction on ChatGPT's processing of personal data for Italian users, effective immediately. See the Decision of March 30, 2023, n. 112, available at [www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9870832](http://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9870832).
50. I. Goodfellow, Y. Bengio, A. Courville, *Deep Learning*, cit..
51. F. Chollet, *Deep learning*, cit., p. 133.
52. On the availability, for larger organization, of pre-categorized data, suitable for training AI models, see F. Sebastiani, *Machine Learning in Automated Text Categorization*, in *ACM Comput. Surv.*, vol. 34, 1, 2002, p. 2.
53. B. Peng, M. Galley, P. He, H. Cheng, Y. Xie, Y. Hu, Q. Huang, L. Liden, Z. Yu, W. Chen, J. Gao, *Check Your Facts and Try Again*, cit..
54. G. Contissa, F. Lagioia, M. Lippi, H.-W. Micklitz, P. Palka, G. Sartor, P. Torroni, *Towards Consumer-Empowering Artificial Intelligence*, cit., p. 5151.
55. Similar conclusions are reached by T.M. Vogl, C. Seidelin, B. Ganesh, J. Bright, *Smart Technology and the Emergence of Algorithmic Bureaucracy*, cit., p. 953. See also T.J. Barth, E. Arnold, *Artificial Intelligence and Administrative Discretion*, cit., p. 337, who proposed that «*there is the potential to have an AI system that approximates ideal rational man in the sense that all assumptions underlying the thinking and therefore decision-making processes can be understood. From the administrative discretion perspective, such capabilities raise the possibility of an unquestioningly loyal system open to any set of values, motives, and goals that are imposed on it*».
56. E. Szewczyk, *Artificial intelligence in administrative law and procedure*, cit., p. 116.
57. On the risks of obtaining datasets from external companies, see I. Sobrino-García, *Artificial Intelligence Risks and Challenges in the Spanish Public Administration*, cit., p. 4.
58. On the correlation between training data contents and accuracy of the trained model, M. Mohri, A. Rostamizadeh, A. Talwalkar, *Foundations of Machine Learning*, cit..
59. A.P. Czarnowski, K. Kunda, M. Gawronski, M. Kibil, M. Sztaberek, P. Punda, *Data Subject's Rights*, cit., p. 181.
60. See what outlined in paragraph 3 above.

61. Similar conclusions are reached, in relation to the private sector, by B. Cappiello, *AI-systems and non-contractual liability*, cit., p. 215.
62. On the elements of the AI system to analyze, see C. Natali, *AI Ethics Auditing. Risk Impact Assessment of Artificial Intelligence in the Public Administration of Justice*, 2022, University of Milan, Milan, p. 119.
63. I.M. Wróbel, *Artificial intelligence systems and the right to good administration*, cit., p. 210.
64. T. Mahler, *Introduction*, cit., p. 17.
65. T.B. Brown, B. Mann, N. Ryder, M. Subbiah, J. Kaplan, P. Dhariwal, A. Neelakantan, P. Shyam, G. Sastry, A. Askell, S. Agarwal, A. Herbert-Voss, G. Krueger, T. Henighan, R. Child, A. Ramesh, D.M. Ziegler, J. Wu, C. Winter, C. Hesse, M. Chen, E. Sigler, M. Litwin, S. Gray, B. Chess, J. Clark, C. Berner, S. McCandlish, A. Radford, I. Sutskever, D. Amodei, *Language Models are Few-Shot Learners*, in *arXiv*, 2005.14165, 2020.
66. W.X. Zhao, K. Zhou, J. Li, T. Tang, X. Wang, Y. Hou, Y. Min, B. Zhang, J. Zhang, Z. Dong, Y. Du, C. Yang, Y. Chen, Z. Chen, J. Jiang, R. Ren, Y. Li, X. Tang, Z. Liu, P. Liu, J.-Y. Nie, J.-R. Wen, *A Survey of Large Language Models*, in *arXiv*, 2303.18223, 2023, data di consultazione 14 maggio 2023, in <http://arxiv.org/abs/2303.18223>.
67. In this sense, the realization of "electronic assistants" capable of supporting public decision-making processes has been proposed by E. Schweighofer, *An e-Government Interface for the Director-General – Or: How to Support Decision Makers with an Electronic Chief Secretary?*, in R. Traunmueller (Ed.), *Electronic Government: Third International Conference, EGOV 2004, Zaragoza, Spain, August 30-September 3, 2004, Proceedings*, Springer-Verlag, Berlin Heidelberg, 2004 (Lecture Notes in Computer Science), p. 148.
68. E. Szewczyk, *Artificial intelligence in administrative law and procedure*, cit., p. 116.
69. Available at <https://chat.openai.com>.
70. Similar conclusions are drawn by I.M. Delgado, *La aplicación del principio de transparencia a la actividad administrativa algorítmica*, in E. Gamero Casado (a cura di), *Inteligencia artificial y sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 174.
71. O. Shahmirzadi, A. Lugowski, K. Younge, *Text Similarity in Vector Space Models: A Comparative Study*, in Atti del Convegno «2019 18th IEEE International Conference On Machine Learning And Applications (ICMLA)», dicembre 2019, in *2019 18th IEEE International Conference On Machine Learning And Applications (ICMLA)*.
72. On the need to make the training dataset available, see I.M. Wróbel, *Artificial intelligence systems and the right to good administration*, cit., p. 219.
73. E. Szewczyk, *Artificial intelligence in administrative law and procedure*, cit., p. 116.
74. As defined by EU case law, see for example the judgment of the Court of Justice in case C-137/92 P, *Commission/B.A.S.F.*, paragraph 67
75. See T. Wischmeyer, *Artificial Intelligence and Transparency: Opening the Black Box*, in T. Wischmeyer; T. Rademacher (Eds.), *Regulating Artificial Intelligence*, Springer, Cham, 2020, p. 87.
76. On the requirements of public decision-making processes in democracies, see S. Rose-

CERIDAP

Ackerman, *Democracy and executive power: policymaking accountability in the US, the UK, Germany, and France*, Yale University Press, New Haven, 2021.

# Contratti pubblici e amministrazione del futuro

*Paola Chirulli*

DOI: 10.13130/2723-9195/2023-3-8

*Il contributo sottolinea come i contratti pubblici siano una variabile determinante per il futuro dell'amministrazione ma al tempo stesso rappresentino un grande sfida, per la complessità della materia e la difficoltà nel disciplinarla in modo semplice ma al tempo stesso efficace. Il testo si sofferma sui molti interessi che l'amministrazione deve considerare nell'affidamento degli appalti e su come il nuovo codice abbia cercato di coniugare una disciplina più snella con il perseguimento degli obiettivi di legalità e trasparenza. La difficoltà di semplificare è testimoniata dall'esperienza dell'ordinamento inglese, che sta adottando una riforma della disciplina dei contratti pubblici che presenta molti aspetti comuni alla normativa europea e continentale.*

## ***Public contracts and the Administration of the Future***

*The article highlights how public contracts are a crucial variable for the future of the government administration but at the same time represent a great challenge due to their complexity of the subject and the difficulty of in regulating them in a simple yet effective way. The text article focuses on the many interests that the public administration has to consider when awarding contracts and how the new procurement Act tries to combine a more streamlined discipline approach with the pursuit of the objectives of legality and transparency. The difficulty of achieving this goal can be seen is testified by in the recent experience of the UK legal system, which after Brexit is in the process of adopting a reform of public contract law that, despite the declared political intentions, still has many aspects in common with European and continental law.*

*Sommario: 1. La sfida dei contratti pubblici e le sue variabili.- 2. I contratti pubblici tra funzionalizzazione e logica negoziale.- 3. La riforma del codice dei contratti pubblici e le soluzioni offerte: un primissimo bilancio.- 4. La disciplina dei contratti pubblici nel Regno Unito dopo la Brexit e la difficoltà di semplificare.*

## 1. La sfida dei contratti pubblici e le sue variabili<sup>[1]</sup>

Per il loro cruciale impatto sulla finanza pubblica, sull'economia e sul benessere della collettività i contratti pubblici rappresentano una delle più grandi sfide per il futuro della nostra amministrazione. Una sfida sulla cui vittoria incidono una serie di variabili, non sempre controllabili, anche perché in gran parte indipendenti.

Una prima decisiva variabile, che esercita un'influenza preponderante, è certamente data dalla qualità della legislazione: quella che ci occupa è materia nella quale negli ultimi venti anni si sono susseguite continue riforme, spesso dettate da eventi contingenti e non sempre ispirate a logiche coerenti<sup>[2]</sup>.

Accanto ad essa, con peso altrettanto rilevante, vi è poi una seconda variabile, rappresentata dalla c.d. capacità amministrativa.

Non c'è forse settore nel quale la buona legislazione e la buona amministrazione non possono fare a meno l'una dell'altra: se nessuna amministrazione – anche la più virtuosa – può rimediare ai difetti di una cattiva legislazione, anche le migliori legislazioni da sole non riescono a cambiare i comportamenti dei funzionari che sono chiamati ad applicarle.

C'è, poi, un altro fattore che spesso non viene tenuto in adeguata considerazione, ma che ha una ricaduta enorme sull'intero ciclo di vita dei contratti pubblici, dalla loro genesi, alle loro vicende di svolgimento, alla loro conclusione, e alla loro complessiva “riuscita”, ed è il comportamento della controparte contrattuale, attuale e potenziale, che qui svolge un ruolo di protagonista, in modo molto diverso da quanto accade nell'attività amministrativa provvedimentoale di tipo tradizionale.

Non v'è dubbio che la disciplina degli appalti pubblici sia indirizzata anche agli operatori economici, che da essa – così come applicata dalle stazioni appaltanti – ricevono incentivi e disincentivi rispetto alle strategie e ai comportamenti da porre in atto in questo peculiare settore del mercato, dominato spesso da forti asimmetrie informative e da logiche imprenditoriali non sempre convergenti con quelle delle stazioni appaltanti. Si pensi alle dinamiche sottese alla partecipazione alle gare (e alla conseguente esecuzione del contratto) in forma associata, e alle difficoltà di conciliare le vicende della compagine associativa con i principi della *par condicio* e di concorrenza, nonché con l'interesse dei contraenti alla stabilità

del contratto stipulato<sup>[9]</sup>.

Una quarta variabile è costituita dalla quantità e dalla qualità degli interessi di cui la normativa e l'azione amministrativa sono state nel tempo chiamate a farsi carico in questo settore.

Molta acqua è passata sotto i ponti da quando il diritto dei contratti pubblici non era altro che una branca della contabilità di stato, con la quale condivideva la funzione di controllo della spesa pubblica.

È stato da tempo sottolineato in dottrina come nell'evoluzione del diritto dei contratti pubblici un peso crescente – spesso fattore di complicazione – siano i diversi e spesso eterogenei interessi di cui esso è stato via via chiamato a farsi carico, e tra questi interessi, o valori, anche sotto la spinta dell'ordinamento comunitario, ha a lungo primeggiato quello della concorrenza, considerata innanzitutto come parità di opportunità di accesso al mercato, e poi come divieto di favoritismi.

Oggi non può dirsi che la tutela della concorrenza sia più il principale obiettivo della disciplina degli appalti, ma essa certamente ne caratterizza tuttora molti principi e previsioni specifiche, tanto da determinare la riconduzione della legislazione in materia alla potestà legislativa statale.

Negli anni la rilevanza crescente di molteplici interessi ha arricchito le finalità della normativa, che ha abbracciato progressivamente il contrasto alla corruzione, l'integrità delle stazioni appaltanti e dei loro comportamenti, l'affidabilità e l'integrità, specularmente, degli operatori economici che con queste trattano.

Più recentemente si sono aggiunti altri non meno importanti obiettivi, quali la tutela dell'ambiente e dell'ecosistema (green procurement), la protezione e promozione delle piccole e medie imprese, la tutela dei lavoratori e dell'attività di impresa anche in situazione di crisi, il conseguimento di finalità sociali<sup>[4]</sup>, la garanzia della parità di genere<sup>[5]</sup> e la tutela delle disabilità<sup>[6]</sup>.

In molti casi, la disciplina non si limita soltanto a prevedere condizioni di compatibilità, o a introdurre incentivi premianti per i comportamenti più virtuosi, ma chiede alle amministrazioni di attuare vere e proprie scelte di politica industriale attraverso azioni positive<sup>[7]</sup>: è questo il caso degli obiettivi ambientali, che hanno finito per connotare l'intero ciclo di conclusione dei contratti, dalla loro progettazione, alle specifiche tecniche, ai requisiti richiesti agli offerenti, ai criteri di aggiudicazione, all'oggetto della prestazione<sup>[8]</sup>.

Quelli richiamati sono tutti interessi pubblici certamente meritevoli, ma esogeni o secondari rispetto al contratto, che vengono a funzionalizzare ulteriormente l'attività dell'amministrazione ma che possono contribuire a disorientare gli operatori e ad alterare il gioco della concorrenza, tanto da creare tensioni all'interno dell'intero sistema, talora generando un vero e proprio corto circuito tra obiettivi e risultati conseguiti <sup>[9]</sup>.

Vi è poi, infine, almeno una quinta variabile: il giudice amministrativo.

Se non può dirsi che la lentezza della realizzazione delle opere sia colpa della giustizia amministrativa, è vero però che il contenzioso in materia di appalti pubblici è molto elevato <sup>[10]</sup>.

Nonostante la disciplina codicistica preveda strumenti di soluzione alternativa delle controversie, manca tuttora la previsione di strumenti in grado di disinnescare quel circolo vizioso che porta troppo spesso a trasferire il confronto concorrenziale dal procedimento al processo. Non sempre gli esiti sono quelli attesi: da una parte il giudice non è incline a decidere questioni delicate e di tenore tecnico, dall'altra le amministrazioni sono spesso determinate ad attendere che sia il giudice a indicare loro la strada da seguire. In altre, meno frequenti, occasioni, invece, è il giudice a sostituirsi nell'esercizio di quelle valutazioni che spetterebbe all'amministrazione adottare, o comunque a interpretare le previsioni normative in modo da ampliare la discrezionalità applicativa della stazione appaltante <sup>[11]</sup>.

In ogni caso il contenzioso incide, non sempre prevedibilmente e coerentemente, sull'affidamento e sul buon esito delle commesse pubbliche, oltre che sull'interpretazione della disciplina vigente. Peraltro, talora non è il solo giudice amministrativo a decidere le sorti di una procedura ad evidenza pubblica: si pensi, ad esempio, all'intervento del giudice fallimentare, cui spetta autorizzare la prosecuzione dell'attività di esecuzione di una commessa pubblica da parte di un imprenditore sottoposto a procedura concorsuale <sup>[12]</sup>.

## **2. I contratti pubblici tra funzionalizzazione e logica negoziale**

La moltiplicazione delle finalità ha contribuito a rendere più complessa una disciplina che negli anni si era già stratificata, traducendosi in una proliferazione

di norme e nella creazione di più sottosistemi, ciascuno rispondente a logiche interne non sempre facilmente armonizzabili, cui certo non hanno giovato regimi sospensivi, norme derogatorie e miniriforme, dettate dall'emergenza della pandemia e poi dall'attuazione del PNRR<sup>139</sup>.

Non sembra allora scontato ricordare che, al fondo, c'è pur sempre un contratto, ossia l'incontro consensuale di due volontà finalizzato a creare un duplice valore, il profitto per il privato, l'interesse della collettività per l'amministrazione. Quest'ultimo, anche quando non si traduce in un bene finale per gli amministratori, ma ha rilevanza meramente strumentale, cioè va semplicemente a dotare l'amministrazione di beni, servizi o opere, deve comunque garantire quello che oggi il testo del codice appena approvato definisce (pur con formulazione non priva di ambivalenze) "il risultato", ossia il conseguimento di quei beni, servizi e opere in modo che sia ottenuto nei tempi più brevi possibili il miglior rapporto qualità prezzo. L'incontro di una domanda e di una offerta resta sempre l'elemento qualificante di qualsiasi contratto, pubblico o privato che esso sia.

Nel caso dei contratti pubblici questo "virtuoso" incontro è ancora più importante, perché in molti casi l'oggetto della prestazione è un bene rilevante per la collettività, sia esso un'opera pubblica o una fornitura (si pensi ai dispositivi medici): dunque il valore del contratto, che si accompagna al prezzo, non è soltanto la qualità materiale della prestazione ma anche il suo valore sociale. L'obiettivo di non scegliere un contraente poco affidabile o poco qualificato, e di massimizzare al tempo stesso il raggiungimento delle finalità che la disciplina dei contratti impone in questa fase alle stazioni appaltanti, deve necessariamente coincidere con quello di ottenere effettivamente la prestazione migliore.

Come in tutti i contratti, inoltre, non conta solo il momento in cui le volontà finalmente si incontrano, l'accordo si stringe, il contratto si perfeziona, ma conta altrettanto – e per certi versi ancor di più – il momento dell'adempimento, che è esatto non solo quando è immediato, veloce, puntuale, ma anche e soprattutto quando è qualitativamente adeguato nella prestazione, ossia fedele alle modalità pattuite e ai bisogni che queste ultime mirano a soddisfare.

Tutto questo è considerato quasi scontato, un dato per così dire materiale, metagiuridico, una sorta di esternalità positiva del contratto "ben concluso", ossia conforme alla disciplina normativa generale e a quella speciale dettata per la singola procedura. Sappiamo infatti che la peculiarità della disciplina dei contratti

pubblici è quella di porre l'accento sul momento che precede la stipula del contratto, riservando alla fase dell'esecuzione per lo più le norme derogatorie rispetto alla disciplina privatistica.

La motivazione è nota. In dottrina, anche di recente, è stato sottolineato come quelli che pone in essere l'amministrazione siano sempre contratti *pubblici* di diritto privato<sup>[14]</sup>, per la conformazione pubblicistica che la loro disciplina imprime all'esercizio della capacità di diritto privato, sottoponendo la formazione della volontà dell'amministrazione a una serie di vincoli pubblicistici.

La teoria della funzionalizzazione del contratto pubblico, di recente ripresa in dottrina, risponde soprattutto all'esigenza di affermare una continuità tra le fasi contrattuali rifiutando la cesura tra la fase pubblicistica e quella privatistica, e mettendo in luce la presenza di poteri amministrativi esercitabili anche nel corso dell'esecuzione del contratto<sup>[15]</sup>.

Riconoscere carattere funzionale all'attività esecutiva del contratto, individuando poteri pubblicistici a efficacia negoziale, può agevolare una ricostruzione unitaria dei contratti pubblici.

La finalità della disciplina, tuttavia, dovrebbe essere in primo luogo quella di assicurare il più possibile che la sinergia tra domanda e offerta, il cui obiettivo finale è creare valore, non si realizzi solamente – e nel migliore dei casi – nel momento in cui queste si incontrano, ma venga preventivamente stimolata e coltivata lungo tutto il ciclo di vita della commessa, e ciò non solo per giustificare l'esercizio di taluni poteri autoritativi di cui il privato contraente non disporrebbe, come l'annullamento d'ufficio e la risoluzione del contratto.

La legislazione finora in vigore si è concentrata soprattutto sulla fase di affidamento, pur abbracciando alcuni aspetti della fase esecutiva, come lo *ius variandi* e la cessazione anticipata degli effetti del contratto, ma ha solo parzialmente lambito altrettanto importanti momenti come la progettazione della gara e i metodi di verifica del corretto adempimento del contraente, nel disciplinare i quali ha tenuto conto in via pressoché esclusiva dei profili amministrativo-contabili.

### **3. La riforma del codice dei contratti pubblici e le soluzioni**

## **offerte: un primissimo bilancio**

In questo quadro si inserisce la riforma del nuovo codice <sup>[16]</sup>, e che forse ha lasciato delusi quanti si aspettavano una decisa semplificazione delle norme, un taglio radicale delle regole, un ritorno all'ossatura delle direttive europee, o poco più.

Quello che il testo ha cercato di imprimere, in pochi mesi di lavoro serrato e alla luce dei criteri impartiti dalla legge delega, è un cambio di passo rispetto alle precedenti codificazioni.

Le finalità della riforma sono state quelle di semplificare, rispetto al numero e alla complessità delle regole, accelerare rispetto alle procedure, promuovere, rispetto alla concorrenza e alla partecipazione delle piccole e medie imprese, digitalizzare, qualificare e professionalizzare rispetto alle stazioni appaltanti. Il tutto, in un'ottica di massimizzazione del raggiungimento del miglior rapporto qualità-prezzo, e dunque, almeno in teoria, nel dichiarato intento di assicurare che il contratto e il contraente rispondano alle attese della stazione appaltante e, tramite essa, della collettività.

Vi è, dunque, un saldarsi delle specifiche prescrizioni e delle singole regole su delle disposizioni di principio, che occupano numerosi articoli del codice, e che dovrebbero non solo ispirare l'operato delle amministrazioni ma anche fornire la chiave interpretativa per le norme di dettaglio.

Non è questa la sede per un commento delle singole disposizioni, sulle quali stanno già scorrendo fiumi di inchiostro e di parole.

Guardando al complesso degli articoli, oltre duecento, e degli allegati, più che una semplificazione intesa come riduzione del numero delle regole, se ne ricava il tentativo di procedere a una complessiva razionalizzazione della disciplina. In particolare, il sistema delle linee guida, che costringevano l'interprete a consultare testi diversi e a provvedere a un continuo aggiornamento interpolando il testo normativo con quanto contenuto negli atti di *soft law*, si è deciso di optare per una "concentrazione" del testo in un'unica fonte, omogenea (auspicabilmente) anche nelle modalità di formulazione e nelle tecniche di redazione. Il disegno ricorda quello della legislazione europea, nel quale regolamenti o direttive sono spesso accompagnati da allegati (alcuni dei quali "cedevoli" e destinati a essere sostituiti nel tempo) volti a integrare il testo nelle parti più di dettaglio e più tecniche. Non è chiaro – ma è questione diversa – se il cambio di rotta, con un

ritorno a una diversa organizzazione delle fonti di disciplina, segni una presa di coscienza del fallimento della *soft law* (così come finora utilizzata) nella disciplina degli appalti pubblici o sia espressione della volontà di un ridimensionamento – almeno su questo fronte – del ruolo dell’ANAC, chiamata forse a svolgere troppi compiti.

Importante, nell’opera di razionalizzazione della disciplina, è la semplificazione di alcune procedure (come per gli appalti sottosoglia), ma soprattutto la previsione di numerose norme “infrastrutturali”, che dovrebbero rafforzare la cinghia di trasmissione che traduce le regole in attività concreta e dunque promuovere quel circuito virtuoso tra legislazione e applicazione pratica, indispensabile per ottenere un significativo miglioramento della qualità complessiva dell’attività contrattuale pubblica.

Tra queste norme non vi sono soltanto quelle sulla digitalizzazione di intere procedure o di loro singoli segmenti o atti (si pensi alle modalità di prestazione della garanzia provvisoria), ma anche quelle che, dopo anni di attesa, dovrebbero finalmente mettere in atto il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti e dunque consentire un miglior controllo sulla prima delle variabili individuate <sup>171</sup>.

In linea di massima, la previsione di un meccanismo che abiliti allo svolgimento delle funzioni di committenza solo le amministrazioni dotate di un’adeguata formazione è da valutare positivamente. Il sistema predisposto dal legislatore, nel codice e nell’allegato II.4 è piuttosto macchinoso e basato sull’assegnazione di un punteggio risultante da una combinazione complessa di criteri e relativi pesi affidata a una tecnica di regressione, e che in sostanza parametrizza il punteggio di ciascuna stazione appaltante a quello ottenuto dalle altre. Oltre a creare una sorta di concorrenza tra amministrazioni, non è chiaro se il meccanismo, anziché a una logica abilitante, risponda alla finalità di ridurre il numero delle stazioni appaltanti, ma soprattutto è di difficile prevedibilità negli esiti e di conoscibilità nelle modalità di calcolo.

Si conferma infine la politica della centralizzazione delle committenze, che certamente rappresenta uno strumento di efficientamento del sistema di acquisti. Concretandosi molte delle attività contrattuali pubbliche in operazioni seriali, l’affidamento alle centrali di committenza può tradursi in un guadagno di efficienza ed economicità, fermo restando un effetto spersonalizzante che in taluni casi potrebbe non adeguatamente valorizzare le peculiarità della singola

commessa e interpretare il fabbisogno delle amministrazioni che ne sono destinatarie.

Altre norme infrastrutturali, che dovrebbero avere in prospettiva un grande impatto sulla tempistica delle procedure e sulla riduzione dei margini di errore, sono quelle in materia di digitalizzazione dell'intero ciclo di vita dei contratti, o di alcuni adempimenti degli operatori, come l'utilizzo delle tecnologie basate su registri distribuiti (previste anche al fine di prevenire la contraffazione di documenti come le garanzie). Dovrebbero infine, pur con un rinvio al 2025, trovare applicazione i sistemi di gestione informativa digitale delle costruzioni (*Building Information Modelling*), da cui dovrebbe derivare una significativa modernizzazione delle modalità di progettazione dei lavori e la valorizzazione di una concorrenza qualificata<sup>[18]</sup>.

Un altro obiettivo della riforma è quello di semplificare le procedure attraverso un aumento della discrezionalità delle stazioni appaltanti, discrezionalità che in realtà è termine che sintetizza concetti molto diversi, dalla maggior flessibilità delle procedure e dallo snellimento, pur non decisivo, di alcune loro fasi (progettazione), da un allentamento selettivo dei vincoli dell'evidenza pubblica (appalti sottosoglia, affidamenti alle società *in house*), fino a una maggior autonomia nel disegno della gara (suddivisione in lotti) e della procedura da scegliere (appalto integrato), oltre che nella gestione del rapporto contrattuale (principio dell'equilibrio, rinegoziazione, modifiche del contratto e revisione prezzi).

Mentre anche il nuovo testo prevede un dialogo delle stazioni appaltanti con il mercato, sia nella fase preparatoria che precede l'indizione della gara (consultazioni preliminari di mercato), che nel corso di talune procedure (dialogo competitivo), di norma esclusa è la partecipazione nelle fasi preliminari di altri *stakeholders*, con l'unica eccezione del dibattito pubblico, che è previsto soltanto per gli appalti di opere pubbliche. Potrebbe risultare opportuna invece – almeno per talune categorie di contratti – la previsione di una partecipazione di rappresentanti delle categorie dei futuri fruitori di prestazioni che hanno un particolare impatto sulla salute, sulla qualità della vita, per valutare più correttamente il fabbisogno in vista dell'indizione della gara, o per definire in modo più efficace i criteri qualitativi di valutazione delle offerte tecniche.

Tornando al testo, a una più ampia discrezionalità lasciata in taluni casi alle

stazioni appaltanti, fa da contraltare una codificazione capillare di altri aspetti, come le cause d'esclusione, la cui disciplina è affidata ai cinque articoli del codice nonché a un allegato<sup>[19]</sup>, che contengono una descrizione dettagliata di ognuna delle circostanze che possono condurre all'esclusione, nel tentativo di lasciare il minor margine interpretativo possibile alle amministrazioni (si veda la definizione dell'illecito professionale grave): evidente è il tentativo di codificare orientamenti giurisprudenziali consolidati per contenere la discrezionalità delle amministrazioni, ma il risultato è una disciplina di non agevole lettura, non tanto e non solo per le stazioni appaltanti, ma innanzitutto per gli operatori economici. Le disposizioni del nuovo codice, nelle parti dedicate alle procedure di gara, accompagnano l'intero ciclo del contratto, disciplinando anche alcuni aspetti ritenuti salienti dell'esecuzione. E tuttavia, ancora scarsa – se non inesistente – è la disciplina delle verifiche su ciò che dovrebbe qualificare un “buon” appalto, ossia la qualità della sua esecuzione. I controlli sull'affidabilità del contraente vanno poco oltre la fase di aggiudicazione e attengono a profili spesso formali – ancorché non irrilevanti – come la persistenza del possesso dei requisiti, in particolare di quelli che più incidono sull'integrità dell'esecutore, oppure ancora ai tempi e alla quantità, più che alla qualità dell'esecuzione. Quest'ultima rileva, solo in ipotesi di accertata gravità, quale illecito professionale sanzionabile con l'esclusione.

Su questo punto si tornerà nel prosieguo, ma ci sembra insufficiente quanto previsto dall'art. 109 del testo, sotto la rubrica “reputazione dell'impresa”, laddove, riprendendo alcuni aspetti dell'istituto del *rating* d'impresa – rimasto inattuato nel regime del vecchio codice<sup>[20]</sup> – si prevede che l'ANAC gestisca un sistema digitale di monitoraggio delle prestazioni quale elemento del fascicolo virtuale degli operatori, fondato su 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 in fase esecutiva, il rispetto della legalità, l'impegno sul piano sociale e in favore della sostenibilità. A parte l'eterogeneità dei criteri, che richiamano sia aspetti legati alla legalità, sia aspetti legati alla *performance*, appare molto generica la previsione di un sistema di “incentivi” (e non penalizzante) per gli operatori al rispetto dei principi del risultato e della buona fede e dell'affidamento<sup>[21]</sup>.

La minuziosa disciplina delle cause di esclusione e delle loro modalità di

applicazione continuerà ad essere con ogni probabilità foriera di contenzioso, così come la rinnovata disciplina dell'accesso agli atti, di cui all'art. 36 del nuovo codice, che prevede l'onere per i concorrenti di indicare preventivamente quali parti delle offerte chiedono che vengano oscurate e un mini-rito acceleratissimo sul diniego dell'istanza di oscuramento presentata da un concorrente, con un regime di *stand-still* rispetto alla ostensione delle offerte fino alla scadenza del termine per impugnare, e la previsione di un procedimento sanzionatorio nell'ipotesi di reiterato rigetto delle istanze di oscuramento.

A questo proposito, il testo, accanto a un articolo in materia di ricorsi giurisdizionali, prevede un titolo interamente dedicato ai rimedi alternativi di risoluzione delle controversie, tra cui la "stabilizzazione" del Comitato consultivo tecnico<sup>[22]</sup>, il primo istituto a essere operativo con la pubblicazione del codice, e la cui introduzione peraltro aveva suscitato reazioni critiche della dottrina<sup>[23]</sup>.

Sappiamo peraltro che molta parte del contenzioso si concentra sulle operazioni di gara, sulle esclusioni (disposte o mancate), sulle modalità di aggiudicazione, sulla valutazione di anomalia. Si pensi all'istituto della c.d. inversione procedimentale, tramite il quale l'amministrazione può posticipare la verifica del possesso dei requisiti alla fase che segue l'aggiudicazione per snellire il procedimento di gara: in questi casi l'espletamento della fase procedimentale che la stazione appaltante ha legittimamente omesso, viene talora richiesto in sede giurisdizionale attraverso la proposizione di motivi che ipotizzano la potenziale esclusione, oltre dell'aggiudicatario, anche di ulteriori concorrenti i cui requisiti non sono stati oggetto di valutazione in sede di gara.

La nuova disciplina con ogni probabilità non sarà in grado di incidere significativamente su queste distorsioni, che sono in buona parte addebitabili anche a una indomabile litigiosità delle imprese, legata anche e soprattutto all'eccessiva concentrazione di certi mercati: resta il dubbio che quelli previsti siano strumenti di effettiva "de-giurisdizionalizzazione" dei conflitti o ulteriori fattori di complicazione del sistema, incidendo poco sulla variabile del contenzioso giurisdizionale.

Le ragioni della complessità della costruzione di una normativa sui contratti pubblici, e della tanto lamentata "ipertrofia legislativa"<sup>[24]</sup>, non derivano soltanto dalla necessità di coordinare molteplici obiettivi talora confliggenti, ma dalla difficoltà di mettere a sistema le interazioni tra le regole e i soggetti che sono

chiamate ad applicarle, i cui comportamenti sono espressione di logiche spesso non coincidenti.

È forse anche per questo che la linea di semplificazione drastica, con l'auspicio ricorso al semplice "copia-incolla" della normativa di fonte europea, non ha trovato nemmeno questa volta posto nel disegno riformatore.

#### **4. La disciplina dei contratti pubblici nel Regno Unito dopo la Brexit e la difficoltà di semplificare**

Del resto, la strada della semplicità non sembra essere quella prescelta nemmeno da ordinamenti che in passato hanno seguito la linea di una disciplina "minimalista" del diritto degli appalti pubblici, predicando, rispetto al diritto di fonte comunitaria, la dottrina del *copy out*, come specularmente opposta alla nostra politica del *gold plating*.

È questo il caso del Regno Unito, sul quale vale la pena di soffermarsi brevemente.

Come era previsto, la legislazione in materia di appalti vigente prima della Brexit – di derivazione eurounitaria – è stata interamente ripensata, con l'obiettivo non solo di sistematizzarla, ma di liberarla di tutte le complicazioni indotte dal recepimento della normativa europea, pur garantendone la conformità rispetto al Government Procurement Agreement della World Trade Organization.

In particolare, il proposito era quello di raccogliere in un'unica normativa la disciplina recata da diverse fonti legislative e regolamentari puntando su un unico testo legislativo snello, rinviando alla *soft law* per gli aspetti di dettaglio e lasciando un ampio margine di flessibilità alle stazioni appaltanti.

A tal fine, dal 2020 è stata avviata una lunga opera di riscrittura delle leggi vigenti, iniziata con la pubblicazione di un Green Paper<sup>[25]</sup> nel quale sono stati enunciati i criteri ispiratori della riforma e gli obiettivi ai quali ispirare l'attività contrattuale pubblica: il conseguimento dell'interesse pubblico (inteso come bene comune), il rapporto qualità-prezzo, la trasparenza, l'integrità, la parità di trattamento degli operatori, la non discriminazione.

In linea con questa direttrice, autorevole dottrina, già prima della pubblicazione del Libro Verde aveva formulato alcuni principi guida per la riforma<sup>[26]</sup>.

I principi, che in parte richiamano quelli fatti propri dal nostro testo di riforma,

sono: rapporto qualità prezzo, integrità, effettiva attuazione di politiche sociali, ambientali e altre di natura trasversale, apertura delle commesse pubbliche al mercato e al commercio, parità di trattamento, correttezza, accountability, ed efficienza procedimentale. Sotto il profilo della tecnica legislativa, la riforma avrebbe soprattutto dovuto riequilibrare il rapporto tra fonti primarie e *soft law*.

L'autrice ha proposto di applicare questi principi attraverso sette diversi percorsi:

Una politica tesa a rendere più informazioni possibili accessibili a tutti attraverso una unica piattaforma digitale;

La creazione di un regime uniforme per appalti e concessioni, esteso anche ai rimedi;

Una semplificazione della legislazione, con una nuova suddivisione della disciplina tra *hard law* e *soft law*, restituendo a quest'ultima la funzione chiarificatrice ed esplicativa, e il carattere non vincolante delle prescrizioni;

L'uso di categorie, regole e terminologie familiari e comuni, compresi quelli in uso nel diritto europeo;

La ricerca di un nuovo bilanciamento degli interessi pubblici da perseguire e un correlato cambiamento verso un aumento della flessibilità<sup>[27]</sup>, anche per modulare nella disciplina concreta delle gare il rapporto tra le diverse finalità perseguite, favorendo il perseguimento di obiettivi sociali e ambientali, in modo più ampio rispetto a quanto consentito dalla normativa di fonte europea;

Un sistema di rimedi effettivo ed equilibrato: termini brevi, azioni per danni limitate solo ai casi di colpa gravissima dell'amministrazione, ricorso alla revisione amministrativa, prima interna e poi affidata a un organismo indipendente;

Un quadro comune per il Regno Unito.

Ai documenti preparatori ha fatto seguito la complessa gestazione di un testo legislativo, tuttora in fase di approvazione alla Camera dei Comuni, che tuttavia sembra avere solo in parte raccolto i suggerimenti della dottrina e i proclami politici.

Quello licenziato dalla camera dei Lords è un disegno di legge che consta di 124 articoli, in media piuttosto lunghi, e di una serie di allegati<sup>[28]</sup>.

Nel complesso, il testo è più breve di quello che da noi è stato appena approvato, soprattutto se si considera la lunghezza degli allegati, e tuttavia, rispetto alle aspettative, è una legge che, pur recependo alcuni dei principi contenuti nel libro verde, affronta molti aspetti di dettaglio e ricalca in gran parte lo schema delle

direttive, mantenendone anche molte delle classificazioni.

Non potendo per ragioni di spazio soffermarci sull'intero testo – che peraltro potrebbe subire emendamenti prima della definitiva approvazione – è tuttavia utile sottolineare alcuni punti di interesse, anche nella prospettiva di una comparazione con le scelte del nostro legislatore.

A differenza del nostro codice, il disegno di legge inglese non contiene molte norme di principio, ma si limita, in un unico articolo, a enunciare alcuni obiettivi che vanno sempre tenuti in considerazione dalle stazioni appaltanti<sup>[29]</sup>: conseguire il massimo rapporto qualità-prezzo, massimizzare il beneficio collettivo, condividere le informazioni in modo da consentire agli operatori di comprendere appieno le politiche e le decisioni dell'autorità, agire, e far vedere di agire, con integrità. Segue il dovere di trattare gli operatori allo stesso modo, evitando comunque di mettere un'impresa in una posizione di ingiustificato vantaggio o svantaggio. Infine, le stazioni appaltanti debbono tenere conto delle difficoltà delle piccole e medie imprese nel partecipare agli appalti e verificare se tali barriere possono essere eliminate o ridotte.

Le priorità nel perseguimento di obiettivi di sostenibilità ambientale e sociale, nonché nella promozione dell'innovazione e degli strumenti per minimizzare le frodi, lo spreco o l'abuso delle risorse pubbliche vengono dettate da un *policy statement* ministeriale, sottoposto ad approvazione parlamentare, che le stazioni appaltanti debbono tenere presente nel disciplinare le singole gare<sup>[30]</sup>.

Quanto alle fasi che precedono la vera e propria gara, anche in questo caso non si prevedono particolari adempimenti progettuali o di programmazione, fermo restando l'obbligo di pubblicare un avviso preliminare e la facoltà di effettuare una consultazione del mercato (o di altri eventuali soggetti), in vista della predisposizione dei documenti di gara e al fine di meglio stabilire i requisiti e i termini contrattuali<sup>[31]</sup>. Assente, dunque, una disciplina simile a quella prevista da noi con riferimento al responsabile di progetto e alla analitica previsione delle fasi di progettazione e programmazione.

Per ciò che riguarda le procedure, non si riscontrano particolari novità rispetto ai metodi di scelta del contraente previsti dalla normativa eurounitaria. In particolare, sono previste soglie, e vengono articolate le procedure in competitive aperte o flessibili (ristrette), affidamento diretto, sistemi dinamici di acquisizione e accordi quadro. Non ci sono procedure né condizioni diversificate per lavori,

servizi o forniture, e nemmeno per appalti e concessioni, che risultano dunque assoggettati alla medesima disciplina. Gli affidamenti diretti debbono essere supportati da una delle giustificazioni che vengono specificate analiticamente in un apposito allegato. Le stazioni appaltanti, inoltre, debbono valutare l'opportunità di concludere più contratti e di prevedere la suddivisione in lotti, motivando sul punto <sup>[32]</sup>.

Con riferimento alla fissazione dei requisiti di partecipazione, le disposizioni lasciano ampio margine di scelta alle stazioni appaltanti, che debbono calibrare secondo proporzionalità i requisiti sulla base della natura, della complessità e del valore della commessa. Non sono previste particolari disposizioni rispetto alle garanzie, né viene dettata la disciplina della partecipazione delle imprese in forma associata e su questo punto si registra una notevole differenza rispetto al nostro sistema: non sono previsti sistemi di qualificazione né degli operatori, né delle stazioni appaltanti, la cui professionalità costituisce un prerequisito.

Anche la disciplina dei criteri di aggiudicazione lascia spazi di discrezionalità e flessibilità alle stazioni appaltanti, sia nella loro predisposizione <sup>[33]</sup>, sia nella percentuale da assegnare a ciascuno di essi rispetto al punteggio complessivo, sia nei rispettivi pesi e nella graduatoria di importanza. Per determinate categorie di contratti, finalizzati a fornire servizi di assistenza, che possono essere affidati senza il rispetto delle regole previste per le procedure di gara (c.d. *light touch contracts* <sup>[34]</sup>), è previsto che i criteri vengano scelti anche sulla base delle opinioni dei destinatari finali dei servizi <sup>[35]</sup>.

Un punto su cui la normativa si sofferma con particolare attenzione e specificità, con una disciplina forse ancora più dettagliata di quella contenuta nel nostro nuovo codice, è invece quello delle cause d'esclusione, di cui si occupano alcuni articoli del testo della legge <sup>[36]</sup>, nonché due lunghi allegati dedicati rispettivamente alle cause obbligatorie e discrezionali di esclusione, che possono estendersi anche a eventuali subappaltatori <sup>[37]</sup>. Il regime predisposto dall'attuale testo è molto analitico e soprattutto molto rigoroso, dal momento che le esclusioni possono avere quale esito apposite indagini seguite dall'iscrizione in una *black list* ministeriale <sup>[38]</sup>.

Allo stesso modo, rigorosa è la disciplina sui conflitti di interesse e sulle misure che stazioni appaltanti e operatori debbono prevedere per mitigarli.

Un profilo che merita particolare menzione riguarda la previsione dell'obbligo

delle stazioni appaltanti, per contratti il cui importo superi una certa soglia, di prevedere almeno tre indicatori di *performance*, rispetto ai quali valutare le prestazioni dell'operatore durante l'intero ciclo di vita del contratto<sup>[39]</sup>. Il testo prevede che i risultati delle valutazioni debbano essere resi pubblici e che l'amministrazione possa risolvere il contratto qualora la qualità dell'esecuzione non sia in linea con gli indicatori. Inoltre, la scarsa qualità di passate esecuzioni contrattuali rientra tra le cause di esclusione discrezionali: la fama di *bad performer* può insomma condizionare l'accesso al mercato.

Di interesse è anche la parte sui rimedi, che si sofferma tuttavia solo sulle azioni giurisdizionali, esprimendo una netta preferenza per i rimedi che precedono la stipula del contratto, se del caso accompagnati dalla previsione di misure cautelari. La disciplina lascia ai rimedi risarcitori uno spazio sussidiario e, pur prevedendola, limita ad ipotesi eccezionali la possibilità di dichiarare inefficace il contratto già stipulato. Lascia sorpresi che, almeno nel testo attualmente in corso di approvazione, e a differenza di quanto disposto dal nostro codice, manchi la previsione di tali rimedi. La lacuna è certamente rilevante, tenuto conto del ruolo che notoriamente nell'ordinamento inglese rivestono i rimedi alternativi alla giurisdizione, rappresentati sia da strumenti di revisione interna delle decisioni, sia da un articolato sistema di organi indipendenti di ricorso (*tribunals*). E tuttavia, l'omissione è meno grave di quanto non appaia. Se da una parte non può escludersi che una specifica disciplina relativa ai ricorsi amministrativi venga predisposta in un secondo momento, dall'altra occorre sottolineare che in materia di appalti pubblici vengono proposti pochissimi ricorsi l'anno, la maggior parte dei quali non raggiunge lo stadio della decisione nel merito<sup>[40]</sup>, in un contesto generale nel quale il numero dei ricorsi giurisdizionali è molto basso, non solo per il ricorso ad altre forme di prevenzione o di composizione della controversie, ma anche per l'elevato costo delle procedure.

In conclusione, il preannunciato «*bonfire of red tape*» con la legislazione degli appalti pubblici, tanto decantato tra gli obiettivi di riforma dell'ex premier Boris Johnson<sup>[41]</sup>, non ha subito dunque una sorte molto diversa da quella del nostro altrettanto auspicato taglio drastico della disciplina esistente.

Pur nella significativa presenza di alcuni importanti profili di differenziazione, dati soprattutto dal peso nel nostro codice di una rilevante parte di norme c.d. "infrastrutturali" e organizzative, e da una complessiva maggior flessibilità

prevista in favore delle stazioni appaltanti nel sistema inglese, non si rilevano quelle radicali differenze di impostazione che, tenuto conto dell'impatto della Brexit, ci si sarebbe aspettati di riscontrare.

Certamente alla base della pur parziale convergenza di esperienze così diverse, anche sul piano della cultura giuridica e amministrativa, vi è la necessità di inserirsi in un contesto di regole internazionali, oltre che europee, e di adottare a tal fine un linguaggio comune e regole, almeno in parte, condivise.

Ma, al di là di questa comprensibile ragione, vi è evidentemente anche la consapevolezza che – al di là dei proclami politici – un sistema di regole sufficientemente articolato è necessario – anche se purtroppo non sufficiente – per governare un settore di insopprimibile complessità, la cui corretta gestione è un obiettivo fondamentale non solo per un'amministrazione a prova di futuro, ma anche per la promozione della crescita economica e del benessere della collettività.

1. Testo, rivisto e corredato di note, dell'intervento presentato alla tavola rotonda "Pubblica Amministrazione e giustizia amministrativa in Italia. Sfide attuali e prospettive future" tenutasi il 15.12.2022, presso l'Università degli Studi di Milano, in occasione dell'Incontro di studio organizzato a tre anni dalla nascita di CERIDAP (Milano, 15-16.12.2022).
2. Per una sintesi, v. M. Cafagno, *Committenza (servizi di)*, in *Enc. dir., I tematici*, III, *Funzioni amministrative*, Milano, 2022, 218, il quale parla di un processo laborioso di stratificazione di interventi legislativi eterogenei, per provenienza, periodo storico, oggetto e impostazione culturale."
3. Il tema delle modifiche soggettive, per "addizione" o "sottrazione" dei raggruppamenti d'impresa è stato oggetto di contrastanti orientamenti giurisprudenziali, e di ben tre sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (n. 2/20, n. 10/21 e n. 2/22).
4. Sul tema si v. il recente lavoro monografico di E. Caruso, *La funzione sociale dei contratti pubblici*, Jovene, Napoli, 2021, nonché gli scritti raccolti in C. Marzuoli - S. Torricelli (a cura di), *La dimensione sociale della contrattazione pubblica. Dalle esternalizzazioni alla contrattazione socialmente sostenibile*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017.
5. Si v. da ultimo T.A.R. Lazio (sezione V), sentenza del 8 marzo 2023, n. 3873, che ha accertato la legittimità della previsione di una *lex* di gara che aveva introdotto criteri premiali per la previsione di meccanismi ad assicurare la c.d. parità di genere, richiamando non solo le previsioni contenute nel decreto semplificazioni, ma la stessa formulazione dell'art. 95, comma 6, lett. a) del codice dei contratti pubblici, anche come modificato dal d.l. 20 aprile 2022, n. 36, laddove fa riferimento alla possibilità di includere tra i criteri di valutazione dell'offerta anche caratteristiche sociali, e segnatamente l'adozione di politiche tese al raggiungimento della parità di genere.

6. Si v. quanto previsto dall'art. 47 del d.l. n. 77/2021 e poi meglio specificato dalle linee guida adottate dal Dipartimento per le Pari Opportunità con decreto del 7 dicembre 2021.
7. V. in questo senso le riflessioni sul *New Green Deal* e sulla svolta che esso ha impresso nella costituzione economica, ponendo obiettivi che intendono conciliare i principi del libero mercato con il raggiungimento dell'obiettivo della decarbonizzazione, di E. Bruti Liberati, *Politiche di decarbonizzazione, costituzione economica europea e assetti di governance*, in *Dir. pubbl.*, 2021, 423 ss., il quale include l'aggiudicazione degli appalti pubblici tra le politiche che dovranno necessariamente coordinarsi con le nuove linee di politica industriale improntate alla decarbonizzazione.
8. Si veda sul tema F. de Leonardis, *L'uso strategico della contrattazione pubblica: tra GPP e obbligatorietà dei CAM*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 2020, 62 ss., il quale sottolinea la doverosità della considerazione degli obiettivi ambientali, introdotta, anche se formulata in modo meno netto di quanto non sarebbe stato necessario. Più recentemente F. Fracchia, P. Pantalone, *Verso una contrattazione pubblica sostenibile e circolare secondo l'Agenda ONU 2030*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2022, 243 ss., secondo i quali i contratti pubblici sarebbero strumentali rispetto al raggiungimento degli obiettivi di sostenibilità.
9. Non a caso si è parlato, in questo ambito, di una "torsione teleologica" o "finalistica" del diritto dei contratti pubblici: così E. Guarnieri, *Funzionalizzazione e unitarietà della vicenda contrattuale negli appalti pubblici*, BUP, 2022, 123 ss. Sui comportamenti opportunistici che le clausole sociali, ove non adeguatamente calibrate, possono generare, v. D. Capotorto, *Clausole sociali e moral hazard: la regolazione che punisce il virtuoso e premia l'opportunista*, in *Giorn. dir. amm.*, 1, 2021, 47.
10. La macromateria "appalti" occupa una percentuale di rilievo del numero di ricorsi complessivi depositati dinanzi agli organi della giustizia amministrativa di primo e di secondo grado, come si può ricavare dalle appendici allegate alla relazione annuale sull'attività della giustizia amministrativa del Consiglio di Stato, pubblicata sul sito della giustizia amministrativa. Rilevante è altresì il numero delle sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che si pronunciano ogni anno su controversie relative ad appalti pubblici (5 nel 2019, 8 nel 2020, 5 nel 2021, 3 nel 2022).
11. Si pensi, per esempio, all'ampiezza della nozione di grave illecito professionale fatta propria da Cons. St., sez. VI, 28 novembre 2022, n. 10483.
12. Su cui v. da ultimo, S. Vinti, *La crisi dell'operatore collettivo tra scambi di ruoli e immodificabilità soggettiva*, in *federalismi.it*, 6, 2023, 212, il quale rileva come la valutazione dell'affidabilità del contraente venga in questo caso affidata a un giudice, quello della crisi d'impresa, che si propone di tutelare primariamente gli interessi dei creditori più che quelli della stazione appaltante.
13. Su cui v. E. D'Alterio, *Riforme e nodi della contrattualistica pubblica*, in *Dir. amm.*, 2022, 667 ss.
14. Così li definisce M. Mazzamuto, *Contratti pubblici di diritto privato*, in *Dir. ec.*, 2022, spec. 29 ss., laddove l'autore osserva che la capacità di diritto privato delle amministrazioni, per la quantità e la qualità dei vincoli a cui risulta sottoposta, non è una capacità generale.

15. V. E. Guarnieri, *Funzionalizzazione e unitarietà della vicenda contrattuale negli appalti pubblici*, cit. 235 ss. il quale riprende la nota impostazione di C. Marzuoli, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1982. Sul tema, su cui vi è un'ampia letteratura, sia consentito un rinvio a P. Chirulli, *Autonomia pubblica e diritto privato nell'amministrazione. Dalla specialità del soggetto alla rilevanza della funzione*, Cedam, Padova, 2005, 344 ss.
16. Il cui testo, predisposto da una Commissione istituita presso il Consiglio di Stato, è stato velocemente approvato dal Governo, con alcune modifiche: d. lgs. n. 36/2023 (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).
17. Il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti è disciplinato dall'art. 63 del codice. Sul tema, sia consentito un rinvio a P. Chirulli, *Qualificazione delle stazioni appaltanti e centralizzazione delle committenze*, in *Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale*, Banca d'Italia, n. 83, Aprile 2018, 21 ss.
18. Sul tema, v. diffusamente S. Valaguzza, *Governare per contratto. Creare valore attraverso i contratti pubblici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, 189.
19. Artt. 94-98 del codice e allegato II.10.
20. Il d. lgs. n. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici) lo prevedeva al comma 10 dell'art. 83, affidando all'ANAC il compito di predisporre attraverso linee guida il sistema di valutazione sulla base del quale rilasciare a richiesta apposita certificazione e prevedendo, all'art. 95, c. 13 che le stazioni appaltanti avessero la facoltà di indicare nei documenti di gara criteri premiali da applicare alla valutazione delle offerte in relazione al maggior rating di legalità e di impresa. In tema, v. L. Galli, M. Ramajoli, *Il ruolo della reputazione nel mercato dei contratti pubblici: il rating d'impresa*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, 1, 2017, 84.
21. Ai sensi del comma 2 dell'art. 109 spetterà infatti all'ANAC definire gli elementi del monitoraggio, le modalità di raccolta dei dati e il meccanismo di applicazione del sistema per incentivare gli operatori al rispetto dei principi del risultato di cui all'articolo 1 e di buona fede e affidamento di cui all'articolo 5, bilanciando questi elementi con il mantenimento dell'apertura del mercato, specie con riferimento alla partecipazione di nuovi operatori.
22. Su cui si v. di recente il lavoro di P. Otranto, *Dalla funzione amministrativa giustiziale alle ADR di diritto pubblico. L'esperienza dei dispute boards e del collegio consultivo tecnico*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023.
23. V. ad es., A. Massera, F. Merloni, *L'eterno cantiere del Codice dei contratti pubblici*, in *Dir. Pubbl.*, 2021, 621, che la definiscono una forma di amministrazione parallela, priva di requisiti di vera indipendenza e trasparenza. In senso critico, v. anche F. Francario, *Il collegio consultivo tecnico. Misura di semplificazione ed efficienza o inutile aggravamento amministrativo?*, in *www.giustiziainsieme.it*.
24. Parla di iper-regolazione, come una delle cause dell'inefficienza delle committenze pubbliche S. Valaguzza, *Governare per contratto*, cit., 57 ss.

25. “*Transforming Public Procurement*”, Cabinet Office, CP 353, Dicembre 2020.
26. In particolare, S. Arrowsmith, *Reimagining public procurement law: proposals for post-Brexit reform*, in *Public Law*, 2021, 69 ss.
27. Tra i punti sottolineati nell’articolo vi è un aumento della discrezionalità delle stazioni appaltanti nel calibrare i criteri di aggiudicazione, dando la giusta importanza a quelli di carattere più soggettivo, in favore di una migliore individuazione dell’offerta che offre il miglior rapporto tra qualità e prezzo, prevenendo la corruzione attraverso una maggior professionalità delle stazioni appaltanti – adeguatamente supportata da *soft law* che guida il loro operato - più che attraverso il rigore delle regole.
28. HL Procurement Bill, attualmente alla terza lettura parlamentare, disponibile su <https://bills.parliament.uk/bills/3159> (ultimo accesso 1 aprile 2023).
29. Art. 12 Procurement Bill.
30. Art. 13, che disciplina anche il procedimento di approvazione del NPPS.
31. L’articolo 16 (*Preliminary market engagement*) specifica anche le cautele che la stazione appaltante deve osservare per non creare posizioni di ingiustificato vantaggio o distorsive della concorrenza e come comportarsi quando ciò avviene.
32. Art. 18.
33. La stazione appaltante, secondo l’art. 23, c. 2, deve sincerarsi che i criteri: a) si riferiscano all’oggetto del contratto, b) siano sufficientemente chiari, misurabili e specifici, c) non siano in contrasto con le specifiche tecniche, e d) sia uno strumento proporzionato alla luce della natura, della complessità e del valore della commessa.
34. Sono specifici contratti così definiti dall’art. 9 della legge, aventi ad oggetto servizi sociali, sanitario-assistenziali e di istruzione, il cui ambito di estensione è rimesso alla disciplina secondaria, e il cui regime di affidamento è più flessibile o parzialmente derogatorio rispetto a quello generale.
35. L’art. 23, c. 6, prevede in particolare di tenere conto dei bisogni dei diversi utenti finali dei servizi e dell’importanza dalla prossimità tra il fornitore e l’utente per una efficace ed efficiente prestazione dei servizi.
36. Artt. 26-30, 57-65.
37. All. 6 e 7.
38. Cfr. artt. 59 e ss.
39. Art. 52 del testo, che prevede i casi in cui è obbligatoria la previsione di almeno tre indicatori di performance e l’art. 70 che disciplina le conseguenze della bad performance e le correlate misure di pubblicità e informazione.
40. Si possono consultare le statistiche del ministero della giustizia, disponibili al seguente indirizzo  
<https://www.gov.uk/government/statistics/civil-justice-statistics-quarterly-october-to-december-2022/civil-justice-statistics-quarterly-october-to-december-2022#judicial-reviews4>
41. Menzionato da S. Arrowsmith, *Reimagining public procurement law*, cit., 70.

# Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale

*Fiorenzo Liguori e Pasquale La Selva*

DOI: 10.13130/2723-9195/2023-3-97

*Il presente contributo esamina il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale nei rapporti di durata tra diritto pubblico e diritto privato, con particolare attenzione ai contratti di appalto e di concessione. Lo scritto, pertanto, si pone l'obiettivo di indagare le questioni relative alle sopravvenienze e alla rinegoziazione dei contratti, esaminando le clausole di revisione prezzi e le modifiche contrattuali previste dal decreto legislativo n.36/2023.*

## ***The principle of preservation of contractual balance***

*This study delves into the concept of maintaining a balanced relationship in long-term contracts between public and private law, specifically in the context of procurement and concession contracts. The main objective of the paper is to explore the challenges related to unforeseen circumstances and contract renegotiation, while analyzing the clauses for price revision and contractual amendments outlined in legislative decree n. 36/2023.*

*Sommario: 1. Sopravvenienze e rinegoziazione nei rapporti di durata tra diritto pubblico e diritto privato.- 2. Contratti commutativi, alea e alterazione dell'equilibrio originario.- 3. La disciplina delle sopravvenienze e il diritto alla rinegoziazione nei contratti di appalto.- 4. Il trasferimento del rischio nei contratti di concessione.*

## **1. Sopravvenienze e rinegoziazione nei rapporti di durata**

## **tra diritto pubblico e diritto privato<sup>[1]</sup>**

Nei contratti delle pubbliche amministrazioni che regolano rapporti di durata (anche fisiologicamente lunga, come nel caso delle concessioni) gli incidenti di percorso in fase di esecuzione sono davvero comuni, in molti casi connessi con vicende complesse che è difficile prevedere in sede di aggiudicazione della gara e stipula del contratto: la stabilità del rapporto poggia così su presupposti che difficilmente riescono a reggere alla prova del tempo<sup>[2]</sup>.

Secondo l'impianto del Codice civile, nei contratti ad esecuzione continuata o periodica la clausola *rebus sic stantibus*, espressiva del più ampio principio di buona fede<sup>[3]</sup>, viene declinata in termini risolutivi del contratto al sopraggiungere di un mutamento della situazione di fatto esistente al momento della sua stipulazione, sempre che tale mutamento abbia reso la prestazione di una delle parti eccessivamente onerosa. Solo in via eventuale, la parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto<sup>[4]</sup>.

Il nuovo Codice dei contratti pubblici<sup>[5]</sup> eleva invece a principio generale il *favor* per la conservazione del rapporto mediante il riconoscimento del diritto alla rinegoziazione delle condizioni contrattuali, il cui disequilibrio è determinato dal sopraggiungere di circostanze straordinarie e imprevedibili.

Le dinamiche dei pubblici interessi si ritiene presentino, in effetti, un indice di sopravvenienza tendenzialmente maggiore<sup>[6]</sup> rispetto a quello dei rapporti tra privati e la presenza della pubblica amministrazione quale parte di un rapporto contrattuale di durata, in cui vi è un necessario componimento degli interessi pubblici e privati, portano a contemplare come ipotesi normale il riadattamento del rapporto, tutte le volte in cui ciò è possibile senza intaccare altri principi (anzitutto la *par condicio*).

Diversa è dunque la logica che ispira la disciplina in tema di sopravvenienze nel diritto privato dei contratti e nel diritto dei contratti pubblici: nel primo caso, l'esito normale è la risoluzione del contratto *ex art. 1467 c.c.* in ipotesi di eccessiva onerosità; nel diritto dei contratti pubblici, invece, come ora enuncia in via di principio l'art. 9, si tende a favorire la conservazione del rapporto.

Il Consiglio di Stato, delegato dal Governo per l'elaborazione dello schema del nuovo Codice dei contratti pubblici, aveva, del resto, rilevato l'inadeguatezza di

una soluzione basata sull'integrale trasposizione delle regole civilistiche<sup>[7]</sup> nei contratti che intervengono tra amministrazione e privati. Ora l'art. 9 del Codice si esprime in termini di diritto alla rinegoziazione, risolvendo in tale direzione la gestione delle sopravvenienze straordinarie e imprevedibili che possono determinare una sostanziale alterazione dell'equilibrio contrattuale; un diritto che si riconosce all'appaltatore ma avendo riguardo anche alle finalità di pubblico interesse nella logica del conseguimento del risultato<sup>[8]</sup>.

La consapevolezza circa l'inadeguatezza degli effetti sostanzialmente risolutivi apprestati dall'art. 1467 del Codice civile ma anche la necessità di far fronte con strumenti adeguati agli squilibri contrattuali evidenziata dalle recenti crisi<sup>[9]</sup> sono dunque alla base della formulazione dell'art. 9 del nuovo Codice dei contratti pubblici, che contempla, in via di principio, un rimedio manutentivo del contratto nella logica della rinegoziazione. La codificazione del principio si pone, all'evidenza, l'apprezzabile intento di ridisegnare, in funzione del raggiungimento di un risultato conservativo ed utile, gli effetti delle sopravvenienze nei contratti pubblici. E tuttavia vi sono alcuni nodi da sciogliere.

In linea generale, è lecito esprimere qualche dubbio circa l'efficacia della tecnica legislativa basata sulla legalità debole dei principi nella prospettiva dell'accrescimento dell'efficienza e della celerità dell'azione amministrativa nell'ambito dei rapporti contrattuali. È certamente significativo che il risultato venga enunciato come principio cardine in cui si valorizza, per un verso, l'esercizio di poteri discrezionali e che allo stesso tempo richiede l'instaurazione di un dialogo tra le parti basato sulla fiducia, collaborazione e buona fede. E tuttavia, una tale indicazione potrebbe non essere sufficiente giacché comporta comunque per l'interprete, e dunque in prima battuta per l'amministrazione, la responsabilità di scegliere, nel dubbio, la strada che meglio ne assicuri il conseguimento<sup>[10]</sup>.

Quanto al principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale in sé considerato, anticipando qualcosa che verrà trattato in maniera più sistematica nei paragrafi successivi, si può cogliere un possibile elemento di criticità nel momento in cui si rende necessario coordinare l'indistinto riconoscimento di una posizione giuridica di diritto soggettivo alla rinegoziazione secondo buona fede delle condizioni contrattuali, con il suo condizionamento al sopravvenire di eventi indicati dalla norma, come le circostanze straordinarie e imprevedibili

estranee alla normale alea, all'ordinaria fluttuazione economica e al rischio di mercato: concetti che richiedono specificazioni, non meno dell'alterazione rilevante dell'equilibrio originario del contratto. Una volta decifrata l'esatta portata delle diverse espressioni indeterminate utilizzate dalla norma, bisogna poi comprendere se esista un dovere per le stazioni appaltanti di specificarle in termini chiari ed inequivocabili e se, in mancanza, l'attività interpretativa comporti, in sede di applicazione al caso di specie, una componente creativa ovvero volitiva. Per stabilire se si tratti o meno di un vero e proprio diritto alla rinegoziazione occorre, in altre parole, stabilire necessariamente se tra la pretesa del privato e la sua concreta realizzazione vi sia, nel mezzo, l'esercizio di un potere da parte della pubblica amministrazione e quale sia il suo contenuto.

Il diritto alla rinegoziazione va poi relazionato al suo fine, ossia il riequilibrio. A seconda che strumento contrattuale utilizzato sia l'appalto o la concessione, in dipendenza del diverso peso della componente di rischio presente nell'una e nell'altra ipotesi, cambierà l'oggetto della rinegoziazione e potrebbe cambiare anche la posizione giuridica soggettiva dell'operatore economico che invoca l'attivazione dei rimedi voluti dall'art. 9 del Codice.

## **2. Contratti commutativi, alea e alterazione dell'equilibrio originario**

Il principio contenuto nell'art. 9 del Codice dei contratti pubblici trova applicazione nei contratti di durata, i quali comportano per loro natura l'assunzione volontaria di un rischio provocato da sopravvenienze. Secondo il dettato dell'art. 9, comma 1, le sopravvenienze «*straordinarie e imprevedibili*» che incidono sull'equilibrio del contratto devono essere estranee alla «*normale alea*» che caratterizza i contratti commutativi, tra i quali va annoverato l'appalto pubblico<sup>[11]</sup>.

Il concetto di “normale alea” non è richiamato dall'art. 9 quale elemento costitutivo della categoria dei contratti aleatori e va invece inteso come una componente ineliminabile tipica dei contratti commutativi.

Secondo una nota impostazione il contratto è aleatorio quando il rapporto fra l'entità del vantaggio e l'entità del rischio al quale le parti contraenti si espongono non è noto, certo e valutabile all'atto della stipula<sup>[12]</sup>; secondo altri, il rischio che si

verificherà nel corso degli eventi, sarebbe proprio l'oggetto del contratto aleatorio<sup>[13]</sup>; secondo altri ancora, il vantaggio che un singolo contraente può trarre dal contratto aleatorio dipende da elementi estrinseci rispetto al contenuto dello stesso<sup>[14]</sup>. Una ulteriore ricostruzione attribuisce al concetto di alea carattere metagiuridico: un rischio di carattere economico senza equivalente<sup>[15]</sup>, che dunque non dipenderebbe da regole propriamente giuridiche.

Per contratto commutativo si intende invece il contratto nel quale la valutazione del rispettivo sacrificio (o vantaggio) possa farsi, da ciascuna delle parti, all'atto stesso in cui il contratto si perfeziona, in modo tale che ciascuna sappia in anticipo l'entità economica del rischio<sup>[16]</sup>.

Per "normale alea", alla quale si riferisce l'art. 9 del Codice dei contratti pubblici, si deve intendere dunque, l'area ineliminabile di rischio<sup>[17]</sup> economico – tipico dei contratti commutativi – valutato prima della stipula del contratto.

### **3. La disciplina delle sopravvenienze e il diritto alla rinegoziazione nei contratti di appalto**

In tema di eccessiva onerosità sopravvenuta del contratto a esecuzione continuata o periodica, se si guarda alla struttura complessiva dell'art. 9 del Codice, si può notare un sovertimento delle disposizioni contenute nell'art. 1467 c.c.<sup>[18]</sup>; mentre la disciplina privatistica detta la regola generale della risoluzione del contratto, fatta salva la eventuale richiesta di una delle parti di modificarne equamente le condizioni al fine di mantenere in vita il rapporto, l'art. 9 riconosce, invece, il diritto alla rinegoziazione in caso di sopravvenienze e il diritto alla riduzione proporzionale del corrispettivo secondo le regole civilistiche dell'impossibilità parziale allorquando la prestazione diventi inutile o inutilizzabile.

Il rinvio agli artt. 60 e 120 sulla revisione dei prezzi<sup>[19]</sup> e sulla modifica del contratto in corso di esecuzione rivela ancor di più la volontà del legislatore di delineare un rapporto bilaterale basato sul riconoscimento del diritto al riequilibrio del contratto in presenza di presupposti da accertare in termini oggettivi. L'art. 60 ora prevede l'obbligo – non più la facoltà – di inserire clausole di revisione prezzi (nella documentazione di gara) che si attivano al verificarsi di «*particolari condizioni di natura oggettiva*»; mentre l'art. 120 ammette le modifiche del contratto, a prescindere dal loro valore monetario, senza necessità di avviare

nuove procedure di aggiudicazione in presenza di «*clausole chiare, precise e inequivocabili*» nei documenti di gara; oltre che in caso di sopravvenienze non prevedibili, elencate dalla disposizione.

Dopo tutto, la disposizione sulle modifiche previste nella documentazione iniziale di gara trae fondamento dal Considerando 111 della Direttiva 2014/24/UE, in cui si prende atto del fatto che le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero avere la possibilità di prevedere modifiche mediante clausole di revisione o di opzione, senza ricorrere all'esercizio di poteri discrezionali.

Nella disciplina previgente non era presente una tale distinzione tra la disciplina in materia di revisione dei prezzi e la disciplina in materia di modifiche dei contratti: nel d.Lgs. n. 50/2016, l'inserimento di clausole di rinegoziazione e di revisione dei prezzi era facoltativo e la relativa disciplina era raccolta in un'unica disposizione (art. 106, comma 1, lett. *a*), mentre nel Codice di cui al d.Lgs. n. 163/2006, l'art. 115 prevedeva, invece, l'obbligo di inserimento di tali clausole direttamente nel contratto, ma per i soli contratti di servizi o forniture, escludendo, di conseguenza, la possibilità di revisione dei prezzi nei contratti di appalto anche mediante l'applicazione delle regole civilistiche <sup>[20]</sup>.

Nella disciplina attuale invece, ad una prima lettura coordinata degli artt. 9, 60 e 120 del Codice dei contratti pubblici <sup>[21]</sup>, sembrerebbe riconosciuta una posizione giuridica soggettiva di vero e proprio diritto alla conservazione dell'equilibrio contrattuale. Ma qualche dubbio può comunque sorgere rispetto all'ipotesi in cui l'amministrazione non specifichi ulteriormente rispetto al codice nella sede contrattuale <sup>[22]</sup> le vicende che alterano l'equilibrio del sinallagma: i concetti di "circostanze straordinarie e imprevedibili" e di alterazione rilevante dell'equilibrio originario del contratto hanno, in effetti, l'ampia portata tipica delle clausole generali <sup>[23]</sup>. In questi casi l'amministrazione, secondo una certa lettura <sup>[24]</sup>, sarebbe chiamata ad esprimere un giudizio in cui potrebbe ravvisarsi una scelta discrezionale tra soluzioni interpretative alternative tutte parimenti valide. Una tale visione potrebbe in particolare trovare spazio con riguardo a quelle ipotesi di modifica del contratto delineate dall'art. 120 e diverse dalla revisione prezzi, le quali raccolgono un ventaglio più ampio di sopravvenienze.

Il disequilibrio cui si riferisce il principio ha, in effetti, una connotazione anche giuridica, atteso che attiene al rapporto sinallagmatico complessivamente considerato. È vero, infatti, che il disequilibrio è determinato da fattori

metagiuridici come la straordinaria fluttuazione economica, con riguardo ai quali l'attività richiesta è di accertamento o al più di valutazione di fatti<sup>[25]</sup>, ma la valutazione della sua rilevanza può non esaurirsi nei termini di un apprezzamento puramente tecnico-economico, bensì implicare anche una valutazione sulla sproporzione tra le rispettive prestazioni stabilite nel contratto secondo un comune canone di apprezzamento. Un compito che il giudice è comunemente chiamato a svolgere ma che in questo caso sarebbe rimesso – e sta qui la particolare complessità del profilo – alla pubblica amministrazione<sup>[26]</sup>.

Il Codice sembra, comunque, orientato a richiedere la specificazione di questi concetti, con un integrale esaurimento della discrezionalità amministrativa<sup>[27]</sup> in sede di predisposizione delle regole di gara, sia per le «*condizioni oggettive*» che determinano la revisione dei prezzi (art. 60) che per le altre ipotesi che legittimano le modifiche (art. 120) e che sono dettagliate dall'art. 120 o vanno «*previste in clausole chiare, precise e inequivocabili*»; per modo che, quello che si concepiva come un interesse legittimo del privato al riequilibrio del sinallagma del contratto, è ora inquadrato come una vera e propria pretesa all'adempimento della clausola contrattuale. Un diritto soggettivo<sup>[28]</sup>, così lo qualifica l'art. 9 con una scelta lessicale che appare coerente con il contenuto effettivo della posizione giuridica se si considera che sia l'*an* che il *quantum* della pretesa vanno compiutamente disciplinati *ex ante*.

Le stazioni appaltanti, nell'applicare le nuove disposizioni in materia di revisione dei prezzi e di rinegoziazione del contratto, dovranno dunque anzitutto completare i precetti legislativi con riferimento al rapporto specifico, e poi applicarli mediante atti che non dovrebbero presentare contenuti discrezionali, poiché ogni valutazione di tale natura deve essere svolta in sede di fissazione unilaterale delle regole del rapporto<sup>[29]</sup>.

Il principio del riequilibrio contrattuale, per come è formulato dall'art.9, è rivolto non solo - come lo sono gli altri principi dettati dal Codice - ad orientare l'esercizio in concreto della accresciuta discrezionalità delle stazioni appaltanti, ma anche e soprattutto a richiedere ad esse, coerentemente con quanto la Direttiva 2014/24/UE prescrive al considerando 111, di esaurire ogni profilo discrezionale in fase di elaborazione unilaterale delle regole del rapporto, in modo da assicurare all'operatore privato certezze in ordine ai fatti costitutivi del “diritto alla rinegoziazione”.

In un tale quadro l'appaltatore è titolare di una pretesa all'adempimento di una prestazione già puntualmente descritta nel contratto e dunque l'eventuale giudizio avrà ad oggetto l'accertamento dell'esistenza di un diritto soggettivo<sup>[30]</sup>.

È, perciò, la stessa giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di revisione del prezzo<sup>[31]</sup> nonché, in generale, per le questioni attinenti la rinegoziazione del sinallagma in presenza di una disciplina legale e contrattuale completa delle sopravvenienze, ad apparire oggi di problematica giustificazione: in ipotesi di richiesta di revisione o di rinegoziazione disciplinata in clausole chiare e precise si fa luogo all'accertamento di un diritto, e la sua mancata attuazione (così come l'eventuale mancato riscontro alla richiesta di revisione) integra una condotta dell'amministrazione di inadempimento contrattuale. Del resto, l'impianto del nuovo art. 120 del Codice dei contratti pubblici non riconosce più al soggetto istante soltanto un diritto ad ottenere una risposta, ma anche (al comma 8) il potere di agire direttamente in giudizio per ottenere l'applicazione delle clausole del contratto e il conseguente adeguamento del sinallagma all'equilibrio originario con evidenti risvolti obbligatori, comprese le conseguenze in ordine alla responsabilità dell'amministrazione per la violazione dell'obbligo di rinegoziazione<sup>[32]</sup>.

La giurisdizione esclusiva non dovrebbe comportare, è noto, una speciale riserva in capo al giudice amministrativo, bensì limitarsi ad attribuire la possibilità per quest'ultimo di conoscere questioni che investono anche i diritti soggettivi dei privati, sempre che sia presente un esercizio di un potere da parte della pubblica amministrazione<sup>[33]</sup>. Se questo potere non c'è – e, nel sistema delineato in via di principio dall'art. 9, non sembra possa esservi – la giurisdizione amministrativa ancorché esclusiva, non avrebbe, a rigore, ragion d'essere. La lettura proposta non pare nemmeno collidere con il dettato di cui all'art. 133, comma 1), lett. e), n. 2), ove per la sussistenza della giurisdizione esclusiva non si chiede solo l'esistenza di una clausola di revisione del prezzo (la cui giurisdizione apparterebbe, altrimenti, al giudice ordinario), ma anche l'esistenza del «*relativo provvedimento applicativo*»: da una tale disposizione si può desumere infatti la necessità di una manifestazione del potere da parte della pubblica amministrazione, che non vi sarà nell'ipotesi in cui la clausola sia, come il codice richiede, di per sé, precisa e direttamente applicabile.

#### 4. Il trasferimento del rischio nei contratti di concessione

Se per i contratti di appalto la formulazione del principio di riequilibrio contrattuale di cui all'art. 9 del Codice opera un espresso rinvio alle disposizioni sulla revisione dei prezzi e sulla modifica dei contratti in corso di esecuzione, altrettanto non accade per i contratti di concessione, per i quali vige una disciplina specifica sia per le modifiche del contratto durante il periodo di efficacia, sia per la loro revisione.

Stante il mancato rinvio dell'art. 9, comma 5, alle disposizioni sulla modifica dei contratti durante il periodo di efficacia (art. 189) e alla revisione dei contratti di concessione (art. 192) – le cui formulazioni semantiche, peraltro, non sono dissimili dalle disposizioni analoghe in materia di appalti – si potrebbe ritenere che i concessionari non siano titolari *ex lege* di un diritto soggettivo alla rinegoziazione delle condizioni del contratto.

La ragione di una tale scelta del legislatore potrebbe rinvenirsi nella consapevolezza della peculiare rilevanza pubblicistica della fase di esecuzione del contratto di concessione, che vede la permanenza di poteri autoritativi in capo alla pubblica amministrazione concedente.

Nondimeno, anche nel caso dei contratti di concessione possono sopraggiungere sopravvenienze che incidono sull'equilibrio del rapporto di lunga durata, ma ad essere oggetto di rinegoziazione non è più – almeno nella maggioranza dei casi – l'equilibrio del sinallagma contrattuale, bensì l'equilibrio economico-finanziario, rispetto al quale assume un ruolo centrale l'allocazione del rischio operativo<sup>[34]</sup>.

Prima di procedere all'analisi delle disposizioni del nuovo Codice in materia di sopravvenienze nei contratti di concessione sembra opportuno chiarire preliminarmente il concetto di “rischio operativo” e di “trasferimento” del rischio in capo al concessionario. Il chiarimento è utile sia per comprendere come (e soprattutto perché) si passi dal riequilibrio delle condizioni del contratto nei contratti di appalto al riequilibrio delle condizioni economico-finanziarie nei contratti di concessione, sia per comprendere il valore del “rischio operativo” nelle concessioni, che assume un ruolo differente rispetto al “rischio di mercato” cui l'art. 9 del Codice genericamente si riferisce.

Mentre nel Codice non è presente una definizione di “rischio di mercato”, per il concetto di “rischio operativo” emergono, invece, differenze sostanziali tra le

previsioni della Direttiva 2014/23/UE e le disposizioni di diritto interno, che si rinvergono essenzialmente nella diversa struttura economica dell'operazione: mentre nella Direttiva il rischio – che costituisce «*la caratteristica principale di una concessione*»<sup>[35]</sup> – rappresenta il diritto di gestire un lavoro o un servizio nell'incertezza circa la possibilità di recuperare gli investimenti effettuati e i costi sostenuti, nel nuovo Codice, anche se la definizione resta invariata, all'assunzione del rischio è stata aggiunta e fa da contraltare, invece, la sostenibilità e bancabilità degli investimenti<sup>[36]</sup>, al fine di tutelare l'assetto degli interessi dedotto nel contratto – ivi compreso l'interesse pubblico – mediante la garanzia della conservazione dell'equilibrio economico-finanziario.

Nella disciplina europea, pertanto, il rischio viene interamente allocato in capo all'operatore economico, mentre nella disciplina contenuta nel Codice dei contratti pubblici la serietà dell'operazione diventa un problema non solo del concessionario, che dovrà recuperare i propri investimenti, ma anche dell'amministrazione concedente la quale, in fase di selezione del miglior contraente, pure si farà carico di valutarne la fattibilità. Il legislatore in sede di recepimento ha inteso, mediante tale precisazione, mitigare quel rischio del concessionario, spostando il fondamento dell'istituto sull'equilibrio economico-finanziario affinché possa garantirsi la continuità del servizio nel tempo<sup>[37]</sup>.

Rapportando così l'elemento del rischio alle categorie contrattuali come precedentemente individuate, si può notare come questo compaia nei contratti di concessione al nuovo art. 177 del Codice nella forma di un rischio sia sul lato della domanda che sul lato dell'offerta al quale il concessionario si espone in condizioni operative normali, mentre il concetto di rischio non emerge né nella definizione di contratto di appalto<sup>[38]</sup>, né nelle disposizioni di cui agli artt. 60 (sulla revisione dei prezzi) e 120 (sulla modifica degli appalti in corso di esecuzione).

L'elemento del rischio, essendo «*rilevante ai fini della qualificazione dell'operazione economica come concessione*»<sup>[39]</sup>, costituisce, dunque, il *proprium* di tale modello, a differenza che per l'appalto.

La distinzione tra rischio operativo e rischio di mercato risulta così delineata: mentre il primo è elemento fondante delle concessioni, il secondo integra quell'area ineliminabile di rischio che caratterizza i contratti commutativi. Mantenendo l'invariante delle sopravvenienze nei rapporti di lunga durata, bisogna pertanto distinguere il rischio operativo, che ha connotazione puramente

economico-finanziaria ed assume valore nei soli contratti di concessione, dal più generale rischio di mercato che può incidere, invece, anche sui contratti di appalto.

Il concessionario, come ridetto, assume un rischio diverso ed ulteriore rispetto a quello che è chiamato a sopportare l'appaltatore<sup>[40]</sup>. In considerazione di ciò, e tenendo conto che nei contratti di concessione sono presenti poteri di natura pubblicistica anche in fase di esecuzione della commessa, la posizione giuridica soggettiva del concessionario rispetto alla rinegoziazione parrebbe presentare caratteristiche di più agevole assimilabilità all'interesse legittimo che al diritto soggettivo. E tuttavia sembra possibile, a determinate condizioni, riconoscere in capo al concessionario una posizione di diritto soggettivo: ciò accadrà quando l'amministrazione non esercita in concreto poteri di natura discrezionale, perché ogni spazio autenticamente discrezionale si è esaurito dopo l'inserimento della clausola nel contratto. Il verificarsi di una tale ipotesi è favorito dall'art. 189 del Codice sulla modifica dei contratti di concessione durante il loro periodo di efficacia in cui, similmente a quanto previsto nell'art. 120 sulla modifica dei contratti di appalto in corso di esecuzione, è presente una elencazione dei casi nei quali è possibile modificare le concessioni senza una nuova procedura di aggiudicazione. Del resto, la dizione «*diritto alla rinegoziazione*» utilizzata dal codice accomuna appalti e concessioni.

Valgono, dunque, le medesime considerazioni esposte nei paragrafi precedenti: in tutti quei casi nei quali vi siano all'interno del contratto «*clausole chiare, precise e inequivocabili, che possono comprendere clausole di revisione dei prezzi*» è da riconoscere al concessionario una posizione giuridica di diritto soggettivo, posto che il concedente è chiamato unicamente ad accertare la sussistenza di condizioni oggettive che comportano la modifica del contratto.

Nel caso in cui le clausole del contratto non siano chiare possono comunque trovare diretta applicazione le disposizioni dell'art.189 del Codice sulla modifica dei contratti di concessione, mediante una attività interpretativa che, tenendo conto della concreta dinamica delle sopravvenienze, può portare alla rinegoziazione del rapporto<sup>[41]</sup>.

L'art. 192 del Codice ammette, inoltre, la revisione del contratto di concessione al verificarsi di sopravvenienze che incidono in modo significativo sull'equilibrio economico-finanziario dell'operazione. Per quanto il risultato finale che l'art. 192

si pone sia la revisione del contratto, nel caso delle concessioni oggetto di rinegoziazione non è più l'equilibrio contrattuale (inteso quale equilibrio del sinallagma) di cui all'art. 9, bensì l'equilibrio economico finanziario della commessa.

L'art. 177, comma 5, del Codice chiarisce che l'equilibrio economico-finanziario sussiste quando i ricavi attesi sono in grado di coprire i costi operativi e i costi di investimento, di remunerare e rimborsare il capitale di debito e di remunerare il capitale di rischio.

La definizione di equilibrio economico-finanziario è costruita intorno a quella di rischio operativo, ed entrambe sono volte alla ricerca della continua stabilità del rapporto, come pure emerge dal dettato dell'art. 192 che contiene una chiara indicazione di favore alla conservazione del rapporto contrattuale.

La revisione dell'equilibrio economico-finanziario interviene, però, solo al verificarsi di eventi oggettivamente straordinari, non prevedibili al momento della stipula del contratto, che esulano dagli eventi riconducibili nell'area del normale rischio che il concessionario si è assunto e che non sono scaturiti dalla condotta di quest'ultimo. È possibile procedere alla revisione, dunque, solo all'esito dell'accertamento e seguente valutazione dell'esistenza di sopravvenienze straordinarie e imprevedibili, mediante un'operazione di accertamento delle circostanze che hanno determinato il disequilibrio<sup>[42]</sup>. L'equilibrio economico-finanziario rappresenta un concetto metagiuridico, rispetto al quale l'amministrazione è chiamata a compiere una valutazione sulla sua portata e sui suoi effetti, ma la sua definizione non è in sé espressione di un potere autenticamente discrezionale. L'attività che l'amministrazione compie dopo aver interpretato un concetto metagiuridico consiste, in effetti, nell'accertare la circostanza che ha determinato il disequilibrio dal punto di vista economico-finanziario, e dunque si sostanzia nell'applicazione di regole tecniche elaborate nelle scienze economiche.

Va comunque separata - in termini concettuali e di trattamento giuridico - la fase cognitiva del fatto dalla successiva fase valutativa (non del fatto in sé dal quale è originato il disequilibrio, ma) dell'interesse pubblico, nell'ambito della quale l'amministrazione dovrà pur sempre scegliere la soluzione più ragionevole tra il disporre la revisione del contratto e garantire la continuità del pubblico servizio, oppure non provvedere alla revisione per ragioni di risparmio di spesa<sup>[43]</sup> e avviare

una nuova gara per l'individuazione di un nuovo concessionario. All'accertamento-valutazione del fatto (caratterizzato da un grado di elevata tecnicità) segue la valutazione della migliore scelta volta alla tutela dell'interesse pubblico: la presenza di una componente di scelta di natura discrezionale, mentre non consente di considerare indistintamente (e richiede di trattare diversamente anche in un eventuale giudizio) la fase che attiene alla cognizione del fatto e il successivo esercizio della discrezionalità, appare incompatibile con la configurazione di un obbligo di revisione delle condizioni economico-finanziarie della concessione e, correlativamente, di un diritto pieno in tal senso del concessionario.

L'art. 192 del Codice ha dunque disciplinato uno strumento mediante il quale si attribuisce al concedente il potere, con evidenti risvolti doverosi, di procedere, su richiesta del concessionario o anche d'ufficio, alla revisione del contenuto del contratto al fine ristabilire le originarie condizioni dell'equilibrio economico-finanziario, modificato da fatti imprevedibili. L'impianto normativo non prevede, in questo caso, un obbligo in capo all'amministrazione di concludere un accordo, ma unicamente un obbligo in capo alle parti di instaurare, nell'ottica della buona fede<sup>[44]</sup> e della leale collaborazione, delle trattative per addivenire alla formazione di un accordo; l'amministrazione dovrà valutare, in relazione all'interesse pubblico da perseguire e in contraddittorio con il concessionario, se accordare o meno le misure di revisione richieste<sup>[45]</sup>, assumendo scelte ispirate a nuovi principi di un Codice che pare comunque compiere un ulteriore passo in avanti verso una graduale diminuzione delle distanze, almeno in termini di garanzie e tutele, tra interesse legittimo e diritto soggettivo<sup>[46]</sup>.

1. I paragrafi 1 e 3 sono stati redatti da F. Liguori, mentre i paragrafi 2 e 4 da P. La Selva.
2. E. Boscolo, *Stabilità e adattamento nei rapporti concessori tra revisione e autotutela*, in *Riv. Giur. Edil.*, 4, 2022, p. 289.
3. Che da qualche tempo è divenuta regola di condotta generale dell'azione amministrativa con l'introduzione del comma 2-bis all'art. 1 della l. n. 241/1990, ed ora dell'art. 5 del nuovo Codice dei contratti pubblici. Sul concetto di buona fede in dottrina si veda F. Manganaro, *Principio di buona fede e attività delle Amministrazioni pubbliche*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1995; F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "Trenta" all'"alternanza"*, Giuffrè, Milano, 2001; F.G. Scoca, *Tutela giurisdizionale e comportamento della pubblica Amministrazione contrario alla buona fede*, in L. Garofalo (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica*

- storica e contemporanea. Atti del convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, Cedam, Padova, 2003, pp. 471-480; L. Giani, *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2005. Tra i civilisti, in tema di obblighi di negoziazione e buona fede si veda F. Macario, *Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi*, in *Gius. civ.*, 3, 2014, pp. 825-865.
4. In altri ordinamenti, anche nei rapporti tra privati, la buona fede viene declinata in direzione della necessità di una rinegoziazione. Cfr. C. Contessa, P. Del Vecchio (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, vol. I, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, p. 166.
  5. D.lgs. n. 36/2023 (Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della l. n. 78/2022, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici).
  6. F. Merusi, *Il coordinamento e la collaborazione degli interessi pubblici e privati dopo le recenti riforme*, in *Dir. Amm.*, 1, 1993, p. 36, il quale osserva che «*la dinamica degli interessi pubblici presenta un indice di sopravvenienza tendenzialmente maggiore, che non la dinamica dei rapporti fra privati, mentre l'esigenza di tutela dell'interesse pubblico sopravvenuto esclude che possano essere posti quei limiti all'applicazione della clausola rebus sic stantibus che i codici, compreso quello italiano, pongono a tutela dell'opposto principio della stabilità dei rapporti fra privati*».
  7. Nella "Relazione agli articoli e agli allegati" dello schema definitivo del Codice dei contratti pubblici elaborato dal Consiglio di Stato si legge, a p. 24, che le finalità di pubblico interesse presenti nei contratti pubblici escludono la «*possibilità di accedere a una integrale trasposizione delle regole civilistiche*» e rendono necessario «*il raggiungimento di un giusto punto di equilibrio idoneo a preservare tali interessi assicurando al tempo stesso adeguata ed effettiva tutela gli operatori economici*». Anche nel recente studio di F. Goisis, P. Pantalone, *La revisione dei prezzi negli appalti pubblici come condizione per l'attuazione del PNRR, tra principi eurounitari e vischiosità normative nazionali*, in *Dir. Amm.*, 1, 2023, spec. p. 99, si prende atto dell'inadeguatezza dello strumento della caducazione del contratto ex art. 1467 c.c.. In tema, con riferimento specifico agli accordi ex art. 11 si rinvia alle notazioni di A. Rallo, *Appunti in tema di rinegoziazione negli accordi sostitutivi di provvedimenti*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2, 1993, pp. 298-334, e in particolare p. 323 e ss. sulla necessità di esperire la strada della rinegoziazione prima di procedere, ove questa fallisca, alla risoluzione unilaterale.
  8. In tema cfr. M.R. Spasiano, *Codificazione di principi e rilevanza del risultato*, in C. Contessa, P. Del Vecchio (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, cit., pp. 49-78, spec. p. 76.
  9. Come la pandemia da Covid-19, la recente guerra in Ucraina e la conseguente crisi economica e sociale. Sul punto si veda A.M. Chiariello, *Una nuova cornice di principi per i contratti pubblici*, in *Dir. econ.*, 1, 2023, p. 146.
  10. Sembra infatti che un'amministrazione impaurita e anche tecnicamente poco attrezzata continuerà ad avere, malgrado l'introduzione dei nuovi principi, difficoltà a decidere presto e bene quando le regole da seguire in concreto non siano sufficientemente delineate.
  11. Si veda E. Boscolo, *Stabilità e adattamento*, cit., p. 291.

12. F. Messineo, voce *Contratto (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, vol. IX, Milano, 1961, p. 922.
13. A. Boselli, *Le obbligazioni fondamentali nel contratto aleatorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, pp. 596 e ss.
14. G. Osti, voce *Contratto*, in *Noviss. dig. it.*, vol. IV, Torino, 1959, pp. 495 e ss.
15. A. Pino, *Contratto aleatorio, contratto commutativo e alea*, in *Riv. dir. civ.*, 1960; F. Messineo, voce *Contratto*, cit., pp. 923-924.
16. Si richiama ancora una volta F. Messineo, voce *Contratto*, cit., p. 925.
17. Tra i civilisti parlano di rischio proprio di qualsiasi contratto commutativo M. Zaccheo, *Concessioni pubbliche e sopravvenienze*, in *Costituzionalismo*, 1, 2021, pp. 1-22; E. Gabrielli, *Alea e teoria del contratto. Una visione italiana*, in *Riv. dir. priv.*, 2, 2020, pp. 167-180.
18. Ritengono direttamente applicabile la disciplina sulla rinegoziazione di cui all'art. 1467 c.c. ai contratti della pubblica amministrazione F. Cintioli, *Le conseguenze della pandemia da Covid-19 sulle concessioni di servizi e sull'equilibrio economico e finanziario*, in *Dir. econ.*, 3, 2020, pp. 13-34; G.F. Cartei, *Rischio e disciplina negoziale nei contratti di concessione e di partenariato pubblico-privato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2018, p. 623.
19. La relativa disciplina nell'ambito dei contratti della pubblica amministrazione, un tempo ispirata a principi significativamente difformi in senso favorevole alle imprese rispetto alle previsioni nell'art. 1664, comma 2, c.c. secondo il quale il rischio, almeno per quanto riguarda gli effetti dell'inflazione, deve essere sopportato dall'appaltatore (in tema cfr. M. Zoppolato, A. Comparoni, *Revisione dei prezzi*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis (a cura di), *Trattato dei contratti pubblici*, Giuffrè, Milano, 2019, pp. 67 e ss.) è stata peraltro più volte rimaneggiata anche a causa dell'uso distorto che se ne faceva. L'art. 133, comma 3, del d.lgs. n. 163/2006 ha, in particolare, previsto il sistema del c.d. "prezzo chiuso" per la revisione dei prezzi nei soli contratti di lavori. Secondo tale meccanismo i prezzi al netto del ribasso d'asta dovevano essere aumentati di una data percentuale stabilita ogni anno con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti qualora la differenza tra il tasso di inflazione reale e quello programmato nell'anno precedente fosse stato superiore al due per cento. La regola del prezzo chiuso non è stata riproposta nel d.lgs. n. 50/2016, ove si è invece previsto un meccanismo facoltativo di revisione dei prezzi per i lavori, per i servizi e per le forniture. In presenza di apposite clausole di revisione dei prezzi, la modifica si produce secondo le variazioni dei prezzi e dei costi standard, ove definiti, senza alterare la natura del contratto. Cfr. A. Cianflone, V. Lopilato, *L'appalto di opere pubbliche*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2021, pp. 1969 e ss. Nella disciplina attuale, la revisione dei prezzi di cui all'art. 60 è diretta espressione dell'art. 9; anche l'art. 120 sulle modifiche dei contratti in corso di esecuzione è espressione del principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale, ma a differenza di quanto disposto dalla precedente codificazione (art. 106 d.lgs. n. 50/2016) la revisione dei prezzi è oggetto di una disposizione a parte (art. 60) e non è più ricompresa nell'ambito della disposizione che abbraccia le diverse fattispecie specifiche tipiche che legittimano la modifica del contratto in corso di esecuzione senza ricorrere a una nuova gara.
20. L'art. 115 del d.lgs. n. 163/2006 così recitava: «*Tutti i contratti ad esecuzione periodica o*

*continuativa relativi a servizi o forniture debbono recare una clausola di revisione periodica del prezzo. La revisione viene operata sulla base di una istruttoria condotta dai dirigenti responsabili dell'acquisizione di beni e servizi sulla base dei dati di cui all'articolo 7, comma 4, lettera c) e comma 5», mentre l'art. 133, comma 2 del medesimo decreto prevedeva categoricamente che «per i lavori pubblici affidati dalle stazioni appaltanti non si può procedere alla revisione dei prezzi e non si applica il comma 1 dell'articolo 1664 del codice civile».*

21. L'art. 9, comma 4, del Codice dei contratti pubblici prevede che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti favoriscono l'inserimento del contratto di clausole di rinegoziazione. L'art. 60, comma 1, dispone invece che «nei documenti di gara iniziali delle procedure di affidamento è obbligatorio l'inserimento delle clausole di revisione prezzi», mentre l'art. 120 del Codice prevede l'inserimento di clausole chiare e precise per quanto attiene la revisione prezzi e per le modifiche al contratto in corso di esecuzione (comma 1, lett. a), mentre per il resto della casistica riportata nella disposizione potrebbe anche permanere, in alcuni casi, la facoltà dell'amministrazione di valutare i casi in cui sia possibile consentire una modifica successiva al contratto.
22. Una tale eventualità pare peraltro collidere con l'impostazione seguita dal Codice sia nella parte in cui qualifica come diritto la pretesa alla rinegoziazione, sia nella parte in cui richiede che ogni revisione sia il frutto di clausole chiare, precise e inequivocabili. In tema F. Goisis, P. Pantalone, *La revisione dei prezzi*, cit. 409.
23. Per alcuni studi recenti sulle formulazioni indeterminate delle norme si può rinviare a M. Clarich, M. Ramajoli, *Diritto amministrativo e clausole generali: un dialogo*, Edizioni ETS, Pisa, 2021 e S. Perongini, *Le strategie legislative di configurazione della determinazione provvedimento*, in *P.A. Pers. e Amm.*, 1, 2018, pp. 59-70.
24. Ad esempio, M. Mazzamuto, *Contratti pubblici di diritto privato*, in *Dir. econ.*, 2, 2022, p. 82, ravvisa la presenza di poteri pubblicistici anche nella revisione dei prezzi.
25. Sulle valutazioni tecniche e sul loro carattere tendenzialmente non riservato la letteratura è vastissima. In tema, anche per gli essenziali riferimenti, si può vedere F. Liguori, *La discrezionalità tecnica nel pensiero di Errico Presutti: una categoria «a tempo»*, in *Nomos*, 1, 2022.
26. «Nel diritto amministrativo, la sussunzione del fatto concreto nella clausola generale posta a livello di fattispecie normativa è operata in prima battuta da un soggetto (la pubblica amministrazione) che è di norma esterna ai rapporti interpretati regolati da clausole generali e rispetto al quale il giudice opera per così dire in seconda battuta. Questo introduce un elemento di complessità che spiega le incertezze in dottrina e le oscillazioni giurisprudenziali». Così M. Clarich, *Diritto amministrativo e clausole generali*, cit., p. 41.
27. Di esaurimento del “potere di supremazia dell'amministrazione” nei vincolanti parametri contrattuali parla, ad esempio, Cons. St., 7 luglio 2022, n. 5651. Una delle caratteristiche del nuovo Codice è peraltro comunemente individuata nell'ampliamento dei poteri discrezionali delle amministrazioni, ma nel caso di cui ci stiamo occupando la preoccupazione legata al rispetto della *par condicio* ha evidentemente consigliato soluzioni

- molto più caute. Sulla necessaria ponderazione tra principi che valorizzano la discrezionalità amministrativa e gli altri principi del Codice si veda M. Ramajoli, *I principi generali*, in C. Contessa, P. Del Vecchio (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, cit., pp. 45-48, spec. p. 46.
28. F. Goisis, P. Pantalone, *La revisione dei prezzi negli appalti pubblici*, cit., p. 109, osservano che dinanzi a clausole contrattuali certe ed univoche non potrà che riconoscersi in capo al privato una posizione di diritto soggettivo alla revisione, sia perché la posizione nasce da un contratto di diritto privato, sia perché la posizione di vantaggio non potrà più essere soggetta all'altrui valutazione discrezionale.
29. Si tratta di una attività di attuazione di principi e di standard valutativi come descritta da A. Falzea, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, in *Ricerche di teoria generale e di dogmatica giuridica*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1999, pp. 381 e ss. Come poi ricorda L. Nivarra, *Clausole generali/standard valutativi nel pensiero di Angelo Falzea*, in *Europa e dir. priv.*, 4, 2022, p. 752, si può dire che «il compito fondamentale dello standard sia quello dell'adeguamento della norma al fatto». Sulla differenza tra attività interpretativa e attività discrezionale si veda, tra gli altri, V. Cerulli Irelli, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 1984, p. 478, il quale rimarca la differenza tra l'attività amministrativa di attuazione della legge, che è in teoria pienamente conoscibile, e l'attività amministrativa discrezionale che non è in teoria conoscibile nella sua interezza. Più di recente, M. Ramajoli, *Diritto amministrativo e clausole generali*, cit., p. 57, ricorda che l'attività interpretativa può essere controllata in maniera completa utilizzando i criteri dell'ermeneutica giuridica e si differenzia dall'attività discrezionale, sindacabile mediante la tecnica dell'eccesso di potere e una valutazione di tipo estrinseco in termini di ragionevolezza. È appena il caso di ricordare che, tuttavia, la distinzione tra attività interpretativa e attività discrezionale non è sempre agevole e che, in diritto amministrativo, la questione è complicata, come già ricordato, dal fatto che le norme indeterminate vengono applicate in prima battuta dall'amministrazione e non dal giudice, come in diritto privato.
30. Cfr. Cass. civ., s.u. 8 febbraio 2022, n. 3935, che rinnova un orientamento già espresso nelle pronunce 12 ottobre 2020, n. 21990, 1° febbraio 2019, n. 3160, e 19 marzo 2009, n. 6595. Le S.U. distinguono i casi in cui la disciplina contrattuale contempra previsioni direttamente applicabili anche sull'*an* rispetto ai casi in cui «l'esercizio di un potere di supremazia in capo all'ente appaltante ... è estrinsecazione di un potere discrezionale che questo pone in essere attraverso l'attività istruttoria postulata dalla norma e che degrada l'esercitata pretesa nella fase procedimentale corrispondente al mero rango di interesse legittimo». Per un confronto con il diverso orientamento del giudice amministrativo, *ex multis* Cons. St., 6 settembre 2022, n. 7756; Id., 22 giugno 2018, n. 3827; T.A.R. Campania-Napoli (sezione I), sentenza del 22 dicembre 2022, n. 8016; T.A.R. Lazio-Roma (sezione III), sentenza del 10 ottobre 2022, n. 12806; Id., n. 8752/2017, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*. Per un quadro completo del panorama giurisprudenziale si può rinviare alla ricostruzione di R. Berloco, *Sopravvenienze e appalti*

*di lavori pubblici: la revisione dei prezzi tra interesse legittimo e diritto soggettivo*, in *Riv. trim. app.*, 1, 2023, pp. 77-106.

31. Sia consentito rinviare a F. Liguori, *La funzione amministrativa. Aspetti di una trasformazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, spec. p. 82, in cui già si era espressa qualche perplessità sulla scelta del legislatore di riservare alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative all'adeguamento e alla revisione dei prezzi. Le disposizioni, allora, e ancor più adesso, non sembrano configurare (se strettamente osservate da parte dell'amministrazione) alcun potere autoritativo quanto piuttosto delineare un rapporto bilaterale basato sul necessario riconoscimento del diritto in presenza di presupposti da accertare in termini oggettivi.
32. Il riferimento è al già menzionato comma 8 dell'art. 120 del Codice, le cui formulazioni semantiche (tra cui rilevano in particolar modo «*il contratto è sempre modificabile ai sensi dell'art. 9 e nel rispetto delle clausole di rinegoziazione contenute nel contratto*» e «*violazione dell'obbligo di rinegoziazione*») sembrerebbero riconoscere il capo al privato un vero e proprio diritto soggettivo disciplinato in clausole contrattuali, la cui violazione dovrebbe comportare la giurisdizione del giudice ordinario.
33. In tal senso è Cass. civ., s.u. 12 ottobre 2020, n. 21990, in *www.dejure.it*, in cui si osserva che «*la sussistenza di una giurisdizione esclusiva, secondo il solido insegnamento offerto da queste Sezioni Unite quale giudice del riparto, non comporta peraltro che la giurisdizione sia riservata in toto al giudice amministrativo. L'espressione "esclusiva", che dal punto di vista semantico lo attesterebbe, dal punto di vista giuridico invece non può essere intesa in tal senso, in quanto la fonte costituzionale di questa species di giurisdizione conduce ad un significato diverso*». L'assunto si fonda sulla nota sentenza della Corte Cost., sent. 6 luglio 2004, n. 204 in cui la Corte «*ha indicato quale presupposto della giurisdizione esclusiva la sussistenza e l'esercizio, anche in via indiretta, di un potere dell'ente amministrativo - così qualificabile "pubblica amministrazione-autorità" -, e dunque escludendo che la legittimi soltanto la "materia" scelta dal legislatore*».
34. Sul punto si veda F. Goisis, *Il rischio economico quale proprium del concetto di concessione nella direttiva 2014/23/UE: approccio economico versus visioni tradizionali*, in *Dir. amm.*, 4, 2015, pp. 743-766.
35. Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, considerando n. 18.
36. È la *ratio* dell'art. 182, comma 5, del nuovo Codice, secondo il quale i documenti di gara, lo schema di contratto e il piano economico-finanziario sono definiti in modo da assicurare adeguati livelli di bancabilità degli investimenti. Come dispone l'art. 185, comma 5, l'adeguatezza e sostenibilità del piano economico-finanziario dell'operazione dovrà essere successivamente valutata dalla commissione aggiudicatrice.
37. Per ulteriori riflessioni sul tema, e più in generale sulla trasformazione delle concessioni di lavori e di servizi dopo la Direttiva 2014/23/UE si veda G. Greco, *Le concessioni di lavori e di servizi (dalla Direttiva 2014/23/UE alla parte terza del D.Lgs. n. 50/2016)*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 3-4, 2018, spec. pp. 517-519.

38. Ossia il contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più stazioni appaltanti e avente per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di beni o la prestazione di servizi, come dispone l'art. 2, comma 1, lett. b) dell'Allegato I.1 al Codice dei contratti pubblici. In realtà una definizione di rischio non si rinviene nemmeno nella Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE.
39. Art. 177, comma 3, Codice dei contratti pubblici.
40. Sul punto M. Calcagnile, *Durata delle concessioni di servizi pubblici e regime della gestione*, in *Dir. amm.*, 3, 2020, p. 594.
41. Per esigenze di flessibilità dei rapporti di durata, l'art. 189 del Codice consente alle parti di introdurre nel contratto modifiche obiettivamente giustificate, nel rispetto delle condizioni contenute nella norma. Cfr. C. Contessa, P. Del Vecchio (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, cit., p. 931. D'altronde, la volontà del legislatore sembra proprio quella di preferire la conservazione del rapporto rispetto alla sua risoluzione mediante la modifica del contratto. Il dato dell'esaurimento della discrezionalità amministrativa nella sede pattizia pare trovare conferma anche nella disciplina in materia di risoluzione e recesso: rispetto al precedente Codice, il nuovo art. 190 distingue chiaramente l'ipotesi della risoluzione (quale esercizio di poteri privatistici) da quella del recesso (quale esercizio, invece, di poteri pubblicistici) dai contratti di concessione. Pur permanendo ancora poteri pubblicistici di recesso dal contratto per motivi di pubblico interesse, l'espunzione del riferimento all'autotutela nell'attuale disciplina in tema di risoluzione dei rapporti concessori sembra avvalorare la posizione, dettata in linea di principio dall'art. 9, di diritto soggettivo della parte svantaggiata da sopravvenienze straordinarie e imprevedibili al riequilibrio del rapporto. Si veda ancora C. Contessa, P. Del Vecchio (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, cit., p. 936.
42. E. Boscolo, *Stabilità e adattamento*, cit., p. 293, pur non riconoscendo direttamente una posizione di diritto soggettivo alla revisione della concessione, osserva che la rinegoziazione costituisce l'esito di un percorso esplorativo entro cui le parti sono tenute al rispetto del principio di buona fede. Superata la fase di verifica delle sopravvenienze turbative che egli definisce «attività numerabile», «dovrebbe essere possibile pervenire in termini oggettivi ad una intesa che ripristini l'equilibrio economico finanziario».
43. La garanzia della qualità del servizio pubblico è data solo se la sua gestione avviene in condizioni di economicità. Sul punto G. Caia, *Criterio di economicità e servizi pubblici locali nelle prospettive della XVIII legislatura repubblicana*, in AA.VV., *Diritto amministrativo e società civile*, vol. 1, *Studi introduttivi*, Bononia University Press, Bologna, 2018, p. 343.
44. Quale principio generale che trova applicazione anche nei rapporti contrattuali volti alla ricerca dell'invarianza negoziale, come di recente ricordato da M. Giavazzi, *La revisione dei prezzi al tempo delle emergenze*, in *CERIDAP*, 3, 2022, p. 137. I criteri della condotta di collaborazione e buona fede oggi trovano applicazione anche nel diritto amministrativo, senza con ciò creare un regime ibrido di rapporti tra pubblico e privato, come osserva M.

## CERIDAP

Ramajoli, *Diritto amministrativo e clausole generali*, cit., p. 61.

45. Cfr. M. Calcagnile, *Durata delle concessioni*, cit., p. 600.

46. L'auspicio di una diminuzione delle distanze tra le posizioni giuridiche di interesse legittimo e diritto soggettivo "per un diritto amministrativo paritario" venne espresso, come noto, da F. Benvenuti, *Per i diritti dei cittadini. Per un diritto amministrativo paritario*, in AA.VV., *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Cedam, Padova, 1975, pp. 807 e ss., pubblicato anche in *Riv. giur. del Mezzogiorno*, 4, 2018, pp. 1301-1324.

# Contratti pubblici e sostenibilità ambientale: da un approccio “mandatory-rigido” ad uno di tipo “funzionale”?

*Andrea Maltoni*

DOI: 10.13130/2723-9195/2023-3-5

*Il presente contributo analizza il nuovo testo del Codice dei contratti pubblici con riferimento al principio dello sviluppo sostenibile e alla tutela dell'ambiente, che non risultano espressamente indicati dalle disposizioni dedicate ai principi. L'esame delle disposizioni del nuovo Codice costituisce occasione per ricostruire, sul piano interpretativo, il ruolo attribuito, dal legislatore nazionale e da quello europeo, alle stazioni appaltanti nell'utilizzo degli acquisti pubblici per il perseguimento di obiettivi orizzontali, come quello della sostenibilità ambientale e della neutralità climatica. L'approccio seguito nel nuovo Codice risulta in linea di continuità con quello precedente, di tipo mandatory-rigido. Ciò non toglie che, tenuto conto del principio della fiducia, possano essere adottati correttivi di tipo “funzionale”, volti ad assicurare l'effettiva finalizzazione degli acquisti pubblici al conseguimento di benefici per la collettività che minimizzano i danni all'ambiente e favoriscono l'innovazione.*

## ***Public procurement and environmental sustainability: from a “rigid-mandatory” to a “functional” approach?***

*This article analyses the new text of the Public Contracts Code with reference to the principles of sustainable development and environmental protection, neither of which are expressly mentioned among the new provisions. This examination provides an opportunity to reconstruct, according to Eu and national law, the role of the contracting authorities in pursuing environmental sustainability through public procurement. The approach followed in the new Code seems to be in line with the previous mandatory-rigid approach. Nevertheless, according to the principle of trust, corrective “functional” measures can be adopted to ensure that the processes of public procurement minimize damage to the environment and foster innovation.*

*Sommario: 1. La considerazione dello sviluppo sostenibile nel nuovo Codice dei contratti pubblici.- 2. Il public procurement ed il perseguimento di una molteplicità di obiettivi/interessi orizzontali: uno strumento per promuovere la sostenibilità ambientale e contribuire al conseguimento dell'obiettivo della neutralità climatica nell'Unione europea.- 2.1. Dall'approccio eurounitario "non mandatory" all'approccio "mandatory" accolto dal legislatore nazionale.- 3. Il riconoscimento di una maggiore discrezionalità ai funzionari e ai dirigenti delle stazioni appaltanti e la "possibile" valorizzazione della sostenibilità ambientale.- 4. Sostenibilità e innovazione nei contratti pubblici.- 5. Alcune considerazioni conclusive.*

## **1. La considerazione dello sviluppo sostenibile nel nuovo Codice dei contratti pubblici<sup>[1]</sup>**

Si può notare come tra le disposizioni dedicate ai principi, *i.e.* quelle espressamente indicate agli artt. 1-12, d.lgs. n. 36/2023 (nuovo Codice dei contratti pubblici), non sia contenuto alcun esplicito riferimento al principio dello sviluppo sostenibile o alla sostenibilità ambientale e alla tutela dell'ambiente.

Viene in tal modo a delinearsi uno scostamento significativo rispetto all'impostazione seguita nel Codice dei contratti del 2016, che all'art. 30, comma 1 stabilisce che il principio di economicità può essere subordinato «*ai criteri, previsti nel bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico*». Ciò anche con riferimento ai contratti pubblici c.d. esclusi, per i quali l'affidamento deve avvenire nel rispetto dei principi anche di «*tutela dell'ambiente ed efficienza energetica*» (art. 4).

La mancata riproposizione di una disposizione di questo tipo non appare priva di conseguenze quanto meno sotto due profili. Occorre infatti, innanzitutto, tener conto che i principi sono destinati ad esplicare una funzione di guida nell'interpretazione di tutte le norme di settore, anche di quelle extra codicistiche; questo ruolo dei principi, di valenza generale, potrebbe risultare rafforzato dal fatto che è stata codificata una serie di principi generali nel nuovo Codice dei

contratti pubblici, a cui è stata assegnata una «*funzione ordinante e nomofilattica*»<sup>[2]</sup>.

In secondo luogo, il mancato riferimento allo sviluppo sostenibile o alla sostenibilità ambientale e alla tutela dell'ambiente in una delle disposizioni contenenti i principi della disciplina di settore rende meno agevole (ma non certo impossibile come si chiarirà) pervenire in via interpretativa ad una lettura, peraltro già prospettata in sede dottrinale, secondo cui occorre considerare la sostenibilità ambientale e sociale non più una deroga al principio di economicità bensì un elemento che è parte integrante del medesimo<sup>[3]</sup>. Lettura, quest'ultima, che è stata prospettata in ragione del fatto che, a norma dell'art. 3-*quater*, comma 2, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152<sup>[4]</sup>, l'attività amministrativa discrezionale delle amministrazioni pubbliche deve essere finalizzata a garantire il rispetto del principio dello sviluppo sostenibile, e che potrebbe risultare rafforzata dalla recente modifica degli artt. 9 e 41, commi 2 e 3 Cost., da cui si evince, in particolare, come l'iniziativa economica privata incontri nuovi limiti negativi, nel senso che non deve arrecare danni alla salute e all'ambiente, e possa essere indirizzata e coordinata (limite positivo) a fini (anche) ambientali<sup>[5]</sup>.

Oltretutto, il fatto che la sostenibilità ambientale e sociale non sia più espressamente compresa, come si evince dagli artt. 1-11 del nuovo Codice, nel novero dei principi e degli interessi «*orizzontali*»<sup>[6]</sup> – a cui deve risultare conforme l'attività amministrativa delle stazioni appaltanti preordinata alla scelta dei contraenti – richiede quanto meno di procedere ad una più articolata ricostruzione sul piano interpretativo nel caso in cui si intenda dimostrare che le stazioni appaltanti operano (ancora) un bilanciamento tra i principi di economicità e di concorrenza e quelli della tutela dell'ambiente e dello sviluppo sostenibile.

Deve tuttavia rilevarsi come sussista il rischio che le considerazioni inerenti alla sostenibilità (nella dimensione soprattutto ambientale) siano da considerare fondamentalmente cristallizzate nelle specifiche disposizioni contenute nel nuovo Codice e in altri atti normativi (in particolare nei decreti ministeriali sui CAM)<sup>[7]</sup>. Se, infatti, da un lato l'accoglimento di un approccio *mandatory* ha il pregio di innalzare il livello di tutela ambientale nei processi di acquisto del settore pubblico, dal momento che le stazioni appaltanti sono obbligate (e non più semplicemente facoltizzate) ad inserire determinati requisiti e criteri

ambientali, dall'altro le singole stazioni appaltanti potrebbero limitarsi a recepire i requisiti, le specifiche tecniche prescritte dalla normativa, senza tuttavia introdurre elementi che richiedono ai concorrenti di individuare soluzioni innovative in termini di prodotti e/o di processi, rinunciando, in tal modo, le medesime amministrazioni ad utilizzare gli spazi di discrezionalità che sono loro riconosciuti dall'ordinamento. Nella prospettiva testé indicata, la considerazione della sostenibilità nella dimensione ambientale verrebbe, in altri termini, a ridursi ad una questione di recepimento da parte delle stazioni appaltanti della disciplina positiva applicabile, per quanto debba comunque trovare applicazione il principio dell'equivalenza che, pur non essendo espressamente richiamato tra i principi generali del nuovo Codice, è da ricondurre al principio dell'accesso al mercato, di cui all'art. 3, risultando espressione del principio del *favor participationis*, che permea l'intera disciplina dell'evidenza pubblica<sup>[8]</sup>.

Occorre peraltro tener conto che, come è stato evidenziato dalla Commissione europea, non sempre l'approccio tecnico può considerarsi quello più appropriato per ottenere un risultato circolare. Le stazioni appaltanti, in fase di progettazione delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, potrebbero infatti ritenere preferibile adottare un approccio funzionale, individuando criteri basati sui risultati/sulle prestazioni, ossia rivolti a descrivere «*il risultato desiderato e quali sono i risultati attesi (ad esempio in termini di qualità, quantità e affidabilità)*»<sup>[9]</sup>.

Al fine di verificare quale sia l'impostazione seguita dal legislatore italiano nel nuovo Codice dei contratti non ci si può limitare alla considerazione dei principi dal medesimo contemplati, essendo necessario esaminare anche le altre disposizioni ivi contenute. Al riguardo può rilevarsi, in primo luogo, come i riferimenti alla sostenibilità (nella dimensione) ambientale non siano numerosi<sup>[10]</sup>. La disposizione più significativa è sicuramente costituita dall'art. 57, comma 2 riguardante i CAM, che, in linea di continuità col Codice del 2016, ha inteso confermare l'obbligatorietà dei CAM (*rectius* delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali) adottati con D.M., nonché l'obbligo per le stazioni appaltanti di tenere in considerazione i criteri ambientali premianti ai fini della stesura dei documenti di gara per l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Un ulteriore rinvio alle caratteristiche ambientali inerenti all'oggetto del

contratto si rinviene, seppure in via “indiretta”, attraverso il rimando, operato dall’art. 79 *Specifiche tecniche* e dall’art. 80 *Etichettature*, all’allegato II.5, che, in assoluta continuità con quanto disposto dal previgente Codice (artt. 68 e 69 d.lgs. n. 50/2016), richiama il principio di equivalenza.

Un’altra disposizione di sicuro rilievo è individuabile nell’art. 130 riguardante i servizi di ristorazione, là dove si stabilisce che sono aggiudicati esclusivamente sulla base del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo e che la valutazione dell’offerta tecnica tiene conto in particolare, tramite l’attribuzione di un punteggio premiale: «... *b) del rispetto delle disposizioni ambientali in materia di economia sostenibile (green economy), nonché dei pertinenti criteri ambientali minimi di cui all’articolo 57*»<sup>[11]</sup>.

Occorre peraltro tener conto che, con riguardo ai contratti di concessione, all’art. 178, comma 2 del nuovo Codice si stabilisce che «*per le concessioni ultraquinquennali, la durata massima della concessione non supera il periodo di tempo in cui si può ragionevolmente prevedere che il concessionario recuperi gli investimenti effettuati nell’esecuzione dei lavori o dei servizi, insieme con un ritorno sul capitale investito; per quest’ultimo scopo si tiene conto degli investimenti necessari per conseguire gli obiettivi contrattuali specifici assunti dal concessionario per rispondere alle esigenze riguardanti, ad esempio, la qualità o il prezzo per gli utenti ovvero il perseguimento di elevati standard di sostenibilità ambientale*».

Più in generale, si può osservare come, anche in base ad altre disposizioni del nuovo Codice dei contratti, trovino fondamentalmente conferma istituti e regole, già contenute nel previgente Codice dei contratti, riconducibili al *green public procurement* o meglio al *circular public procurement*<sup>[12]</sup>.

Va rilevato, infatti, come, non diversamente dal Codice dei contratti del 2016, con riferimento ai criteri di aggiudicazione degli appalti, all’art. 108, comma 4 si stabilisce che l’offerta economicamente più vantaggiosa, deve essere individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo ed è valutata sulla base di criteri oggettivi, quali «*gli aspetti qualitativi, ambientali o sociali, connessi all’oggetto dell’appalto*», nonché, con riguardo ai criteri di aggiudicazione delle concessioni, all’art. 185, comma 2 si prevede che possono essere inclusi anche «*criteri ambientali, sociali o relativi all’innovazione*». Sempre nella prospettiva del *circular public procurement*, viene confermata la possibilità di individuare

l'offerta economicamente più vantaggiosa «*sulla base dell'elemento prezzo o del costo, seguendo un criterio di comparazione costo/efficacia quale il costo del ciclo di vita*» (art. 108, comma 1), nonché l'ammissibilità della variante c.d. *environmental* del criterio dei costi del ciclo di vita, che consente alla stazione appaltante di tenere in considerazione i «*costi imputati a esternalità ambientali legate ai prodotti, servizi o lavori nel corso del ciclo di vita, purché il loro valore monetario possa essere determinato e verificato*» (allegato II.8, par. III)<sup>[13]</sup>. Parimenti, senza operare soluzioni di continuità col passato, sono rinvenibili disposizioni riconducibili alla c.d. funzione strategica negativa, segnatamente: quella in tema di esclusione dalle procedure degli operatori, là dove sono accertate gravi violazioni delle norme in materia di salute e di sicurezza sul lavoro, nonché degli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro, stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali elencate nell'allegato X alla direttiva 2014/24/UE (art. 95, comma 1, lett. a)<sup>[14]</sup>; quella riguardante la possibilità per le stazioni appaltanti di decidere di non aggiudicare l'appalto all'offerente che ha presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa se ha accertato che l'offerta non soddisfa gli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali di diritto del lavoro indicate nell'allegato X alla direttiva 2014/24/UE (art. 107, comma 2).

Infine, in termini non dissimili dalla previgente normativa di settore, si è prevista la possibilità di inserire condizioni di esecuzione dei contratti attinenti ad esigenze sociali e ambientali (art. 113).

Se si esaminano le disposizioni richiamate non può, tuttavia, non rilevarsi che, proprio cogliendo l'occasione di un completo rinnovo delle disposizioni del Codice dei contratti, ci si sarebbe potuti attendere da parte del legislatore una diversa (e forse più coraggiosa) considerazione del principio dello sviluppo sostenibile, o meglio della sostenibilità intesa nelle sue varie accezioni con riferimento tanto alle procedure di affidamento dei contratti pubblici, quanto all'esecuzione dei medesimi. Ciò, tanto più se si considera che l'oggetto della delega, ex art. 1, lett. F) della l. 21 giugno 2022, n. 78, risultava particolarmente ampio, annoverandosi tra i criteri e principi direttivi della legge di delegazione la: «*semplificazione delle procedure finalizzate alla realizzazione di investimenti in tecnologie verdi e digitali, in innovazione e ricerca nonché in innovazione sociale,*

*anche al fine di conseguire gli obiettivi dell'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 25 settembre 2015, e di incrementare il grado di ecosostenibilità degli investimenti pubblici e delle attività economiche secondo i criteri di cui al regolamento (UE) 2020/852 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 giugno 2020; previsione di misure volte a garantire il rispetto dei criteri di responsabilità energetica e ambientale nell'affidamento degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, in particolare attraverso la definizione di criteri ambientali minimi, da rispettare obbligatoriamente, differenziati per tipologie ed importi di appalto e valorizzati economicamente nelle procedure di affidamento, e l'introduzione di sistemi di rendicontazione degli obiettivi energetico-ambientali; in seguito all'emanazione di nuovi decreti ministeriali in materia di criteri ambientali minimi, previsione di un periodo transitorio con tempi congrui per l'avvio della relativa applicazione».*

## **2. Il public procurement ed il perseguimento di una molteplicità di obiettivi/interessi orizzontali: uno strumento per promuovere la sostenibilità ambientale e contribuire al conseguimento dell'obiettivo della neutralità climatica nell'Unione europea**

Con l'entrata in vigore delle direttive del 2014<sup>[15]</sup> gli appalti pubblici sono stati concepiti in modo diverso, dal momento che è divenuto possibile considerarli come uno strumento strategico a disposizione della politica economica di ogni Stato membro<sup>[16]</sup>. Si è, in altri termini, dischiusa la possibilità di perseguire, mediante il *public procurement*, una molteplicità di obiettivi/interessi; ciò ha indotto a considerarlo uno strumento rivolto non più soltanto ad assicurare la trasparenza, nonché l'efficace utilizzo dei fondi pubblici ed il *value for money* per le stazioni appaltanti, bensì a promuovere, in senso ampio, un cambiamento sociale<sup>[17]</sup>. È ad esempio del tutto evidente che il *public procurement* può contribuire al raggiungimento dei 17 obiettivi di sviluppo sostenibile (*Sustainable Development Goals* - SDG) dell'Agenda 2030 delle Nazioni Unite del 2015<sup>[18]</sup> e costituisce uno strumento che consente alle amministrazioni pubbliche di perseguire molti di questi obiettivi, essendo gli stessi qualificabili

come finalità orizzontali. Oltretutto, i contratti pubblici, allorquando sono realizzate opere e/o esternalizzate attività, rappresentano anche un mezzo per il conseguimento dei suddetti obiettivi sostenibili<sup>[19]</sup>.

Occorre poi sottolineare come nella Comunicazione della Commissione europea, “*Appalti pubblici efficaci in Europa e per l’Europa*” del 3 ottobre 2017<sup>[20]</sup> – in cui è stata posta in rilievo l’importanza del «*passaggio da un approccio puramente amministrativo a uno strategico e orientato alle esigenze*» – trovi sostanzialmente conferma l’osservazione secondo cui le direttive del 2014 rappresentano un punto di partenza (non di arrivo) del processo di trasformazione del contratto pubblico in uno «*strumento strategico a disposizione della politica economica di ogni Stato membro*».

Tale processo è proseguito anche attraverso successivi interventi settoriali (non riguardanti in senso proprio il *public procurement*), tutti orientati a promuovere la sostenibilità e lo sviluppo sostenibile<sup>[21]</sup>, che hanno individuato nei contratti pubblici uno dei principali strumenti per la realizzazione dei relativi obiettivi di *policy*.

Un riconoscimento dell’importanza degli appalti pubblici «*rispettosi del clima*» e del ruolo esemplare che deve essere svolto dalle autorità pubbliche, incluse le Istituzioni dell’Unione europea è, ad esempio, contenuto nel “Green Deal” del 2019, che costituisce il principale strumento programmatico europeo rivolto a promuovere la sostenibilità ambientale ed è parte integrante della Strategia della Commissione Ue per attuare l’Agenda 2030 e gli obiettivi di sviluppo sostenibile delle Nazioni Unite<sup>[22]</sup>. Nella medesima prospettiva, nel Piano di investimenti del Green Deal europeo<sup>[23]</sup> si prevede che la Commissione, in successivi interventi settoriali, proporrà «*criteri o obiettivi verdi obbligatori minimi per gli appalti pubblici*», i quali «*stabiliranno di fatto una definizione comune degli acquisti verdi*»; l’utilità di una siffatta definizione verrà considerata anche nell’ottica della raccolta dei dati necessari per poter valutare l’impatto prodotto dagli appalti pubblici verdi.

Le indicazioni contenute in tale ambizioso piano strategico (*Green Deal*) sono state recepite in atti e piani attuativi, molti dei quali debbono essere ancora approvati. Si consideri, ad esempio, la proposta di Direttiva sull’efficienza energetica (EED)<sup>[24]</sup>, ove a più riprese si fa riferimento al «*Ruolo esemplare del settore pubblico*», cui è dedicato l’intero Capo II. Rispetto alla disciplina

previgente, tale ruolo non solo viene enfatizzato ed esteso a tutte le amministrazioni aggiudicatrici e agli enti aggiudicatori (invece che al solo governo centrale), ma sono individuati anche i presupposti affinché esso possa effettivamente esplicarsi. Invero, all'art. 7 della predetta proposta si stabilisce che, per i contratti superiori a una determinata soglia, gli Stati membri sono tenuti a far sì che i contraenti pubblici *«acquistino esclusivamente prodotti servizi, edifici e lavori ad alta efficienza energetica»* ed *«applicino il principio "l'efficienza energetica al primo posto" (...)*» anche in relazione ai contratti pubblici per i quali non sono previsti requisiti specifici.

La medesima proposta di direttiva prevede, inoltre, che gli Stati membri *«esigono»* che, nelle procedure di affidamento degli appalti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori *«tengano conto, se del caso, dei più ampi aspetti sociali, ambientali e legati alla sostenibilità e all'economia circolare in particolare per quanto riguarda il settore dei trasporti, al fine di conseguire gli obiettivi dell'Unione in materia di decarbonizzazione e inquinamento zero»*; e, in termini ancor più netti, sempre all'art. 7 si precisa che, ove opportuno e conformemente ai requisiti stabiliti nell'allegato IV, gli Stati *«impongono alle amministrazioni aggiudicatrici e agli enti aggiudicatori di tenere conto dei criteri dell'Unione relativi agli appalti pubblici verdi»*, fermo restando l'obbligo di sostenerle *«nell'adozione di requisiti di efficienza energetica, anche a livello regionale e locale»*<sup>[25]</sup>. Come appare evidente la citata disposizione fa riferimento ai criteri GPP sviluppati dalla Commissione, i quali, pur avendo una matrice comune con i CAM nazionali (si v. la Comunicazione *“Appalti pubblici per un ambiente migliore”* del 2008)<sup>[26]</sup>, a differenza di questi ultimi presentano carattere tendenzialmente *non mandatory*.

Va poi fatto cenno al fatto che, ad integrazione della riforma della disciplina sull'efficienza energetica, la Commissione ha adottato una proposta di direttiva sulla prestazione energetica nell'edilizia (EPBD)<sup>[27]</sup>, riconducibile anch'essa al programma di lavoro della Commissione per il 2021, che si inserisce nell'ambito del pacchetto "Pronti per il 55 %" (Fit for 55)<sup>[28]</sup>. In questo caso, gli obiettivi individuati – *i.e.* ottenere nuovi edifici a emissione zero e raggiungere determinate classi di prestazione energetica – riguardano tutti gli edifici, ma per quelli occupati da enti pubblici o di loro proprietà sono previste tempistiche più stringenti e, in alcuni casi, misure più ambiziose (si v. l'art. 7)<sup>[29]</sup>.

Nel Green Deal sono stati inoltre anticipati i contenuti del nuovo Piano d’Azione per l’economia circolare, che è stato approvato nel marzo 2020<sup>[30]</sup>, nel quale la Commissione ha ulteriormente sottolineato l’importanza del *public procurement* con riguardo al processo di transizione da un’economia lineare a un’economia circolare. Quest’ultimo Piano ha dunque inteso rafforzare quanto era stato indicato nel precedente Piano del 2015<sup>[31]</sup>, evidenziando, per un verso come gli appalti pubblici costituiscano «*un motore chiave della transizione verso l’economia circolare*», per l’altro che la Commissione europea può promuovere diverse azioni «*per facilitare l’integrazione dei principi dell’economia circolare nei GPP*»<sup>[32]</sup>.

Occorre altresì evidenziare che nel Piano d’Azione del 2020 – in cui si è tra l’altro rilevato che i limiti «*insiti nelle iniziative su basa volontaria*» hanno comportato di fatto un ridotto impatto degli strumenti esistenti – sono stati indicati gli impegni che la Commissione intende assumere, segnatamente: quello di proporre «*criteri e obiettivi minimi obbligatori in materia di appalti pubblici verdi (GPP) nella legislazione settoriale*»; quello di introdurre «*gradualmente un obbligo di comunicazione per monitorare il ricorso agli appalti pubblici verdi (GPP) senza creare oneri amministrativi ingiustificati per gli acquirenti pubblici*»; quello di «*favorire lo sviluppo di capacità mediante orientamenti, attività di formazione e la diffusione di buone pratiche e incoraggiando gli acquirenti pubblici a partecipare all’iniziativa “Acquirenti pubblici per il clima e l’ambiente”, che agevolerà gli scambi tra gli acquirenti che intendono ricorrere agli appalti pubblici verdi*».

Più di recente, la Commissione europea ha adottato un primo Pacchetto di proposte per l’economia circolare per rendere “ordinari/la norma” i prodotti sostenibili, promuovere modelli di *business* circolari e responsabilizzare i consumatori per la transizione verde<sup>[33]</sup>.

Con più specifico riferimento alla strategia sul tessile sostenibile è stata prevista l’introduzione, entro il 2024, di criteri obbligatori che andranno a integrare/sostituire i sistemi volontari già messi a punto dalla Commissione, quali i criteri di assegnazione dell’Ecolabel UE per i prodotti tessili<sup>[34]</sup> e i criteri dell’UE per gli appalti pubblici verdi relativi ai prodotti e ai servizi tessili<sup>[35]</sup>.

Vanno richiamate poi le proposte di direttive inerenti alla progettazione ecocompatibile<sup>[36]</sup> e ai prodotti da costruzione (CPR)<sup>[37]</sup>, atteso che si prevede di

conferire alla Commissione il potere di integrare i regolamenti mediante atti delegati, con cui si stabiliranno i requisiti di sostenibilità applicabili agli appalti pubblici (compresi l'attuazione e il controllo di tali requisiti e la comunicazione in merito da parte degli Stati membri) e che potranno assumere la «*forma di specifiche tecniche obbligatorie, criteri di selezione, criteri di aggiudicazione, clausole sull'esecuzione dell'appalto od obiettivi, a seconda dei casi*»<sup>[38]</sup>.

Per concludere questa panoramica riguardante gli interventi normativi di recente proposti in ambito eurounitario, da cui si desume che il *public procurement* costituisce uno strumento per favorire la transizione verso un'economia verde e climaticamente neutra, appare opportuno richiamare anche la proposta di direttiva relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità sociale e ambientale<sup>[39]</sup>. Muovendo dalla consapevolezza dei limiti che presentano misure e azioni “volontarie” – che sono risultate inidonee ad apportare miglioramenti su vasta scala e in tutti i settori – con tale proposta di direttiva si intende introdurre una normativa in materia di dovere di diligenza delle società attive nel mercato unico, prevedendo, tra l'altro, un obbligo sostanziale per alcune società di adempiere il dovere di diligenza al fine di individuare, prevenire, attenuare e rendere conto dei danni esterni derivanti dagli impatti negativi sui diritti umani e dagli impatti ambientali negativi nelle attività che svolgono, nelle loro filiazioni e nella catena del valore a cui partecipano. Si tratta di un intervento che non incide direttamente sulla domanda pubblica e sulla sua regolamentazione, essendo interamente circoscritto al lato dell'offerta, presa peraltro in considerazione nel suo complesso. Appare tuttavia innegabile la sua rilevanza in relazione al tema del *sustainable/green public procurement*, tenuto conto che con tale normativa si intende promuovere la sostenibilità, che, come si è evidenziato, costituisce una delle finalità principali perseguita attraverso l'utilizzo strategico dei contratti pubblici. A ciò si aggiunga che un siffatto intervento sul lato dell'offerta può, per certi versi, considerarsi strumentale al rafforzamento di tale utilizzo strategico dei contratti pubblici, dal momento che potrebbe consentire, nel medio/lungo periodo, alle pubbliche amministrazioni di rivolgersi a una platea di operatori economici sempre più “evoluti” sul piano della sostenibilità ambientale e, quindi, maggiormente attrezzati a supportare la domanda pubblica “verde” o “circolare”<sup>[40]</sup>.

## 2.1. Dall'approccio eurounitario “non mandatory” all'approccio “mandatory” accolto dal legislatore nazionale

Si è già evidenziato *supra* che nelle direttive del 2014 l'approccio seguito è stato di tipo “*non mandatory*”, dal momento che, come è stato precisato nel considerando 95 della Direttiva n. 24/2014 non si è ritenuto «*opportuno fissare requisiti obbligatori generali per gli appalti in materia ambientale, sociale e di innovazione*» in ragione «*delle sensibili differenze tra i singoli settori e mercati*». Più di recente, il legislatore europeo ha accolto un'impostazione diversa con riguardo ad alcuni settori. Oltre a quanto si è osservato *supra*, occorre infatti rilevare che, al fine di imporre l'utilizzo di criteri ambientali e sociali nelle procedure di affidamento di contratti pubblici, l'approccio seguito in alcuni settori (ad. es.: quello dei mezzi di trasporto su gomma, quello delle attrezzature da ufficio, quello delle prestazioni energetiche negli edifici, quello dell'efficienza energetica)<sup>[41]</sup>, è di tipo *mandatory*<sup>[42]</sup>.

Occorre tuttavia evidenziare come, secondo una parte della dottrina, essendoci ancora un *gap* di conoscenze in ordine all'impatto potenziale del GPP sull'ambiente, ai prezzi dei contratti ed alla possibilità che il medesimo possa effettivamente guidare la trasformazione verde, non è possibile pervenire alla conclusione che il GPP costituisca lo strumento più conveniente per promuovere le politiche ambientali, anche in considerazione del fatto che sono perseguiti plurimi obiettivi/interessi orizzontali. Di conseguenza, secondo tale impostazione il GPP non dovrebbe essere esteso a tutti i settori, bensì applicato soltanto a quei settori il cui impatto potenziale dal punto di vista ambientale risulti maggiore<sup>[43]</sup>.

Altra parte della dottrina ha invece proposto di passare dall'attuale sistema volontario di applicazione del GPP ad uno di tipo *mandatory*, in quanto quest'ultimo incentiverebbe il mercato ad individuare soluzioni rispettose dell'ambiente e fornirebbe un forte ed efficiente incentivo alle stazioni appaltanti ad impegnarsi nelle procedure di acquisto verdi<sup>[44]</sup>. Per altro verso, come è stato osservato, la fissazione di requisiti obbligatori di sostenibilità può produrre effetti positivi anche sul lato dell'offerta, dal momento che, determinando una maggior standardizzazione, nonché semplificazione delle procedure di aggiudicazione, evita la frammentazione del mercato interno, nonché riduce le asimmetrie informative tra le stazioni appaltanti e gli operatori economici e,

conseguentemente, rende maggiormente prevedibili le decisioni amministrative<sup>[45]</sup>.

Per quanto, come si è osservato, nel nuovo Codice dei contratti pubblici non sono molte le disposizioni che espressamente risultano direttamente ricollegabili al *circular public procurement* o al *sustainable public procurement*<sup>[46]</sup>, le medesime non possono che essere valutate nell'ambito di un contesto più ampio. Deve, in particolare, constatarsi come il legislatore del nuovo Codice dei contratti abbia inteso confermare scelte che appaiono ormai essersi solidificate nell'ordinamento. Il legislatore nazionale non si è infatti discostato dall'approccio finora seguito, ossia quello di rendere *mandatory* requisiti di sostenibilità ambientale con riferimento a specifici prodotti e servizi, che a livello euro-unitario non lo erano (e in diversi ambiti continuano tuttora a non esserlo)<sup>[47]</sup>. In altri termini, il legislatore nazionale ha già mostrato di voler utilizzare gli spazi di discrezionalità riconosciuti agli Stati membri dalle direttive europee, in quanto, attraverso la disciplina dei criteri minimi ambientali (CAM), ha reso obbligatori requisiti attinenti alla definizione del contenuto di contratti pubblici<sup>[48]</sup>. Ciò, è da collegare soprattutto al fatto che, come è stato rilevato dalla più recente giurisprudenza amministrativa, la *ratio* dell'obbligatorietà dei CAM risulta individuabile nell'esigenza di garantire «*che la politica nazionale in materia di appalti pubblici verdi sia incisiva non solo nell'obiettivo di ridurre gli impatti ambientali, ma nell'obiettivo di promuovere modelli di produzione e consumo più sostenibili, "circolari" e nel diffondere l'occupazione "verde"*»<sup>[49]</sup>. Peraltro, l'osservazione dei medesimi giudici amministrativi, secondo cui la disciplina contenuta nell'art. 34, d.lgs. n. 50/2016 contribuisce «*a connotare l'evoluzione del contratto d'appalto pubblico da mero strumento di acquisizione di beni e servizi a strumento di politica economica*»<sup>[50]</sup>, rende evidente come la normativa di settore, che appare sempre più orientata al perseguimento di obiettivi/interessi "orizzontali", rifletta ormai il più generale mutamento di paradigma che si è verificato a livello eurounitario e nazionale.

### **3. Il riconoscimento di una maggiore discrezionalità ai funzionari e ai dirigenti delle stazioni appaltanti e la**

## “possibile” valorizzazione della sostenibilità ambientale

Non sembra peraltro che possa disconoscersi come uno dei fattori più rilevanti, nella prospettiva di rendere gli appalti maggiormente orientati allo sviluppo sostenibile, alla sostenibilità ambientale, sia individuabile nell’adeguata formazione, qualificazione professionale dei funzionari e dirigenti delle stazioni appaltanti<sup>[51]</sup>. È del tutto evidente, infatti, come solamente personale altamente qualificato possa operare scelte effettivamente improntate ad un approccio basato sul *sustainable procurement*, a partire da quelle programmatiche, preordinate all’individuazione dei bisogni da soddisfare, a quelle inerenti alla progettazione della disciplina delle procedure di aggiudicazione e alla definizione dell’oggetto dei contratti da aggiudicare.

In tale prospettiva deve valutarsi la portata dell’art. 2, comma 2 del nuovo Codice, a norma del quale: «*Il principio della fiducia favorisce e valorizza l’iniziativa e l’autonomia decisionale dei funzionari pubblici, con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l’acquisizione e l’esecuzione delle prestazioni secondo il principio del risultato*»<sup>[52]</sup>.

Il principio della fiducia congiuntamente al principio del risultato, a cui deve essere improntata l’attività amministrativa delle stazioni appaltanti, sembra presupporre che sia riconosciuta un’ampia discrezionalità ai funzionari e dirigenti pubblici, i cui compiti sono da individuarsi nella programmazione, nella progettazione e nella definizione delle regole della gara e dei contenuti del contratto.

In altri termini, detta discrezionalità dovrebbe esplicarsi con riferimento all’intero ciclo di vita del contratto pubblico, secondo la definizione che è ora contenuta nell’All. I.1 del nuovo Codice dei contratti<sup>[53]</sup>. D’altronde, dalla nuova normativa emerge una piena e completa adesione alla logica del ciclo di vita, che rende evidente come sia stato compiuto un passo in avanti rispetto al Codice dei contratti del 2016, in cui il riferimento a tale logica era circoscritto alla/e prestazione/i oggetto del contratto. Invero, l’art. 68, comma 1, d.lgs. n. 50/2016 in tema di specifiche tecniche<sup>[54]</sup> e gli artt. 95, comma 11 e 96 del medesimo decreto in tema di criteri di aggiudicazione<sup>[55]</sup> denotavano l’accoglimento – in attuazione delle indicazioni scaturenti dal diritto dell’Ue<sup>[56]</sup> – di un approccio olistico solamente con riguardo alla prestazione oggetto del contratto che

l'amministrazione intendeva affidare, attraverso una considerazione complessiva, anche sotto il profilo temporale, di tutte le sue fasi (*i.e.* “dalla culla alla tomba”: dal reperimento delle materie prime, alla produzione, all'utilizzazione del servizio, allo smaltimento, ecc.), incluse quelle consecutive e/o interconnesse. Nel previgente Codice dei contratti non era infatti rinvenibile un'espressa indicazione normativa in merito alla necessità per le stazioni appaltanti di considerare *ab origine* (*i.e.* sin dalla fase programmatica) tutte le fasi di cui si compone l'operazione negoziale. Questa lacuna può dirsi colmata dalla disciplina contenuta nel nuovo Codice, in cui si puntualizza che il processo di digitalizzazione del settore (cui è dedicata la Parte II del Libro I, recante “*Della digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti*”) deve riguardare l'intero ciclo di vita digitale dei contratti, che, di norma, «*si articola in programmazione, progettazione, pubblicazione, affidamento ed esecuzione*» (si v. l'art. 21, recante “*Ciclo di vita digitale dei contratti pubblici*”).

La completa “interiorizzazione” della logica del ciclo di vita e la sua applicazione al contratto nel suo complesso, e non solo al suo oggetto, costituisce un aspetto centrale, sia in quanto dovrebbe favorire una maggiore attenzione alla fase esecutiva contrattuale, in cui molto spesso si trascurano i profili inerenti alla sostenibilità<sup>[57]</sup> (che invece potrebbero essere valorizzati ex art. 100, d.lgs. n. 50/2016), sia perché rende possibile una più ampia considerazione, da parte delle stazioni appaltanti, degli interessi sociali e ambientali, e, conseguentemente, permette alle stesse di promuovere in termini complessivi la sostenibilità delle commesse pubbliche<sup>[58]</sup>.

Tale più ampia discrezionalità comporta, peraltro, che sia rimessa ai funzionari e dirigenti delle stazioni appaltanti, sulla base dei bisogni rilevati, la definizione delle modalità e delle misure concrete che possono orientare i contratti pubblici verso il conseguimento di obiettivi che garantiscano una maggiore sostenibilità<sup>[59]</sup>, nonché l'indicazione di benefici che, minimizzando o annullando i danni all'ambiente, risultano valutabili in termini positivi non soltanto per la stazione appaltante, ma anche, più in generale, per i cittadini<sup>[60]</sup>.

Si può tuttavia osservare come, stante l'indicato binomio fiducia (*rectius*: discrezionalità) e risultato – al di fuori dei casi in cui la disciplina normativa applicabile impone il rispetto di specifici criteri o clausole – non essendo stato previsto un obbligo per le stazioni appaltanti di definire gli obiettivi più

appropriati di sostenibilità o di *performance* ambientali che sono richiesti agli operatori economici interessati all'aggiudicazione di quel contratto, non vi sia alcuna garanzia che la discrezionalità, che si è intesa riconoscere, venga effettivamente esercitata in tal senso. In altri termini, al fine di orientare maggiormente i contratti pubblici al perseguimento di finalità orizzontali, sarebbe necessario stabilire un obbligo di specificazione dei risultati attesi. Nella prospettiva indicata, infatti, la precisazione dei risultati attesi o di determinati *target* di sostenibilità – da effettuarsi nell'esplicazione delle attività programatorie e di progettazione –, pur dovendo continuare a costituire espressione della discrezionalità riconosciuta ai funzionari e ai dirigenti delle stazioni appaltanti, dovrebbe essere resa *mandatory*.

Non è tuttavia rinvenibile nel nuovo Codice una disposizione che imponga alle stazioni appaltanti di individuare obiettivi di sostenibilità ambientale, anche tenendo conto delle peculiarità dell'oggetto del contratto da affidare (relativamente all'intero suo ciclo di vita), di tal che vi è il rischio che la discrezionalità riconosciuta, costituente espressione del principio della fiducia, non si traduca in misure rivolte alla promozione di tale finalità orizzontale<sup>[61]</sup>, a meno che la determinazione di tali obiettivi non sia prescritta da un decreto ministeriale contenente i CAM<sup>[62]</sup> e sempre che l'oggetto dell'appalto corrisponda ad una delle categorie disciplinate da tale decreto.

In definitiva, deve osservarsi come l'individuazione di vincoli di risultato, eventualmente accompagnata da incentivi<sup>[63]</sup> – pur in mancanza di un'espressa previsione contenuta nelle disposizioni del nuovo Codice – costituiscano misure che consentirebbero alle stazioni appaltanti di acquisire, mediante il confronto concorrenziale, soluzioni in grado di arrecare benefici alla collettività, in quanto minimizzano o eliminano i danni all'ambiente.

Riferimenti, sia pure generali, alla predetta impostazione funzionale sono rinvenibili anche in alcune proposte di atti normativi eurounitari, in cui si prevede che le prescrizioni inerenti ad appalti verdi possono assumere la forma di «*specifiche tecniche obbligatorie*», di «*criteri di selezione*», di «*criteri di aggiudicazione*», di «*clausole di esecuzione dell'appalto*» oppure di «*obiettivi*»<sup>[64]</sup>. Appare, poi, significativo che nell'ambito dell'approccio *mandatory* accolto si distingua tra “criteri” ed “obiettivi obbligatori”, che debbono essere parimenti rivolti a garantire «*la massimizzazione dell'effetto leva della spesa pubblica per*

*promuovere la domanda di prodotti con prestazioni migliori»<sup>[65]</sup>. Detta distinzione sembra, a ben vedere, evocare la distinzione tra un approccio tecnico e un approccio funzionale<sup>[66]</sup>.*

Infine, si può rilevare come il legislatore italiano avrebbe potuto far riferimento anche ad un'altra "tecnica" di recente conio, *i.e.* quella desumibile dalla fattispecie di cui all'art. 47, d.l. n. 77/2021, conv. dalla l. n. 108/2021, in cui il tipo di approccio adottato è quello «*comply or explain*». Si è infatti previsto che la stazione appaltante, in fase di progettazione della gara, è tenuta a prevedere specifiche clausole rivolte all'inserimento, «*come requisiti necessari o come requisiti ulteriori premiali dell'offerta*», di criteri orientati alla promozione di obiettivi sociali, che, nell'ipotesi qui in considerazione, avrebbero potuto individuarsi in obiettivi di sostenibilità ambientale; si è peraltro stabilito che siffatto obbligo non risulta configurabile in presenza di specifiche circostanze, da motivare, che rendono impossibile e/o non opportuno l'inserimento di considerazioni c.d. orizzontali in una determinata operazione contrattuale.

Come è stato correttamente osservato in dottrina, la disciplina legislativa riguardante i contratti pubblici finanziati con le risorse del PNRR e del PNC impone alle stazioni appaltanti un particolare sforzo adattivo nell'utilizzo "strategico" dei medesimi contratti<sup>[67]</sup>. Pertanto, sulla falsariga di quanto previsto dall'art. 47 d.l. cit. nel nuovo Codice dei contratti si sarebbe potuto, ad esempio, per un verso stabilire un obbligo per le stazioni appaltanti di individuare requisiti necessari o premiali dell'offerta, connessi all'oggetto del contratto da aggiudicare, orientati alla promozione di obiettivi di sostenibilità ambientale, per l'altro prevedere la possibilità per gli enti appaltanti di sottrarsi a tale obbligo soltanto previa adeguata motivazione circa le ragioni dell'esclusione in relazione «*all'oggetto del contratto, alla tipologia o la natura del progetto o altri elementi puntualmente indicati*», che «*ne rendano l'inserimento impossibile*».

#### **4. Sostenibilità e innovazione nei contratti pubblici**

Si è sottolineato in dottrina come gli appalti verdi (GPP) possano rappresentare il maggior stimolo per l'innovazione, soprattutto ecologica e rispettosa dell'ambiente, connessa alle tecnologie, ai prodotti e ai servizi<sup>[68]</sup>; d'altronde, quanto più i contratti pubblici sono utilizzati quale strumento per perseguire

obiettivi di sostenibilità (ad. es. gli obiettivi dell'Agenda 2030), tanto maggiore diventa l'esigenza di sviluppare, per mezzo di questi, soluzioni innovative<sup>[69]</sup>, ossia favorendo «*l'innovazione attraverso i contratti pubblici*»<sup>[70]</sup>. Si è, per converso, rilevato come a tal riguardo siano disponibili limitate ricerche e non siano stati ancora indagati alcuni aspetti rilevanti, tra cui, ad esempio, il fatto che la dimensione organizzativa delle stazioni appaltanti possa determinare una diversa spinta all'innovazione e/o produrre benefici connessi alle ricadute relative alla produzione<sup>[71]</sup>.

Inoltre, muovendo dall'osservazione che il settore privato tende ad imitare quello pubblico, è stato osservato che quando l'obiettivo perseguito dal settore pubblico è quello di indurre nei mercati dei cambiamenti al fine di realizzare una sempre maggiore circolarità, la domanda di soluzioni innovative finisce per essere quella che produce il maggiore impatto<sup>[72]</sup>. In questa prospettiva, si è evidenziato, tuttavia, come gli appalti verdi non sempre e necessariamente comportino un'innovazione nei prodotti e nei processi, dovendo essere specificamente previsto l'abbinamento tra criteri ambientali e aspetti innovativi.

In un recente studio è stato, in particolare, posto in rilievo come sia essenzialmente l'aggiudicazione di appalti verdi a favore di piccole e medie imprese a determinare la più alta probabilità che siano sviluppati prodotti innovativi dal punto di vista ambientale, nonché che la domanda funga da *driver* dell'innovazione ambientale<sup>[73]</sup>. Non può però neppure essere trascurato il fatto che, nell'ottica dell'utilizzo strategico degli appalti pubblici, la richiamata molteplicità degli interessi perseguiti appare riscontrabile anche negli acquisti di beni e servizi innovativi, dal momento che le stazioni appaltanti li utilizzano non soltanto per soddisfare le proprie esigenze, ma anche per realizzare interessi orizzontali come la sostenibilità e la tutela dell'ambiente<sup>[74]</sup>. In questa prospettiva – per certi versi opposta a quella cui si è dato rilievo all'inizio del paragrafo – che considera i contratti innovativi quale strumento per lo sviluppo sostenibile, va inoltre osservato come, attraverso le procedure che consentono acquisti innovativi, ad esempio il partenariato per l'innovazione e gli appalti pre-commerciali, si possano perseguire tali obiettivi già dalla fase di ricerca e sviluppo, così da rendere possibile la creazione di «*un bene o un servizio le cui caratteristiche risultano sustainable by default, cioè conformi intrinsecamente al principio dello sviluppo sostenibile*»<sup>[75]</sup>.

La indicata natura bidirezionale del rapporto tra innovazione e sostenibilità è stata colta dal legislatore eurounitario del 2014<sup>[76]</sup>, al quale non è nemmeno sfuggita la correlazione tra flessibilità nella pianificazione dei processi di acquisto e spinta all'innovazione<sup>[77]</sup>. Al riguardo, deve rilevarsi come, secondo la Commissione europea, l'adozione di un approccio funzionale da parte delle stazioni appaltanti permetta *«di integrare maggiore flessibilità nella procedura, offrendo maggiore libertà al mercato per innovare e fornire la soluzione più efficace con conseguente riduzione dei costi e delle risorse»*<sup>[78]</sup>. Peraltro, anche nella Comunicazione della Commissione, *Orientamenti in materia di appalti per l'innovazione*, è stato evidenziato, per un verso che sono *«piuttosto scarse le probabilità che le specifiche tecniche descrittive stimolino il mercato a generare soluzioni innovative»*, per l'altro che *«le specifiche tecniche redatte in termini di requisiti funzionali affidano al mercato la responsabilità di conseguire migliori risultati»* e che *«l'acquirente pubblico definisce requisiti minimi per evitare un'offerta dai risultati mediocri, ma non stabilisce vincoli eccessivi per quanto riguarda le modalità impiegate per raggiungere il risultato desiderato»*<sup>[79]</sup>.

Ne consegue che un approccio improntato alla flessibilità, che sia basato sulla definizione di obiettivi oppure di requisiti funzionali, comportanti soltanto la descrizione del risultato desiderato o dei risultati attesi, sembrerebbe maggiormente in grado di indirizzare gli operatori economici a proporre soluzioni innovative in termini di prodotti e/o di processi<sup>[80]</sup>.

Al fine, peraltro, di orientare le stazioni appaltanti verso gli appalti innovativi, come è stato rilevato dalla Commissione europea, è necessario prevedere adeguati finanziamenti<sup>[81]</sup>.

## **5. Alcune considerazioni conclusive**

Come si è evidenziato, l'assenza di un espresso riferimento al principio dello sviluppo sostenibile e a quello della tutela dell'ambiente, contenuto nelle disposizioni dedicate ai principi del nuovo Codice dei contratti, appare poco comprensibile, sia tenuto conto del chiaro disposto normativo di cui all'art. 30, comma 1 e all'art. 4 del d.lgs. n. 50/2016, sia in ragione del relevantissimo ruolo riconosciuto agli stessi principi a livello eurounitario. Non sembra infatti che possa trascurarsi il fatto che tali principi hanno una valenza orizzontale di

“carattere generale”, ovvero che non risulta circoscritta al settore dei contratti pubblici, essendo ai medesimi attribuito un ruolo chiave in svariate politiche e normative eurounitarie.

Per tali ragioni, la mancata esplicita inclusione di tali principi tra quelli contemplati dagli art. 1-11 del nuovo Codice dei contratti non è tale, a ben vedere, da comportare l'esclusione dei medesimi dal novero dei principi applicabili al settore qui in considerazione.

Ciò, a ben vedere, per almeno due ordini di ragioni. Si può anzitutto rilevare che, con la codificazione all'art. 3-*quater*, d.lgs. n. 152/2006 del principio dello sviluppo sostenibile (da intendersi, nel caso di specie, essenzialmente nella dimensione ambientale), il medesimo è divenuto un'invariante del sistema del diritto amministrativo, in quanto per il tramite della disciplina speciale può ritenersi ormai assunto a principio generale<sup>[82]</sup>.

In secondo luogo, occorre tener conto di quanto è stato specificato all'art. 12, comma 1 del nuovo Codice dei contratti, che costituisce la norma di chiusura, ovvero che *«per quanto non espressamente previsto nel codice: a) alle procedure di affidamento e alle altre attività amministrative in materia di contratti si applicano le disposizioni di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241»*. Giova in particolare rilevare come in tale disposizione sia contenuto un rinvio alle disposizioni della l. n. 241/1990 applicabili sia alle procedure di affidamento, sia alle altre attività amministrative in materia di contratti, e, dunque, anche a quelle riguardanti la programmazione, la progettazione delle procedure di gara, nonché la definizione dell'oggetto del contratto. Ne consegue che il principio dello sviluppo sostenibile o della sostenibilità ambientale, per le ragioni sopra evidenziate, costituisce non soltanto un principio dell'ordinamento eurounitario, ma anche, *ex art. 1, comma 1, l. n. 241/1990*, uno dei principi generali a cui deve essere improntata l'azione amministrativa. Di tal che, tale principio, a cui è da ricollegare un effetto *spill over*, è certamente da annoverare tra i principi a cui risultano assoggettate (anche) le attività amministrative svolte nel settore dei contratti pubblici.

Da questo punto di vista non pare dunque che il quadro dei principi alla cui osservanza debbono risultare improntate le attività amministrative in materia di contratti pubblici possa considerarsi mutato rispetto alla disciplina del Codice dei contratti del 2016, per quanto sia stata eliminata l'espressa previsione che

attribuisce alle stazioni appaltanti la possibilità di subordinare il principio di economicità a vari criteri/principi, tra cui quello della promozione dello sviluppo sostenibile.

Né sembra che, stante la già menzionata riforma degli artt. 9 e 41, commi 2 e 3 Cost., si possa disconoscere che la sostenibilità ambientale costituisca un valore/principio del nostro ordinamento, e che, conseguentemente, debba essere considerato come uno dei parametri con riferimento al quale il legislatore ordinario è chiamato ad effettuare il bilanciamento con altri valori, segnatamente con le libertà economiche.

Invero, in base alle nuove coordinate costituzionali, lo sviluppo sostenibile può considerarsi una formula riassuntiva, dal momento che lo sviluppo economico dovrebbe realizzarsi, attraverso l'iniziativa economica e le altre libertà economiche garantite a livello eurounitario, riducendo al minimo, e, nel migliore dei casi, evitando del tutto che si producano impatti ambientali negativi, secondo i dettami propri dell'economia circolare. Nei termini del bilanciamento che potrà essere effettuato dal legislatore ordinario (in ragione della direttiva costituzionale desumibile, ora, dai commi 2 e 3 dell'art. 41 Cost.), nel disciplinare le modalità di esplicazione delle iniziative economiche private<sup>[83]</sup>, sembra, a ben vedere, che il principio di economicità debba essere necessariamente considerato in modo congiunto con quello di sostenibilità ambientale.

Sotto altro profilo, come si è sottolineato, l'abbinamento del principio della fiducia con quello del risultato – in base all'impostazione accolta nel nuovo Codice dei contratti – sembrerebbe comportare un ampliamento della discrezionalità dei funzionari e dei dirigenti delle stazioni appaltanti, la cui esplicazione potrebbe essere indirizzata a promuovere la sostenibilità ambientale, mediante l'individuazione di obiettivi di risultato che richiedano agli operatori economici di garantire le migliori *performance* possibili, oppure in termini migliorativi rispetto ai criteri minimi imposti dalle disposizioni normative applicabili, al fine di realizzare modelli di produzione e consumo più sostenibili o "circolari".

Oltretutto, secondo l'approccio funzionale indicato, la più ampia discrezionalità che sembra essere riconosciuta ai funzionari e ai dirigenti potrebbe tradursi nella definizione di obiettivi che spingano gli operatori economici a proporre soluzioni che risultino non soltanto più sostenibili, ma anche innovative in termini di

prodotti e/o di processi. Occorre infatti tener conto che, non essendo possibile stabilire alcun automatismo tra la progettazione di procedure di aggiudicazione di appalti verdi o circolari e la proposizione, in sede di offerta, di soluzioni effettivamente innovative da parte degli operatori economici aspiranti aggiudicatari, è necessario che l'abbinamento tra criteri ambientali e aspetti innovativi costituisca oggetto di specifica considerazione da parte delle stazioni appaltanti.

1. Il presente contributo riproduce, con alcune integrazioni, il testo della Relazione presentata al convegno su "La Pubblica Amministrazione nel Nuovo Millennio", tenutosi il 15-16 dicembre 2022 presso l'Università degli studi di Milano, in occasione dei tre anni dalla costituzione del CERIDAP.
2. Si v. la *Relazione agli articoli e agli allegati*, 12, ove si precisa che «*si è voluto dare un contenuto concreto e operativo a clausole generali altrimenti eccessivamente elastiche (...), oppure utilizzare la norma-principio per risolvere incertezze interpretative (...)* o per recepire indirizzi giurisprudenziali ormai divenuti "diritto vivente" (...). Più in generale, attraverso la codificazione dei principi, il nuovo progetto mira a favorire una più ampia libertà di iniziativa e di auto-responsabilità delle stazioni appaltanti, valorizzandone autonomia e discrezionalità (amministrativa e tecnica) in un settore in cui spesso la presenza di una disciplina rigida e dettagliata ha creato incertezze, ritardi, inefficienze».
3. Si v. A. Massera, F. Merloni, *L'eterno cantiere del Codice dei contratti pubblici*, in *Dir. Pubbl.*, 2, 2021, 587 ss., spec. 590.
4. Mentre al comma 1 dell'art. 3-quater, d.lgs. n. 152/2006, si afferma che «*ogni attività umana giuridicamente rilevante ai sensi del presente codice deve conformarsi al principio dello sviluppo sostenibile, al fine di garantire che il soddisfacimento dei bisogni delle generazioni attuali non possa compromettere la qualità della vita e le possibilità delle generazioni future*», al comma 2 del medesimo articolo si riconosce che «*anche l'attività della pubblica amministrazione deve essere finalizzata a consentire la migliore attuazione possibile del principio dello sviluppo sostenibile, per cui nell'ambito della scelta comparativa di interessi pubblici e privati connotata da discrezionalità gli interessi alla tutela dell'ambiente e del patrimonio culturale devono essere oggetto di prioritaria considerazione*». Si può tuttavia osservare come nel settore dei contratti pubblici l'attività delle stazioni appaltanti risulti più che altro connotata da discrezionalità tecnica. S. Colombari, *Le considerazioni ambientali nell'aggiudicazione delle concessioni e degli appalti pubblici*, in *Urb. app.*, 1, 2019, 1, 5 ss., in part. 12-13.
5. Su detta modifica degli artt. 9 e 41 Cost. si v. *ex multis*: M. Cecchetti, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, in *Forum Quad. Cost.*, 3, 2021, p. 285 ss.; A. Morrone, *L'«ambiente» nella Costituzione. Premesse di un nuovo*

- «contratto sociale», in AA.VV., *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022, 91 ss.; G. Severini, P. Carpentieri, *Sull'inutile, anzi dannosa modifica dell'articolo 9 della Costituzione*, in *Giust. insieme*, 22 settembre 2021; G. Di Plinio, *L'insostenibile evanescenza della costituzionalizzazione dell'ambiente*, paper – 1° luglio 2021, in *federalismi.it*; e G. Chiola, *La Costituzione ambientale in Italia: un tentativo di costituzionalizzare il diritto della natura oppure un problematico rafforzamento dei riconoscimenti esistenti?*, in *Nomos – Le attualità nel diritto*, 2, 2022, A. Lamberti, *Ambiente, sostenibilità e principi costituzionali: questioni aperte e prospettive alla luce della legge cost. 1/2022*, in *Nomos – Le attualità nel diritto*, 3, 2023.
6. Ritene che sia preferibile utilizzare detta locuzione (generalmente riferita alle politiche “orizzontali”) al posto di quella di obiettivi/politiche “secondari/e”, S. Arrowsmith, P. Kunzlik, *Public Procurement and Horizontal policies in EC Law: General Principles*, in S. Arrowsmith, P. Kunzlik (eds), *Social and Environmental Policies in EC procurement Law: New Directives and New Directions*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 12 ss.
7. Come ha osservato E. Caruso, *I contratti pubblici tra obiettivi di sostenibilità e finalità concorrenziali: alla ricerca di nuovi equilibri*, in P.A., 2022, p. 299, se già con le direttive del 2014 «*il margine di scelta sull'an e sul quomodo rimesso alle singole amministrazioni*» è risultato molto ridotto, si può considerare «*quasi interamente consumato dalle scelte fatte a monte (e in via generale e astratta) dal legislatore oppure a livello ministeriale dai c.d. decreti CAM*».
8. Con riferimento alla c.d. clausola di equivalenza, si v. l'all. II.5. di cui *infra*. In base al principio di equivalenza, com'è noto, laddove siano richieste specifiche tecniche e/o etichettature determinate – anche sotto il profilo ambientale –, si deve sempre consentire all'operatore offerente di dimostrare che le soluzioni proposte, seppure difformi da quelle specificamente indicate nei documenti di gara, siano in grado di ottemperare ai suddetti requisiti in maniera equivalente.
9. Si v. Commissione europea, *Appalti pubblici per un'economia circolare. Buone prassi e orientamenti*, Bruxelles, 2018, 14, in [https://cp\\_european\\_commission\\_brochure\\_it.pdf](https://cp_european_commission_brochure_it.pdf). Va altresì considerato che all'art. 42, par. 3, lett. a) della direttiva n. 24/2014, si prevede che le specifiche tecniche possono essere formulate anche «*in termini di prestazioni o di requisiti funzionali, comprese le caratteristiche ambientali, a condizione che i parametri siano sufficientemente precisi da consentire agli offerenti di determinare l'oggetto dell'appalto e alle amministrazioni aggiudicatrici di aggiudicare l'appalto*». Ha sottolineato come dette prestazioni o requisiti funzionali possano riguardare livelli di *performance* ambientali e climatici, processi di produzione e metodi riguardanti ogni fase del ciclo di vita della lavorazione e del confezionamento, E. Van Den Abeele, *Integrating social and environmental dimensions in public procurement: one small step for the internal market, one giant leap for the EU?*, Working Paper, Brussels, August 2014, 12, in <https://www.etui.org/publications/working-papers/integrating-socialand-environmental-dim>

*ensions-in-public-procurement-one-small-step-for-the-internal-market-one-giant-leap-for-the-eup.*

10. Un primo riferimento, per dovere di completezza, si rinviene all'art. 39, d.lgs. n. 36/2023, riguardante la *Programmazione e progettazione delle infrastrutture strategiche e di preminente interesse nazionale*, in base al quale, l'elenco delle infrastrutture suddette è inserito nel documento di economia e finanza con l'indicazione dei criteri di rendimento attesi in termini di sviluppo infrastrutturale, riequilibrio socio-economico fra le aree del territorio nazionale, sostenibilità ambientale, garanzia della sicurezza strategica, contenimento dei costi dell'approvvigionamento energetico del Paese, adeguamento della strategia nazionale a quella della rete europea delle infrastrutture. Il rispetto dei principi della sostenibilità non solo economica, territoriale, ma anche ambientale e sociale dell'intervento, anche per contrastare il consumo del suolo, incentivando interventi di recupero, riuso e valorizzazione del patrimonio edilizio esistente, è poi previsto all'art. 41 del medesimo decreto legislativo, riguardante i *Livelli e contenuti della progettazione in materia di lavori pubblici*.
11. Può rilevarsi, al riguardo, che l'art. 130 del nuovo Codice dei contratti riproduce non l'art. 144 del Codice del 2016 (come sostituito dall'art. 6, l. 17 maggio 2022, n. 61, recante *Norme per la valorizzazione e la promozione dei prodotti agricoli e alimentari a chilometro zero e di quelli provenienti da filiera*), bensì la formulazione della medesima disposizione legislativa previgente. Non può non rilevarsi come la più recente formulazione dell'art. 144, d.lgs. n. 50/2016 risultasse "più avanzata" sul piano della sostenibilità ambientale, stabilendo che, nella valutazione dell'offerta tecnica occorre tener conto anche «*del rispetto delle disposizioni ambientali in materia di green economy, dei criteri ambientali minimi pertinenti di cui all'articolo 34 del presente codice, della qualità della formazione degli operatori e della provenienza da operatori dell'agricoltura biologica e sociale*».
12. Nel *paper* della Commissione europea, *Appalti pubblici per un'economia circolare. Buone prassi e orientamenti*, Bruxelles, 2017, 5, si sottolinea come gli appalti pubblici circolari costituiscano «*un approccio agli acquisti verdi che riconosce l'importanza delle autorità pubbliche nel sostenere la transizione verso un'economia circolare*» e gli appalti circolari sono definiti come «*il processo tramite il quale le autorità pubbliche acquistano lavori, beni o servizi che cercano di contribuire a cicli chiusi di energia e materiali nelle catene di approvvigionamento, riducendo nel contempo al minimo, e nel migliore dei casi evitando, gli impatti ambientali negativi e la creazione di rifiuti nell'intero ciclo di vita di tali lavori, beni o servizi*». Si v. per un raffronto tra i due approcci A. Massera, *Introduzione. Quali contratti per quali interessi pubblici?*, in *I contratti pubblici: la difficile stabilizzazione delle regole e la dinamica degli interessi*, a cura di A. Maltoni, Napoli, 2020, 134-135.
13. Sempre nell'allegato II, 8, par. III, in continuità con la disciplina previgente, si precisa altresì che «*tali costi possono includere i costi delle emissioni di gas a effetto serra e di altre sostanze inquinanti, nonché altri costi legati all'attenuazione dei cambiamenti climatici*».
14. Con riferimento all'approccio pionieristico del legislatore nazionale, rispetto a quello europeo, volto ad introdurre il requisito della "moralità ambientale" come motivo di

- esclusione obbligatoria e non soltanto facoltativa, da parte della stazione appaltante (cfr. art. 57 della Dir. 2014/24/UE, che prevede la possibilità per le amministrazioni di escludere un operatore che viola le norme in materia di diritto ambientale), si v. *ex multis*: C. Vivani, *Appalti sostenibili, green public procurement e socially responsible public procurement*, in *Urb. app.*, 8-9/2016, 993 ss. La “moralità” sociale ed ambientale dell’impresa, viene poi specificata anche nell’ambito dell’art. 109 d.lg. n. 36/2023, laddove, tra gli indici qualitativi che esprimono l’affidabilità dell’impresa, si indica il rispetto «*degli obiettivi di sostenibilità e responsabilità sociale*».
15. Appare significativo, ad esempio, che nel Considerando n. 95 della Direttiva n. 24/2014 si riconosca che «*È d’importanza fondamentale sfruttare pienamente il potenziale degli appalti pubblici al fine di realizzare gli obiettivi della strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva. In tale contesto, è opportuno ricordare che gli appalti pubblici sono essenziali per promuovere l’innovazione, che è di primaria importanza per la futura crescita in Europa*».
  16. Si v. Commissione europea, Comunicazione, *Appalti pubblici efficaci in Europa e per l’Europa*, Strasburgo, 3.10.2017, COM(2017) 572 final, 3, in cui si sottolinea anche che vi è la necessità di passare da «*un approccio puramente amministrativo a uno strategico e orientato alle esigenze, pienamente conforme alle norme*», anche al fine di «*sostenere la transizione verso un’economia circolare efficiente sotto il profilo energetico e delle risorse, e promuovere uno sviluppo economico sostenibile e società più eque e inclusive*». Nella stessa Comunicazione si evidenzia altresì che «*Gli appalti pubblici strategici dovrebbero rivestire un ruolo di maggiore importanza affinché i governi centrali e locali possano rispondere agli obiettivi sociali, ambientali ed economici, quali l’economia circolare*».
  17. Detto aspetto è sottolineato da K.-M. Halonen, *Is public procurement fit for reaching sustainability goals ? A law and economics approach to green public procurement*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2021, vol. 28(4), spec. 550-551. Tuttavia, per una diversa opinione si v. A. Sanchez-Graells, *Public Procurement and the Eu Competition Rules*, Oxford-Portland, Bloomsbury, 2015, nonché Id, *More Competition-Oriented Public Procurement to Foster Social Welfare*, in K.V. Thai (eds), *Towards New Horizons in Public Procurement*, Florida, PrAcademics Press, 2010, 81 s., ad avviso del quale la concorrenza assicura anche nel settore dei contratti pubblici la più efficiente allocazione delle risorse e costituisce il principale strumento di crescita economica. Il medesimo A. ritiene peraltro che gli obiettivi socio-politici (*i.e.* i c.d. interessi secondari) debbono essere orientati all’accrescimento dell’efficienza degli obiettivi primari perseguiti nel settore dei contratti pubblici, si v. A. Sanchez-Graells, *Regulatory Substitution between Labour and Public Procurement Law: The EU’s Shifting Approach to Enforcing Labour Standards in Public Contracts*, in *European Public Law*, 24, 2, 2018, p. 229 ss, spec., 236.
  18. Si v. A. La Chimia, *Appalti e sviluppo sostenibile nell’Agenda 2030*, in *Il procurement delle pubbliche amministrazioni. Tra innovazione e sostenibilità*, a cura di L. Fiorentino, A. La Chimia, Bologna, il Mulino, 2021, 73 ss.
  19. Si v. F. Fracchia, P. Pantalone, *Verso una contrattazione pubblica sostenibile e circolare*

## CERIDAP

secondo l'agenda ONU 2030, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2022, 243 ss., spec. 245, che distinguono tra «contratto sostenibile» e «contratto pubblico al servizio della sostenibilità». Con riguardo al secondo profilo indicato, si può, ad esempio, richiamare il ruolo dei contratti dell'amministrazione rispetto al raggiungimento dell'obiettivo n. 11 ("Rendere le città e gli insediamenti umani inclusivi, sicuri, duraturi e sostenibili"), con riferimento al quale si rivela necessario «garantire a tutti l'accesso a un sistema di trasporti sicuro, conveniente, accessibile e sostenibile».

20. Si v. Comunicazione della Commissione europea, *Appalti pubblici efficaci in Europa e per l'Europa*, 3 ottobre 2017, COM(2017) 572 def.
21. In tema si v. *ex multis*: F. Fracchia, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Editoriale scientifica, Napoli, 2010; Id, *Il principio dello sviluppo sostenibile*, in G. Rossi (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Giappichelli, Torino, 2011, 170 ss.; 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.; J.D. Sachs, *L'era dello sviluppo sostenibile*, Milano, 2015; M. Antonioli, *Sostenibilità dello sviluppo e governance ambientale*, Torino, 2016.
22. Si v. Commissione, «*Il Green Deal europeo*», Bruxelles, 11 dicembre 2019, COM(2019) 640, final., in part. p. 2.1.3 e 3.
23. Si v. la Comunicazione della Commissione, *Piano di investimenti per un'Europa sostenibile. Piano di investimenti del Green Deal europeo*, del 14 gennaio 2020 COM(2020) 21, final,
24. Si v. la Proposta di Direttiva sull'efficienza energetica (rifusione), Bruxelles, 14.7.2021, COM(2021), 558 final 2021/0203 (COD), che è stata approvata con emendamenti dal Parlamento europeo il 14 marzo 2023. Tale direttiva modifica la direttiva 2012/27/UE del 25 ottobre 2012, che, a sua volta, era già stata oggetto in precedenza di altre modifiche (cfr. direttive 2018/844/UE del 30 maggio 2018 e 2018/2022/UE dell'11 dicembre 2018).
25. Si v. l'art. 7, comma 5 di tale proposta di direttiva. Il sostegno indicato dovrebbe tradursi, in particolare, nell'emanazione di «norme e orientamenti chiari, comprese metodologie di valutazione dei costi nel ciclo di vita e degli impatti e dei costi ambientali», nonché nell'istituzione di «centri di sostegno alle competenze», nell'incoraggiamento della «cooperazione fra amministrazioni aggiudicatrici, anche sul piano transfrontaliero», e nel ricorso «ove possibile ad appalti aggregati e appalti elettronici».
26. Si v. la Comunicazione della Commissione, *Appalti pubblici per un ambiente migliore* del 16 luglio 2008 COM(2008) 400 def. Per i criteri GPP sviluppati dalla Commissione Ue, si v. [https://ec.europa.eu/environment/gpp/eu\\_gpp\\_criteria\\_en.htm](https://ec.europa.eu/environment/gpp/eu_gpp_criteria_en.htm).
27. Si v. la Proposta di direttiva *sulla prestazione energetica nell'edilizia* del 15 dicembre 2021, COM(2021) 802 final, [2021/0426 (COD)]. Sul tema si veda anche la Comunicazione della Commissione, *Un'ondata di ristrutturazioni per l'Europa: investire gli edifici, creare posti di lavoro e migliorare la vita* del 14 ottobre 2020 COM(2020) 662 final

## CERIDAP

- [{SWD(2020) 550 final}].
28. Si v. sul tema la Comunicazione della Commissione "*Pronti per il 55 %*": realizzare l'obiettivo climatico dell'UE per il 2030 lungo il cammino verso la neutralità climatica del 14 luglio 2021, COM(2021) 550 final.
  29. Si v. in argomento: R. Caranta, *Towards mandatory SPP for buildings/works*, in *European Journal of Public Procurement markets*, 4, 2022, 9 ss., in part. 15.
  30. Si v. la Comunicazione della Commissione europea, *Un nuovo piano d'azione per l'economia circolare. Per un'Europa più pulita e più competitiva*, 11 marzo 2020, COM(2020) 98 final.
  31. Si v. la Commissione europea, *«L'anello mancante - Piano d'azione dell'Unione europea per l'economia circolare»*, 2 dicembre 2015, COM(2015) 614 def.
  32. Si v. Commissione europea, *Appalti pubblici per un'economia circolare. Buone prassi e orientamenti*, cit. 5. In dottrina, si v. *ex multis*: C. Feliziani, *I «nuovi appalti verdi»: un primo passo verso un'economia circolare?* in *Dir. econ.*, 2017, 2, 349 ss.
  33. Si v. Commissione europea, *Primo pacchetto sull'economia circolare*, in <https://ec.europa.eu/commission>. In tale pacchetto sono contenute le seguenti proposte/iniziative: 1. proposta di regolamento sulla progettazione ecocompatibile per i prodotti sostenibili; 2. proposta di revisione del regolamento sui prodotti da costruzione (CPR); 3. nuova strategia dell'UE per il tessile sostenibile; 4. proposta relativa a nuove norme per responsabilizzare i consumatori nella transizione verde e combattere il c.d. *greenwashing*.
  34. Si v. Decisione 2014/350/UE della Commissione, del 5 giugno 2014, che stabilisce i criteri ecologici per l'assegnazione del marchio di qualità ecologica dell'Unione europea (Ecolabel UE) ai prodotti tessili (GU L 174 del 13.6.2014, 45).
  35. Si v. Commissione europea, *EU green public procurement criteria for textiles products and services*, SWD(2017) 231 final.
  36. Si v. la proposta di Regolamento che stabilisce il quadro per l'elaborazione delle specifiche di progettazione ecocompatibile dei prodotti sostenibili e abroga la direttiva 2009/125/CE del 30 marzo 2022, COM(2022) 142 final, [2022/0095 (COD)].
  37. Si v. la proposta di Regolamento che fissa le condizioni armonizzate per la commercializzazione dei prodotti da costruzione, che modifica il regolamento (UE) 2019/1020 e abroga il regolamento (UE) n. 305/2011 del 30 marzo 2022, COM(2022) 144 final, [2022/0094 (COD)].
  38. Si v. l'art. 84 della Proposta di Regolamento che stabilisce il quadro per l'elaborazione delle specifiche di progettazione ecocompatibile dei prodotti sostenibili e abroga la direttiva 2009/125/CE, Bruxelles, 30.3.2022, COM(2022) 142 final, 2022/0095 (COD). In tale Proposta sono individuati anche i criteri a cui la Commissione si dovrà attenere nell'adozione dei suddetti atti delegati, segnatamente: *«(a) il valore e il volume degli appalti pubblici aggiudicati per tale determinata famiglia o categoria di prodotti o per i servizi o i lavori che utilizzano la determinata famiglia o categoria di prodotti; (b) la necessità di garantire una domanda sufficiente di prodotti più sostenibili dal punto di vista*

*ambientale; (c) la fattibilità economica per le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori di acquistare prodotti più sostenibili dal punto di vista ambientale, senza che ciò comporti costi sproporzionati».*

39. Si v. COM(2022)71 final, 2022/0051(COD), 23 febbraio 2022, che modifica la direttiva (UE) 2019/1937. Il Consiglio ha adottato la sua posizione (“orientamento generale”) su tale proposta di direttiva in data 30 novembre 2022.
40. Tra i molteplici interventi significativi deve altresì menzionarsi il Regolamento UE sulla finanza sostenibile (Reg. 2020/852/UE, c.d. “Regolamento tassonomia”), che, oltre a sancire la nascita del primo sistema al mondo di classificazione delle attività economiche sostenibili, capace di creare un linguaggio comune che gli investitori potranno usare ovunque quando investono in progetti e attività economiche che hanno significative ricadute positive sul clima e sull’ambiente, introduce il principio *do no significant harm* (DNSH), ovvero non arrecare significativo danno all’ambiente. Da ultimo, poi, si veda anche la proposta di Regolamento sulle materie prime critiche (*Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council, establishing a framework for ensuring a secure and sustainable supply of critical raw materials and amending Regulations (EU) 168/2013, (EU) 2018/858, 2018/1724 and (EU) 2019/1020*, Bruxelles, 16/3/2023, COM(2023)final, con cui espressamente si riconosce che «*Transparency on the relative footprint of critical raw materials placed on the Union market may also enable other policies at Union and national level, such as incentives or green public procurement criteria, fostering the production of critical raw materials with lower environmental impacts*».
41. Inoltre, all’art. 70 della Proposta di Regolamento UE relativo alle batterie e ai rifiuti di batterie, che abroga la direttiva 2006/66/CE e modifica il regolamento (UE) 2019/1020, si stabilisce che le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori, per un verso debbono tenere conto, negli appalti pubblici per batterie o prodotti contenenti batterie, dell’impatto ambientale durante il loro ciclo di vita, nell’ottica di garantire che tale impatto sia ridotto al minimo, per l’altro sono invitati a includere le specifiche tecniche e i criteri di aggiudicazione per garantire che la scelta ricada su un prodotto tra quelli con un impatto ambientale durante il ciclo di vita significativamente inferiore. Inoltre, si prevede che la Commissione possa stabilire, mediante atti delegati, criteri minimi obbligatori in materia di appalti pubblici verdi.
42. Si v. per tale rilievo M. Cozzio, *Public Procurement as a Tool to Promote Sustainable Business Strategies: The Way Forward for European Union*, in *International Community Law Rev.* 24, 2022, spec. 176, che sottolinea come detto approccio continui per il momento ad essere limitato ad alcuni settori. Sul tema, con particolare riferimento ai più recenti interventi riguardanti il settore dei lavori e delle costruzioni, si v. la ricostruzione di R. Caranta, *Towards mandatory SPP for buildings/works*, cit., 9 ss., che si è espresso in termini critici con riguardo alle proposte di direttiva in tema di progettazione ecocompatibile e di prodotti da costruzione (pp. 16 ss. e 19 s.). In particolare, è stato osservato che il richiamo alla “fattibilità economica”, costituente uno dei criteri che deve seguire la Commissione nell’elaborazione di requisiti di sostenibilità, potrebbe indurre la

medesima ad adottare soluzioni “al ribasso”, e quindi poco ambiziose sotto il profilo della sostenibilità ambientale, perché tarate sulla situazione di Stati membri nei quali gli acquisiti sostenibili sono meno diffusi e sviluppati. In particolare, appare condivisibile l’osservazione critica espressa dal medesimo A., secondo cui l’armonizzazione, che verrebbe realizzata con l’approvazione della proposta di direttiva sui prodotti da costruzione, non consentirebbe più ai legislatori nazionali e alle singole stazioni appaltanti (negli atti di gara) di disciplinare requisiti ulteriori rispetto a quelli fissati a livello Ue. In altri termini, le stazioni appaltanti risulterebbero vincolate alle specifiche tecniche armonizzate stabilite in ambito eurounitario, da intendere quindi «*as a fully (instead of minimally) harmonised zone*». Ciò finirebbe, a ben vedere, per compromettere la libertà delle stazioni appaltanti di definire l’oggetto del contratto.

43. Si v. in tal senso K.-M. Halonen, *Is public procurement fit for reaching sustainability goals? A law and economics approach to green public procurement*, cit., 553-554.
44. Si v. L. Mélon, *More Than a Nudge? Arguments and Tools for Mandating Green Public Procurement in the EU*, 12 *Sustainability*, 2020, spec. p. 15, nonché K. Poulikli, *Towards mandatory Green Public Procurement (GPP) requirements under the EU Green Deal. Reconsidering the role of public procurement as an environmental policy tool*, in *ERA Forum*, 2021, spec. 715.
45. Si v. M. Andhov, R. Caranta (a cura di), *Sustainability through public procurement: the way forward – Reform Proposals*, SMART Project Report 2020, p. 41 ss., reperibile in [https://www.idos-research.de/uploads/media/Sustainability\\_through\\_public\\_procurement\\_the\\_way\\_forward\\_Reform\\_Proposals.pdf](https://www.idos-research.de/uploads/media/Sustainability_through_public_procurement_the_way_forward_Reform_Proposals.pdf).
46. In argomento si v. *ex multis*: M. Andhov, R. Caranta (Eds.), *Sustainability through public procurement: the way forward. Reform Proposals*, SMART Project Report, 2020; F. Fracchia, S. Vernile, *I contratti pubblici come strumento dello sviluppo ambientale*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2, 2020, p. 4 ss.; A. La Chimia, *Appalti e sviluppo sostenibile nell’Agenda 2030*, in *Il procurement delle pubbliche amministrazioni. Tra innovazione e sostenibilità*, cit., p. 77 ss.
47. Com’è noto, già in base all’art. 34, comma 1, d.lgs. n. 50/2016 era desumibile la natura vincolante delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali previste dai criteri ambientali minimi (CAM), ove l’oggetto dell’appalto corrispondeva ad una delle categorie oggetto della disciplina tecnica contenuta in un decreto sui CAM. Con riferimento ai CAM si v. *ex multis*: E. Bellomo, *Appalti verdi in urbanistica ed edilizia: i criteri ambientali minimi*, in *Riv. giur. urb.*, 1, 2020, 143 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.
48. Si v. sul punto *ex multis*: Cons. Stato (sezione V), sentenza del 3 febbraio 2021, n. 972.
49. Si v. sul punto Cons. Stato (sezione III), sentenza del 14 ottobre 2022, n. 8773 che richiama *Id.*, sent n. 6934/2022.
50. Si v. ancora Cons. Stato (sezione III), sentenza del 14 ottobre 2022, n. 8773, cit.

51. Sottolinea l'importanza degli aspetti organizzativi interni, nonché del rafforzamento delle competenze tecniche, giuridiche ed economiche del personale delle stazioni appaltanti, ai fini dell'effettiva realizzazione di procedure di acquisto circolari, S. D. Sönnichsen, J. Clement, *Review of green and sustainable public procurement: Towards circular public procurement*, in *Journal of Cleaner Production*, 245, 2020, spec. 10 s. Inoltre, nella Relazione della Commissione europea, *Attuazione delle politiche nazionali in materia di appalti e relative migliori prassi nel mercato interno*, Bruxelles, 20.5.2021 COM(2021) 245 final, p. 8, si sottolinea che uno dei principali problemi incontrati dagli Stati membri nell'attuazione degli appalti pubblici verdi è «*la mancanza di conoscenze e competenze specifiche dei funzionari pubblici impegnati nelle gare d'appalto*». Anche nella Comunicazione della Commissione europea, *Appalti pubblici efficaci in Europa e per l'Europa*, Strasburgo, 3.10.2017, COM(2017) 572 final, si sottolinea, per un verso che «*per guidare il cambiamento sono necessari individui con le giuste competenze. Il basso livello di professionalizzazione degli acquirenti pubblici è un problema sistemico in molti Stati membri*», per l'altro che «*per un cambiamento di cultura e un maggiore uso degli appalti pubblici strategici è necessario un più ampio uso di pratiche flessibili, conoscenza dei mercati e strumenti innovativi*». Anche a livello nazionale ci si è resi conto dell'importanza del rafforzamento delle competenze in materia di appalti verdi: alla luce delle criticità riscontrate nel corso degli anni in merito all'effettiva osservanza dei criteri ambientali, il Ministero della Transizione Ecologica – attraverso il Tavolo di coordinamento delle Regioni e Provincie Autonome, istituito ai sensi dell'art. 2 del Protocollo di intesa, sottoscritto dall'allora Ministero dell'Ambiente con le Regioni e Provincie autonome in data 2/10/2017 (della durata di 5 anni), al fine di definire e attuare misure omogenee nel settore degli appalti pubblici con particolare riferimento a tematiche relative agli acquisti e alla realizzazione di opere pubbliche sostenibili –, nell'ambito della linea L1 WP1 del progetto Creiamo PA “Formazione e diffusione del Green Public Procurement (GPP)”, finanziato dal Programma Operativo Nazionale Governance e Capacità istituzionale 2014-2020, ha inteso promuovere un percorso formativo a distanza, nonché un'attività di supporto da parte di esperti via e-mail attraverso il servizio “esperto GPP risponde”, prevedendo altresì affiancamenti *on the job* alle stazioni appaltanti, nonché l'organizzazione di conferenze e seminari.
52. Rilevante risulta altresì quanto disposto dall'art. 63, d.lgs. n. 36/2023 in merito ai requisiti di qualificazione delle stazioni appaltanti.
53. A norma dell'art. 3, lett. m) dell'All. 1 del nuovo Codice dei contratti pubblici, il “ciclo di vita del contratto pubblico”, è costituito dall'insieme «*delle attività, anche di natura amministrativa e non contrattuale, che ineriscono alla programmazione, progettazione, pubblicazione, affidamento ed esecuzione del contratto*».
54. In base a tale disposizione le caratteristiche di lavori, servizi e forniture «*possono inoltre riferirsi allo specifico processo o metodo di produzione o prestazione dei lavori, delle forniture o dei servizi richiesti, o a uno specifico processo per un'altra fase del loro ciclo di vita anche se questi fattori non sono parte del loro contenuto sostanziale, purché siano collegati all'oggetto*

dell'appalto e proporzionati al suo valore e ai suoi obiettivi».

55. A norma dell'art. 95, comma 11, d.lgs n. 50/2016: «*I criteri di aggiudicazione sono considerati connessi all'oggetto dell'appalto ove riguardino lavori, forniture o servizi da fornire nell'ambito di tale appalto sotto qualsiasi aspetto e in qualsiasi fase del loro ciclo di vita, compresi fattori coinvolti nel processo specifico di produzione, fornitura o scambio di questi lavori, forniture o servizi o in un processo specifico per una fase successiva del loro ciclo di vita, anche se questi fattori non sono parte del loro contenuto sostanziale*».
56. Cfr., rispettivamente, gli artt. 42, 67 e 68 della direttiva 2014/24/UE, ove vengono recepite le indicazioni di Corte giust., sentenza 10 maggio 2012, C-368/10, *Commissione europea c. Regno dei Paesi Bassi*.
57. In particolare, ci si intende riferire alla previsione di specifiche clausole penali o clausole risolutive espresse, nonché alla predisposizione di appositi strumenti di controllo del rispetto degli obblighi sociali e ambientali lungo la catena di fornitura.
58. Se si considerano ad esempio i CAM sulla ristorazione collettiva e sulla fornitura di derrate alimentari (approvati con d.m. n. 65 del 10 marzo 2020, in *G.U.* n. 90 del 4 aprile 2020), nella cui “definizione” è stata pienamente seguita la logica del ciclo di vita, si può osservare come sia stato dato rilievo agli impatti ambientali e sociali di tutte le fasi della prestazione, dalla produzione delle materie prime e dalla preparazione dei cibi, fino alla loro somministrazione e alla successiva attività di smaltimento dei rifiuti. Inoltre, con riguardo agli aspetti sociali, è presa in considerazione l'intera filiera di fornitura e, in tale prospettiva, viene vietata la somministrazione di prodotti ittici provenienti da zone povere con problemi di (in)sicurezza alimentare (cfr. la relativa Relazione di accompagnamento aggiornata ad aprile 2022). Peraltro, una particolare attenzione è stata rivolta dal legislatore nazionale alle catene di fornitura, a seguito dell'introduzione del concetto di *socially responsible procurement*: per approfondimenti in merito si v.: Commissione Europea «*Acquisti sociali — Una guida alla considerazione degli aspetti sociali negli appalti pubblici (seconda edizione)*», (2021/C 237/01), del 18/6/2021; C. Longo, *Il sustainable public procurement. I contratti pubblici e l'Agenda 2030 tra criteri ambientali e criteri sociali*, in ANAC, Working paper, 9, in <https://www.anticorruzione.it/-/il-sustainable-public-procurement#p1>.
59. Sottolinea come soprattutto attraverso la discrezionalità, che è riconosciuta alle stazioni appaltanti, sia possibile assicurare l'effettiva integrazione «*of more stringent climate consideration in their public procurement decisions*», K. Poulikli, *Towards mandatory Green Public Procurement (GPP) requirements under the EU Green Deal. Reconsidering the role of public procurement as an environmental policy tool*, cit., spec. 712.
60. Sulla definizione di appalti pubblici sostenibili, si v. United Nations, *Environment Programme, Sustainable public procurement: a global review*, final report, 2013, in <https://globalecolabeling.net/assets/Documents/unep-spp-report.pdf>, In dottrina si v. *ex multis*: S. Valaguzza, *Sustainable Development in Public Contracts. An Example of Strategic Regulation*, Napoli 2016; B. Sjöfjell - A. Wiesbrock (a cura di), *Sustainable Public Procurement Under EU Law*, Cambridge, 2016.

61. Sembra doversi dunque riconoscere che la situazione non risulta sostanzialmente mutata rispetto a quella desumibile dal Codice dei contratti del 2016. Al riguardo, deve in particolare evidenziarsi che, come è stato rilevato da A. Massera, *op. cit.*, 134, «l'elemento più significativo della rilevanza delle considerazioni degli aspetti ambientali si colloca nel momento dell'aggiudicazione attraverso la valorizzazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa», «quale metodo che consente di valutare la qualità e la sostenibilità dell'offerta secondo criteri predeterminati e a condizioni date tenendo conto dei costi del ciclo di vita, ivi compresi i costi del "fine vita" del prodotto o del servizio e i costi delle esternalità ambientali». Trattandosi, tuttavia, di una possibilità di valorizzazione della sostenibilità, l'utilizzo o meno di tale metodo è rimesso interamente ad una scelta della stazione appaltante.
62. Si consideri, al riguardo, ad esempio, che nel Piano d'azione nazionale sul *Green Public Procurement*, allegato al d.m. 23 giugno 2022, recante "Criteri ambientali minimi per l'affidamento del servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti urbani, della pulizia e spazzamento e altri servizi di igiene urbana, della fornitura di contenitori e sacchetti per la raccolta dei rifiuti urbani, della fornitura di veicoli, macchine mobili non stradali e attrezzature per la raccolta e il trasporto di rifiuti e per lo spazzamento stradale", non soltanto viene evidenziato che, in ragione della «complessità del servizio trattato, i CAM non costituiscono parte di un capitolato o di un disciplinare da riportare integralmente nella documentazione di gara, ma devono essere analizzati e tarati in base alle peculiarità del territorio», ma si precisa anche che «nella definizione dei CAM non si è ritenuto opportuno individuare criteri prescrittivi in merito alle modalità organizzative da adottare, ma si è preferito piuttosto stabilire, laddove possibile, degli obiettivi da raggiungere tramite i modelli gestionali ritenuti più adatti ad ogni contesto».
63. Come viene sottolineato nella Comunicazione della Commissione europea, *Orientamenti in materia di appalti per l'innovazione*, Bruxelles, 2021/C 267, spec.,22 se da un lato «è fondamentale riconoscere che gli appalti per l'innovazione comportano determinati rischi, come la mancata fornitura di un prodotto o di un servizio, lo squilibrio tra i risultati attesi e la soluzione offerta ecc.» e che «poiché gestiscono denaro pubblico, gli acquirenti pubblici sono spesso restii a correre ulteriori rischi durante le procedure di appalto», dall'altro occorre dare atto che «per ovviare all'avversione al rischio, occorre fare ricorso ad incentivi finanziari e non, con l'intento di rafforzare la motivazione degli acquirenti pubblici».
64. Si v. l'art. 58 della Proposta di Regolamento che stabilisce il quadro per l'elaborazione delle specifiche di progettazione ecocompatibile dei prodotti sostenibili e abroga la direttiva 2009/125/CE, cit. Inoltre, al Considerando 87 della medesima Proposta di Regolamento si prevede che «Per contribuire all'obiettivo della neutralità climatica, del miglioramento dell'efficienza sotto il profilo energetico e delle risorse e della transizione verso un'economia circolare che tutela la salute pubblica e la biodiversità, è opportuno delegare alla Commissione il potere di adottare atti conformemente all'articolo 290 TFUE per imporre, se del caso, alle amministrazioni aggiudicatrici e agli enti aggiudicatori ... di allineare i loro appalti a criteri od obiettivi specifici in materia di appalti pubblici verdi ... Rispetto a un

*approccio volontario, l'introduzione di criteri od obiettivi obbligatori farà sì che sia sfruttato al meglio l'effetto leva della spesa pubblica per stimolare la domanda di prodotti più efficienti».* Dispone in termini non dissimili anche l'art. 84, par. 2 della Proposta di Regolamento che fissa condizioni armonizzate per la commercializzazione dei prodotti da costruzione, modifica il regolamento (UE) 2019/1020 e abroga il regolamento (UE) n. 305/2011, cit.

65. Si v. il Considerando 91 della Proposta di Regolamento che fissa condizioni armonizzate per la commercializzazione dei prodotti da costruzione, modifica il regolamento (UE) 2019/1020 e abroga il regolamento (UE) n. 305/2011, cit.
66. Si v. sul punto Commissione europea, *Appalti pubblici per un'economia circolare. Buone prassi e orientamenti*, Bruxelles, 2018, cit. p. 14. In tale documento la Commissione, muovendo dalla constatazione che un «*appalto dovrebbe cercare di soddisfare un determinato bisogno, piuttosto che limitarsi semplicemente ad acquisire un prodotto specifico nell'ambito di un processo di routine*», sottolinea come l'adozione di un approccio funzionale o basato sulle prestazioni consenta «*di integrare maggiore flessibilità nella procedura, offrendo maggiore libertà al mercato per innovare e fornire la soluzione più efficace con conseguente riduzione dei costi e delle risorse*».
67. Si v. E. Caruso, *I contratti pubblici tra obiettivi di sostenibilità e finalità concorrenziali: alla ricerca di nuovi equilibri*, cit.
68. Si v. *ex multis*: S. Alvarez, A. Rubicon, *Carbon footprint in Green Public Procurement: a case study in the services sector*, in *Journal of Cleaner Production*, 93, 2015, 159 s.
69. Si v. G. Licata, *Public procurement and sustainability: WTO rules, general principles and the practice of States' autonomy*, in *Ambientediritto.it*, 2, 2021, 1 ss., in part. 6. Nello stesso senso cfr. il Considerando n. 47 della direttiva 2014/24/UE ove si precisa che «*L'acquisto di prodotti, lavori e servizi innovativi svolge un ruolo fondamentale per (...) affrontare le principali sfide a valenza sociale*». In generale, sul tema, cfr. G.M. Racca, C.R. Yukinis (Eds.), *Joint Public Procurement and Innovation. Lessons Across Borders*, Bruylant, Bruxelles, 2019.
70. Si v. J-B Auby, *Conclusioni*, in R. Cavallo Perin, M. Lipari, G.M. Racca (a cura di), *Contratti pubblici e innovazioni. Per l'attuazione della legge delega*, Napoli, 2022, p. 133, che distingue tra «*l'innovazione attraverso gli appalti pubblici e l'innovazione nel quadro giuridico degli appalti pubblici*».
71. Si v. W. Cheng, A. Apolloni, A. D'Amato, Q. Zhu, *Green Public Procurement, missing concepts and future trends. A critical review*, in *Journal of Cleaner Production*, 176, 2018, spec. 781.
72. Si v. S. D. Sönnichsen, J. Clement, *Review of green and sustainable public procurement: Towards circular public procurement*, in *Journal of Cleaner Production*, 245, 2020, spec. 10.
73. Si v. B. Krieger, V. Zipperer, *Does Green Public Procurement Trigger Environmental Innovations ?*, in *SSRN Electronic Journal*, 2021, spec. 24.
74. Si v. al riguardo G.F. Licata, *I contratti pubblici come strumenti di promozione dell'innovazione*, in *I contratti pubblici: la difficile stabilizzazione delle regole e la*

- dinamica degli interessi*, a cura di A. Maltoni, Napoli, 2020, spec. 218.
75. Si v. su punto S. Rossa, *Sviluppo sostenibile e appalti pubblici. Sul ruolo degli appalti innovativi come strumento di sostenibilità*, in *Ceridap*, 4, 2022, 61 ss, in part. 80.
76. Si v. nuovamente il Considerando n. 47 della direttiva 2014/24/UE ove si precisa che «*La ricerca e l'innovazione, comprese l'ecoinnovazione e l'innovazione sociale, sono uno dei principali motori (...) della strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*», e che «*la generazione di nuove idee e la loro traduzione in prodotti e servizi innovativi*» promuove benefici ambientali e una crescita sostenibile.
77. Si v. il Considerando n. 74, ove si specifica che «*I requisiti funzionali e in materia di prestazioni sono inoltre strumenti appropriati per stimolare l'innovazione nell'ambito degli appalti pubblici e dovrebbero essere applicati il più ampiamente possibile*».
78. Si v. Commissione europea, *Appalti pubblici per un'economia circolare. Buone prassi e orientamenti*, cit., 14.
79. Si v. Commissione europea, Comunicazione, *Orientamenti in materia di appalti per l'innovazione*, Bruxelles, 15 maggio 2018 C(2018) 3051 final, spec. 36-37.
80. Ciò non significa, tuttavia, che in determinati casi anche un approccio tecnico possa incentivare gli operatori economici a proporre soluzioni innovative. Si consideri, ad esempio, che nel Piano d'azione nazionale sul Green Public Procurement, allegato al d.m. 23 giugno 2022, cit., relativo ai CAM per l'affidamento del servizio di gestione ambientale, si specifica che «*i criteri sulle caratteristiche tecniche di veicoli e attrezzature sono finalizzati non solo a ridurre l'impatto in fase di utilizzo e l'efficienza e l'efficacia del servizio, ma anche a sostenere l'innovazione e la competitività delle imprese che investono nel settore ambientale*».
81. Si v. Comunicazione della Commissione europea, *Orientamenti in materia di appalti per l'innovazione*, cit. 22, in cui si sottolinea che esistono «*diverse fonti di finanziamento in grado di fornire incentivi finanziari ad acquirenti pubblici desiderosi di partecipare ad appalti per l'innovazione. Alcuni finanziamenti specifici possono coprire molti dei costi aggiuntivi associati agli appalti per l'innovazione, come, ad esempio, i costi legati alla preparazione e alla gestione degli appalti, alle consultazioni preliminari di mercato, alle negoziazioni, alla ricerca e allo sviluppo (ad esempio, prototipazione, sperimentazione e certificazione), nonché quelli per mobilitare competenze specifiche in ambito tecnico o giuridico, per adeguare le procedure amministrative ecc. Tali finanziamenti possono inoltre compensare i costi immateriali generati dal cambiamento culturale e delle abitudini*».
82. Su tale processo di enucleazione di nuove invarianti per via legislativa (*rectius* dalla legislazione speciale) o per via interpretativa, si v. G. Morbidelli, *I cinquanta anni dell'Enciclopedia del diritto*, in *Dir. Amm.*, 2011, spec., 532.
83. Può considerarsi da tempo nota la correlazione sussistente tra la statuizione di cui al comma 1 e quanto sancito dai commi 2 e 3 dell'art. 41 Cost., dal momento che, come è stato riconosciuto dai giudici delle leggi, la legge ordinaria può, «*a tutela degli interessi della società, regolare e disciplinare con opportune limitazioni il principio della libera iniziativa economica privata ...*» (si v. Corte cost., sentenza n. 35 del 1959, in

CERIDAP

*<http://www.cortecostituzionale.it>*

A study of the legislative tools to phase out e-waste in an ever-evolving digital world: environmentally sound initiatives and measures in China, the European Union, Ghana, India, Samoa, Singapore, and South Africa

*Giuseppe Poderati e Hua Ji*

DOI: 10.13130/2723-9195/2023-3-11

*A livello globale, governi e parti private come le imprese, le ONG e gli individui lottano per gestire un numero crescente di dispositivi elettronici utilizzati. Ci sono effetti di avvelenamento sulla terra che spesso richiedono molti anni per emergere, ostacolando i diversi tentativi di raggiungere la neutralità nel degrado del suolo. La legislazione e l'applicazione della legge devono concentrarsi sull'eliminazione e la neutralizzazione dei composti pericolosi generati dai rifiuti elettronici, garantendo un adeguato stoccaggio e prevenendone il commercio illecito. Dopo aver esaminato il diritto internazionale pubblico pertinente e le organizzazioni interessate, viene valutato uno scenario mondiale e la tassonomia della pertinente Agenda 2030 delle Nazioni Unite per lo sviluppo sostenibile. Il documento conclude che, sebbene le autorità pubbliche stiano lavorando duramente per ridurre l'inquinamento ambientale causato dai rifiuti elettronici, gli strumenti legislativi e gli approcci esistenti a livello internazionale, regionale e nazionale potrebbero essere attuati in modo più efficace. È necessario intraprendere azioni globali per garantire la protezione dell'ambiente e la sicurezza umana, affrontando nel contempo le ambiguità del diritto nazionale e internazionale.*

*Globally, governments and private parties such as businesses, NGOs, and individuals struggle to handle a growing number of used electronic devices. There are poisoning effects on land that often take many years to emerge, hindering several attempts to achieve land degradation neutrality. Legislation and legal enforcement must concentrate on eliminating and neutralizing dangerous compounds from e-waste,*

*ensuring proper storage and preventing illicit trading. After examining relevant public international law and concerned organizations, a worldwide scenario and taxonomy of the relevant UN 2030 Agenda for Sustainable Development are assessed. The paper concludes that although public authorities are working hard to reduce environmental pollution caused by e-waste, existing international, regional, and national legislative tools and approaches could be more effectively implemented. It is necessary to take global actions to ensure environmental protection and human safety while addressing ambiguities in both national and international law.*

*Summary: 1. Introduction.- 2. E-waste management environmentally sound initiatives and measures adopted in EU, India, Ghana, South Africa, China, Singapore, Samoa. A comparative analysis.- 2. 1. EU.- 2.2. India.- 2.3. Ghana.- 2.4. South Africa.- 2.5. China.- 2.6. Singapore.- 2.7. Samoa.- 3. A comparative analysis: key takeaways.- 4. Final remarks and suggestions.*

## **1. Introduction**<sup>[1]</sup>

All around the world, national authorities and private stakeholders such as business corporations, NGOs, and individuals struggle to apply a suitable way to manage the increasing volume of used electronic devices.<sup>[2]</sup> Through the globalization of trade, the developing countries are substantially following the developed ones' path in consumer electronics and problematically producing e-wastes in an exponential and not sustainable way. Thus considered, it is possible to agree with some scholars' opinion stating that the international community is currently facing a sort of growing *tsunami wave* of used electronics predominantly occurring in most of the developing countries located in several areas of the world, such as Africa, Asia, and the Pacific.<sup>[3]</sup> Here, it happens that the poorest people, by putting their own life at risk, try to extract valuable materials so-called Rare Earth Elements (REEs) like copper, silver, even gold, and platinum for selling off in money-spinning and illegal secondhand markets. Therefore, regulations<sup>[4]</sup> and legal enforcement worldwide, among other things, must focus on removing and neutralizing toxic substances<sup>[5]</sup> (e.g., mercury<sup>[6]</sup>, lead, and cadmium) from e-wastes ensuring, through new laws, proper management

(especially concerning the circumstances of disposal and transboundary movement<sup>[7]</sup>), and striking the illegal trade of this type of wastes. This is vital because, nowadays, the scientific community understands the likely lethal and noxious effects on human health and the surrounding living environment.<sup>[8]</sup>

Given the magnitude of this environmental-related issue, it must be stressed that several repercussions that challenge the well-being of the areas mentioned above of the world deserve to be analyzed here in this paper. First and foremost, there are substantial legal implications. The European Union (EU) and African and Asia Pacific countries equipped themselves with laws aiming to protect human security and minimize the impact on the ecosystem. Unfortunately, although these domestic laws found their legal roots or sources within international and regional conventions (e.g., Basel and Waigani Conventions<sup>[9]</sup>), at the domestic level, these laws frequently do not refer to e-waste as such. Nonetheless, these refer to the broader term waste creating legal uncertainty in some instances.<sup>[10]</sup> To overcome this complex situation, one ought to note that, nowadays, there is a higher level of awareness at the community level so that even the private stakeholders can determine at least the so-called “voluntary” legal standards, which are less reliable. Notably, interfacing law and science is a must to fully understand the *life cycle* (the end of its useful life) of more sophisticated electronics such as semiconductors, batteries, microchips, photovoltaics, and nanotechnologies. In particular, these electronics sometimes can be safely recovered in their most valuable components or just repaired, starting a new life cycle. National laws are set to establish facilities to carry out these kinds of specialized technical operations.<sup>[11]</sup> In the Asian countries and particularly in the Pacific Small Islands Developing States (SIDS), these operations are complicated to execute because of the lack of financial resources and land scarcity that characterized their territory. This is an obstacle to the establishment of well-designed facilities. So, the majority of the e-waste is dumped into landfills, increasing the level of soil contamination affecting the quality of life in the Pacific.<sup>[12]</sup>

Secondly, there are also legal implications attached to the economic sphere.<sup>[13]</sup> In Africa and Pacific SIDS, collection and transport of these e-wastes request people holding technical expertise in creating a new circular economy<sup>[14]</sup> with high safety standards that laws must establish for granting an adequate financial coverage of

all activities. This is an economic barrier that is difficult to pull down. So, for example, one ought to note that the *extended producer or user pays principle* could be part of the solution for funding the disposal of electronic devices.<sup>[15]</sup>

Thirdly and finally, there are repercussions linked to social, health, and environmental spheres at the global level. In particular, Eastern European, African, and several Asian countries as well as SIDS are receiving a large amount of e-wastes from European and North American countries faster than they can try to reuse them safely. This is due to cheap labor and lax safety standards in developing countries' waste management. A result is an increasing number of poisoned lands worldwide, producing a massive reduction in land values and productivity. This poisoning effect on land often takes many years to manifest, hindering all the attempts to achieve land degradation neutrality.<sup>[16]</sup>

Within this perspective, this paper fills the critical gap by examining the necessity of adequate e-waste management almost on a global scale. E-waste management is one of today's most pressing environmental issues closely related to the achievement of Sustainable Development Goals (SDGs), such as the following ones: (i) SDG 3 on good health and well-being; (ii) SDG 8 on decent work, and economic growth; (iii) SDG 6 on clean water and sanitation; (iv) and also SDG indicator 12.4.2 on hazardous waste; and (v) SDG 14 on life below water. Here are the essential questions: To contrast environmental pollution due to the large number of e-wastes, are the available legal instruments and strategic approaches enough? Or do we still need proactive steps forward to take all necessary, adequate, and effective measures to ensure environmental protection and human safety, clarifying certain ambiguities simultaneously? Would it be essential to allocate more economic resources? In providing the answers to these questions, the authors use a textual analysis methodology mixed with a descriptive one that implies the analysis of the e-waste management measures and environmentally sound initiatives. Notably, a contextual and comparative method is adopted, with a study regarding authoritative interdisciplinary literature elaborated by the doctrine, various United Nations documents, and the laws or policies in the EU, Ghana, South Africa, India, China, Singapore, and Samoa. The analyzed countries not only belong to different planetary geographical areas but also these are the ones which produced laws to protect human security in relation to the issue under discussion. As a final note to this introduction, it is essential to

highlight that the e-waste issue has been one of the mainstream sources of pollution globally since the so-called “Great Acceleration.”<sup>[17]</sup> It demands extensive cooperation among states and increasingly significant public-private partnerships in selected segments. Involving the private sector is a must to effectively comply with the laws and legal requirements and improve the security and quality of the living environment in large parts of the world. Thus considered, states and other stakeholders who refrain from actively engaging in the debates and then claim that the legal drafts are not sufficiently clear or acceptable bear some of the burdens. However, the responsibility also lies with lawyers, policymakers, and their advisers, who have so far failed to take the technically feasible provisions necessary to broaden the base of support that would make it possible for new measures to be adopted and implemented in the foreseeable future.

## **2. E-waste management environmentally sound initiatives and measures adopted in EU, India, Ghana, South Africa, China, Singapore, Samoa. A comparative analysis.**

### **2. 1. EU**

The quantity of WEEE, or largely e-waste, created each year in the EU rises alarmingly. Currently, it is one of the waste streams growing at the fastest rate. EU regulations on WEEE are intended to contribute to environmentally friendly manufacturing and use. They address environmental challenges that have arisen due to the increasing number of discarded gadgets in the EU. For instance, the 1999 Landfill Directive<sup>[18]</sup> attempts to limit landfill dependency. It aims to restrict landfills’ environmental and health implications while ensuring a uniform minimum standard throughout the EU.<sup>[19]</sup> Determining where, how, and how long to operate a landfill is mandated under the Landfill Directive, which sets objectives for reducing biodegradable municipal waste in landfills.<sup>[20]</sup>

In 2002, the European Union passed the Restricting Use of Hazardous Substances in Electrical and Electronic Equipment (RoHS 1) Directive<sup>[21]</sup>, which prohibits certain hazardous substances in electrical and electronic equipment. Under the Directive, six hazardous compounds are prohibited from being used in

the manufacturing of different kinds of electrical and electronic equipment. Subsequently, in 2003, the EU's Waste Electrical and Electronic Equipment Directive (WEEE Directive) governs the disposal of waste electrical and electronic equipment.<sup>[22]</sup> This Directive calls for the establishment of collection services through which customers may return their e-waste without incurring any fees. These programs are designed to increase the recycling of e-waste and the reuse of electrical and electronic equipment. In 2006, the European Parliament and the Council adopted Regulation (EC) No. 1013/2006 on waste transportation.<sup>[23]</sup> The regulation focuses on encouraging safe waste shipments within the European Union and between the EU and non-EU nations and on establishing mechanisms for enforcing waste transport regulations. According to the European Commission's Circular Economy Action Plan<sup>[24]</sup>, additional measures have been implemented to ensure that the waste shipment regulation is implemented and illegal shipments resulting in the leakage of raw materials are effectively addressed. The law has recently been updated to reflect these additional measures. The EU's Waste Electrical and Electronic Equipment Recast Directive (WEEE - 2012/19/EU)<sup>[25]</sup> governs waste electrical and electronic equipment recycling. The Recast Directive improves on the current WEEE Directive by establishing high recycling collection objectives in line with international standards. It seems that the WEEE Directive is to prevent the creation of WEEE. This allows the efficient use of resources and the recovery of valuable materials through re-use and recycling. This is accomplished by the distinct collection and correct treatment of WEEE, which is mandated by the Directive establishing collection and recovery goals for WEEE and targets for their recovery and recycling. This Directive, among other things, (i) assists European nations in more effectively combating illicit waste exports by making it more difficult for exporters to conceal unlawful shipments of WEEE in their cargoes (ii) decreases the administrative burden by advocating for the harmonization of national WEEE reports. The so far passed EU law for e-waste management has been established in every member state of the EU and other European nations such as the United Kingdom (UK), Switzerland, and Norway in line with their environmental agenda. After *Brexit*, the United Kingdom would most likely retain this law or reformulate it to reflect a new environmental plan.<sup>[26]</sup>

## 2.2. India

In India, the amount of e-waste that each electronic item makes is likely to grow in the future because people are becoming more dependent on computers and other electronic household items due to technological advancement.<sup>[27]</sup> Since the vast majority of e-waste is destined for the unorganized or informal sector, where profit is the primary driving factor, enhanced management and improved working conditions, directed by strict regulations, are unavoidably required for e-waste recycling to be successful. The problem of electrical and electronic equipment disposal, import, and recycling has emerged as an essential topic of discussion and debate among government organizations, environmentalist organizations, and private producers of computers and consumer electronic devices in recent years.<sup>[28]</sup> In its Report on the Functioning of the Central Pollution Control Board (CPCB), the Department-related Parliamentary Standing Committee on Science & Technology, Environment & Forests has concluded that e-waste will become a significant problem in the future as a result of modern lifestyles, an increase in people's living standards, and an increase in economic growth.<sup>[29]</sup> The Committee has recommended that the CPCB take a more proactive role in addressing the threat, adding that it should conduct research to make future estimates and design measures to combat the problem. In light of the significant strides that the nation has achieved in the information technology sector and electronic industry, it has become necessary to address the issue of e-waste importation and its proper processing and disposal. Between 1986 and 2008, the rules were focused on: (i) Preventing, controlling, and abating environmental contamination as the primary goals of this program; (ii) Containing export and import of EEE compounds that have the potential to deplete the ozone layer; (iii) Prohibiting the importation of hazardous waste for the disposal or dumping of e-waste. Companies or people that receive, process, transport, or store hazardous waste are required to get approval from the appropriate State Pollution Control Board (SPCB) in compliance with the significant conventions of public international law signed and ratified by India. Until 2010, there are no special environmental laws governing the management and disposal of e-waste in India. Electronic waste and its treatment were not explicitly mentioned as dangerous in any existing environmental regulations. In

2011, the E-waste (Management and Handling) Rules were introduced by the government on the factual grounds that the public interest needed to enable the recovery and reuse of helpful material from e-waste, thereby reducing the amount of hazardous waste destined for disposal and ensuring the environmentally sound management of all types of waste electrical and electronic equipment. It regulates the management of e-waste at every stage of the EEE life cycle, from the point of manufacture to recycling.<sup>[30]</sup> The legislation establishes collection centers for e-waste created from ‘end of life’ items. In 2016, e-waste management rules introduced and implemented the notion of Extended Producer Responsibility (EPR), ensuring that such e-waste is channeled to a registered refurbisher, dismantler, or recycler after being collected.<sup>[31]</sup> EPR refers to the responsibility for management of the disposal of products by producers once those products are designated as no longer useful by consumers. All in all, e-waste management in India requires ecologically friendly technologies with a high yearly recycling capacity.<sup>[32]</sup>

### **2.3. Ghana**

Most African nations are economically underdeveloped, and almost all of the EEE is imported from rich countries in America, Europe, and Asia. As a result, a significant volume of e-waste from various regions of the globe is illegally sent to numerous African nations, where it is recycled using simple, informal techniques owing to the lack of regulations governing e-waste recycling.<sup>[33]</sup> However, in recent years, most African nations have expressed worry about the dangers of crude e-waste processing due to a lack of regulatory oversight. They have recognized the need for laws and more rigid rules to restrict the unlawful, informal handling of e-waste. They are now working on drafting legislation and regulations to address this issue. So far, Ghana is among the few nations (Kenya, Madagascar, Nigeria, and South Africa), which have enacted legislation governing e-waste disposal. These restrictions include a prohibition on the import of e-waste from foreign nations, as well as the EPR. In reality, EPR has been minimal rather than transformative, and efforts have been underfunded.<sup>[34]</sup> Many groups are likewise collaborating with local governments to reduce the amount of e-waste generated. Poor e-waste rules and worker safety precautions in

Accra, Ghana, encourage exploitation and pose health dangers to individuals working and living near e-waste processing operations. In 2016, the Ghanaian government approved the Hazardous and Electronic Waste Control and Management Act (Act 917)<sup>[35]</sup> which governs the management of hazardous and electronic waste.<sup>[36]</sup> This regulatory framework necessitates the registration of manufacturers and private importers with Ghana's Environmental Protection Agency (EPA) and the payment of an Advance Eco Levy for electronic items brought into the country. The money collected is utilized to assist in the implementation, monitoring, and enforcement of the legislative framework and to support the formalization of informal players in the system. Previous initiatives in this area have mainly concentrated on the site of Agbogbloshie<sup>[37]</sup> in the Ghanaian capital of Accra, which has attracted widespread public attention as the world's supposedly most prominent dumping place for electrical and electronic garbage.<sup>[38]</sup> The lack of physical infrastructure and advanced technology across the e-waste sector in Ghana has proven destructive to human and physical environments.<sup>[39]</sup> Due to the high danger of injury and pollution involved with handling electronic garbage, Agbogbloshie does not employ sustainable technology to collect, deconstruct, and sell it.<sup>[40]</sup> The Ghanaian system is meant to be governed by international law (particularly the Basel and Bamako Conventions), yet non-compliance is the norm. The Ghanaian government has done nothing in particular to regulate this informal commerce in e-waste. Although actions must be taken in other regions to have a more significant impact on a broader scale, the national regulatory framework necessitates the creation of favorable conditions for informal workers to be integrated into the formal e-waste value chain without jeopardizing their livelihoods.<sup>[41]</sup>

## **2.4. South Africa**

Suppose one compares South Africa to other regions of the continent. In that case, it is a developed nation with various regulations for environmental protection, consumer protection, labor safety, and waste management, all of which govern certain aspects of e-waste management.<sup>[42]</sup> In fact, legislation has been enacted particularly to address the issue of e-waste management. Several

groups, including the South African Waste Electrical and Electronic Enterprise Development Association, worked together to draft laws for handling e-waste. This area has seen a significant amount of study and planning. There is legislation in place that includes standards for e-waste disposal and processing and the concept of environmental protection through recycling.<sup>[43]</sup> Developed under Section 18 (1) of the National Environmental Waste Management Act (NEWMA)<sup>[44]</sup>, the EPR regulations impact on the electronics industries which include battery importers or makers, direct distributors, paper and packaging manufacturers, and the single-use product sector.<sup>[45]</sup>

Section 18 states that the plastics industry, or EPRs, will be able to “determine, raise, manage, and pay fees themselves and not work through somebody else”; this allows for implementing the industry-managed model. The EPR system will help improve South Africa’s circular economy prospects. Still, the emphasis should stay on the value of the product, or the trash, at the end of the day and on ensuring that this value is not lost in the process of recycling. The collection, reuse, and recycling of the plastic items involved will provide an integrated approach across the value chain, presenting a potential for developing new end markets and technologies. The rules were issued in November 2020, and revisions were made on May 5, 2021, to mirror the most recent changes.<sup>[46]</sup> They went into effect in their entirety six months later, on November 5, 2021. All in all, the main goal of the legislation is to guarantee that manufacturers assume full responsibility for the lifetime of their goods, even after they have passed the point at which a customer must dispose of them appropriately.<sup>[47]</sup> Optimistically, electronic devices, many of which are potentially detrimental to the environment, are expected to be diverted away from landfills due to the new laws. The new regulation is intended to make sure materials are recovered and recycled to the greatest extent reusable, rather than contributing to the rising issue of e-waste.<sup>[48]</sup>

## **2.5. China**

China is one of the world’s most prominent manufacturers of electronic products. And yet, in the counterfeit electronic trade, China is a significant source country for counterfeit products.<sup>[49]</sup> The Chinese government has taken several domestic measures to manage e-waste properly. While economic

development enormously increased during the last two decades, the consumption of electronics rapidly produced a significant amount of “dead” electronic devices. Domestic migrants were assigned to the more dangerous and physically demanding professions, including dismantling and sorting electronic waste. At the national level, the legislation is framed and issued by the Ministry of Environmental Protection (now is *Ministry of Ecology and Environment*). In particular, in 1989, as a reflection of the polluter pays principle, the Ministry established general laws on the Environmental Protection System stipulating compensation for environmental pollution losses. In 2000, the Central Government chose to ban the import of several categories of waste. In 2003, the public institutions encouraged the producers to promote actions for cleaner production and eco-design. Subsequently, in 2006, it was established that the guiding principles of the 3Rs (*Reduce, Reuse, Recycle*)<sup>[50]</sup> combined with the polluters pays principle, led to general provisions on eco-design, the information disclosure of products, and requirements for the environmentally sound collection, reuse, recycling, and disposal of e-waste. Following this, the state issued “Regulation on the Administration of the Recovery and Disposal of Waste Electrical and Electronic Products”<sup>[51]</sup> and two specific policies under the Circular Economy Promotion Law (2018 Amendment)<sup>[52]</sup>, namely: (i) Administrative Rules on Prevention of Pollution by WEEE to reduce pollution caused by e-waste recycling and disposal; and (ii) Collection and Treatment Decree on Waste Electrical and Electronic Equipment which foresaw that e-waste must be collected through several channels and recycled by licensed recycling companies.

Under a prevention and control regulation against pollution scheme, the Ministry established restrictions on the use of hazardous substances in line with the provisions of the Basel Convention. The meaningful normative progress happened in 2012, among other things, with the implementation of the extended producer responsibility<sup>[53]</sup> – basically to improve efficiency in utilization of resources – and the establishment of a special fund<sup>[54]</sup> to assist e-waste recycling; a proper certification is also requested secondhand appliances and recycling enterprises.<sup>[55]</sup> Notably, provincial programs correspondingly set waste collection systems and storage.

In 2012, the Chinese government implemented an EPR for e-waste, including

general regulations, tax administration, subsidy use, monitoring, legal responsibility, and additional rules. It applies to domestic EEE producers who are subject to taxation by the State Administration of Taxation of China and EEE imports subject to tax by the Chinese Customs Administration. These levies are primarily utilized as subsidies for e-waste recycling and as fees for installing management information systems. The incentives also encourage legal recycling firms to acquire e-waste from private merchants, which is beneficial since the vast majority of e-waste is purchased and disposed of by informal enterprises in the first place.<sup>[56]</sup>

Since 2009, China has successfully launched the *Home Appliances Old for New Rebate Program* with positive results. Unfortunately, China is still one of the most frequent destinations for e-waste produced abroad. As pointed out by some NGOs such as Greenpeace and Basel Action Network, the disposal cost in some countries such as the European Union, the United States of America, Korea, and Japan is higher than the exportation fee to China.<sup>[57]</sup> This former aspect does not have to be underestimated because it discourages the new circular economy while encouraging the creation of illegal landfills.<sup>[58]</sup> On this particular point, it is possible to interface law and science because, as we know, “toxins in electronic equipment leak into the soil and water from landfills and into the air through the burning of waste.”<sup>[59]</sup>

By the way, now, regulations are framed by Central and Local Governments setting proper stringent safety standards in connection with the creation of the *Chinese Ecological Civilization* initiative.<sup>[60]</sup> Since its inception, this initiative, also promoting the circular economy, has stimulated the construction of extensive state-supported central disassembling facilities.<sup>[61]</sup> Attempts by the authorities to impose a more civilized vision of modern and planned recycling as part of a circular economy, in line with the central rhetoric of ecological civilization, could be seen in the current construction site for e-waste recycling.<sup>[62]</sup> As a result, to promote environmental civilization practices, it is essential to garner the support of people, governments, educational institutions, and social groups working together. The government, every social organization, and every household and institution should work together to establish the enabling circumstances that would allow each individual to acquire conscious habits of ecological civilization.

## 2.6. Singapore

Singapore is a small country that makes efforts to set up and enforce political solutions in the environmental protection field. Throughout its young history, Singapore has enacted several regulations to control and mitigate the impacts of e-waste within its boundaries, not only since the country ratified 1996 the Basel Convention 1989. Based on a specific policy entitled “National Voluntary Partnership for E-Waste Recycling”, Toshiba, HP, StarHub, Panasonic, and other industry partners will continue to play a prominent role in driving recycling initiatives, with further assistance and recognition from the National Environmental Agency.<sup>[63]</sup> Anyway, in our present context, it is essential to highlight the Resource Sustainability Act (RSA) 2019 that disciplines the treatment and liabilities for e-waste and food waste, obligating the producers to join a licensing scheme.

Thus, the RSA makes the manufacturer’s registration of regulated items a legal requirement.<sup>[64]</sup> The objective of this Act is primarily to establish a framework in which those who profit from the supply of products bear the costs of collecting and treating those products when they become waste. To encourage producers to reduce, reuse, or recycle packaging, production and retail businesses are responsible for collecting and disposing of unwanted regulated non-consumer products without charging any fees to consumers.<sup>[65]</sup> Of note, according to the law, large retailers must offer an in-store collection of certain e-waste.<sup>[66]</sup> A person, other than an individual operating with a license, must not provide a receptacle in a public place to collect any regulated product for disposal. This regulation also includes the implementation of the producer responsibility scheme. License conditions may consist of the fees payable by members of the producer responsibility scheme and the waste collection operations of the licensee. The requirements of a license can be modified at any time by section 30(3) of the Public Health (Waste Management) Act 2003. The Singaporean law is identifiable as producer and retailer-centered legislation following the Swedish legal model (where a large part of electronics can have a second life – the 3Rs). The legal novelty is that the subjects above have liability connected to the packaging, collection, and disposal.<sup>[67]</sup> This legislation, as part of the doctrine, marks the beginning of proper e-waste management.<sup>[68]</sup> Since recycling is

becoming more popular nationwide and many private businesses are voluntarily implementing recycling programs to help the environment, Singapore could potentially lead the ASEAN countries in establishing a newer subregional legal framework and support other countries by providing adequate know-how for efficient e-waste management.<sup>[69]</sup>

## 2.7. Samoa

Samoa is a SIDS located in the Pacific area of the world. It has had an approved general legal framework on waste management since 2010, which, for hazardous waste<sup>[70]</sup>, refers to the Basel Convention 1989. Within this critical legislation, it is possible to highlight environmental and public health standards. Accordingly, it plainly states that the Minister may impose regulatory requirements for waste management techniques and facilities, and the Ministry is responsible for monitoring and enforcing compliance with the standards that have been authorized. The Minister of Health may prescribe public health standards about waste management techniques and facilities, and the Ministry of Health is responsible for the monitoring and enforcement of the measures that have been authorized. Compliance with the standards set under this section may require certified waste management operators and their contractors and any other individuals in the right middle. The failure or refusal to comply with an established standard by someone to whom the measure applies constitutes an offense punishable by a fine of up to 20 penalty units in addition to any other penalties. Failure to observe or comply with an approved standard may also result in (i) the suspension or revocation of any registration or license applied for by the person in violation; (ii) the denial of a subsequent registration or license sought by the person in violation; and (iii) the termination of any contract between a waste management operator and the person in violation. Samoa is making efforts to create environmentally sound storage facilities on its small territory, assuming a holistic approach. In 2020, Samoa will commit itself to improving e-waste management by collaborating with the vital support of the EU PacWastePlus Program for effective e-waste management.<sup>[71]</sup> Of particular interest is the public-private partnership stipulated between Samoa and HP to collect office-produced e-waste such as toners and ink cartridges that may negatively affect the

surrounding living environment.<sup>[72]</sup> All in all, Samoa is making its maximum efforts but still lacks adequate legislation and financial resources to build specialized infrastructures out of the 4Rs activities.

### 3. A comparative analysis: key takeaways

At the start of this succinct legal comparative analysis, it is important to note that this paper collects and compares the e-waste laws of different countries in an effort to find the legal doctrine of universal civilization for the betterment of all people.<sup>[73]</sup> From a legal standpoint, it must be stressed that the EU has the most comprehensive legislation. Using legal instruments such as the 2012/19/EU directive, the EU disciplines e-waste management regulating the whole collection, recycling, and recovery of resources following significant standards (e.g., EPR). According to the directive, all member states have their own national e-waste management rules. Due to low EEE use, some nations may be exempt from this legislation by 2021.<sup>[74]</sup> Differently, in India, the legislation lacks stringent standards for regulating the disposal of e-waste to protect human health and the environment. This aspect makes the country an exploitative environment for e-waste dumping from developed nations. The government should set proper rules to fight informal recycling and illegal imports and allocate the necessary financial resources. One should note that India and China are among the most significant global contributors to e-waste. These two countries should organize more programs and activities to build proper infrastructure for collection and disposal.<sup>[75]</sup> Both nations need to balance the tensions of having businesses compete in the marketplace while also having enterprises work together to build industrial ecology processes. This will require the adoption by legislators of a new paradigm for our industrial system — an industrial ecology whose dynamics are similar to those of a natural ecosystem. In this sense, the *Chinese Ecological Civilization* initiative is a sign of progress and a positive shift.<sup>[76]</sup>

As a theoretical model and point of discussion, South Africa is a leading country that acts as a strategic link between the African countries. The 2020/2021 legislation follows a simplistic approach to e-waste management but tends to evolve by setting up the EPR system, improving South Africa's prospects in the circular economy. The ideal would be to choose materials and manufacturing

techniques that provide a more circular flow as part of this system. To accomplish this, it may be necessary to form partnerships between the private and public sectors as it occurs in Samoa but also in Singapore overall. As explained, (i) Samoa and HP have agreed to work together to collect office-produced e-waste such as toners and ink cartridges that may harm the surrounding environment. (ii) Toshiba, HP, StarHub, Panasonic, and other industry partners will continue to play a significant role in advancing Singapore's recycling activities, with more aid and recognition from the National Environmental Agency. These types of collaboration are also crucial in the enforcement of sectorial laws. Interestingly, Samoa committed to improving e-waste management by partnering with the EU, which provides critical assistance for the country's efforts to make e-waste management as effective as possible. Similarly, Ghana is seeking the formalization of its e-waste management system with the support of the EU, developing an e-waste collection system, sharing best practices, and involving universities and public authorities.<sup>[77]</sup> Nevertheless, more effort is needed to fully execute the legislation's aims and limit the adverse impacts of WEEE on human health and the environment.

Advocacy activities have to be organized in the European, African, and Asian continents to spread environmental awareness about the issue at hand and the importance of circular economy (which is the legal mindset behind most e-waste management laws of the world).

Here, writing a good progress note, it is essential to highlight the way forward related to the circular economy provided by the World Economic Forum in January 2023 as follows:

*«We are seeing industries and policymakers turn towards resource circularity to help secure, transform and diversify the supply of industry-critical materials while reducing the need for extraction and associated emissions. Industry coalitions have worked with future-focused governments to establish the incentives, policy frameworks, standards, operating models, certifications and circularity-focused capabilities that are necessary to scale. In some markets, business models have been transformed to decrease demand and increase both the recovery potential and actual recovery of these resources, partially mitigating the demand-supply gap going forward»<sup>[78]</sup>*

From a broad comparative legal perspective, one ought to note that EPR is a

global rule and a primary component of several e-waste management legislations worldwide with varying degrees of implementation from one nation to another. EPR stimulates the advancement of the circular economy and SDG achievement at the global level.<sup>[79]</sup> Hence, cleaner production is the critical instrument for laws, which entails researching the interactions and linkages between industrial and ecological systems.

#### **4. Final remarks and suggestions**

The discussion in the above paragraphs shows that EEE waste is a broad category of products that have reached the end of their useful lives, including computers, refrigerators, and mobile phones. As already explained, this form of garbage comprises a complicated variety of components, some of which are potentially harmful and toxic. If the abandoned gadgets are not correctly handled, they might result in serious environmental and health consequences for humans. Thus, this is a severe environmental issue threatening human security. Furthermore, contemporary electronics include REEs or other valuable materials, which may be recycled and re-used if the trash is handled correctly. It is a personal belief of the author that the lockdowns during the current pandemic (in some areas of the globe) in 2022 may lead to a rise in the usage of electrical and technological devices and an increase in their disposal. Growth in video game consoles, smartphones, laptop computers, and microwaves was attributed to COVID-19. To prove that this is the current dynamic between Global North and Global South, high-income nations are the only ones responsible for the rise in demand.<sup>[80]</sup> Although, to contrast environmental pollution due to the large number of e-wastes, many efforts are being made by the public authorities worldwide, the available international, regional, and domestic legal instruments and strategic approaches are not yet enough.

We still need proactive steps forward to take all necessary, adequate, and applicable measures to concurrently guarantee environmental protection and human safety, clarifying certain ambiguities that sometimes we may encounter in the legislation (e.g., the problematic definition of e-waste). In several countries, like those analyzed above, it would be essential to allocate more economic resources to build infrastructure for recycling the e-waste and train more people

to gather the necessary know-how. Automating e-waste recycling, increasing throughput, and lowering energy usage will be critical in the future, and governments should finance and promote such advances. For countries to take global leadership in advancing the circular economy, they have a tremendous opportunity to do so. E-waste is a global environmental problem that asks for urgent global responses. From a legal perspective to some extent, it is plausible, *de jure condito*, to draw the conclusion that it is crucial to interpret the current international environmental law in an evolutive way (e.g., Basel and Waigani conventions). This would allow to build up an international platform for states and non-state actors for information sharing, transboundary monitoring, capacity building, etc. Based on best practices and state consent, it is advisable, *de jure condendo*, that a specific international environmental treaty would provide a more coordinated approach to cleaning up and neutralizing e-waste imposing specific obligations on private operators such as big companies. The potential treaty should be based on principles of international environmental law, such as “prevention”, “polluter pays” and “common but differentiated responsibilities” and on the emerging principles of non-regression, *in dubio pro natura*, and possibly land degradation neutrality.

Cleaning up e-waste is not only the state’s obligations but also individuals are equally responsible. Consequently, the laws have to be updated following the technological evolution of the products; these laws must be regarded as a trustworthy societal tool in order to produce an effective and considerable positive behavioral change. We may avoid purchasing superfluous electronics or discard them. We need to avoid information asymmetries and a lack of information. We may also disseminate e-waste literacy in nearby communities to maximize involvement. In the end, harmony with nature requires maintaining and sustaining ecosystems, landscapes, cultures, and traditions.

1. This paper is the result of a common intellectual reflection of the two authors, with particular reference to the comparative analysis and final remarks as well as the suggestions. Except for the paragraph on China, that was co-developed with the second author (Ji Hua), the first author (Giuseppe Poderati) fully elaborated the legal analysis of the surveyed countries, though.
2. A. Kiss, D. Sheldon, *Guide to International Environmental Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Boston, 2007, pp. 210-215; R. Agarwal, *E-Waste Law: New Paradigm or*

- Business as Usual?*, in *Eco. and Pol. Weekly* 14, 2012, 47. United Nations Environment Programme (UNEP), *Policy Brief on E-waste, What, Why and How*. <[http://www.unep.org/ietc/Portals/136/Other%2documents/PolicyBriefs/13052013\\_EWaste%2OPolicy%2Obrief.pdf](http://www.unep.org/ietc/Portals/136/Other%2documents/PolicyBriefs/13052013_EWaste%2OPolicy%2Obrief.pdf)> (accessed 29 December 2022).
3. N. L. Katz, M. Harrell, *Enforcement's Role in Taming the Global E-Waste Tsunami*, 2012, 60 US Att'y's Bull 63.
  4. V. Forti, C.P. Baldé, R. Kuehr, G. Bel, *The Global E-waste Monitor 2020: Quantities, flows and the circular economy potential*.
  5. Council Directive 2002/95, *Restriction of the Use of Certain Hazardous Substances in Electrical and Electronic Equipment*, 2003 O.J. (L 37/19).
  6. G. Poderati, *A smart Legal Instrument in the face of a global danger: The Minamata Convention 2013*, in *Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it*, 4, 2020, pp. 1 - 27.
  7. OECD, *Guidance Manual for the Implementation of Council Decision C (2001)107/Final*, as amended, on the control of transboundary movements of wastes destined for recovery operations, 2009, p.11.
  8. United Nations Environment Programme (UNEP), *Study on the possible effects on human health and the environment in Asia and the Pacific of the trade of products containing lead, cadmium and mercury*, Chemicals Branch, DTIE, FINAL, JANUARY 2011, pp. 12 - 35. M. Krishna, P. Kulshrestha, *The Toxic Belt: Perspectives on E-Waste Dumping in Developing Nations*, in *UC Davis J Int'l L & Pol'y* 15, 2008, p. 71.
  9. *The Convention on the Control of Transboundary Movement of Hazardous Wastes and Their Disposal of 22 March 1989 (1673 U.N.T.S. 126)*. Convention to ban the importation into Forum Island countries of hazardous and radioactive wastes and to control the transboundary movement and management of hazardous wastes within the South Pacific Region (Waigani Convention) entered into force in 2001.
  10. L. Snider, *Framing E-Waste Regulation: The Obfuscating Role of Power?*, in *Criminology & Pub Pol'y*, 9, 2010, pp. 569 - 577.
  11. *Solomon Islands: waste management and pollution control strategy 2017-2026*. Apia, Samoa, SPREP, 2017.
  12. J. Jackson, *No E-Wasteland for Electronic Waste Disposal: Effective Legislation to Protect Communities Surrounding Landfills*, in *J Gender Race & Just*, 18, 2016, pp. 499 - 509.
  13. C. Smith, *The Economics of E-Waste and the Cost to the Environment*, in *Nat Resources & Env't*, 30, 2015, pp. 38 - 41.
  14. 'World Economic Forum, & PWC. (2018). *Circular Economy In Cities. Evolving The Model For A Sustainable Urban Future*. - International Society For Industrial Ecology – ISIE' (*Is4ie.org*, 2022) <<https://is4ie.org/resources/documents/28>> accessed 3 January 2023.
  15. S. Fehm, *From iPod to e-Waste: Building a Successful Framework for Extended Producer Responsibility in the United States*, in *Pub Cont LJ*, 41, 2011, p. 173.
  16. E. J Kloos, T. Walter, *The Economics of Land Degradation – Towards an Integrated Global Assessment, Development Economics and Policy* (vol. 66), Series edited by F.

- Heidhues, J. von Braun and M. Zeller, P. Lang, - *Internationaler Verlag der Wissenschaften*, New York, 2011, pp.137-138. For an analysis of LD causes, see, based on GLASOD assessment, FAO, *Land degradation in South Asia: Its severity, causes, and effects upon the people*, World Soil Resources Reports, Rome 1998. Further, A. Tokbergenova, G. Nyussupova, M. Arslan, S.K.L. Kiyassova *Causes and Impacts of Land Degradation and Desertification: Case Study from Kazakhstan*. in D. Egamberdieva, M. Öztürk (eds) *Vegetation of Central Asia and Environs*, Springer, 2018. UNCCD, *Global Land Outlook, Brief History of Land Use*, 2017.
17. J. McNeil, P. Engelke, *The Great Acceleration: An Environmental History of the Anthropocene Since 1945* (Harvard University Press, 2016, <<https://www.hup.harvard.edu/catalog.php?isbn=9780674545038>> accessed 04 February 2023.
  18. Council Directive 1999/31/EC of 26 April 1999 on the landfill of waste OJ L 182, 16.7.1999, pp. 1 - 19.
  19. See *supra* n. 17, p. 3.
  20. *Ibid.*
  21. Directive 2002/95/EU of the European Parliament and of the Council adopted in February 2003 on the restriction of the use of certain hazardous substances in electrical and electronic equipment. The RoHS 1 directive took effect on 1 July 2006. Furthermore, The RoHS 2 directive (2011/65/EU) is an evolution of the original directive and became law on 21 July 2011 and took effect on 2 January 2013 enhancing the regulatory environment and the clarity of the law. The initial RoHS 2 directive (2011/65/EU) allows for the insertion of new compounds, and the amendment 2015/863 adds four new chemicals to Annex II of that regulation. See, V. Murthy and S. Ramakrishna, *A Review on Global E-Waste Management: Urban Mining towards a Sustainable Future and Circular Economy*, in *Sustainability*, 14, 2022, p. 647.
  22. Directive 2002/96/EC of the European Parliament and of the Council of 27 January 2003 on waste electrical and electronic equipment (WEEE).
  23. Regulation (EC) No 1013/2006 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2006 on shipments of waste *OJ L 190, 12.7.2006*, pp. 1–98.
  24. *Circular Economy Action Plan (Environment, January 1, 2023)* <[https://environment.ec.europa.eu/strategy/circular-economy-action-plan\\_en](https://environment.ec.europa.eu/strategy/circular-economy-action-plan_en)>
  25. Directive 2012/19/EU of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on waste electrical and electronic equipment (WEEE).
  26. G. Poderati, *Brexit: challenges and opportunities in the EU-UK environmental law & policy framework*, in CERIDAP Journal, 1, 2021, pp 74 - 110.
  27. T. Dubey, *Waste Toxicity and New Circular Economy: National and International Legal Perspectives*, in *Indian JL & Pub Pol'y*, 1, 6, 2020, pp. 1-12.
  28. N. Thakker, *India's Toxic Landfills: A Dumping Ground for the World's Electronic Waste*, in *Sustainable Dev L & Pol'y*, 6, 2020, pp. 58-61.
  29. (*India environment portal.org.in*, 2022)

- <<http://www.indiaenvironmentportal.org.in/files/file/e-waste-management-NGT-CPCB-report.pdf>> accessed 3 January 2023.
30. R. Turaga, K. Bhaskar K, *EPR and policy instruments for e-waste management: a review and lessons for India's new e-waste regulations. Proceedings of the Sixteenth International Waste Management and Land 11 Symposium*, Sardinia 2017, p. 9.
  31. K. Bhaskar, R. M. R. Turaga, *India's E-Waste Rules and Their Impact on E-Waste Management Practices: A Case Study*, in *Journal of Industrial Ecology*, 22, 2018, pp. 930-942.
  32. A.K. Awasthi, M. Wang, Z. Wang, M.K. Awasthi, J. Li, *E-waste management in India: A mini review*, in *Waste Management & Research*, 5, 36, 2018, pp. 408-414.
  33. B. Nfor, P. Bi Asanga Fai, J. N. Fobil, N. Basu, *Soil Contamination and Bioaccumulation of Heavy Metals by a Tropical Earthworm Species (Alma nilotica) at Informal E-Waste Recycling Sites in Douala, Cameroon*, in *Journal Environmental Toxicology*, 2021.
  34. K. Daum, et al., *Toward a More Sustainable Trajectory for E-Waste Policy: A Review of a Decade of E-Waste Research in Accra, Ghana*, in *International Journal of Environmental Research and Public Health*, 2, 14, 2017, p.135.
  35. Act of the Parliament of the Republic of Ghana entitled Hazardous and Electronic Waste Control and Management Act, 2016.
  36. *Hazardous and Electronic Waste Control and Management Act (Act 917) and the Hazardous and Electronic Waste Control and Management Regulations (LI 2250)* in 2016.
  37. K.A. Asante, T. Agusa, C.A. Biney, W.A. Agyekum, M. Bello, M., Otsuka, T. Itai, S. Takahashi, S. Tanabe *Multi-trace element levels and arsenic speciation in urine of e-waste recycling workers from Agbogbloshie, Accra in Ghana*, in *Sci Total Environ*, 424, 2012, pp. 63–73; P.C. Little, *Burning Matters: Life, Labor, and E-Waste Pyropolitics in Ghana*. Oxford University Press, 2021.
  38. UNICEF, *For Every Child, A Safe Environment*, 2022, <<https://www.unicef.org/ghana/stories/every-child-safe-environment>> accessed 3 January 2023.
  39. V. N. Kyere, K. Greve, S. M. Atiemo, D. Amoako, IJ Kwame Aboh, B. S. Cheabu, *Contamination and Health Risk Assessment of Exposure to Heavy Metals in Soils from Informal E-Waste Recycling Site in Ghana*, 2, 6, 2018.
  40. S. K. Adanu, S. F. Gbedemah, M. K. Attah, *Challenges of adopting sustainable technologies in e-waste management at Agbogbloshie*, Ghana, *Heliyon*, 6, 8, 2020.
  41. C.P. Balde, V. Forti, V. Gray, R. Kuehr, P. Stegmann, *The global e-waste monitor 2017: quantities, flows and resources. United Nations University, in International Telecommunication Union, and International Solid Waste Association*. <https://sdginvestorplatform.undp.org/market-intelligence/electronic-waste-recycling>. D. Chen, D. Faibil, D. & M. Agyemang, *Evaluating critical barriers and pathways to implementation of e-waste formalization management systems in Ghana: a hybrid BWM and fuzzy TOPSIS approach*, in *Environ Sci Pollut Res* 27, 2020, pp. 44561 - 44584.

42. (2022)  
 <<https://health-e.org.za/2021/09/30/e-waste-a-toxic-threat-but-why-dont-south-africans-recycle/>> accessed 3 January 2023.
43. R. Ichikowitz, T. Hattingh, *Consumer E-waste Recycling in South Africa*, in *S. Afr. J. Ind. Eng.* 31, 3, 2020.
44. Republic of South Africa, *National Environmental Management: Waste Act 59 of 2008*, Government Gazette 10 March 2009.
45. *SA: E-Waste Regulations Come into Force, with Threat of Fines and Jail Time.* (2021)  
 <<https://regtechafrika.com/sa-e-waste-regulations-come-into-force-with-threat-of-fines-and-jail-time/>> accessed February 13, 2023.
46. *New Electronic Waste Management Regulations Will Take Effect In November* (*The Mail & Guardian*, 2022)  
 <<https://mg.co.za/environment/2021-10-18-new-electronic-waste-management-regulations-will-take-effect-in-november/>> accessed 3 January 2023.
47. A. Borthakur, *Policy approaches on E-waste in the emerging economies: A review of the existing governance with particular reference to India and South Africa*, in *Journal of Cleaner Production*, 252, 2020.
48. I.M.S.K. Ilankoon, Y. Ghorbani, M. Nan Chong, G. Herath, T. Moyo, J. Petersen, *E-waste in the international context – A review of trade flows, regulations, hazards, waste management strategies and technologies for value recovery*, in *Waste Management*, 82, 2018, pp. 258-275.
49. Y. Zhou, *Electronic Waste Export Regulations: How the Responsible Electronics Recycling Act Can Protect the Defense Supply Chain from Counterfeit Electronic Parts*, in *Pub Cont LJ*, 43, 2014, p. 535.
50. Nowadays, the word *recover* is also considered.
51. *Regulation on the Administration of the Recovery and Disposal of Waste Electrical and Electronic Products* (2019 Revision), promulgated and effected on 2 March 2019.
52. Circular Economy Promotion Law of the People's Republic of China (2018 Amendment), replenished by: (i) the Interim Measures for the Management of Recovery and Utilization of New Energy Vehicle Power Battery (entered into force on 1 August 2018; and (ii) Measures of Zhejiang Province for Promotion of Agricultural Waste Comprehensive Utilization (14 September 2010).
53. J. Cao, Bo Lu, Y. Chen, X. Zhang, G. Zhai, G. Zhou, B. Jiang, J. L. Schnoor, *Extended producer responsibility system in China improves e-waste recycling: Government policies, enterprise, and public awareness*, in *Renewable and Sustainable Energy Reviews*, 62, 2016, pp. 882-894. SS Chung, C. Zhang (2011) *An evaluation of legislative measures on electrical and electronic waste in the People's Republic of China*, in *Waste Manag* 12, 31, 2011, pp. 2638–2646.
54. J. Wang, Y. Wang, J. Liu, S. Zhang, M. Zhang, *Effects of fund policy incorporating Extended Producer Responsibility for WEEE dismantling industry in China*, in *Resources, Conservation and Recycling*, 130, 2018, pp. 44-50,

55. C. Lu., L. Zhang, Y. Zhong, W. Ren, M. Tobias, Z. Mu, B. Xue, *An overview of e-waste management in China*, in *Journal of Material Cycles and Waste Management*, 17, 1, 2014, pp. 1–12.
56. J. Cao, B. Lu, Y. Chen, X. Zhang, G. Zhai, G. Zhou, B. Jiang, J.L Schnoor, *Extended producer responsibility system in China improves e-waste recycling: government policies, enterprise, and public awareness*, in *Renew Sust Energ Rev* 62, 2016, pp. 882–894.
57. The Basel Network and the Silicon Valley Toxics Coalition, *Exporting Harm, The High-tech Trashing of Asia*, 2005.
58. *The Economist* 2018. Exit the dragon: A Chinese ban on rubbish imports is shaking up the global junk trade. <https://www.economist.com/special-report/2018/09/29/a-chinese-ban-on-rubbish-imports-is-shaking-up-the-global-junk-trade>.
59. UNEP, *A rapid response assessment, Waste crime – waste risks, gaps in meeting the global waste challenge*, 2015, p. 41.
60. F. Wei, et al., *Ecological civilization: China's effort to build a shared future for all life on Earth*, in *National Science Review*, 8, 7, 2020, Oxford University Press. B. Kuhn, *Ecological Civilization in China. Dialogue of Civilizations Research Institute*, p.1. M. Xie, H. Duan, P. Kang, Q. Qiao, L. Bai, *Toward an Ecological Civilization: China's Progress as Documented by the Second National General Survey of Pollution Sources*, in *Engineering*, 2021. J. B. Foster, *The Earth-System Crisis and Ecological Civilization: a Marxian View*, in *International Critical Thought*, 7, 4, 2017, 449. G. Poderati, *Analysis of China's legislation on soil contamination in the light of the realization of an ecological civilization*, in *Ecocycles*, 8, 1, 2022, pp. 8–15.
61. A. Ely et al, *The role of multi-level regulation in the transition towards cleaner production and a circular economy in China: The case of Bao'an District, Shenzhen under the 11th Five Year Plan*, in *SPRU Working Paper*, 2012, p.199. Brighton: SPRU. B. Li, et al., *Policy on e-waste in China - case study of Guiyu town, in Guangdong Province. Proceedings of 2011 International Conference on Computer Distributed Control and Intelligent Environmental Monitoring*, 2011.
62. D. Zuev, *Digital afterlife. (Eco)civilizational politics of the site and the sight of e-waste in China*, in *Anthropology Today*, 34, 6, 2018.
63. *National Voluntary Partnership For The Proper Management Of Non-Regulated Used Household Electrical/Electronic Products* (*Nea.gov.sg*, 2022) <<https://www.nea.gov.sg/programmes-grants/schemes/national-voluntary-partnership-for-e-waste-recycling>> accessed 3 January 2022; 'Electronic Waste' (*Towardszerowaste.gov.sg*, 2022) <<https://www.towardszerowaste.gov.sg/ewaste/>> accessed 3 January 2023.
64. Section 8 and 9 of the Resource Sustainability Act 2019.
65. Sections 3, 13, 14, and 17 of the Resource Sustainability Act 2019.
66. Section 15 of the Resource Sustainability Act 2019.
67. See, Section 3, 8 & 9, the Resource Sustainability Act 2019.
68. K. Mehmood Shad, S. T. Ling, M. E. Karim, *Comparative Study on E-Waste Management and the Role of the Basel Convention in Malaysia, Singapore, and Indonesia*:

## CERIDAP

- A Way Forward*, in *Indon L Rev*, 10, 2020, 63.
69. R.A. Patil, S.A. Ramakrishna, comprehensive analysis of e-waste legislation worldwide, in *Environ Sci Pollut Res* 27, 2020, 14412–14431.
70. Samoa, Waste Management Act 2010.
71. 'Samoa Commits To Enhancing E-Waste Management In Collaboration With The PacWastePlus Programme – Pacific Waste Plus's (*Pacwasteplus.org*, 2022) <<https://pacwasteplus.org/news/samoa-commits-to-enhancing-e-waste-management-in-collaboration-with-the-pacwasteplus-programme/>> accessed 3 January 2023.
72. Hub I, *Samoa Launches Public-Private Partnership On E-Waste* | News | *SDG Knowledge Hub* | IISD, (*Sdg.iisd.org*, 2022) <<https://sdg.iisd.org/news/samoa-launches-public-private-partnership-on-e-waste/#:~:text=The%20Ministry%20of%20Natural%20Resources,the%20impacts%20of%20e%2Dwaste.&text=E%2Dwaste's%20hazardous%20constituents%20may,environment%20and%20affect%20human%20health>> accessed 3 January 2023.
73. E. Amari, *Critica e Storia di una scienza delle legislazioni comparate*, Genova 1857.
74. See *supra* note 3, page 76.
75. (2022) <<https://www.reuters.com/article/us-global-waste-un-report-idUSKBN243255>> accessed 3 January 2023.
76. B. Boer, R. Cantley-Smith, Q. Tianbao, *Introduction to the Special Issue on Ecological Civilization and Environmental Governance*, in *Chinese Journal of Environmental Law*, 4, 2020, pp. 121–129.
77. *From Grave To Cradle: E-Waste Management In Ghana (E-MAGIN Ghana)* (*Adelphi*, 2022) <<https://www.adelphi.de/en/project/grave-cradle-e-waste-management-ghana-e-magin-ghana>> accessed 3 January 2023.
78. *Here's How We Can Turn More Industries into Circular Economies* <<https://www.weforum.org/agenda/2023/01/industry-circular-economy-change/>>
79. *EPR as an environmental policy approach*, see, OECD *Extended producer responsibility: updated guidance for efficient waste management*, OECD Publishing, Paris, 2016.
80. C.P. Baldé, R. Kuehr R., *Impact of the COVID-19 Pandemic on E-waste in the First Three Quarters of 2020*. United Nations University (UNU)/United Nations Institute for Training and Research (UNITAR) – co-hosting the SCYCLE Programme, Bonn (Germany), 2021.

# Le problematiche fiscali rivenienti dalle nuove tipologie contrattuali in materia di riviste elettroniche

*Antonio Felice Uricchio*

DOI: 10.13130/2723-9195/2023-3-92

*La diffusione delle nuove tecnologie telematiche ha generato profonde modifiche in ordine alle tipologie contrattuali elaborate dagli editori e offerte alle istituzioni accademiche o alle centrali di acquisto, ponendo problematiche fiscali di non poco rilievo anche in considerazione della necessità di definire la linea di demarcazione tra prodotto editoriale e prestazione di servizi. A rendere ancor più complessa la materia è il tema della territorialità ai fini IVA del "servizio di pubblicazione", oggetto delle nuove tipologie contrattuali in corso di adozione, ivi inclusi i contratti "compact" di natura trasformativa, aventi ad oggetto prestazioni continuative di accesso/utilizzo di banche dati e riviste scientifiche on line e di pubblicazioni di articoli scientifici su di esse. La novità della questione e l'incertezza del quadro regolatorio di riferimento hanno indotto editori e reti di acquirenti a richiedere all'amministrazione finanziaria molteplici pareri attraverso la procedura dell'interpello preventivo. Il saggio, esaminando le soluzioni interpretative offerte dalla prassi amministrativa, ricostruisce le problematiche fiscali rivenienti dalle nuove tipologie contrattuali in materia di riviste elettroniche, delineando il regime applicabile ai fini IVA.*

## ***The tax problems arising from the new types of contracts regarding Electronic Journals***

*The diffusion of new telematic technologies has generated profound changes in the contractual typologies drawn up by publishers and offered to academic institutions or purchasing centres. These pose significant tax problems due to the need to demarcate between publishing products and the provision of services. Territoriality for VAT purposes makes the matter more complex in relation to "publication services", the subject of new contractual types being adopted, including "compact" contracts of a*

*transformative nature, concerning continuous services of access/use of online databases and scientific journals and the publication of scientific articles on those databases. The novelty and uncertainty of the reference regulatory framework has led publishers and buyer networks to request multiple opinions from the financial administration through the preventive consultation procedure. This essay examines the solutions offered by administrative practice in order to address the tax problems deriving from the new contractual typologies in the field of electronic journals, in particular outlining the applicable regime for VAT purposes.*

*Sommario: 1. Premessa.- 2. La posizione interpretativa dell'agenzia delle entrate in materia.- 3. La nuova tipologia dei contratti compact di natura trasformativa e l'applicazione dell'IVA.- 4. La fattispecie esaminata dall'interpello n. 12/2023 e la questione della territorialità IVA.- 4.1 Sulla nozione di servizio elettronico.- 4.2 Sulla unitarietà delle prestazioni nei contratti compact.- 4.3 Sulla misura delle aliquote.- 5. Conclusioni.*

## **1. Premessa**

L'irrompere delle nuove tecnologie telematiche ha determinato profonde modifiche sia con riguardo alle modalità editoriali dei singoli sia con riguardo alle tipologie contrattuali elaborate dalle grandi case editrici internazionali e offerte a istituzioni accademiche o a centrali di acquisto pubbliche o private. In particolare, la crescente offerta di riviste e banche dati on line, unitamente a modalità di pubblicazione di articoli in accesso aperto<sup>[1]</sup>, ha posto problematiche fiscali di non facile soluzione anche in considerazione della necessità di definire la linea di demarcazione tra prodotto editoriale e prestazione di servizi, e più in generale tra valorizzazione contrattuale del diritto di autore ovvero di meri spazi editoriali attraverso la rete<sup>[2]</sup>. A rendere ancora più complessa la materia è il tema della territorialità ai fini IVA<sup>[3]</sup> del “servizio di pubblicazione” oggetto delle nuove tipologie di contratti in corso di adozione avendo riguardo alla disciplina del paese del prestatore/esecutore.

## 2. La posizione interpretativa dell'agenzia delle entrate in materia

La novità della questione richiamata e l'incertezza del quadro regolatorio di natura fiscale hanno indotto editori e reti di acquirenti a richiedere all'Agenzia delle entrate più pareri attraverso la procedura dell'interpello preventivo contemplato dall'art. 11 della legge n. 212 del 2000 (Statuto dei diritti del contribuente).

Invero, l'amministrazione finanziaria già in passato si era espressa sul tema dell'applicazione delle aliquote Iva (piene o ridotte) in funzione della natura dei prodotti editoriali oggetto delle diverse pattuizioni negoziali. In particolare, la circolare n. 328 del 1997 chiarisce che *«per editore deve intendersi, in linea generale, l'operatore che intraprende l'iniziativa economica editoriale; pertanto, in assenza di uno specifico contratto di editoria, si considera obbligato all'assolvimento dell'imposta l'operatore che assume in concreto il rischio della realizzazione dell'opera per il successivo sfruttamento economico della stessa. Per i prodotti editoriali esteri, il soggetto passivo va individuato nell'operatore che effettua l'importazione delle pubblicazioni per la successiva commercializzazione nel territorio dello Stato. Sono equiparati agli editori i soggetti che provvedono alla distribuzione nel territorio dello Stato delle copie dei giornali e delle pubblicazioni in genere teletrasmessi in facsimile dall'estero. Nell'ipotesi in cui la stampa della pubblicazione sia commessa da un operatore non residente nel territorio dello Stato ad un soggetto residente, per la successiva commercializzazione, si precisa che il soggetto passivo va identificato: - nel rappresentante della stabile organizzazione in Italia dell'operatore estero; - in mancanza, nel rappresentante fiscale nominato ai sensi dell'articolo 17 del D.P.R. n.633 del 1972; - nell'ipotesi in cui non risulti costituita una stabile organizzazione né sia nominato un rappresentante fiscale, nel cessionario che acquista i prodotti editoriali nell'esercizio di impresa, arti o professioni, per la successiva commercializzazione, il quale, in tal caso, beneficia del regime speciale previsto dall'articolo 74, lettera c) del D.P.R. n.633 del 1972»<sup>[4]</sup>. Nella stessa circolare, viene poi chiarita la nozione di "prodotti editoriali", assumendo una nozione particolarmente *«ampia, atta a ricomprendere ogni bene che "de iure condito" possa essere qualificato come tale a seguito di eventuali riforme normative intese ad estendere la nozione di pubblicazione, attualmente**

*limitata ai prodotti cartacei e viceversa ad escludere che, in base alla vigente normativa, siano considerati prodotti editoriali beni merceologicamente diversi».*

La circolare n. 23/E del 24 luglio 2014, nel richiamare gli interventi normativi intervenuti medio tempore, fa presente che mentre in passato, era stato ritenuto che il regime speciale non tornasse applicabile ai prodotti editoriali realizzati su supporti fisici, ad esempio CD-ROM, diversi dalla carta stampata e che con successiva Direttiva del Consiglio n. 2009/47/CE, del 5 maggio 2009, modificativa dell'allegato III della Direttiva Iva, aveva consentito l'applicazione di aliquote IVA ridotte per forniture di libri su qualsiasi tipo di supporto fisico (così anche risoluzione n. 223/E del 2009), comprese quelle che riproducano (in formato video o audio) essenzialmente le stesse informazioni contenute nei libri stampati. Nella stessa circolare, veniva chiarita l'esclusione del regime speciale IVA di cui all'art. 74, comma 1, lett. c) del D.P.R. n. 633 del 1972 per l'editoria c.d. online e più precisamente i prodotti editoriali elettronici ossia diffusi per via telematica ed oggetto di commercio elettronico diretto in quanto le operazioni di commercializzazione di tali prodotti editoriali elettronici sono da considerare, ai fini IVA, come prestazioni di servizi di cui all'articolo 3 del D.P.R. n. 633 del 1972<sup>[5]</sup>.

Con la circolare n. 20/E del 18 maggio 2016<sup>[6]</sup>, la stessa Agenzia delle entrate ha preso in considerazione i contratti aventi ad oggetto la messa a disposizione, anche con la modalità "online" e per un periodo di tempo determinato, di prodotti editoriali contrassegnati dai codici ISBN e ISSN, anche per il tramite di siti web e di piattaforme. Nell'affrontare la questione dell'applicabilità dell'aliquota IVA del 4 per cento prevista da ultimo dall'articolo 1, comma 667, della legge n. 190 del 23 dicembre 2014 (legge di stabilità per il 2015, secondo il quale, «*ai fini dell'applicazione della Tabella A, parte II, numero 18), allegata al decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 633, e successive modificazioni, sono da considerare giornali, notiziari quotidiani, dispacci delle agenzie di stampa, libri e periodici tutte le pubblicazioni identificate da codice ISBN o ISSN e veicolate attraverso qualsiasi supporto fisico o tramite mezzi di comunicazione elettronica*»), l'Amministrazione finanziaria ha ritenuto che il riferimento della disciplina richiamata alle pubblicazioni «*veicolate tramite mezzi di comunicazione elettronica*» appare suscettibile di essere interpretato nel senso di ammettere al beneficio dell'aliquota super ridotta del 4 per cento la fornitura,

in formato digitale, ancorché per un periodo limitato, di giornali e notiziari quotidiani, dispacci delle agenzie di stampa, libri, periodici, ecc. Diverso è stato ritenuto, invece, il caso di accesso a banche dati (come quella di Elsevier denominata “Science Direct”), aventi ad oggetto un sistema di archiviazione e di raccolta di riviste scientifiche specializzate e di altre tipologie di materiali, contrassegnate dai codici internazionali ISBN e ISSN, in grado di facilitare la ricerca, l’individuazione e la visualizzazione dei contenuti editoriali prescelti dagli abbonati ovvero la stampa e lo scaricamento di una quantità “ragionevole” di articoli. Con riguardo a tale fattispecie, nella risposta a interpello n. 954-965/2016, è stata apprezzata la stretta connessione ed interdipendenza tra le varie funzionalità messe a disposizione dell’abbonato ritenendo come conseguenza che esse siano riconducibili ad un’unica prestazione complessa, soggetta all’aliquota ordinaria del 22 per cento, a nulla rilevando *«la circostanza che le funzionalità di ricerca possano essere fruite anche gratuitamente tramite comuni motori di ricerca in quanto comunque offerte dopo la sottoscrizione dell’abbonamento e comprese nel prezzo dello stesso»*.

Con la risoluzione n. 120/E del 2017, l’Agenzia delle entrate ha chiarito ulteriormente la questione apprezzando le caratteristiche distintive dei diversi prodotti editoriali, in passato già esaminate:

- a) giornali e notiziari quotidiani;
- b) prodotti che, oltre ad essere caratterizzati dal requisito della cadenza quotidiana, soddisfino il requisito della registrazione presso il competente tribunale<sup>[7]</sup>;
- c) dispacci delle agenzie di stampa; prodotti consistenti nell’invio giornaliero di informazioni desunte dalla stampa quotidiana e/o periodica, equiparati, ai fini della sola aliquota IVA, ai giornali quotidiani (sesto comma dell’art. 34 del D.L. 2 marzo 1989, n. 69, convertito dalla legge 27 aprile 1989, n. 154);
- d) libri;
- e) prodotti che si caratterizzano per avere una funzione divulgativa e scientifica<sup>[8]</sup>;
- f) periodici;
- g) prodotti editoriali registrati come pubblicazioni ai sensi della L. 8 febbraio 1948, n. 47 e successive modificazioni compresi quelli per i quali non può farsi riferimento al requisito della registrazione presso la Cancelleria del Tribunale in quanto esonerati da tale adempimento (ad esempio, le pubblicazioni di

provenienza estera).

La risoluzione ha quindi concluso che ai diritti di accesso a banche dati nelle quali sono archiviate e messe a disposizione dei sottoscrittori pubblicazioni scientifiche essenzialmente aventi carattere periodico (e, dunque, contraddistinte da un codice ISSN) torna applicabile l'aliquota IVA ridotta del 4 per cento prevista dal n. 18 della tabella A, parte II, del D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633, dovendo considerare i servizi gratuiti di accesso e consultazione della banca dati prestazioni escluse ai fini IVA ovvero servizi accessori alla prestazione principale di fruizione del contenuto della banca dati<sup>[9]</sup>. Tale soluzione muove dalla ragione economica sottesa al perfezionamento del contratto di abbonamento consistente nel consentire all'abbonato di acquisire il contenuto digitalizzato di libri e altre pubblicazioni aventi le caratteristiche di giornali, notiziari quotidiani, dispacci delle agenzie di stampa, libri e periodici, muniti di codice ISBN o ISSN.

### **3. La nuova tipologia dei contratti *compact* di natura trasformativa e l'applicazione dell'IVA**

L'esigenza dei grandi editori internazionali di allargare lo spettro dei servizi offerti anche alla luce della profonda evoluzione tecnologica e soprattutto di minimizzare il rischio di impresa (soprattutto esercitando appieno la propria forza contrattuale) ha dato luogo all'emersione di nuove tipologie di contratti, definiti di natura trasformativa e complessa (cosiddetti contratti "*compact*"), aventi ad oggetto prestazioni continuative di accesso/utilizzo di banche dati e riviste scientifiche on line e di pubblicazioni di articoli scientifici su di esse, previo superamento della *peer review*. Caratteristica peculiare di tale contratto è la possibilità per le parti contraenti di combinare l'accesso alle riviste con la pubblicazione di articoli attraverso le modalità "*Read and Publish*", costituite da una componente accesso (*Reading*) e da una componente pubblicazione articoli in Open Access (OA) (*Publishing*)<sup>[10]</sup>. La *Reading Fee* consente al sottoscrittore l'accesso alle riviste del portafoglio completo dell'Istante, che continuano ad essere pubblicate con il modello sottoscrizione e non in OA: il versamento è annuale e diminuisce progressivamente. La *Publishing Fee* garantisce la possibilità di pubblicare un determinato numero di articoli in OA ad un costo predeterminato (spazi editoriali).

Prescindendo dai contenuti di tali contratti, ovviamente rimessi all'autonomia contrattuale (e comunque condizionati in alcuni casi da accordi di cartello, forse meritevoli di essere valutati nella prospettiva del rispetto della disciplina della concorrenza) o comunque dalla forza contrattuale delle parti, si rende necessario richiamare i profili fiscali con riguardo ai quali l'agenzia delle entrate è intervenuta recentemente con la risposta a interpello n. 701 del 2021.

Secondo l'Agenzia delle entrate, la *Publishing Fee* rappresenta il corrispettivo pagato dal sottoscrittore per acquistare il diritto a pubblicare un numero predeterminato di articoli idonei sulle riviste in *open access* dell'Editore al fine di coprire tutti i costi di pubblicazione (ad esempio, organizzazione e gestione della *peer-review*, produzione di articoli in pdf e altri formati, diffusione della pubblicazione in diverse sedi) e pertanto va assoggettato all'aliquota ordinaria. Allargando lo spettro dell'indagine alle fattispecie di editori/fornitori aventi sede in Paesi europei o extra Ue e di committenti residenti nel territorio italiano non aventi natura commerciale, l'interpello n. 701/2021, prende in considerazione il caso di un soggetto passivo avente sede in Germania con una partita italiana, il quale presta i servizi elettronici considerati (c.d. servizi "TTE") nei confronti di committenti non soggetti passivi IVA, stabiliti nel territorio di più Stati membri, ammettendo che possa avvalersi del regime speciale del OSS (*One Stop Shop*), fino al 30 giugno 2021 MOSS (*Mini One Stop Shop*), adempiendo in un unico Stato membro (Stato di identificazione) agli obblighi IVA relativi ai servizi in esame senza la necessità di identificarsi, ai fini IVA, presso ciascuno degli Stati membri in cui i clienti "privati" sono stabiliti.

Pur se non compresa tra i materiali allegati alla richiesta di parere, va anche richiamata la risoluzione n. 850/2021 di risposta a interpello, nella quale viene affrontato il regime IVA dei servizi in abbonamento a banche dati elettroniche, il cui accesso avviene per via telematica e il cui acquisto prevede la corresponsione da parte del cliente di un corrispettivo unico forfettario. Tra i servizi offerti, vengono compresi quelli di accesso ad un archivio contenente la normativa, la prassi e la giurisprudenza ovvero anche alcuni servizi aggiuntivi di formulazione di un numero limitato di quesiti ad un esperto e di consultazione di un archivio contenente quesiti e risposte fornite su diverse tematiche, di accesso ad un ristretto elenco di video/streaming in cui gli esperti del settore commentano e si esprimono su argomenti di vario interesse attinenti una determinata area

tematica, l'accesso a singoli siti web tematici attraverso i quali gli utenti possono consultare principalmente la rassegna stampa quotidiana, newsletter periodiche, articoli di approfondimento periodici, e-book, nonché una banca dati normativa composta da leggi, prassi e giurisprudenza e infine l'accesso a un archivio digitale completo, suddiviso per aree tematiche, che mette a disposizione dell'utente, in un unico "pacchetto", tutti i contenuti di informazione giuridica per la Pubblica Amministrazione. Il tutto senza che fossero stati ancora richiesti da parte della Società i codici identificativi internazionali ISBN e ISSN. Per l'agenzia delle entrate, *«il codice ISBN o ISSN è condizione necessaria ma non sufficiente per l'accesso alle aliquote ridotte IVA del 4 %, rilevando la natura del prodotto editoriale, il quale deve avere le caratteristiche distintive tipiche dei giornali e notiziari quotidiani, dispacci delle agenzie di stampa, libri, periodici, come definite dalle circolari n. 23/E del 2014 e n. 328 del 1997»*. Ciò premesso conclude l'ufficio che *«molti dei prodotti elencati negli abbonamenti di cui sopra non sembrano possedere le caratteristiche richieste ai fini dell'applicabilità della disposizione agevolativa in argomento, ossia consentire all'abbonato di acquisire il contenuto digitalizzato di libri e altre pubblicazioni aventi le caratteristiche di giornali, notiziari quotidiani, dispacci delle agenzie di stampa, libri e periodici, muniti di codice ISBN o ISSN»* (cfr. la risoluzione n. 120/E del 2017, secondo cui esula dalle finalità proprie dell'istituto dell'interpello l'attività di individuare, prodotto per prodotto, se risulta applicabile o meno l'aliquota agevolata; tale individuazione dovrà essere effettuata, a cura dell'istante, considerate le caratteristiche oggettive dei variegati prodotti offerti nell'ambito degli abbonamenti indicati con riferimento alle fattispecie descritte ai punti sub 1), 2) e 3), alla luce dei principi delineati dalla prassi amministrativa richiamata nella presente risposta, nel presupposto, naturalmente, che sia previsto un corrispettivo specifico per il relativo prodotto, distinto dal prezzo complessivo dell'abbonamento).

In materia, va poi ricordata la risposta a interpello n. 494 del 5 ottobre 2022 in tema di territorialità ai fini IVA di servizi forniti anche tramite supporti informatici<sup>[11]</sup> da un contribuente residente nel Regno Unito a consumatori finali italiani. Secondo l'Agenzia delle entrate, il servizio, consistente nella fornitura di contenuti digitali complessi prevalentemente preconfezionati (video-corsi, audio-corsi e scritti), scaricabili mediante download a pagamento da un sito web

dedicato con eventuali forniture di consulenze, appare riconducibile alla nozione di servizio fornito per via elettronica, alla luce della normativa interna e di quella unionale. Se il servizio fornito per via elettronica avesse carattere prevalente, l'intero "pacchetto" offerto dovrebbe considerarsi territorialmente rilevante in Italia ai sensi dell'articolo 7-*octies* del D.P.R. n. 633/1972. In tale ipotesi, sorgerebbero in capo al contribuente gli obblighi previsti dalla normativa interna, da adempiersi mediante identificazione diretta ai sensi dell'articolo 35-*ter* del D.P.R. n. 633/1972, o nomina di un rappresentante fiscale ovvero avvalendosi del Regime OSS non UE. Si configurerebbe un analogo obbligo di identificazione e pagamento dell'IVA per il servizio elettronico qualora lo stesso fosse da considerarsi prestazione distinta da quella consulenziale. Qualora, invece, in base all'analisi delle clausole contrattuali e delle circostanze concrete (ad esempio, la quota di corrispettivo, la prospettiva del consumatore, i contenuti dell'offerta online, la durata dei corsi rispetto alle interlocuzioni, ecc.) sia confermato che l'oggetto principale del servizio offerto – il "pacchetto" – può considerarsi un'attività consulenziale complessa, rispetto alla quale la fornitura di servizi elettronici (i file o corsi in download) riveste carattere accessorio, la prestazione in esame, laddove resa a consumatori stabiliti in Italia, risulterebbe fuori campo IVA ai sensi dell'articolo 7-*ter* D.P.R. n. 633/72 e conseguentemente, non sarebbe tenuto ad alcun obbligo d'imposta in Italia in relazione alle suddette operazioni.

Evidente quindi come assuma rilevanza la qualificazione giuridica del servizio reso (ovvero dei servizi resi se distinti e autonomi o connessi o accessori) sia ai fini dell'apprezzamento del requisito della territorialità sia ai fini della misura delle aliquote d'imposta ove dovuta.

#### **4. La fattispecie esaminata dall'interpello n. 12/2023 e la questione della territorialità IVA**

Richiamate le diverse soluzioni interpretative offerte ai quesiti dall'Agenzia delle entrate, occorre passare all'esame di quella fornita dalla risposta ad interpello n. 12 del 12 gennaio 2023, menzionata nella richiesta di parere con riguardo alle diverse questioni sollevate. Sul punto, l'Agenzia delle entrate ha affrontato il caso di un contratto tra una società di diritto inglese operante nell'ambito

dell'editoria, priva di stabile organizzazione e di identificazione ai fini Iva in Italia, e soggetti non rientranti nella definizione di soggetto passivo di cui all'articolo 7-ter, comma 2, D.P.R. n. 633/1972, avente ad oggetto la fornitura di prestazioni continuative di accesso ed utilizzo di banche dati e riviste scientifiche online, nonché il servizio di pubblicazione di alcuni articoli all'interno delle riviste della compagine. Nello specifico, la società estera fornisce il diritto di accesso tramite una piattaforma online, resa disponibile e designata da essa, a riviste ed altro materiale online, nonché a funzioni di ricerca avanzata; i committenti (principalmente università e istituzioni scientifiche) sono interessati sia all'acquisto di riviste e dei materiali on line che alla pubblicazione di articoli scientifici su di esse.

Con riferimento alla determinazione del corrispettivo, il contratto compact (o trasformativo) si riferisce ad un'offerta "*Publish&Read*", caratterizzata da una prestazione di servizio di accesso alla banca dati e da una prestazione di servizio relativa al diritto di pubblicazione di articoli, per cui potrebbe essere previsto un corrispettivo specifico per ognuno dei menzionati singoli servizi del contratto, ovvero un corrispettivo unico ed inscindibile per entrambe le componenti di lettura e di pubblicazione.

Dubbi sono emersi circa la possibilità di qualificare separatamente le prestazioni di servizi generiche (pubblicazioni) ai sensi dell'articolo 7-ter, comma 1, lettera b), D.P.R. n. 633/1972 ed i servizi elettronici (accesso e lettura dei testi) ai sensi dell'articolo 7-octies, comma 1, lettera a), D.P.R. n. 633/1972, nell'ipotesi in cui sia previsto un corrispettivo specifico per ogni singolo elemento del contratto ovvero se possano essere considerati, sotto il profilo Iva, come un unico servizio composto. Nel caso di quest'ultima soluzione, si rende poi necessario verificare se detto contratto possa essere assoggettato alla regola generale della territorialità Iva ai sensi dell'articolo 7-ter, comma 1, lettera b) D.P.R. n. 633/1972, nell'ipotesi in cui sia previsto un unico ed inscindibile corrispettivo. Ulteriori dubbi sono emersi nell'ipotesi in cui i singoli servizi di lettura e/o pubblicazione dovessero essere ritenuti rilevanti ai fini Iva in Italia ai sensi dell'articolo 7-octies, comma 1, lettera a), D.P.R. n. 633/1972, se il servizio di lettura sia soggetto ad aliquota IVA ridotta del 4% ai sensi del n. 18) della Tabella A, parte II, D.P.R. n. 633/1972, ovvero, nel caso in cui l'unico servizio composto dovesse essere ritenuto rilevante ai fini Iva in Italia ai sensi dell'articolo 7-octies, comma 1, lettera a), D.P.R. n.

633/1972, se il suddetto unico servizio composto sia soggetto ad aliquota Iva ordinaria.

Nell'esprimersi sulle diverse questioni, l'Agenzia delle entrate ha chiarito che qualora si possa distinguere il servizio di accesso alle banche dati e riviste elettroniche rispetto a quelli di pubblicazione, questi ultimi si qualificano come prestazioni di servizi generiche, fuori campo Iva per carenza del requisito territoriale, mentre i servizi di accesso, configurandosi quali servizi elettronici, si considerano effettuati nel territorio dello Stato se resi ad un committente non soggetto passivo domiciliato o residente nello Stato. Diversamente, qualora le due componenti di accesso/pubblicazione integrino un servizio unitariamente considerato, la misura dell'aliquota Iva applicabile deve essere individuata in funzione del rapporto di prevalenza esistente tra gli elementi che compongono l'operazione economicamente unitaria, tenendo conto dell'importanza non solo quantitativa ma anche qualitativa di tutti gli elementi che lo compongono, secondo la specifica regolamentazione degli interessi delle parti, come emerge dal contratto<sup>[12]</sup>. In tal senso, pertanto, tornerà applicabile l'aliquota Iva nella misura del 4% solo laddove risulti prevalente il servizio di accesso. Nel caso in cui risulti, invece, prevalente il servizio di pubblicazione, l'intera operazione sarà fuori campo Iva per carenza del presupposto di territorialità<sup>[13]</sup>.

Muovendo dai principi espressi da quest'ultima risoluzione e alla luce anche del quadro interpretativo richiamato si rende necessario chiarire la nozione di servizi elettronici adottata dalle disposizioni unionali vigenti per definire i profili della territorialità ai fini iva e quindi se essa possa comprendere le prestazioni contemplate dai contratti sottoposti alla Conferenza dei rettori per poi verificare se le stesse possano essere apprezzate in senso unitario con eventuale assoggettamento a un'aliquota unica o separatamente a più aliquote (ordinarie e ridotte).

#### **4.1 Sulla nozione di servizio elettronico**

Con riguardo alla nozione di servizi elettronici<sup>[14]</sup>, occorre ricordare la formulazione di cui all'art. 7, paragrafo 1, del Regolamento d'esecuzione Ue n. 282/2011, secondo cui i servizi prestati tramite mezzi elettronici, di cui alla direttiva Iva, comprendono i servizi forniti attraverso Internet o una rete

elettronica e la cui natura rende la prestazione essenzialmente automatizzata, corredata di un intervento umano minimo ed impossibile da garantire in assenza della tecnologia dell'informazione. Tale nozione non ha valore meramente classificatorio rilevando ai fini della territorialità del tributo ai sensi dell'art. 7, D.P.R. n. 633/1972.

Secondo la definizione contenuta nell'articolo 7 del Regolamento di esecuzione n. 282/2011, i «*servizi prestati tramite mezzi elettronici*» comprendono i servizi forniti attraverso Internet o una rete elettronica e la cui natura rende «*la prestazione essenzialmente automatizzata, corredata di un intervento umano minimo e impossibile da garantire in assenza della tecnologia dell'informazione*». Rientrano inoltre nell'ambito d'applicazione della norma «*anche i servizi automaticamente generati da un computer attraverso Internet o una rete elettronica, in risposta a dati specifici immessi dal destinatario*».

Nel caso esaminato dalla risoluzione n. 12/2023, il servizio di accesso alle riviste e ad altro materiale editoriale in formato digitale è fornito essenzialmente in maniera automatizzata e standardizzata attraverso la piattaforma resa disponibile dalla società, a cui il cliente potrà accedere per selezionare e consultare i vari contenuti digitali presenti, senza alcuna necessità di supporto. Secondo l'Agenzia delle entrate, tale servizio sarebbe riconducibile tra quelli elettronici come declinati dal Regolamento Ue e, in particolare, tra quelli di cui al paragrafo 2 dell'art. 7, che alla lettera a) menziona «*la fornitura di prodotti digitali in generale*».

Al contrario, l'altro servizio oggetto del contratto (ossia il servizio di pubblicazione degli articoli sulle riviste scientifiche presenti sulla piattaforma), prevedendo da parte della società un'attività piuttosto articolata di controllo e identificazione dell'autore affiliato al cliente e di revisione e referaggio del contenuto oltre che di editing secondo le regole e i criteri editoriali, si caratterizza per la presenza rilevante e significativa di un intervento umano che non consente la fornitura del servizio in maniera automatizzata e ne determina, pertanto, l'esclusione dal novero dei servizi elettronici.

La natura anfibia del contratto impone di verificare se i servizi elettronici e quelli di publishing non riconducibili a tale categoria possano essere trattati distintamente dal punto di vista dell'applicazione dell'Iva ovvero debbano essere assunti unitariamente dovendo in tal caso ricercare quale di essi abbia carattere

prevalente e quale carattere accessorio.

#### **4.2 Sulla unitarietà delle prestazioni nei contratti *compact***

È di tutta evidenza che la qualificazione delle prestazioni come unitarie o accessorie debba essere condotta sulla base delle pattuizioni negoziali assunte dalle parti avendo riguardo ai principi che governano la disciplina dell'imposta sul valore aggiunto ove assume rilevanza la sostanza del contratto secondo la realtà economico commerciale (c.d. *realitas*). In questo senso, da ultimo, in particolare, si segnala la sentenza della Corte di giustizia causa C-695/20 c.d. "Fenix International Ltd", ove viene stabilito che quanto operato dalla Commissione rappresenta solamente una specificazione aderente alla realtà economica e commerciale. Il concetto di *realitas* "economica e commerciale" non va confuso con l'interpretazione delle disposizioni in materia di Iva, laddove non sembra rappresentare, secondo l'approccio della Corte, un nuovo metodo interpretativo che si aggiunge a quelli tradizionali. Semmai, il criterio in questione valorizza, in concreto, il profilo economico e commerciale delle operazioni, a prescindere dagli aspetti formali che le caratterizzano, ai fini dell'Iva e si avvicina, per molti aspetti, al principio della prevalenza della sostanza economica (e commerciale) sulla forma giuridica<sup>[15]</sup>.

Si legge nel testo della sentenza che *«la Corte constata che, quando un soggetto passivo, che interviene nella prestazione di un servizio tramite mezzi elettronici, sfruttando, ad esempio, una piattaforma di social network on-line, ha la facoltà di autorizzare la prestazione di tale servizio o la fatturazione di quest'ultimo o, ancora, di fissare le condizioni generali di tale prestazione, detto soggetto passivo ha la possibilità di definire, in modo unilaterale, elementi essenziali relativi alla prestazione, vale a dire la sua realizzazione e il momento in cui essa avrà luogo, o le condizioni in base alle quali il corrispettivo sarà esigibile, o ancora le norme che formano il quadro generale di tale prestazione. In tali circostanze e tenuto conto della realtà economica e commerciale che esse rispecchiano, è corretto che il soggetto passivo debba essere considerato il prestatore di servizi, ai sensi della direttiva IVA»*. Così anche la sentenza *Budimex* (2 maggio 2019, c 224-18) sempre della Corte di Giustizia secondo cui il criterio della "realtà economica e commerciale" consente di far emergere, di volta in volta, le peculiarità delle clausole contrattuali

al singolo caso concreto, con un approccio che va oltre l'interpretazione letterale delle medesime clausole<sup>[16]</sup>.

Assumendo tale prospettiva, occorre ricordare che quando un'operazione comprende più elementi, è necessario valutare se la stessa possa essere considerata come costituita da una prestazione unica o da diverse prestazioni distinte ed indipendenti, agli effetti dell'imposta sul valore aggiunto. Pur in assenza di una disposizione generale che consenta di chiarire quando un'operazione è unitaria o complessa, dalla casistica invero alquanto variegata possono estrapolarsi alcuni criteri generali tenendo conto dell'orientamento della giurisprudenza unionale. Secondo la Corte di Giustizia UE, nella sentenza 4 settembre 2019, Causa C-71/18, «quando un'operazione è costituita da una serie di elementi e di atti, si devono prendere in considerazione tutte le circostanze nelle quali essa si svolge per determinare se tale operazione comporti, ai fini IVA, due o più prestazioni distinte o un'unica prestazione»<sup>[17]</sup>. Aggiungono i giudici unionali, «in determinate circostanze, più prestazioni formalmente distinte, che potrebbero essere fornite separatamente e dare così luogo separatamente a imposizione o a esenzione, devono essere considerate come un'unica operazione quando non sono indipendenti»<sup>[18]</sup>. Un'operazione deve essere considerata unica, in particolare, quando due o più elementi o atti forniti dal soggetto passivo sono così strettamente collegati da formare, oggettivamente, un'unica prestazione economica indissociabile, la cui scomposizione avrebbe carattere artificiale. È questo il caso anche quando una o più prestazioni costituiscono una prestazione principale e la o le altre prestazioni costituiscono una o più prestazioni accessorie cui si applica lo stesso trattamento fiscale della prestazione principale. Segnatamente, una prestazione dev'essere considerata accessoria a una prestazione principale quando per la clientela non costituisce un fine a sé stante, bensì il mezzo per fruire al meglio del servizio principale offerto dal prestatore. Al fine di stabilire se le prestazioni fornite siano indipendenti o costituiscano una prestazione unica, è importante individuare gli elementi caratteristici dell'operazione di cui trattasi. Tuttavia, non esistono regole assolute quanto alla determinazione dell'estensione di una prestazione dal punto di vista dell'IVA e occorre, quindi, per determinare l'estensione di una prestazione, prendere in considerazione la totalità delle circostanze in cui si svolge l'operazione in questione<sup>[19]</sup>. In sede di tale valutazione globale delle circostanze, la dichiarata intenzione delle parti di assoggettare ad IVA un'operazione deve

essere presa in considerazione, purché sia comprovata da elementi oggettivi<sup>[20]</sup>.

Dello stesso avviso è anche l’Agenzia delle entrate che nella nota di consulenza giuridica n. 4 del 2022 conclude che non esiste pertanto una norma che permetta di determinare quando ai fini IVA un’operazione è complessa piuttosto che autonoma, dovendo condurre a tal fine una valutazione *case by case*.

Nella risoluzione n. 12/2023, l’Agenzia nel rispondere al primo quesito distingue il caso in cui nell’ambito del contratto sia possibile individuare distintamente il servizio di accesso/lettura rispetto a quello di pubblicazione in relazione a ciascuno dei quali è previsto, tra l’altro, uno specifico corrispettivo, da quello in cui concorrano a formare un unico pacchetto, essendo unitariamente considerati funzionalmente e con riguardo al corrispettivo dovuto. Nel primo caso, i servizi di pubblicazione si qualificano come prestazioni di servizi generici, fuori campo Iva per carenza del requisito territoriale, in ossequio alla regola generale di cui all’articolo 7-ter, comma 1, lett. b), D.P.R. n. 633/1972, mentre i servizi di accesso/lettura, configurandosi, come detto, quali servizi elettronici, in deroga al citato articolo 7-ter, si considerano effettuati nel territorio dello Stato se rese ad un committente non soggetto passivo domiciliato nel territorio dello Stato o ivi residente senza domicilio all’estero, ai sensi dell’articolo 7-octies, comma 1, lett. a), D.P.R. n. 633/1972. Nel secondo caso (pacchetto unitario e corrispettivo inscindibile), oggetto principale del servizio offerto sembra poter essere considerata l’attività di pubblicazione, rispetto alla quale la fornitura del servizio di accesso alle riviste online rivestirebbe invece carattere accessorio: in quanto unitaria, l’operazione nel suo complesso, laddove resa a consumatori stabiliti in Italia (come nel caso della CRUI o delle singole istituzioni universitarie), sarà fuori campo Iva ai sensi dell’articolo 7-ter, D.P.R. n. 633/1972. Diversamente, se il servizio fornito per via elettronica dovesse avere carattere prevalente, l’intero “pacchetto” offerto sarebbe territorialmente rilevante in Italia ai sensi dell’art. 7-octies del medesimo testo normativo<sup>[21]</sup>.

Come è noto, la territorialità IVA dei servizi elettronici di carattere digitale rappresenta una questione complessa che coinvolge le imprese che offrono servizi digitali a livello internazionale, riguardando la determinazione del luogo di stabilimento del committente ovvero la persona che acquista il servizio, ai fini dell’applicazione dell’IVA. Tali operazioni, ai fini fiscali, considerate prestazioni di servizi<sup>[22]</sup> vanno distinte a seconda che le stesse siano rese nei confronti dei

clienti soggetti a IVA o non soggetti a IVA. Nel primo caso, il criterio generale è quello del Paese del committente e, a tal fine, assume rilevanza: a) Il fatto che il committente sia un soggetto passivo IVA; b) il fatto che il committente agisca nella veste di soggetto passivo IVA; c) l'identificazione del luogo di stabilimento del committente. Nel secondo, invece, la territorialità è basata sul Paese del prestatore, fermo restando che si considerano committenti, non soggetti IVA, anche coloro che esercitano un'attività economica quando acquistano il servizio al di fuori della stessa. A partire dal 1° gennaio 2015 sono entrate in vigore le nuove regole di territorialità per i servizi elettronici di cui all'art. 5 della dir. 2008/8/Ce del Consiglio 12 febbraio 2008 che modifica la direttiva 2006/112/Ce per quanto riguarda il luogo delle prestazioni di servizi B2C, il cui considerando espressamente indica che *«la realizzazione del mercato interno, la globalizzazione, la deregolamentazione e le innovazioni tecnologiche hanno contribuito a trasformare profondamente il volume e la struttura del commercio dei servizi, prevedendo interventi frammentari nel corso degli anni con la conseguenza che attualmente numerosi servizi specifici sono di fatto tassati in base al principio della destinazione»*. Tale direttiva, da un lato, ha modificato le regole di territorialità per quanto riguarda i servizi di telecomunicazione, i servizi di teleradiodiffusione e i servizi forniti per via elettronica, in particolare quelli di cui all'allegato II (tra cui fornitura di siti web, app, musica, film, ecc.), dall'altro, ha modificato le modalità di riscossione con l'introduzione del c.d. MOSS<sup>[23]</sup>, un peculiare meccanismo di riscossione dell'iva che consente ai soggetti passivi che prestano servizi elettronici di identificarsi in un unico Stato membro e dichiarare e versare l'iva anche negli altri Stati membri. Il 5 dicembre 2017 è stato poi adottato il primo nucleo del c.d. "Pacchetto iva e-commerce", così composto: la direttiva (UE) 2017/2455 del Consiglio 5 dicembre 2017 che modifica la dir. 2006/112/Ce e la direttiva 2009/132/Ce per quanto riguarda taluni obblighi in materia di imposta sul valore aggiunto per le prestazioni di servizi e le vendite a distanza di beni; la direttiva (UE) 2019/1995 del Consiglio del 21 novembre 2019 che modifica la direttiva 2006/112/CE del Consiglio del 28 novembre 2006 per quanto riguarda le disposizioni relative alle vendite a distanza di beni e a talune cessioni nazionali di beni. Tali disposizioni introducono una soglia a livello comunitario al di sotto della quale le prestazioni di servizi digitali si rendono imponibili ai fini IVA nello Stato membro di stabilimento del prestatore. In

pratica, al di sotto della soglia monetaria di 10.000 euro, riferita alla totalità degli stati membri di consumo, i servizi digitali resi a privati consumatori di altri Stati membri si considerano territorialmente rilevanti nello Stato membro del prestatore (il paragrafo 3 dell'art. 58 dispone che, in caso di superamento della soglia in corso d'anno, il passaggio della tassazione dallo Stato membro del prestatore a quello del committente si verifica a partire dalla data in cui è avvenuto lo sfioramento). L'art. 58, par. 4 prevede la facoltà del prestatore di optare per l'imponibilità nello Stato del committente; nel qual caso la scelta è vincolante per due anni.

A partire dal 1° luglio 2021, con l'estensione del regime speciale MOSS alla vendita a distanza intracomunitaria di beni fisici, il MOSS ha mutato la sua denominazione in OSS<sup>[24]</sup>: dal mini-sportello unico si è passati allo sportello unico.

Da ultimo, le proposte di direttiva adottate nel dicembre 2022 sono tese a produrre importanti conseguenze in ordine alla tassazione della c.d. economia delle piattaforme attraverso la previsione del c.d. fornitore presunto (inizialmente solo per trasporti e locazioni brevi) e in materia di obblighi formali, attraverso la previsione della inversione contabile anche in favore di prestazioni ad utenti non soggetti passivi Iva, combinata con l'estensione dell'istituto dello "sportello unico" (One-Stop Shop, OSS).

### **4.3 Sulla misura delle aliquote**

Con la risposta a interpello n. 12/2023, l'Agenzia delle entrate affronta anche la questione della misura delle aliquote ricordando, quanto al contratto considerato che, qualora i servizi oggetto del contratto assumano autonoma rilevanza agli effetti dell'Iva, per quanto riguarda la misura dell'aliquota applicabile, l'Agenzia ritiene che al servizio di accesso/lettura (componente Read del contratto), territorialmente rilevante in Italia, sia applicabile l'aliquota ridotta del 4%, ai sensi del numero 18) della tabella A, parte II, allegata al D.P.R. n. 633/1972<sup>[25]</sup>. I prodotti editoriali pubblicati sulla piattaforma, infatti, sono dotati del codice ISSN, sono classificabili come riviste e periodici e sono fruibili attraverso l'accesso ad una piattaforma elettronica, mentre i servizi elettronici generici se imponibili e autonomi resterebbero soggetti all'aliquota ordinaria del 22 per cento. Nel caso di

oggetto unico e unitario, l'Iva ove dovuta secondo le regole di territorialità in precedenza richiamate si applica con l'aliquota ordinaria del 22 per cento.

## 5. Conclusioni

La scelta di separare all'interno dello stesso contratto ovvero in distinti contratti le prestazioni di accesso a riviste elettroniche (*reading*) o di servizi elettronici generici, prevedendo distinti criteri di determinazione e di erogazione dei corrispettivi dovuti, renderebbe applicabili diversi criteri di applicazione del tributo oltre che aliquote diverse. Essa però poggia sulla praticabilità concreta di una simile separazione di tipologie di servizi e soprattutto sul consenso delle parti. Resta evidente che la territorialità IVA dei servizi digitali ha importanti implicazioni a livello fiscale e normativo, rendendosi necessario verificare il luogo di stabilimento del committente per applicare correttamente l'IVA, fornire fatture conformi alle disposizioni normative del paese di destinazione del servizio, effettuare la registrazione fiscale nei paesi dove si applica l'IVA e adempiere il tributo se dovuto<sup>[26]</sup>.

1. Cfr. D.U. Galetta, *Dalle riviste cartacee alle riviste online e oltre? Sull'open access per default e le problematiche connesse*, in *CERIDAP*, 2023, 3, p. 143 ss..
2. Cfr. Trib. Milano, 6 ottobre 2002, che si occupa della distinzione tra pubblicazione scientifica e pubblicazione meramente divulgativa e di tipo giornalistico.
3. Cfr. G. Frasoni, *La territorialità nel diritto tributario*, Milano, 2004, pp. 324 ss.
4. Su tale regime, cfr. F. Pistolesi, *L'applicazione dell'IVA nel comparto editoriale: prime considerazioni alla luce della nuova normativa*, in *Dir. prat. trib.*, 3, 1991, pp. 713 ss.; A. Comelli, *Detrazione e rimborso dell'IVA per i soggetti che vendono al pubblico giornali, periodici e libri*, in *GT - Riv. giur. trib.*, 9, 2001, pp. 1095 ss.; A. Carrabino, *Il regime speciale per l'editoria*, in *Corr. trib.*, 27, 2002, pp. 2446 ss.; M. Peirola, *Brevi note sul diritto di detrazione dell'IVA per i rivenditori di prodotti editoriali*, in *Boll. trib.*, 8, 2004, pp. 626-627; M. Peirola, *Regime IVA dell'editoria nelle "vendite a distanza"*, in *Corr. trib.*, 40, 2012, pp. 3107 ss.
5. Cfr. F. Ricca, *Anche i libri digitali nel regime speciale monofase IVA*, in *Corr. trib.*, 35, 2014, pp. 2693 ss.
6. Cfr. P. Centore, F. Spaziant, *Interventi di "soft law" sulle modifiche IVA 2016*, in *Corr. trib.*, 25, 2016, pp. 1933 ss.
7. Cfr. Risoluzione n. 490961 del 10 novembre 1990.
8. Cfr. Circolari n. 23 del 2014 e n. 328 del 1997.
9. Cfr. A. De Rinaldis, *Diritti di accesso a banche dati "on line" con IVA ridotta*, in *Corr.*

- trib.*, 45, 2017, pp. 3527 ss.
10. Cfr. F. Dessì Fulgheri, *Open access e riviste scientifiche*, in M. Guerrini, G. Maridi, *Via verde e via d'oro. Le politiche open access dell'Università di Firenze*, Firenze, 2015, pp. 65 ss.; P. Grandesso, M. Vignocchi, *AlmaDL Journals: sfide e opportunità di un servizio editoriale ad accesso aperto*, in *Bibliothecae it*, 7(2), 2018, pp. 398 ss.; I. Pellizzone, *Open Access Publication and Academic Freedom in the Field of the Social Sciences and Humanities from a Constitutional Law Perspective in Italy*, in M. Seckelmann, L. Violini, C. Fraenkel-Haeblerle, G. Ragone (Eds), *Academic Freedom under Pressure? A Comparative Perspective*, Heidelberg, 2021, pp. 175 ss.
  11. In argomento, cfr. R. Miceli, *La territorialità Iva nelle "operazioni telematiche"*, in *Rass. trib.*, 2, 2004, pp. 580 ss.
  12. Cfr. la sentenza della Corte di giustizia resa nella causa C-463/16 del 18 gennaio 2018. Inoltre, cfr. risoluzione n. 51/2019.
  13. Cfr. E. Greco, L. Ugolini, *Alterità soggettiva nell'operazione accessoria rispetto alla principale*, in *GT – Riv. giur. trib.*, 4, 2019, pp. 323 ss.
  14. Cfr. R. Tommasini, *I servizi come beni*, in *Rass. trib.*, 1, 2012, pp. 127 ss.
  15. Cfr. F. Montanari, *La prevalenza della sostanza sulla forma nel diritto tributario*, Milano, 2019, pp. 214 ss.
  16. Cfr. A. Comelli, *La "realtà economica e commerciale" quale "criterio fondamentale" per l'applicazione della disciplina dell'iva*, in *Dir. prat. trib. int.*, 1, 2022, pp. 99 ss.
  17. Negli stessi termini, cfr. anche sentenza 17 dicembre 2020, C-801/19, sentenza 4 settembre 2019, *KPC Herning*, C-71/18, EU:C:2019:660, punto 35 e giurisprudenza ivi citata.
  18. Cfr. sentenza del 4 settembre 2019, *KPC Herning*, C-71/18, EU:C:2019:660, punto 37 e giurisprudenza ivi citata.
  19. Cfr. sentenza del 17 gennaio 2013, *BGŻ Leasing*, C224/11, EU:C:2013:15, punto 32.
  20. Cfr. sentenza del 12 luglio 2012, *J.J. Komen en Zonen Bebeer Heerbugowaard*, C326/11, EU:C:2012:461, punto 33.
  21. Cfr., in tal senso, risposta ad interpello n. 494/2022.
  22. Cfr. Agenzia delle Entrate, Risoluzione n. 274/E/2008.
  23. Cfr. M. Balzanelli, *Moss: criticità e situazioni specifiche del nuovo meccanismo di tassazione a destino*, in *Corr. trib.*, 42, 2014, pp. 3249 ss.; F. Ricca, *I contribuenti minimi localizzano le prestazioni secondo le regole comuni e possono avvalersi del "MOSS"*, in *Corr. trib.*, 36, 2015, pp. 3735 ss.; P. Centore, *Dal MOSS al LOSS [large one stop shop - grande sportello unico]: le regole IVA guardano al futuro*, in *Corr. trib.*, 40, 2015, pp. 4050 ss.; P. Centore, *Le regole MOSS in lingua italiana*, in *Corr. trib.*, 31, 2016, p. 2403 ss.; S. De Marco, *Il regime semplificato IVA Moss (Mini "one stop shop") e l'armonizzazione soggettiva UE*, in *Boll. trib.*, 22, 2016, pp. 1620 ss.
  24. Cfr. R. Rizzardi, *Cessioni e prestazioni intra-UE ai privati: criticità dal 1° luglio 2021*, in *Corr. trib.*, 1, 2021, pp. 63 ss.
  25. Cfr. risposte ad interpello n. 69/2019 e n. 701/2021.
  26. Cfr. G. Melis, *Osservazioni a margine della proposta di modifica della VI Direttiva CEE*

## CERIDAP

*sul regime di imposta sul valore aggiunto applicabile a determinati servizi prestati mediante mezzi elettronici*, in *Rass. trib.*, 3, 2001, pp. 713 ss.; P. Centore, *Proposta di regolamento per l'adozione di criteri uniformi sulla territorialità IVA*, in *Corr. trib.*, 3, 2005, pp. 211 ss.; S. Pellegrini, *Il principio di territorialità nell'imposta sul valore aggiunto (2000-2016)*, in *Dir. prat. trib.*, 5, 2016, pp. 2180 ss.

# Dalle riviste cartacee alle riviste online e oltre. Sull'open access per default e le problematiche connesse

*Diana-Urania Galetta*

DOI: 10.13130/2723-9195/2023-3-90

*Partendo dalla domanda relativa a chi pubblica le riviste scientifiche, oggi, e facendo una breve analisi di come è cambiato, negli ultimi due decenni, il panorama delle riviste scientifiche, il contributo giunge alla conclusione che sarebbe necessario investire – direttamente o indirettamente – per sostenere quelle iniziative editoriali di riviste open access diamonds che sono portate avanti da componenti della comunità accademica al servizio di atenei pubblici.*

## ***From print Journals to online Journals and beyond. Open access by default and related issues***

*This article starts with the question of who publishes academic journals today, then briefly analyses how the range of such journals has changed during the last two decades. The article concludes that investment is necessary to support publishing initiatives of open access diamond journals carried out by members of the academic community in public universities.*

*Sommario: 1. Le conseguenze sulle riviste scientifiche derivanti dall'avvento delle TIC e dalla spinta alla internazionalizzazione degli Atenei.- 2. Segue. I conseguenti mutamenti sul mercato dell'editoria.- 3. L'open Access come reazione.- 4. Riflessioni conclusive.*

## **1. Le conseguenze sulle riviste scientifiche derivanti dall'avvento delle TIC e dalla spinta alla internazionalizzazione degli Atenei**

Partirei con una domanda <sup>[1]</sup>: tradizionalmente, chi pubblica le riviste scientifiche <sup>[2]</sup> e che cosa è cambiato negli ultimi anni (due decenni) nel panorama delle riviste scientifiche (non solo di area 12)?

Iniziamo col dire che, come è evidente a tutti, l'avvento di Internet, e più in generale delle TIC/Tecnologie della Informazione e Comunicazione e la conseguente “digitalizzazione”, hanno cambiato radicalmente il modo di fare ricerca.

Sempre di più, i ricercatori fanno ricorso a documentazione disponibile *online* e che sia “scaricabile” e conservabile sul proprio PC; o, meglio ancora, nel *cloud*: e quindi potenzialmente accessibile da qualsiasi luogo, in qualunque momento e con qualsiasi PC o *tablet* o *smart-phone* che si abbia a disposizione: a condizione, ovviamente, di avere un accesso alla rete.

La spinta verso la c.d. internazionalizzazione degli Atenei (e della ricerca) ha portato, infatti, da un lato ad una maggiore mobilità degli studiosi, che ora viaggiano e si recano all'estero più sovente anche nell'ambito, tradizionalmente molto “nazionalmente ancorato”, delle scienze giuridiche.

Dall'altro lato, questa maggiore apertura verso “l'esterno” ha creato la necessità per i ricercatori di accedere a materiali bibliografici pubblicati in altre lingue e presenti su libri e riviste pubblicate al di fuori del proprio Paese: per intenderci, non è più l'epoca i cui fare studi di diritto comparato implicava dovere passare settimane intere rinchiusi nelle biblioteche di Atenei stranieri; e rientrare in patria con una valigia colma di libri cartacei e fotocopie!

Questi tre fenomeni, fra loro combinati (1. internet, le TIC e la digitalizzazione; 2. una maggiore mobilità fisica degli studiosi; 3. una maggiore necessità di accesso a risorse bibliografiche pubblicate in altri paesi ed in altre lingue per svolgere le proprie attività di ricerca) hanno portato, come conseguenze indiretta, ma largamente inevitabile, ad un progressivo tramonto dell'idea stessa della rivista su solo supporto cartaceo.

Questa, infatti, presuppone di potere disporre del supporto fisico (il fascicolo)

per potere accedere ai relativi contenuti.

Oramai, come è noto, anche le riviste di area giuridica sono infatti sempre più accessibili anche online.

Ma, quando vi è alle spalle della rivista una casa editrice, questo accesso può avvenire di norma solo per il tramite di apposite piattaforme, predisposte e gestite dall'Editore, ed il cui accesso per l'utente è ovviamente a pagamento.

## **2. Segue. I conseguenti mutamenti sul mercato dell'editoria**

Sotto questo profilo, la letteratura di settore avverte sul fatto che l'avvento di Internet e, più in generale delle nuove tecnologie, ha di fatto prodotto un importante cambiamento sul mercato dell'editoria (scientifica)<sup>(3)</sup>.

Mentre in passato sopravvivevano infatti anche molte piccole case editrici, più propense anche a sviluppare e coltivare un rapporto personale e diretto con gli autori, più di recente si è venuta a creare una situazione di vero e proprio oligopolio sul mercato, con alcuni grandi editori (per la maggior parte stranieri, per il caso dell'Italia) che dettano le regole sul mercato.

Questi grossi editori hanno di fatto marginalizzato gli editori minori. In particolare attraverso l'offerta di "pacchetti di abbonamenti" di riviste che sono accessibili (anche) online, sulle loro piattaforme; e per sviluppare le quali hanno inizialmente investito notevoli risorse di tempo e di danaro.

Per l'editoria dell'area giuridica, ad esempio, si è drasticamente ridotta, negli ultimi anni, la quantità di editori presenti sul mercato. E lo stesso vale ovviamente anche per tutte le altre aree della scienza.

Né è facile per c.d. "newcomers" inserirsi su questo mercato: e questo per mille ragioni che non c'è ovviamente tempo qui di analizzare.

In questa situazione, anche le biblioteche hanno poca scelta.

O accettano di sottoscrivere abbonamenti a "pacchetti di riviste" accessibili online, che includono anche riviste non di particolare interesse, oppure possono ottenere accesso a singole riviste, al di fuori dal "pacchetto", solo a prezzi elevatissimi<sup>(4)</sup>.

Lo stesso vale, in realtà, anche per i volumi resi disponibili dalle case editrici in formato pdf o, più sovente, e-Book (e-pub etc.): che vengono venduti alle biblioteche per lo più solo a "pacchetti"; e la cui accessibilità è sovente garantita

all'utente solo per periodi di tempo limitati.

Quello che emerge chiaramente è, dunque, come si sia venuto a creare un regime di concorrenza “drogato” da accordi espliciti o impliciti fra i pochi, per lo più grossi editori rimasti sul mercato (oligopolio appunto).

Il paradosso dunque è che, nonostante le economie consentite dalle TIC, i prezzi di libri e riviste sono aumentati invece di ridursi.

Sicché, per le case editrici rimaste sul mercato - sottratti i costi per l'investimento iniziale, oramai di sicuro ampiamente ammortizzati - le nuove tecnologie hanno di fatto consentito loro un aumento sostanzioso dei margini di profitto.

Il che - come è stato opportunamente sottolineato<sup>[6]</sup> - è avvenuto essenzialmente a danno dei fondi pubblici: nel senso che si tratta di profitti che si alimentano quasi esclusivamente di fondi pubblici.

Per comprendere cosa questo significhi concretamente, occorre riflettere anzitutto sulla circostanza che, come è ben noto a chi come me è Direttore o fa da tempo parte di comitati di direzione di riviste scientifiche, il personale dipendente da case editrici (e in ogni caso da queste direttamente retribuito) contribuisce, di fatto, poco o nulla all'attività redazionale. E meno che meno a quella editoriale e/o di direzione di Riviste scientifiche.

Le riviste scientifiche più importanti si basano infatti, essenzialmente, sul lavoro volontario e gratuito di accademici: che sono però al 99% dipendenti pubblici a tutti gli effetti, non solo in Italia; e quindi retribuiti con fondi pubblici. E si basa largamente anche sul lavoro di c.d. aspiranti accademici: assegnisti di ricerca, dottorandi di ricerca, collaboratori universitari a vario titolo. Il cui lavoro, una volta di più, è pagato (se non retribuito) essenzialmente con fondi pubblici.

Per aggiungere danno alla beffa, è poi evidente che anche l'aumento dei costi per acquisire la documentazione necessaria per svolgere la ricerca scientifica nelle università è pagato, in ultima analisi, con fondi pubblici.

### **3. L'open Access come reazione**

L'*Open Access* nasce, dunque, come reazione a questo perverso fenomeno<sup>[6]</sup>.

Attualmente esistono infatti riviste che sono pubblicate in rete, sono totalmente “open access” (si parla di “*Open Access Diamond*”) e garantiscono facilità di accesso<sup>[7]</sup>.

Mentre le piattaforme delle case editrici, oltretutto, non sempre garantiscono facilità di accesso all'utente.

Riviste di questo tipo garantiscono inoltre un costante “rifornimento”: la pubblicazione di nuovi articoli avviene su base quasi settimanale. Ma garantiscono anche la ottima qualità degli articoli, grazie ad una attenta procedura di *peer-review* e ad una complessa ed articolata attività editoriale, che viene gestita sulla base degli standard internazionali ed in pieno ossequio delle regole stabilite (per garantire la qualità delle riviste) dalla nostra Agenzia Nazionale di valutazione del sistema universitario e della ricerca (ANVUR)<sup>[8]</sup>.

L'*Open Access “Diamond”* si riferisce a un modello di pubblicazione accademica in cui riviste e piattaforme non richiedono contributi economici di nessun tipo, né agli autori, né ai lettori.

Le riviste scientifiche pubblicate in “*Open Access Diamond*” rappresentano, infatti, iniziative di pubblicazione guidate e possedute dalla comunità accademica.

Secondo un'approfondita analisi svolta fra il 2020 e il 2021 - ed i cui risultati sono riportati in un interessante studio pubblicato nel 2021, il “*OA Diamond Journals Study*”<sup>[9]</sup> - si tratta di un assai ampio e complesso “ecosistema”.

Le riviste in “*Open Access Diamond*” in tutto il mondo sono infatti state stimate essere ormai oltre le 20.000 e rappresentare una componente essenziale della comunicazione accademica, che pubblica oramai l'8-9% del volume totale di articoli e il 45% delle pubblicazioni in *Open Access* (dati del 2021).

Il modello del “*Open Access Diamond*” ha avuto particolare successo nelle riviste con sede in America Latina, a seguito dell'emergere di grandi piattaforme supportate da fondi pubblici.

Tuttavia, come lo stesso studio a cui mi riferivo poc'anzi ben sottolinea, l'*Open Access Diamond* è ostacolato da sfide che sono legate: 1) alla capacità tecnica necessaria per portarle avanti; 2) al peso derivante dai “costi” (diretti ed indiretti) connessi alla loro gestione; 3) alla necessità di costante “visibilità” (grafica, accessibilità sito etc.).

In poche parole, vi è un problema di sostenibilità delle riviste in *Open Access Diamond* e delle relative piattaforme sul medio e soprattutto lungo periodo<sup>[10]</sup>. Come dimostra la vicenda relativa alla piattaforma SSRN (*Social Science Research Network*), che nel 2016 è stata acquisita dall'editore olandese *Elsevier*<sup>[11]</sup>.

Al riguardo, un commentatore ha sarcasticamente osservato che è un po' come se Monsanto avesse comprato la nostra cooperativa biologica preferita<sup>[12]</sup>.

Quel che è certo è che, attraverso questa acquisizione, Elsevier ha ottenuto accesso ai 2 milioni di membri di SSRN e 300.000 autori ivi presenti<sup>[13]</sup>. Con tutte le conseguenze del caso.

In questo senso, vale la pena di richiamare la Raccomandazione dell'UNESCO del 2022 sulla scienza aperta, la quale si limita a statuire che *«infrastrutture che garantiscono la “scienza aperta” dovrebbero essere organizzate e finanziate sulla base di una visione essenzialmente no-profit e a lungo termine, che favoriscano pratiche di “scienza aperta” e garantiscano accesso permanente e senza restrizioni a tutti, nella massima misura possibile»*<sup>[14]</sup>. Ma anche le recentissime conclusioni (approvate il 23 maggio 2023) del Consiglio dell'Unione europea, su di *«Una pubblicazione accademica di alta qualità, trasparente, aperta, affidabile ed equa»* che *«rimarca che l'accesso aperto immediato e senza restrizioni dovrebbe essere la norma nella pubblicazione della ricerca che coinvolge fondi pubblici»*; e sottolinea come *«l'accesso aperto alle pubblicazioni accademiche – compreso il loro riutilizzo – è uno degli elementi centrali di un sistema di scienza aperta e che occorre intervenire per garantire che la pubblicazione accademica sostenga tali obiettivi»*<sup>[15]</sup>.

In questo senso è senz'altro positivo che molti Atenei nazionali (e l'Ateneo di Milano *in primis*) si siano organizzati per creare archivi della ricerca *open access* intesi a garantire la stabilità dell'archiviazione dei dati della ricerca svolta nei propri Atenei, così come la sua visibilità e disseminazione<sup>[16]</sup>.

#### **4. Riflessioni conclusive**

Per sostenere lo sviluppo di forme non commerciali di pubblicazione - non collegate a Case Editrici commerciali, ma basate sulla comunità scientifica di riferimento - è tuttavia necessario fare di più.

Per come la vedo io sarebbe necessario investire<sup>[17]</sup> – direttamente o indirettamente – per sostenere quelle iniziative editoriali di riviste *open access diamonds* che sono portate avanti da componenti della comunità accademica al servizio dei singoli Atenei.

Chissà – ed è una proposta volutamente provocatoria – che non sia dunque

arrivato il tempo di “raffreddare un poco” sulle c.d. attività di terza missione delle università; per rifocalizzare invece l’attenzione sulla prima e la seconda missione. Si tratta, essenzialmente, di continuare a privilegiare quella funzione tipica delle università (pubbliche), di creare conoscenza attraverso attività di ricerca libera e “di base” (non ricerca applicata e finanziata con fondi privati) svolte presso gli Atenei, con fondi pubblici. E di continuare a garantire che il frutto di questa essenziale ricerca di base, finanziata con fondi pubblici, sia diffuso in termini di pubblicazioni scientifiche (in libri e riviste rese disponibili in *open access diamond*), ma anche in termini di quella didattica di qualità (di livello accademico), che è nostro dovere primario impartire agli studenti dei nostri Atenei.

1. Si tratta della versione scritta della relazione da me presentata al Convegno dal titolo “Le Riviste di area 12, in un contesto di nuove tecnologie e vecchie burocrazie: un futuro possibile?”, che si è svolto il 26 maggio 2023 presso l’università degli Studi di Milano (<https://ceridap.eu/eventi/le-riviste-di-area-12-in-un-contesto-di-nuove-tecnologie-e-vecchie-burocrazie-un-futuro-possibile/>).
2. A questo proposito si veda una interessante pronunzia del Tribunale di Milano del 6 ottobre 2002, che si diffonde sulla essenziale distinzione tra pubblicazione scientifica e pubblicazione, invece, meramente divulgativa e di tipo giornalistico.
3. Si veda al riguardo l’interessante volume M. Guerrini e G. Maridi (a cura di), *Via verde e via d’oro. Le politiche open access dell’Università di Firenze*, Firenze University Press, Firenze, 2015 e in particolare il contributo di F. Dessi Fulgheri, *Open access e riviste scientifiche*, p. 65 ss.
4. Cfr. F. Dessi Fulgheri, *Open access e riviste scientifiche* cit., p. 66 ss.
5. F. Dessi Fulgheri, *Open access e riviste scientifiche* cit., p. 66 ss.
6. Cfr. P. Grandesso, M. Vignocchi, *AlmaDL Journals: sfide e opportunità di un servizio editoriale ad accesso aperto*, in *Bibliobecae.it*, 7(2), 2018, p. 398 ss. V. anche I. Pellizzone, *Open Access Publication and Academic Freedom in the Field of the Social Sciences and Humanities from a Constitutional Law Perspective in Italy*, in M. Seckelmann, L. Violini, C. Fraenkel-Haeblerle, G. Ragone (a cura di), *Academic Freedom under Pressure? A Comparative Perspective*, Springer, Heidelberg, 2021, p. 175 ss. e dottrina ivi richiamata; P. Galimberti, *Open Access: principali ostacoli per un’ampia diffusione in Italia*, in *Informatica e diritto*, 2, 2009, p. 161 ss.
7. E certamente il caso della ventennale Federalismi: <https://www.federalismi.it/>. Ma anche della più recente CERIDAP, di cui sono Direttore: <https://ceridap.eu/>
8. <https://www.anvur.it/>
9. V. *OA Diamond Journals Study. Part 1: Findings*, (9 March 2021), in <https://zenodo.org/record/4558704>.

## CERIDAP

10. V. *Action plan for diamond open access*, March 2022, in <https://www.scienceeurope.org/media/t3jgyo3u/202203-diamond-oa-action-plan.pdf>.
11. G. H. Pike, *Elsevier Buys SSRN.com: What It Means for Scholarly Publication*, (July 1, 2016). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2963709> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2963709>
12. Così C. Doctorow, sul Boing Boing blog: <http://boingboing.net/2016/05/18/elsevier-buys-ssrn.html>
13. G. H. Pike, *Elsevier Buys SSRN.com: What It Means for Scholarly Publication* cit., p. 4.
14. «*Open science infrastructures should be organized and financed upon an essentially not-for-profit and long-term vision, which enhance open science practices and guarantee permanent and unrestricted access to all, to the largest extent possible*». Così in *UNESCO Recommendation on Open Science*, pubblicata l'8 settembre 2021 e reperibile in <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000378841>. La traduzione è mia.
15. <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-8827-2023-INIT/it/pdf>
16. A questo riguardo si rinvia alle Relazioni annuali sulla scienza aperta pubblicate dall'Università degli Studi di Milano sin dal 2017 (l'ultima è del 2022) in: <https://www.unimi.it/it/ricerca/dati-e-prodotti-della-ricerca/scienza-aperta>
17. Cfr. in tal senso le conclusioni del Consiglio dell'Unione europea del 23.05.2023 (cit. nota 15), in cui il Consiglio incoraggia espressamente in tal senso gli Stati membri e la Commissione.

## Gli animali selvatici e la loro tutela tra novità normative e antichi problemi

*Micaela Lottini*

DOI: 10.13130/2723-9195/2023-3-94

*La Sezione I del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria in una recente sentenza ribadisce la natura non vincolante del parere reso dall'Istituto Superiore per la Protezione e la Ricerca Ambientale (ISPRA) sul calendario venatorio predisposto dalla Regione in attuazione delle previsioni della legge n. 157 del 1992, Norme per la protezione della fauna selvatica omeoterma e per il prelievo venatorio. La sentenza fornisce l'occasione per una riflessione sullo stato della tutela giuridica degli animali selvatici a livello nazionale ed eurounitario anche alla luce della riforma costituzionale e di recenti interventi normativi.*

### ***Wild animals and their protection: between new regulations and ancient problems***

*Section I of the Regional Administrative Court for Umbria in a recent case reaffirms the non-binding nature of the opinion of the national Institute for Environmental Protection and Research on the hunting calendar drafted by the Region under the provisions of law n. 157 of 1992, Rules for the protection of warm-blooded wildlife and for hunting. The ruling provides an opportunity to reflect on the state of legal protection of wild animals at national and EU level, in light of constitutional reform and recent regulatory amendments.*

*Sommario: 1. Premessa.- 2. La causa: modifiche ai periodi per l'esercizio dell'attività venatoria e parere dell'ISPRA.- 3. Gli animali selvatici e la loro tutela.- 4. L'attività venatoria nella legge.- 5. Caccia, aree protette e controllo venatorio: la legge di bilancio 2023.- 6. Animali selvatici e biodiversità: la normativa europea.- 7. Altre normative a tutela degli animali selvatici: gli animali da pelliccia, gli animali nei circhi e gli animali nei bioparchi.- 8. Conclusioni.*

## 1. Premessa

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria (Sezione I)<sup>[1]</sup>, su richiesta di alcune associazioni ambientaliste<sup>[2]</sup>, deve pronunciarsi sulla legittimità della deliberazione con cui la Giunta regionale adottava il calendario venatorio per la stagione 2022/2023, in attuazione delle previsioni della l. n. 157/1992 (Norme per la protezione della fauna selvatica omeoterma e per il prelievo venatorio) (c.d. legge "Quadro").

Il calendario era stato adottato previo parere positivo dell'Istituto superiore per la protezione e la ricerca ambientale (ISPRA), che indicava però talune criticità, riferite, tra l'altro, all'apertura generale della caccia per tutte le specie in un'unica data, nonché alle date di chiusura dell'attività venatoria per alcune specie.

Le parti ricorrenti impugnano la determinazione regionale perché non avrebbe seguito le condizioni indicate dall'ISPRA, così violando la normativa nazionale ed eurounitaria.

Il Collegio rigetta il ricorso, riaffermando la natura non vincolante del parere reso dall'ISPRA sul calendario venatorio e ritenendo l'obbligo motivazionale in capo alla regione soddisfatto.

La sentenza, pur non rappresentando un'importante novità giurisprudenziale, ci fornisce l'occasione per richiamare la disciplina della tutela degli animali selvatici a livello nazionale ed eurounitario, sia quella più risalente, che le più recenti novità, e per poi concludere con alcune riflessioni.

## 2. La causa: modifiche ai periodi per l'esercizio dell'attività venatoria e parere dell'ISPRA

Con il primo motivo di ricorso, viene affermata la illegittimità della deliberazione regionale nella parte in cui prevede l'apertura generale ed indifferenziata della caccia in un'unica data, al 18 settembre 2022, disattendendo le indicazioni contenute nel parere reso dall'ISPRA, secondo cui si sarebbe dovuta posticipare l'apertura generalizzata, al fine di garantire «*un più completo sviluppo degli ultimi nati per alcune specie con fine periodo riproduttivo ritardato*» (...) e così «*favorendo un più efficace svolgimento della vigilanza sull'attività venatoria*»<sup>[3]</sup>.

Il primo motivo di ricorso è dichiarato improcedibile, in linea con la precedente

giurisprudenza<sup>[4]</sup>, per sopravvenuta carenza di interesse, essendo lo stesso rivolto a contestare unicamente la data di apertura della stagione venatoria «rispetto alla quale il Calendario venatorio impugnato ha cessato di produrre effetti»<sup>[5]</sup>.

Con il secondo motivo di ricorso, viene censurata la scelta regionale di prevedere la chiusura generalizzata della caccia al 30 gennaio 2023; questa scelta, seppure in linea con l'art. 18 della l. n. 157/1992, articolo che, come vedremo a breve, elenca le specie cacciabili ed i tempi di caccia, si discosta però dalle indicazioni contenute nel parere dell'ISPRA.

Quest'ultimo, tenuto conto delle date di inizio della migrazione degli uccelli fissate dal documento della Commissione europea, *Key concepts 2021*<sup>[6]</sup>, aveva indicato una serie di date differenti a seconda delle specifiche esigenze delle specie e, comunque, anticipate rispetto a quanto previsto dalla legge e dalla determinazione regionale, per non coincidere con il periodo del ritorno al luogo di nidificazione (c.d. "migrazione pre-nuziale").

I giudici ricordano che l'art. 18 della l. n. 157/1992, dopo aver individuato, al comma 1, per singola specie, i periodi dell'esercizio venatorio, al comma 2, dà facoltà alle Regioni, di modificare tali periodi per determinate specie e in relazione alle situazioni ambientali delle diverse realtà territoriali.

Le Regioni autorizzano le relative modifiche previo parere dell'ISPRA, e redigendo i piani faunistico-venatori.

Ai sensi, invece, del comma 4 dell'art. 18, le Regioni, sentito l'ISPRA, pubblicano entro e non oltre il 15 giugno, il calendario regionale e il regolamento relativi all'intera annata venatoria.

Secondo il Collegio, il parere reso dall'ISPRA sul calendario venatorio è un parere obbligatorio<sup>[7]</sup>, ma non vincolante, da cui, quindi, la Regione può discostarsi, purché motivi adeguatamente le scelte difformi compiute rispetto alle specifiche indicazioni dell'organo di consulenza tecnico-scientifica.

In questo senso, a livello giurisprudenziale<sup>[8]</sup>, è stato più volte sottolineato come, il parere ISPRA previsto al comma 2 abbia natura vincolante, mentre «nelle altre ipotesi l'avviso di tale organo può essere disatteso sulla scorta, però, di una congrua motivazione che giustifichi, anche sul piano della logicità e della ragionevolezza, la diversa soluzione privilegiata». Viene specificato, a questo riguardo, che «ciò potrà avvenire essenzialmente per far emergere le peculiarità dello specifico territorio di riferimento sulla scorta di un affidabile monitoraggio delle singole

*specie o, comunque, su dati mutuati da organismi scientifici accreditati ed obiettivamente verificabili (...); compete alla Regione, ove voglia discostarsi dal parere ISPRA, dover dimostrare, con propri dati, la sussistenza delle speciali condizioni, predicabili rispetto al proprio territorio regionale, per discostarsi dalle indicazioni prudenziali licenziate dall'ISPRA (...)*<sup>[9]</sup>.

Ancora.

I giudici ricordano come la giurisprudenza amministrativa abbia evidenziato che i *Key Concepts* della Commissione europea, elaborati sulla scorta dei dati e delle acquisizioni scientifiche che sono alla base della loro formulazione, hanno la funzione di consentire allo Stato membro o alle autorità deputate (in Italia le Regioni) di dimostrare che in determinati periodi non si verifica in concreto la migrazione pre-nuziale della specie considerata<sup>[10]</sup>.

Quindi, la Regione come emerge dalla giurisprudenza indicata, può discostarsi sia dal parere dell'ISPRA che dai *Key Concepts*, purché offra una adeguata motivazione.

Con riguardo all'adeguatezza della motivazione, il Collegio sottolinea come la Regione resistente abbia assolto il relativo obbligo. Infatti, nel documento istruttorio allegato alla proposta di calendario venatorio, ha puntualmente e specificamente motivato le proprie scelte in ordine alla calendarizzazione della caccia riguardo ciascuna singola specie avvalendosi, per discostarsi dal parere dell'ISPRA, di pubblicazioni scientifiche riconosciute, dati e risultati di monitoraggi sufficientemente aggiornati ed accreditati presso la comunità scientifica, riferiti alla realtà ambientale e climatica del territorio regionale.

L'amministrazione considerata ha adeguatamente dimostrato di aver rispettato i periodi di caccia individuati dal comma 1 dell'art. 18 della legge "Quadro", nonché i divieti imposti dal successivo comma 1 *bis*, senza alcuna sovrapposizione tra i periodi di caccia a livello regionale e i periodi di riproduzione o migrazione di ritorno.

Sicché, in conclusione, il secondo motivo di ricorso non viene ritenuto meritevole di accoglimento.

Ad ogni modo, i giudici, operano un chiarimento sulla normativa ed, in particolare, sul comma 1 *bis*, dell'art. 18, introdotto con la l. n. 96/2010 (Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee – Legge comunitaria 2009).

Ai sensi del comma 1 *bis* «*l'esercizio venatorio è vietato, per ogni singola specie: a) durante il ritorno al luogo di nidificazione; b) durante il periodo della nidificazione e le fasi della riproduzione e della dipendenza degli uccelli*».

Questa disposizione, in attuazione dell'art. 7, comma 4, della Direttiva "Uccelli"<sup>[11]</sup>, reca, quindi, il divieto di sovrapposizione tra i periodi in cui è praticabile la caccia e quelli della nidificazione e della migrazione di ritorno degli uccelli (c.d. "migrazione pre-nuziale").

Ad avviso delle parti resistenti, la previsione del comma 1 *bis* avrebbe come destinatario unicamente il legislatore nazionale, che, per evitare la sovrapposizione con i periodi di cui alle lett. a) e b) sopra citate, dovrebbe intervenire a modificare, per ciascuna specie, i periodi di prelievo consentiti al comma 1 dell'art. 18.

I giudici non sono di questo avviso, infatti, il comma 1 *bis* è cronologicamente successivo rispetto al primo comma dell'art. 18 e, pertanto destinato a prevalere laddove i periodi venatori indicati da quest'ultimo comportino per le singole specie, una sovrapposizione temporale con i periodi di «*ritorno al luogo di nidificazione*» o «*della nidificazione e delle fasi della riproduzione e della dipendenza degli uccelli*».

Ciò comporta, in sede di emanazione dei singoli calendari venatori regionali, la necessità di attualizzazione ed eventuale riduzione dei periodi fissati dal primo comma dell'art. 18, laddove tale sovrapposizione si inveri.

### **3. Gli animali selvatici e la loro tutela**

La prima normativa che deve essere considerata con riguardo alla tutela degli animali selvatici è la l. n. 157/1992.

La legge fornisce una prima indicazione riguardo a quali animali siano considerati "selvatici" e, quindi, oggetto della relativa tutela.

L'art. 2, infatti, sancisce che: «*fanno parte della fauna selvatica*<sup>[12]</sup> (...) *le specie di mammiferi e di uccelli dei quali esistono popolazioni viventi stabilmente o temporaneamente in stato di naturale libertà nel territorio nazionale*». Si escludono però dall'applicazione della legge alcune specie quali: talpe, ratti, topi, nutrie e arvicole (art. 2, comma 2).

Se in generale, quindi, le specie selvatiche autoctone godono di tutela, le specie

alloctone (ossia, non originarie del nostro territorio, ma ivi trasferite dall'uomo) siano esse invasive (ossia potenzialmente dannose per la biodiversità e gli ecosistemi) o meno, devono essere gestite al fine dell'eradicazione o del controllo numerico delle popolazioni (art. 2, comma 2).

In questo senso, si ricorda che, a livello europeo, il Regolamento 2014/1143/UE<sup>[13]</sup> introduce delle disposizioni volte a prevenire e gestire l'introduzione e la diffusione delle specie esotiche invasive, a livello unionale.

Per "specie esotiche invasive", ai sensi dell'art. 3 del Regolamento, si intendono le specie di animali e di piante originarie di altre regioni geografiche, introdotte volontariamente o accidentalmente in un ambiente naturale nel quale normalmente non risiedono, e che rappresentano una minaccia per l'ambiente nel quale vengono a trovarsi.

La normativa in oggetto ha previsto un generale divieto di commercio, possesso, trasporto, allevamento e rilascio in natura di dette specie.

I Paesi membri sono, inoltre, tenuti ad attivare un sistema di sorveglianza per il loro rilevamento precoce e la rapida rimozione in caso di identificazione, ovvero la messa in campo di efficaci azioni gestionali che ne minimizzino gli impatti negativi.

Per adeguare la normativa interna alle prescrizioni del Regolamento, in Italia, è stato adottato il d.lgs. n. 230/2017 (Adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento 2014/1143/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 ottobre 2014, recante disposizioni volte a prevenire e gestire l'introduzione e la diffusione delle specie esotiche invasive).

Le specie esotiche invasive, essendo i relativi esemplari "esseri sensienti", ai sensi dell'art. 13 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, godono, comunque, della tutela generale degli animali garantita dal diritto nazionale ed eurounitario.

Tornando alla l. n. 157/1992, l'art. 1 chiarisce che «*la fauna selvatica è patrimonio indisponibile dello Stato ed è tutelata nell'interesse della comunità nazionale ed internazionale*».

In altre parole, questo articolo, di fatto, esclude la rilevanza del singolo animale<sup>[14]</sup> e sottintende che la protezione degli animali selvatici debba avvenire in un quadro 'antropocentrico' di tutela dell'ambiente<sup>[15]</sup> e della biodiversità; dall'altro, però afferma la sussistenza di un interesse concreto a questa tutela da parte della

comunità nazionale e internazionale.

Le disposizioni della l. n. 157/1992 costituiscono un nucleo minimo di salvaguardia della fauna selvatica, che può essere intensificata da parte delle normative delle Regioni e delle Province autonome, le quali però, a contrario, non possono prevedere un indebolimento della tutela imposta dallo Stato, che ha la relativa competenza (art. 117, comma 2, lett. s, Cost.), nonché l'obbligo di tutelare l'ambiente e l'ecosistema, ovvero di legiferare sulla tutela degli animali (art. 9 Cost.)<sup>[64]</sup>.

In pratica, e a grandi linee, la legge stabilisce che tutte le specie di uccelli e mammiferi viventi sul territorio nazionale (fauna "omeoterma") sono protette; individua poi le specie cacciabili nell'ambito di periodi determinati.

Disciplina ancora le modalità di cattura e di utilizzo degli uccelli, le cui popolazioni devono essere mantenute ad uno stato di conservazione soddisfacente (articolo 1, comma 1 *bis*).

Individua l'Istituto Nazionale per la Fauna Selvatica (INFS), oggi Istituto Superiore per la Protezione e la Ricerca Ambientale (ISPRA) quale autorità nazionale deputata a svolgere attività di ricerca nel settore e a fornire consulenza tecnica.

Istituisce il Comitato Tecnico Faunistico Venatorio Nazionale presso il competente Ministero, quale organo tecnico consultivo per tutto quello che concerne l'applicazione delle previsioni normative di settore.

#### **4. L'attività venatoria nella legge**

Con riguardo più specificamente all'attività venatoria, la stessa è consentita purché non contrasti con l'esigenza di conservazione della fauna selvatica e non arrechi danno effettivo alle produzioni agricole (art. 1, comma 2).

La l. n. 157/1992 (art. 10 commi 3 e 4) si occupa della relativa programmazione ed esercizio, prevedendo, inter alia, una quota di aree protette<sup>[67]</sup> (che non può scendere sotto una certa soglia in tutte le Regioni e che viene indicata nei Piani faunistico-venatori) nella quale vige il divieto di abbattimento e cattura degli animali a fini venatori, accompagnato da provvedimenti atti ad agevolare la sosta della fauna, la riproduzione, la cura della prole.

L'articolo 18 della legge elenca le specie cacciabili ed i tempi di caccia; sicché, si

possono cacciare solo determinate specie e solo in determinati periodi dell'anno, indicati con i calendari venatori regionali da sottoporre al parere dell'ISPRA ed è vietato cacciare durante le fasi di riproduzione, dipendenza e migrazione prenuziale degli uccelli (articolo 18, comma 1 *bis*).

Per svolgere l'attività venatoria si deve ottenere il rilascio di una abilitazione all'esercizio venatorio (art. 22); per ottenere l'abilitazione è necessario il superamento degli esami pubblici predisposti dalle commissioni regionali, tesi a verificare la conoscenza della rilevante legislazione in materia.

Quindi, in sintesi, da una parte il prelievo venatorio è consentito, dall'altra è sottoposto a diverse condizioni, non solo è necessaria una specifica abilitazione, ma la legge prevede specifici limiti e modalità, tra cui quella dell'individuazione delle specie cacciabili.

Ne consegue che le restanti specie sono tutte protette, e alcune tra queste, ossia quelle elencate all'art. 2 comma 1, lett. a) della l. n. 157/1992 (ad esempio, il lupo e l'orso) godono, inoltre, di una particolare protezione, essendone vietata la cattura, e assoggettati l'eventuale abbattimento o detenzione a sanzioni penali.

Un ultimo *caveat*. La l. n. 157/1992 tutela gli animali a sangue caldo (fauna omeoterma), mammiferi ed uccelli; non si occupa invece degli animali a sangue freddo (eteroterma).

Non esiste una normativa nazionale specifica che si occupi della fauna eteroterma (pesci e anfibi e rettili) alla quale viene invece offerta tutela in alcune leggi regionali, come per esempio quella dell'Emilia-Romagna, l. regionale n. 15/2006 (Disposizioni per la tutela della fauna minore in Emilia-Romagna).

## **5. Caccia, aree protette e controllo venatorio: la legge di bilancio 2023**

La l. n. 157/1992 considera le aree protette in generale quali zone in cui la caccia è vietata tout court (art. 21), salvo prevedere all'art. 19 la possibilità di abbattimenti selettivi, per il controllo della fauna selvatica.

A questo proposito, giova ricordare che la l. n. 394/1991 (legge quadro sulle aree protette) detta i principi fondamentali per l'istituzione e la gestione delle aree naturali protette, ossia quelle aree, sottoposte ad un particolare regime di tutela e gestione in relazione al rilevante valore naturalistico e ambientale che possiedono.

L'istituzione di queste aree ha, tra gli altri, appunto lo scopo di conservazione di specie animali<sup>[18]</sup> o vegetali (art. 1, comma 3, lett. a).

All'interno delle aree protette "Parchi nazionali e regionali", l'attività venatoria è sempre vietata, ai sensi dell'11, comma 3, in base al quale: *«nei parchi sono vietate le attività e le opere che possono compromettere la salvaguardia del paesaggio e degli ambienti naturali tutelati con particolare riguardo alla flora e alla fauna protette e ai rispettivi habitat. In particolare, sono vietati: la cattura, l'uccisione, il danneggiamento, il disturbo delle specie animali»*; sono fatti, comunque, salvi specifici prelievi faunistici e piani di abbattimento selettivi organizzati dall'Ente gestore del Parco al fine di ricomporre eventuali squilibri ecologici (art. 11 comma 4).

Tornando al controllo della fauna selvatica previsto dalla l. n. 157/1992, lo stesso è stato recentemente ridisegnato con il comma 447 dell'art. 1 della l. 197/2022 (Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2023 e bilancio pluriennale per il triennio 2023-2025), che ha modificato l'art. 19 della legge "Quadro".

Il nuovo articolo 19 prevede, infatti, che *«le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, per la tutela della biodiversità, per la migliore gestione del patrimonio zootecnico, per la tutela del suolo, per motivi sanitari, per la selezione biologica, per la tutela del patrimonio storico-artistico, per la tutela delle produzioni zoo-agro-forestali e ittiche e per la tutela della pubblica incolumità e della sicurezza stradale, provvedono al controllo delle specie di fauna selvatica anche nelle zone vietate alla caccia, comprese le aree protette e le aree urbane, anche nei giorni di silenzio venatorio e nei periodi di divieto. Qualora i metodi di controllo impiegati si rivelino inefficaci, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano possono autorizzare, sentito L'ISPRA, piani di controllo numerico mediante abbattimento o cattura»*.

Questi piani *«sono attuati dai cacciatori iscritti negli ambiti territoriali di caccia o nei comprensori alpini delle aree interessate, previa frequenza di corsi di formazione autorizzati dagli organi competenti a livello regionale o della provincia autonoma e sono coordinati dagli agenti dei corpi di polizia regionale o provinciale»*.

*Le autorità deputate al coordinamento dei piani possono avvalersi dei proprietari o dei conduttori dei fondi nei quali si attuano i piani medesimi, purché muniti di*

*licenza per l'esercizio venatorio e previa frequenza dei corsi di formazione autorizzati dagli organi competenti. Possono altresì avvalersi delle guardie venatorie, degli agenti dei corpi di polizia locale, con l'eventuale supporto, in termini tecnici e di coordinamento, del personale del Comando unità per la tutela forestale, ambientale e agroalimentare dell'Arma dei carabinieri».*

Ad ogni modo, viene specificato che le attività di controllo considerate nella nuova normativa «non costituiscono attività venatoria».

Quindi, la nuova normativa amplia le possibilità di azioni per il contenimento e controllo della fauna selvatica, in quanto si potrà intervenire anche nelle zone vietate alla caccia, aree protette e aree urbane, e nei giorni di silenzio venatorio (martedì e venerdì) ovvero nei periodi di divieto. Inoltre, vengono ampliate le categorie di soggetti che possono operare in questo senso (cacciatori, ecc.).

Sicché, in conclusione, di fatto si introduce, attraverso il pretesto del controllo venatorio, una elusione delle tutele previste dalla l. n. 157/1992, andando in aperto contrasto con l'art. 9 della Costituzione che, non solo impone alla Repubblica di proteggere la biodiversità, ma individua la tutela degli animali come compito pubblico.

Le novità normative si pongono, poi, evidentemente in contrasto con il disposto dell'art. 13 TFUE che qualifica gli animali quali “esseri senzienti”<sup>[19]</sup> e prescrive che Unione e Stati membri tengano pienamente del loro benessere nella predisposizione e nell'attuazione delle politiche pubbliche<sup>[20]</sup>; nonché, si pone in contrasto con diverse disposizioni della normativa eurounitaria a tutela della biodiversità di cui si tratterà a breve.

Ancora, la legge di bilancio introduce l'art. 19-ter, che impone ai ministri di Ambiente e Agricoltura, sentito l'ISPRA e d'intesa con la Conferenza delle Regioni, di adottare entro centoventi giorni «un piano straordinario per la gestione e il contenimento della fauna selvatica, di durata quinquennale».

## **6. Animali selvatici e biodiversità: la normativa europea**

A livello europeo, la Direttiva 2009/147/CE (Direttiva “Uccelli”)<sup>[21]</sup> e la Direttiva 92/43/CEE (Direttiva “Habitat”)<sup>[22]</sup> mirano a contribuire alla conservazione della biodiversità in Europa attraverso una legislazione che protegga le specie selvatiche e i loro habitat.

La Direttiva “Uccelli” si prefigge la conservazione di tutte le specie di uccelli selvatici (autoctoni) nell'Unione europea. A tal fine, prevede, da un lato, che gli Stati membri pongano in essere misure atte a preservare, mantenere e ristabilire una sufficiente varietà e superficie di habitat delle specie ornitiche, in particolare, con l'istituzione di zone di protezione speciale (ZPS). Dall'altro, pone una serie di divieti (cattura, uccisione, distruzione dei nidi, detenzione di uova e di esemplari vivi o morti, disturbo ingiustificato o eccessivo).

I divieti sono derogabili a specifiche condizioni. In questo contesto si colloca l'attività venatoria, che è consentita solo ove risulti sostenibile, ossia tale da non pregiudicare la conservazione di specie e popolazioni di uccelli. La stessa, ad ogni modo, non è mai consentita durante le fasi riproduttive e di migrazione pre-riproduttiva.

Gli Stati membri sono, inoltre, chiamati a promuovere studi e ricerche per la protezione degli uccelli ed a co-operare, sia tra loro che con la Commissione europea.

Peraltro, si specifica (art. 14) che quelle previste dalla Direttiva sono misure di protezione minime che lasciano aperta agli Stati membri la possibilità di adottare misure di protezione più rigorose.

Con riguardo alla Direttiva “Habitat”, il relativo obiettivo è di proteggere tutte le specie selvatiche elencate nei suoi allegati e i loro habitat, attraverso la creazione di una rete di zone speciali di conservazione (ZSC). Questa rete, che comprende anche le zone di protezione speciale (ZPS) individuate ai sensi della Direttiva “Uccelli”, prende il nome di Natura 2000.

Nelle zone denominate ZSC e ZPS, sono applicati i «*Criteri minimi uniformi per la definizione di misure di conservazione relative a Zone Speciali di Conservazione (ZSC) e a Zone di Protezione Speciale (ZPS)*» indicati in Italia dal Decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare del 17 ottobre 2007. Questi criteri minimi non prevedono un generale divieto dell'attività venatoria, ma misure volte a limitarne la pratica, con lo scopo di preservare le comunità faunistiche e vegetali delle aree interessate.

È evidente che le Direttive summenzionate, pur garantendo tutela agli animali selvatici, non ne garantiscono una protezione diretta riferita al singolo esemplare quale essere senziente, ma indiretta; in altre parole, l'animale è tutelato come parte di un sistema <sup>[23]</sup> .

Tutela indiretta agli animali selvatici viene anche garantita, a livello eurounitario, dal Regolamento 97/338/CE relativo alla protezione di specie della flora e della fauna selvatiche mediante il controllo del loro commercio<sup>[24]</sup>; questo accoglie tutte le disposizioni della Convenzione sul commercio internazionale delle specie di flora e di fauna selvatiche minacciate di estinzione (CITES)<sup>[25]</sup> e mira ad impedire il commercio internazionale di specie animali e vegetali selvatiche che presentano un rischio critico per la loro sopravvivenza, garantendo gradi diversi di protezione e controllo.

## **7. Altre normative a tutela degli animali selvatici: gli animali da pelliccia, gli animali nei circhi e gli animali nei bioparchi**

Con riguardo al settore della produzione di pellicce, lo stesso è stato oggetto di un recente intervento normativo; la l. n. 234/2021 (Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2022 e bilancio pluriennale per il triennio 2022-2024) ai commi 980 e 981 dell'art. 1 ha previsto il divieto di allevamento, riproduzione in cattività, cattura e uccisione di visoni, volpi, cani procioni, cincillà e di qualsiasi altra specie animale allo scopo di ricavarne pelliccia.

Tuttavia, si concede la possibilità, per gli allevamenti autorizzati alla data di entrata in vigore della legge, di continuare a detenere gli animali già presenti nelle strutture per il periodo necessario alla loro dismissione.

Inoltre, viene istituito un fondo finalizzato ad indennizzare gli allevamenti, con delega ai Ministri competenti di individuare, con decreto, i criteri e le modalità di indennizzo e regolare l'eventuale cessione degli animali e la detenzione. Questo decreto interministeriale è stato appunto adottato a dicembre 2022.

È bene ricordare, che precedentemente gli animali utilizzati a scopo di ricavarne pelliccia godevano della tutela prevista dal d.lgs. n. 146/2001 (Attuazione della direttiva 98/58/CE relativa alla protezione degli animali negli allevamenti<sup>[26]</sup>).

A questa categoria di animali veniva applicato, poi, il Regolamento 2009/1099/CE relativo alla protezione degli animali durante l'abbattimento<sup>[27]</sup>. Evidentemente queste normative europee continuano a trovare applicazione negli Stati membri in cui non vige il divieto introdotto in Italia nel 2022.

Ad ogni modo, sempre nel 2022, è stata presentata una Iniziativa dei cittadini

europei, ai sensi dell'art. 11, comma 4 del TFUE, per invitare la Commissione europea a presentare una proposta per una normativa che imponga il divieto della detenzione e l'abbattimento di animali allo scopo esclusivo o principale di produrre pellicce; nonché, l'immissione sul mercato dell'UE di pellicce di allevamento e di prodotti che le contengono.

Ancora, a livello europeo, esiste, poi, una normativa che disciplina specificamente l'utilizzo delle foche: il Regolamento 2009/1007/CE sul commercio dei prodotti derivati dalla foca<sup>[28]</sup>, la cui immissione sul mercato è autorizzata solo quando essi provengano dalla caccia eseguita da comunità indigene qualora si tratti di attività tradizionale, praticata per il sostentamento della comunità e con modalità che rispettino il benessere degli animali. In linea con questo Regolamento, in Italia, è stato introdotto il comma 2 *bis* all'articolo 2 della l. n. 189/2004 (Disposizioni concernenti il divieto di maltrattamento degli animali, nonché di impiego degli stessi in combattimenti clandestini o competizioni non autorizzate), che sanziona chiunque produca, commercializzi, esporti o introduca nel territorio nazionale qualunque prodotto derivato dalla foca.

Con riguardo agli animali utilizzati negli spettacoli circensi<sup>[29]</sup>, deve ricordarsi che, in Italia, la disciplina dei circhi equestri e spettacoli viaggianti è contenuta nella l. n. 337/1968, che non prevede specifiche norme di tutela degli animali.

Ad ogni modo, diversi Regolamenti comunali, nel corso del tempo, hanno tentato di legare la concessione delle aree demaniali disponibili per le installazioni circensi, alla condizione che gli spettacoli non prevedessero l'utilizzo di animali.

Questa tipologia di Regolamenti è stata ritenuta illegittima dai Tribunali amministrativi<sup>[30]</sup>, sull'assunto che la potestà locale in materia, delineata dalla legge del 1968, è limitata all'individuazione delle aree destinate alle attività ed alla determinazione delle modalità di concessione di dette aree, non potendo invece il comune disporre il divieto assoluto e generalizzato di utilizzo di animali.

Ancora, seppure attraverso la redazione di mere linee guida per il mantenimento di animali nei circhi e nelle mostre viaggianti, il Ministero dell'Ambiente e alla commissione scientifica CITES<sup>[31]</sup>, nel 2000 e nel 2006 hanno individuato delle forme di tutela minima degli animali utilizzati negli spettacoli.

Partendo da questo contesto, la l. n. 106/2022 (Delega al Governo e altre disposizioni in materia di spettacolo) si occupa direttamente del tema, richiamando, innanzitutto, i criteri previsti dalla precedente l. n. 175/2017

(Disposizioni in materia di spettacolo e deleghe al Governo per il riordino della materia). Quest'ultima aveva disposto il graduale superamento dell'utilizzo degli animali nelle attività circensi. Infatti, l'art. 2, comma 4, lett. h) sanciva la *«revisione delle disposizioni nei settori delle attività circensi e degli spettacoli viaggianti, specificamente finalizzata al graduale superamento dell'utilizzo degli animali nello svolgimento delle stesse»*. Ad oggi i decreti delegati non sono ancora stati approvati.

Con riguardo alla normativa europea, il Regolamento 2005/1739/CE della Commissione<sup>[32]</sup> stabilisce un regime sanitario speciale, derogatorio delle norme generali sulla circolazione degli animali per gli animali utilizzati nei circhi operanti tra gli Stati membri.

Passando alla custodia degli animali selvatici nei giardini zoologici, a livello europeo, la stessa è disciplinata, in primis, dalla Direttiva 1999/22/CE<sup>[33]</sup>, che ha lo scopo di favorire la protezione e la conservazione della fauna selvatica, rafforzando il ruolo dei giardini zoologici nella salvaguardia della biodiversità; a questo fine, introduce a livello nazionale, un sistema di licenze ed ispezioni, destinato a garantire che i giardini zoologici attuino le misure di conservazione e protezione indicate dalla stessa Direttiva.

L'articolo 3 stabilisce, infatti, una serie di requisiti per i giardini zoologici, incentrati sulla promozione di programmi di conservazione, sull'istruzione e sulla sensibilizzazione del pubblico, sul benessere degli animali, sulla prevenzione di fughe e rischi ecologici, nonché su un'adeguata tenuta di registri degli animali ospitati.

In altre parole, la Direttiva sancisce, in termini normativi, la trasformazione del giardino zoologico, da semplice luogo di puramente destinato all'esposizione, a centro dove vengono intrapresi programmi di istruzione, ricerca, allevamento in cattività e reintroduzione; tutte attività ispirate e caratterizzate da un sempre crescente interesse per le esigenze degli animali e la tutela del loro habitat.

Ancora. Il Regolamento 97/338/CE relativo alla protezione di specie della flora e della fauna selvatiche mediante il controllo del loro commercio<sup>[34]</sup>, vieta (art. 8) l'esposizione al pubblico per scopi commerciali di determinate specie (all. A), salvo deroga specifica accordata per fini didattici, di ricerca o di allevamento.

L'Italia ha attuato la Direttiva summenzionata emanando il d.lgs. n. 73/2005 (Attuazione della direttiva 1999/22/CE relativa alla custodia degli animali

selvatici nei giardini zoologici) che è stato successivamente oggetto di modifiche ed integrazioni.

## **8. Conclusioni**

La l. n. 157/1992 detta la normativa generale sulla gestione e la protezione degli animali selvatici in Italia, con un'attenzione particolare ai limiti e alle condizioni dell'attività venatoria.

Naturalmente, non si tratta dell'unica normativa che si occupa degli animali selvatici; abbiamo visto come, soprattutto sulla base degli input a livello europeo, gli animali selvatici siano indirettamente tutelati come parte della biodiversità; in altri casi, gli animali selvatici sono tutelati quando utilizzati per la produzione di pellicce; ancora, gli animali selvatici sono oggetto di specifiche normative quando sono utilizzati negli spettacoli circensi, ovvero sono tenuti presso bioparchi.

Con riguardo nello specifico all'attività venatoria, la legge nazionale ed anche europea la consente pur sottoponendola a limiti e condizioni. Si tratta, evidentemente, di materia molto sensibile, nell'ambito della quale devono essere contemperati interessi di varia natura; l'interesse dei cacciatori a svolgere una attività ludica e considerata anche di tipo tradizionale e culturale, interessi economici e financo politici.

Espressione di questa continua ricerca di un faticoso equilibrio è la sentenza indicata, che da una parte legittima il calendario venatorio predisposto dalla Regione, in non completa adesione con il parere ISPRA, dall'altra fornisce un'interpretazione estensiva dell'applicazione della norma di tutela prevista all'art. 18 *bis* consentendone l'applicazione anche a livello regionale.

In realtà, nella sentenza e ovviamente nella legislazione vigente in materia, l'interesse che viene in definitiva pretermesso è quello dell'animale alla propria vita ed integrità fisica; la legislazione, pur sottoponendo la caccia a limiti e condizioni, di fatto la legittima, facendo nettamente prevalere gli interessi umani, come peraltro emerge chiaramente dagli ultimi interventi normativi che consentono l'uccisione di animali anche da parte di privati quale attività di interesse pubblico alla gestione della fauna selvatica.

Le normative che si occupano a vari livelli della tutela degli animali selvatici, oltre ad essere in alcuni casi palesemente insufficienti, sono evidentemente concentrate

sulla tutela degli interessi ‘umani’ quali quello della garanzia della biodiversità e degli ecosistemi, raramente si focalizzano sulla tutela del singolo animale.

Come abbiamo visto, sia a livello nazionale che europeo le cose stanno lentamente cambiando (seppure non mancano gli interventi di segno opposto), in linea peraltro con le più recenti riforme costituzionali<sup>[35]</sup>, che hanno individuato la tutela del singolo animale quale valore che la Repubblica deve tutelare, in continuità con l’art. 13 TFUE<sup>[36]</sup> e della copiosa giurisprudenza della Corte di giustizia<sup>[37]</sup> che ha chiarito come l’interesse dell’animale a vedere garantito il suo benessere (e quindi almeno la vita e l’integrità fisica) devono essere necessariamente presi in considerazione e comparati con gli altri interessi in gioco meritevoli di tutela.

Nell’ambito di questo contesto, appare evidente la necessità di una riflessione sulla legittimità dell’attività venatoria ludica<sup>[38]</sup>, come anche sulle altre forme di sfruttamento degli animali per il mero divertimento dell’essere umano.

Gli operatori del diritto, il legislatore, i giudici e gli interpreti sono chiamati a riflettere appunto su un nuovo bilanciamento di interessi in materia, che abbia come punto centrale il fatto che gli animali sono esseri viventi senzienti e come tali necessitano di una particolare tutela, in linea peraltro con il mutato sentire collettivo.

1. T.A.R. Umbria (sezione I), sentenza del 10 gennaio 2023, n. 8.
2. Riconosciute a norma degli artt. 13 e 18, comma 5, l. n. 349/1986 (Istituzione del Ministero dell’ambiente e norme in materia di danno ambientale), mediante appositi decreti del Ministero dell’ambiente, che svolgono attività volte alla conservazione della natura e alla protezione degli animali.
3. T.A.R. Umbria (sezione I), sentenza del 10 gennaio 2023, n. 8.
4. Cfr. Cons. St., 23 marzo 2021, n. 2484; T.A.R. Veneto (sezione I), sentenza del 21 gennaio 2022, n. 155.
5. T.A.R. Umbria (sezione I), sentenza del 10 gennaio 2023, n. 8.
6. Ovvero il documento che fissa il periodo di inizio migrazioni e di riproduzione delle specie di uccelli selvatici che vivono in Europa, ai fini della determinazione dei calendari venatori dei singoli Stati membri, in attuazione della Direttiva 79/409/CEE del Consiglio del 2 aprile 1979 concernente la conservazione degli uccelli selvatici, come successivamente modificata dalla Direttiva 2009/147/CE, del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 novembre 2009 concernente la conservazione degli uccelli selvatici.
7. Per una recente disamina dell’attività consultiva, cfr. M. Occhiena e N. Posteraro, *Pareri e attività consultiva della pubblica amministrazione: dalla decisione migliore alla decisione*

- tempestiva*, in *Il diritto dell'economia*, 3, 2019, p. 27.
8. Cons. St., 22 giugno 2018, n. 3852; T.A.R. Lombardia - Milano, (sezione IV), sentenza del 11 ottobre 2021, n. 2203; T.A.R. Piemonte (sezione II), sentenza del 20 novembre 2017, n. 1235; T.A.R. Umbria, sentenza del 26 maggio 2022, n. 341. In argomento, cfr. P. Brambilla, *La natura dei pareri dell'Istituto Superiore per la Protezione e la Ricerca Ambientale (ISPRA), ex INFSA, in materia venatoria*, in *ambientediritto.it*.
  9. T.A.R. Umbria (sezione I), sentenza del 10 gennaio 2023, n. 8.
  10. Cons. St., 22 ottobre 2019, n. 7182; Id., 22 giugno 2018, n. 3852.
  11. Direttiva 79/409/CEE, cit.
  12. In argomento, cfr. N. Lucifero, *La fauna selvatica come patrimonio indisponibile dello Stato: evoluzione storica, fonti normative e configurazione giuridica del patrimonio faunistico tra bilanciamento degli interessi e tutele differenziate*, in N. Lucifero (a cura di), *I danni all'agricoltura dalla fauna selvatica prevenzione e responsabilità*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 50.
  13. Regolamento 2014/1143/UE, del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 ottobre 2014 recante disposizioni volte a prevenire e gestire l'introduzione e la diffusione delle specie esotiche invasive.
  14. Sulla soggettività animale, cfr. F. Rescigno, *I diritti degli animali. Da res a soggetti*, Giappichelli, Torino 2005; C.M. Mazzoni, *La questione dei diritti degli animali*, in S. Castiglione e L. Lombardi Vallauri (a cura di), *La questione animale*, in S. Rodotà e P. Zatti (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 281; G. Spoto, *Il dibattito sulla soggettività giuridica degli animali e il sistema delle tutele*, in *Cultura e diritti*, 1/2, 2018, p. 61.
  15. Su questa tematica, cfr. M.V. Ferroni, *La protezione degli animali nell'ambiente*, in P. Dell'anno e E. Picozza (diretto da), *Trattato di diritto dell'ambiente*, vol. III, Cedam, Padova, 2015, p. 447.
  16. Ci sia consentito rinviare sul punto a M. Lottini, *La tutela degli animali in Costituzione: riflessioni e prospettive*, in *CERIDAP*, 3, 2022, p. 56.
  17. Cfr. *infra*.
  18. Sugli animali nelle aree protette, cfr. G. Colaiacono, *Dignità e libertà dell'animale selvatico nelle aree protette*, in D. Buzzelli e M. Palazzo (a cura di), *Animali e diritto: i modi e le forme di tutela*, Pacini, Pisa, 2023, p. 213.
  19. Cfr., sulla questione, E. Sirsi, *Il benessere degli animali nel Trattato di Lisbona*, in *Riv. di dir. agrario*, 2, 2011, p. 220.
  20. D. Ryland e A. Nurse, *Mainstreaming after Lisbon: advancing animal welfare in the EU internal market*, in *European energy and environmental law review*, 22, 3, 2015, p. 101.
  21. Direttiva 79/409/CEE cit.
  22. Direttiva 92/43/CEE del Consiglio del 21 maggio 1992 relativa alla conservazione degli habitat naturali e seminaturali e della flora e della fauna selvatiche.
  23. Su questa questione, cfr. V. Pocar, *Gli animali non umani. Per una sociologia dei diritti*, Laterza, Bari 1998.

24. Regolamento 97/338/CE del Consiglio del 9 dicembre 1996 relativo alla protezione di specie della flora e della fauna selvatiche mediante il controllo del loro commercio.
25. Convenzione per il commercio internazionale delle specie di fauna e flora minacciate di estinzione, sottoscritta a Washington il 3 marzo 1973 ed entrata in vigore nel nostro Paese a mezzo di ratifica avvenuta con l. n. 874/1975.
26. Direttiva 98/58/CE del Consiglio del 20 luglio 1998 riguardante la protezione degli animali negli allevamenti.
27. Regolamento 2009/1099/CE del Consiglio del 24 settembre 2009 relativo alla protezione degli animali durante l'abbattimento.
28. Regolamento 2009/1007/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 settembre 2009 sul commercio dei prodotti derivati dalla foca; il Regolamento 2015/1775/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 ottobre 2015 che modifica il regolamento 2009/1007/CE sul commercio dei prodotti derivati dalla foca e che abroga il regolamento 2010/737/UE della Commissione.
29. In argomento, cfr. D. Siclari, *Riflessioni sulla tutela dell'identità culturale del circo alla luce dell'animal welfare*, in *Nuove autonomie*, 3, 2019, p. 415.
30. T.A.R. Marche (sezione I), sentenza del 12 febbraio 2020, n.117; T.A.R. Puglia, Lecce (sezione I), sentenza 7 febbraio 2014, n. 358.
31. L'Autorità Scientifica italiana per l'applicazione della CITES.
32. Regolamento 2005/1739/CE della Commissione del 21 ottobre 2005 che stabilisce norme sanitarie per la circolazione degli animali da circo tra gli Stati membri.
33. Direttiva 1999/22/CE del Consiglio del 29 marzo 1999 relativa alla custodia degli animali selvatici nei giardini zoologici.
34. Cit.
35. Per delle riflessioni relative all'impatto della riforma sulla tutela degli animali, cfr. F. Rescigno, *Animali e Costituzione prodromi della soggettività giuridica?*, in D. Buzzelli e M. Palazzo (a cura di), *Animali e diritto. I modi e le forme di tutela*, Pacini, Pisa, 2023, p. 13. Ci sia consentito rinviare, anche, a M. Lottini, *La tutela degli animali in Costituzione: riflessioni e prospettive*, cit., p. 56.
36. F. Barzanti, *La tutela del benessere degli animali nel Trattato di Lisbona*, in *Diritto dell'Unione europea*, 1, 13, p. 49; M. Kotzur, *Article 13-horizontal clause: protection of animals*, in R. Geiger, D.E. Khan, M. Kotzur (diretto da), *European Union Treaties*, Beck/Hart, München, 2015, p. 225.
37. Ci sia consentito rinviare sul punto a M. Lottini, *Il benessere degli animali e il diritto dell'Unione Europea*, in *Cultura e diritti*, 1/2, 2018, p. 11 e alla giurisprudenza ivi citata.
38. La dottrina fa rilevare come un interesse meritevole di tutela, tale da pretermettere quello del singolo animale, può considerarsi l'interesse al controllo della fauna selvatica per la conservazione dell'ecosistema. Su questa riflessione, cfr. D. Buzzelli, *La caccia dopo la riforma dell'art. 9 della Costituzione: spunti civilistici*, in D. Buzzelli e M. Palazzo (a cura di), *Animali e diritto. I modi e le forme di tutela*, Pacini, Pisa, 2023, p. 210.

# European Election 2024: the legacy of the ninth European legislature

*Giancarlo Vilella*

DOI: 10.13130/2723-9195/2023-3-2

*A un anno dalle elezioni europee del 2024, è utile cercare di comprendere quale sia l'eredità che lascia la IX legislatura, la quale a ben guardare appare davvero eccezionale. Durante la legislatura in corso si è determinato un mutamento dell'Unione europea che ha messo in luce le sue capacità di adottare decisioni forti, coraggiose e fortemente innovative. E anche la sua capacità d'imporsi come legislatore determinato. L'articolo esamina alcuni aspetti importanti in questo senso e indica nuovi percorsi di ricerca.*

*With one year remaining before the 2024 European elections, it is useful to try to appreciate what legacy will be left by the ninth legislature, which on close inspection appears to be truly exceptional. During the current legislature there has been a change in the European Union which has cast light on its capacity to take strong, courageous and highly innovative decisions. Also its ability to impose itself as a determined legislator. The article examines some important aspects in this respect and points to new avenues of research.*

*Summary: 1. Introduction.- 2. War.- 3. Pandemia and Economy.- 4. Digitalisation.- 5. CoFE and Rule of Law.- 6. Corruption (Qatargate).- 7. The legacy for the next legislature.*

## **1. Introduction**

This is the last year of the ninth European legislature: in spring 2024 (9th June in Italy) we will be voting for the European Parliament and then the new European

Commission will be appointed. What has this legislature taught us as it draws to a close? What legacy does it pass on to the next legislature? With what actual outlook will voters participate in the next European elections?<sup>[1]</sup>

The Covid-19 pandemic and the war in Ukraine are, of course, the two emergencies which have triggered significant dynamics of change and for some observers can even be categorised (perhaps justifiably) as “epoch changing”. In truth, the pandemic and the Ukrainian crisis arrived after years - more precisely the two decades of the 21st century - during which we experienced several major crises: the century began with the appearance of international terrorism whose violent attacks lasted for years on a global scale; continued with an economic crisis unprecedented in its scale and intensity; faced an unboundedly immigration crisis; was invaded by a violently infectious virus that spread everywhere and lastly was confronted by aggressive Russian bellicism. Not bad for two decades!

The European Union has played its part in addressing these crises with good results. Looking back over these two decades, we cannot but marvel at the responsiveness and resilience shown by the Union. Response and resilience not without difficulties, problems, contradictions and conflicts, but substantially generating good and solid results.

## **2. War**

With respect to the war, the Union was courageous and decided not to be neutral. It was a very clear decision: to side clearly and actively with Ukraine and against Russia. It was also a quick and risky decision to align ourselves against a State on which we were heavily dependent.

The war in Ukraine has certainly caused a shock, or rather a sort of geopolitical and military “re-awakening”, not only in Europe, with war returning to its soil, but also in America and the West in general. Not least because the war has called back in question the parameters on which the world order is based (according to some, weakening them, according to others, eliminating them): non-recourse to war as a means of conflict resolution and respect for international law and territorial sovereignty, but also the assumption that in future the Western liberal model would be the one to be imitated. Today, moreover, that model is also

under pressure from within in various ways<sup>[2]</sup>. Yet it is also true that on the other side Russia finds itself severely weakened, dependent on its “allies” and now without the rank of a great power (for some, its leadership is even reduced to playing the role of an international pariah)<sup>[3]</sup>: the EU and NATO have consolidated their cooperation in their commitment to help Ukraine. However, it is correct and appropriate to point out that the war in Ukraine has prompted reactions around the world with positions adopted by various States that have become impatient with the “dominant” attitude of the West. One should not hide the fact that the concept of the Global South has emerged to designate this phenomenon, and Western countries, grappling with the aggression of authoritarianism, are now trying to recover degraded relations<sup>[4]</sup>.

The philosopher Biagio de Giovanni has focused on the problem - very acutely in my view - as follows: «*war marks the end of globalisation, understood as the capacity of economic and commercial interdependence to move towards the formation of a more unified, more peaceful world order*»<sup>[5]</sup>. And this, again according to de Giovanni, is made all the more serious by the fact that there is an ongoing clash between Eastern power and Western power, where the former is based on the deep-rooted idea that freedom cannot be embraced and must be repressed, while the latter makes freedom its essence. In this context, de Giovanni concludes, Europe is decisive in the defence of the civilisation of freedom, which is why its commitment to Ukraine is not only necessary but its duty.

### 3. Pandemia and Economy

And now we come to the pandemic. The European Commissioner responsible for the economy, Paolo Gentiloni, has claimed that «*the resilience of the European economy is impressive, considering how it has reacted to two successive crises, war and the pandemic*»<sup>[6]</sup>.

The Union succeeded in intervening instantaneously in the areas in which it had competence: it blocked the Stability Pact, it created a new fund (SURE) to help the unemployed because of Covid-19, it strengthened existing funds, such as the Solidarity Fund and the Youth Initiative Fund, and it even proposed a new Social Fund<sup>[7]</sup>. In a very short period of time, the Union also decided to adopt a new instrument in order to restore the losses caused by the pandemic: I am referring

to so-called *Next Generation EU*, approved by the European Council as long ago as July 2020. It was an important intervention not only from the point of view of its effectiveness, but also on account of its revolutionary nature: in fact, borrowing, the means by which the fund is financed, is a form of financing prohibited by the Treaties. It was therefore a groundbreaking decision taken even contrary to the Union's legal framework.

In May 2023, the discussion on easing the criteria for a healthy budget balance was advancing with great seriousness, the debate on the Stability Pact had made significant progress, subject to the rules being blocked until the end of 2023: the European Commission's proposal on the new Stability Pact was presented at the end of April 2023<sup>[8]</sup>. The underlying philosophy has two objectives: to make the debt reduction path gradual (and hence credible) and to make it possible to increase investments. The criteria (3%, 60%) do not change, but the obligation to reduce the debt ratio by 1/20th per year is eliminated, investments are taken into account, and there is great flexibility for debt reduction, with programmes (of 4 or 7 years' duration) negotiated with the European Commission and approved by the Council.

#### **4. Digitalisation**

Now, I would like to mention digitalisation, focusing only on the developments in the EU that we have experienced in the last three years. In the strategic context of *Shaping Europe's Digital Future*, we have had: the *Digital Service Act*, a Regulation requiring providers to control what appears in their networks, the *Digital Market Act*, in which monopoly is to be eliminated, the *Data Protection Regulation*, and a *Code on Artificial Intelligence* which is likely to become a Regulation in the near future. These are all legislative measures that do not exist anywhere else in the world. Therefore, one can only recognise the Union's strength and speed in taking these important and courageous decisions in a sector dominated by powerful corporations<sup>[9]</sup>.

In 2023, the discussion on Artificial Intelligence burst forth worldwide, triggered by statements by well-known personalities from the worlds of both industry and technology on whether there is a real and immediate possibility that AI will take over and disrupt the world of humans, namely our existence. This fear has taken

hold, as in a collective psychosis, notwithstanding the moderate reaction of many: the theologian Paolo Benanti, a scholar of the ethics of technology, has declared «*I am not scared of artificial intelligence but of natural stupidity*»<sup>[10]</sup>, Paul Krugman considers that «*artificial intelligence will disappoint us like the Internet*»<sup>[11]</sup> and Gerd Gigerenzer notes that AI has many limitations and does not have the adaptability of the human mind.<sup>[12]</sup> There are those who have proposed a “Manifesto” on AI<sup>[13]</sup> with the aim of demonstrating that AI is not an enemy and that it is enough to learn to work with it: AI technology is pervasive but not nomic, on the contrary, it has great potential, freeing up energies and creativity: not only will AI not replace us but, on the contrary, it will help human beings to do better and do new things. According to the authors of the Manifesto, techno-optimism is needed vis-à-vis AI: it is us who decide how we want to be, because how we act is how we become. Others, on the other hand, emphasise the importance of addressing the issue of ethics, liability, and intellectual property, things that require the adoption of a legal framework going beyond a simple code of conduct (which, moreover, is what the European Commission intends to do)<sup>[14]</sup>.

More in general, ours is now defined as the era of the “singularisation”<sup>[15]</sup>, 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, 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. There are also those<sup>[16]</sup> who believe that the promise of a cooperative society that was supposed to arise from the Internet has been largely displaced in favour of another phenomenon: the Internet has pushed us towards a society of competition, both in the economy and in the field of intellectual endeavour. In the economy, digitisation has favoured the pursuit of efficiency<sup>[17]</sup>, of increased productivity. In the field of intellectual endeavour, the Internet has favoured more the search for confirmation for one’s own tribe of thought, rather than debate and dialectic. What is common in both cases is the reduction of human relations, i.e.,

minimising the time humans have to meet <sup>[18]</sup>.

The European Union is well aware that this is a structural problem that needs to be framed in an overall strategic vision, which is why at the end of 2022 the presidents of the three political institutions of the EU jointly signed a “European Declaration on Digital Rights and Principles for the Digital Decade” <sup>[19]</sup>, a fundamental document designed to inspire the development of the ongoing technological revolution. After the preamble, which provides a theoretical and practical framework for the initiative, the Declaration devotes 24 paragraphs to the following themes: Chapter I: Putting people at the centre of the digital transformation; Chapter II: Solidarity and inclusion: Connectivity, digital education, training and skills, Fair and just working conditions, Digital public services online; Chapter III: Freedom of choice: Interactions with algorithms and artificial intelligence systems, A fair digital environment; Chapter IV: Participation in the digital public space; Chapter V: Safety, security and empowerment: A protected, safe and secure digital environment, Privacy and individual control over data, Protection and empowerment of children and young people in the digital environment; Chapter VI: Sustainability.

## 5. CoFE and Rule of Law

As for the Conference on the Future of Europe: with respect to this experiment, the entire Union, and not just the Commission, took what I consider to be a courageous decisions. It was decided to make a new experiment by taking a huge risk in asking the citizens of the Member States to express their opinions directly <sup>[20]</sup>. With regard to the rule of law – which is one of the founding values of the Union – important decisions were taken. The first was to adopt a clear-cut regulation on conditionality, i.e., to make access to European funds conditional on respect for the rule of law. On this basis, the Commission intervened, in spite of the difficult situation, by adopting a series of measures to counteract what Hungary and Poland were doing which was not in compliance with the treaties <sup>[21]</sup>. Specifically, the Commission proposed to cut their European funds, under the aforementioned regulation, and to take action against those countries under Article 7 TEU for violation of the rule of law.

## 6. Corruption (Qatargate)

On top of all this, there has recently (since the end of 2022) been an episode of corruption which has greatly influenced the course of events: but here too we must take note of a swift and decisive reaction. “Qatargate”, as it has become known, certainly constituted a blow to the credibility of the European institutions, but because, generally speaking, no distinction is made between a “small club” (Jourová) of accused and the system as a whole. When the scandal broke, or rather when it emerged that an investigation was being carried out, there were all kinds of reactions: some spoke of a storm threatening to engulf the Union, some of uncontrollable bureaucratic governance, some of an attack on European democracy whilst others drew cartoons with the EU acronym made up of rolls of money, not to mention the politicians who used irony as a weapon of self-defence. Instead, calmly and absolutely correctly, the Italian Foreign Minister Antonio Tajani, a former President of the European Parliament, pointed out that *«the responsibility lies with individuals and not with the institution»*.

Be that as it may, the President currently in office of the European Parliament felt it her duty to react immediately and decisively by launching, with the support of the Bureau, twelve wide-ranging measures: a ban on lobbying by former MEPs during the period when they are receiving the transitional allowance; registration of meetings of active MEPs; registration in the Transparency Register of anyone wishing to follow parliamentary activities (e.g., hearings, etc.); a ban on setting up “friendship groups” with non-EU countries; increased checks on entering EP premises; restrictions on former members’ badges; strengthening rules on conflicts of interest, tax returns, whistleblowers, and so on. There are those who judge these measures to be heading in the right direction, for instance the European Ombudsman (who, however, points to other problems, such as business trips of European officials paid for by third countries), and those who judge them to be excessive and not in line with the reality on the ground that there is no “gangrene” of corruption in the European Parliament<sup>[23]</sup>.

For its part, in early May 2023 the European Commission adopted a package of anti-corruption legislative proposals<sup>[23]</sup> in a strategy designed to defend European democracies not only against external threats but also against the *«vices that corrode them from within»* (von der Leyen). One aspect considered is to aim at

harmonising the anti-corruption policies of the Member States, which are now very disparate, not only in terms of prosecuting corruption, but also in terms of how they actually define it: this would help cross-border cooperation by creating obstacles for the corrupt and the corrupters. The other aspect considered in the European Commission's proposals is to allow the Union, using an appropriate legal basis, to be able to identify external bribers and put them on a list so as to enable their assets to be frozen in Europe and to enable them to be prohibited from entering European territory and taking part in any kind of financial transaction. In addition to this package, there is a proposal to set up an ethics body within the EU institutions. In truth, the European Commission already had the aim of creating such a body in its programme, but it took Qatargate to put it back on track, after two years of consultations that had gone nowhere. The idea is to create a joint body, based on an interinstitutional agreement, with representatives of the institutions and external experts, with the task of finding a common denominator and harmonising the rules.

## **7. The legacy for the next legislature**

The current situation, which has been persisting for a few years now, calls for rapid reactions, whilst the EU's decision-making system is not really adequate to cope with it as it is not very agile. And this is precisely the point: there are objective and normative limits to the Union's capacity to respond. Nevertheless, objectively we need to place it on record that there has been a good performance in the face of crises. From this perspective, it is important to recognise the responsiveness of the European Commission and the European Parliament. This is a decisive quality for the resilience of the system; fortunately, this characteristic does not only characterise the Commission and the Parliament, but also other institutions, such as the European Central Bank, but not only that institution.

Obviously, problems exist and the long timeframe and divergent interests of the twenty-seven States are among the main ones. However, we have seen that it is possible to take important decisions and at the same time to take them quickly. On the other hand, the procedure laid down in the Treaties based on unanimous consent is undoubtedly an obstacle<sup>[24]</sup>, but it seems difficult to take significant decisions while excluding some parties: however, let us remember that, as we have

seen above, it can be possible to find a point of agreement between all the Member States, which indeed happens.

As things stand, it seems to me that, during the ninth legislature, the European Union has proved resilient and assertive. Whilst being aware that there are many problems, I believe that we should adopt a method aimed at *accentuating the potential* of the European Union<sup>[25]</sup>. The crises of recent years have indeed opened up new challenges, but at the same time they have shown great opportunities that can be developed on the basis of *real* potential demonstrated using concrete facts and data.

Finally, without the European Union the general situation and that of the individual countries composing it would simply be catastrophic in this historical phase of high risks: in a world under pressure the European Union is essential. Then, it seems clear to me that we are now beyond the old paradigms of functionalism, federalism, and democratic deficit, which helped to understand the phenomenon but are now insufficient: it is now in the deep humus of the *common European culture*<sup>[26]</sup> that the elaboration and maturation of what are the deep values of Europe are born, all together and not as an alternative.

I believe that European voters in 2024 should and certainly will have all this in mind.

1. This paper concludes a triptych made up together with two of my earlier articles: G. Vilella, *Second half of the ninth legislature: challenges and potential opportunities for the European Union*, in *CERIDAP*, 3, 2021, pp. 140-159, and G. Vilella, *Challenges and opportunities for the European Union: a step forward*, in *CERIDAP*, 4, 2022, pp. 115-142. Those two articles then gave rise to a broader reflection, in Italian, in the book G. Vilella, *L'Unione europea di fronte alle crisi: sfide e opportunità*, Pendragon, Bologna, 2022. Numerous debates, seminars and reviews followed, leading me to the synthesis put forward herein (with some updates).
2. The assaults on the US Congress (after Trump's defeat) and the Brazilian parliament (after Bolsonaro's defeat) are the most striking examples and in terms of their destructive potential the most worrying, but they are not the only ones. I put forward an in-depth analysis of the internal and external pressures bearing on the liberal democracies in G. Vilella, *E-Democracy. Dove ci porta la democrazia digitale*, Pendragon, Bologna, 2020, pp. 19-51.
3. China, for its part, with the November 2022 CCP Congress, has further confirmed and accentuated its system of absolute power, while maintaining its antagonism towards the West, and increasingly appears to be a country totally under the control of an

unchallengeable power: see to this effect Zhang Zhulin, *La société de surveillance made in China*, L'Aube, La Tour-d'Aigues, 2023. In the wake of the recent upheavals, Europe has raised the issue of excessive economic and trade dependence on China (followed by the G7 countries in Hiroshima in May 2023).

4. For this topic, see in particular L. Ishmael (ed.), *Aftermath of War in Europe: The West VS. the Global South?*, Policy Center for the New South, Rabat, 2023. But see also the letter by the Boston University Professor, J. Heine, *Global south takes divergent path from great western powers*, in *Financial Time*, 26 May 2023; *Letter: Global south takes divergent path from great western powers* | *Financial Times* (*ft.com*).
5. B. De Giovanni, *Questo scontro è carico di filosofia*, in *Corriere della Sera*, 8 February 2023.
6. See the interview in *Le Soir* of 16 May 2023.
7. Moreover, as we well remember, in the very first weeks of the pandemic many States had blocked their borders! The Union, and in particular the Commission, succeeded in inducing States to eliminate these unilateral interventions, effectively restoring freedom of movement. Again, with a view to facilitating the exercise of this fundamental right, the Union took care to introduce the *Green Pass*, an instrument that proved to be of considerable use.
8. See *New economic governance rules fit for the future* (*europa.eu*) and in particular *COM\_COM(2023)0240\_EN.pdf* (*europa.eu*).
9. According to M. Cartabia and M. Ruotolo (eds), *Potere e Costituzione*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milan, 2023, power has undergone a shift in that it no longer resides only in grand public buildings and State offices but chooses less recognisable, elusive modes of action such as the large technological platforms: we are witnessing a multiplication of subjects that exercise power also under the impetus of technological transformation (see in particular, but not only, the contribution of M.R. Ferrarese).
10. Login, *Corriere della Sera* of 24 April 2023.
11. *La Stampa* of 6 April 2023.
12. G. Gigerenzer, *Perché l'intelligenza umana batte ancora gli algoritmi*, Raffaello Cortina Editore, Milan, 2023.
13. Domenica, *Il Sole 24 Ore* of 22 May 2022 published the “Manifesto” signed by M. Chiriatti, N. Intini, C. La Forgia and P. Liberace.
14. I would like to remind the far-seeing EP position in *European Parliament resolution of 16 February 2017 with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics*, *P8\_TA(2017)0051*.
15. See F. Rigotti, *L'era del singolo*, Einaudi, Torino, 2021. I go more in depth on this item in G. Vilella, *L'Unione europea di fronte alle crisi, etc. cit.*, pp. 88-90.
16. D. Cohen, *Homo Numericus*, Albin Michel, Paris, 2022.
17. In fact, in 2022, all the big tech companies saw their stocks plummet by between 30 and 40%, with Meta (formerly Facebook) declining as much as 69 per cent, resulting in 11 thousand employees being laid off. Overall, according to some calculations (*The Economist*) in 2022 the big tech companies lost around 3 trillion dollars, while 150

thousand jobs are estimated to have been lost in technology companies worldwide. All this is even more impressive when it is considered that at the beginning of January 2022 Apple had reached an all-time high of \$3 trillion in capitalisation on Wall Street, but lost \$1 trillion by the end of the year. At the end of the first quarter of 2023, the layoff figures in the top 10 big tech companies were as follows: Amazon, 18000; Google 12000; Meta 11000; Microsoft 10000; Ericsson 8500; Salesforce 8000; Dell 6650; Philips 6000; Micron 4800; Cisco Systems 4100. The absence of Apple from the top ten is significant.

18. Also D. Cohen, *Homo Numericus, etc., op. cit.*
19. *European Declaration on Digital Rights and Principles | Shaping Europe's digital future (europa.eu)*
20. In December 2022, the three institutions, EP-EC-Council, organised an event to show how the follow-up would be organised to consider the CoFE proposals: since then, the topic has become less urgent. See, however, *Conference on the Future of Europe (europa.eu)* to follow how it develops.
21. On 15 September 2022, the European Parliament stated that Hungary cannot be considered a full democracy. For more details see: *MEPs: Hungary can no longer be considered a full democracy | News | European Parliament (europa.eu)*.
22. The expression is of B. Guetta Mep, who considers Qatargate a grotesque and limited affair which produces distorted effects: Guetta is the author of the book *La nation européenne. Comment Poutine, Trump et le Covid ont transformé l'Union européenne*, Flammarion, Paris, 2023.
23. *Stronger rules to fight corruption (europa.eu)* and *EUR-Lex - 52023PC0234 - EN - EUR-Lex (europa.eu)*.
24. There is increasing discussion about the need to abandon unanimity voting, but also the widespread conviction that without a new method of decision-making, new enlargements cannot take place, despite the fact that the EU is increasingly a pole of attraction. In May 2023, nine Member States (including Italy) formally raised the issue of a reform of voting by unanimity.
25. In order better to understand my reasoning, it is right and proper to clarify my methodological approach, namely to gather all the elements that can be positive and/or have a potential for developing in a positive manner in the present context. This does not mean denying the existence of negativities and criticalities, but rather it means not focusing only on them, as we tend to do both in academic circles and at the cultural level in general. Although understandable, since it is part of the main aspect of our liberal democracy, this merely critical approach risks overshadowing the positive elements on which, instead, we should work to discover their potential and see how far they can go.
26. Recently President Mattarella said that for a relaunch of the European Union, «*for a European Renaissance*» as he defined it, we must start from the common culture of the continent. Mattarella's interview with *Corriere della Sera* of 21 April 2023, issued on the occasion of the announcement that Italy would be "Guest of Honour" both at the Festival du Livre in Paris and at the Buchmesse in Frankfurt.

# Il Responsabile Unico del Progetto nel nuovo Codice dei contratti pubblici

*Gabriele Maria Brenca*

DOI: 10.13130/2723-9195/2023-3-107

*Il presente contributo offre una rapida disamina della nuova figura del Responsabile Unico del Progetto introdotta dal nuovo Codice dei contratti pubblici adottato il 31 marzo 2023, enunciando le principali caratteristiche di questa figura centrale dell'intervento pubblico e mettendone in risalto gli elementi di novità rispetto alla precedente figura del Responsabile Unico del Procedimento di cui al d.lgs. 18 aprile 2016, cui si va a sostituire.*

## ***The Project Manager in the new Code of public contracts***

*The paper offers a quick review of the Project Manager provided for by the new Code of public contracts of March 31, 2023, and highlights the main features of this central figure in the context of public procurement procedures by comparing it with the already existing Project Manager drawn by the "old" 2016 Code.*

*Sommario: 1. Il Responsabile Unico del Procedimento all'interno del d.lgs. n. 50/2016.- 2. Il nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36).- 3. Il Responsabile Unico all'interno del nuovo Codice dei contratti pubblici.- 4. Nomina e requisiti del Responsabile Unico del Progetto.- 5. Il RUP e la funzione decisoria.- 6. Il RUP e i responsabili di fase.- 6.1. La Legge Regionale Sardegna 13 marzo 2018, n. 18.- 7. Altre novità.- 8. Conclusioni.*

## **1. Il Responsabile Unico del Procedimento all'interno del d.lgs. n. 50/2016**

L'art. 31 del d.lgs. n. 50/2016 e ss.mm.ii. prevede, al primo comma, che «Per ogni

*singola procedura per l'affidamento di un appalto o di una concessione le stazioni appaltanti individuano [...] un responsabile unico del procedimento (RUP) per le fasi della programmazione, della progettazione, dell'affidamento, dell'esecuzione»<sup>[1]</sup>.*

A definirne le funzioni è successivamente intervenuta l'ANAC, con le Linee Guida n. 3, «*Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni*», adottate in attuazione del Codice dei contratti, in cui si stabilisce che «*il RUP vigila sullo svolgimento delle fasi di progettazione, affidamento ed esecuzione di ogni singolo intervento e provvede a creare le condizioni affinché il processo realizzativo risulti condotto in modo unitario in relazione ai tempi e ai costi preventivati, alla qualità richiesta, alla manutenzione programmata, alla sicurezza e alla salute dei lavoratori e in conformità a qualsiasi altra disposizione di legge in materia*»<sup>[2]</sup>.

Ne risulta, quindi, una figura centrale delle procedure di affidamento pubblico, in cui opera in qualità di Project Manager, supervisionando e sovrintendendo il processo realizzativo dell'appalto pubblico, a partire dalla fase di progettazione, fino alla conclusione del contratto, al fine di assicurare l'efficienza e l'efficacia dell'azione pubblica, assicurando il corretto soddisfacimento dell'interesse pubblico, in ossequio del principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione di cui all'art. 97 della Costituzione.

## **2. Il nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36)**

Il 20 ottobre 2022, in attuazione delle legge-delega n. 78 del 21 giugno 2022, è stato trasmesso al Presidente del Consiglio il progetto preliminare del nuovo Codice dei contratti pubblici, elaborato da una Commissione speciale del Consiglio di Stato appositamente istituita.

Successivamente, in data 28 marzo 2023 è stato approvato dal CdM il testo definitivo del Decreto legislativo di riforma dei contratti pubblici, rivisto e integrato alla luce delle osservazioni delle Commissioni parlamentari, e successivamente pubblicato in G.U. n. 77 del 31/03/2023 - Suppl. Ordinario n. 12, immediatamente esecutivo, così da rispettare il termine fissato dal PNRR al 1° aprile 2023 per l'entrata in vigore, ma con efficacia differita, per ora, al 1° luglio

2023.

L'art. 229 del nuovo Codice, rubricato Entrata in vigore, distingue, infatti, tra entrata in vigore, fissata al 1° aprile 2023 – senza, peraltro, prevedere un periodo di *vacatio legis* –, e acquisizione di efficacia, posticipata al 1° luglio 2023, per le ragioni anzidette.

Non a caso, l'art. 226 prevede, l'ultrattività del D.lgs. 50/2016, non solo fino all'acquisizione di efficacia del nuovo codice, ma anche «*ai procedimenti in corso*», definendo poi cosa s'intende per «*procedimenti in corso*».

È altresì previsto un periodo transitorio che prevede l'estensione di alcune disposizioni del d.lgs. n. 50/2016 e dei due decreti semplificazioni fino al 31 dicembre 2023.

Il legislatore ha anche inteso rafforzare le disposizioni del nuovo Codice e relativi allegati da interventi normativi successivi che possano incidere su tali disposizioni, attraverso la previsione, all'art. 227, di una c.d. clausola di rinforzo, in forza della quale «*Ogni intervento normativo incidente sulle disposizioni del codice e dei suoi allegati, o sulle materie dagli stessi disciplinate, è attuato mediante esplicita modifica, integrazione, deroga o sospensione delle specifiche disposizioni in essi contenute*».

### **3. Il Responsabile Unico all'interno del nuovo Codice dei contratti pubblici**

Tra le principali novità contenute nel d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 figura l'assenza del Responsabile Unico del Procedimento, così come delineato dall'art. 31 del d.lgs. n. 50/2016, e l'inserimento di un Responsabile Unico del Progetto.

L'art. 15 del nuovo Codice stabilisce, infatti, che «*Nel primo atto di avvio dell'intervento pubblico da realizzare mediante un contratto le stazioni appaltanti e gli enti concedenti nominano nell'interesse proprio o di altre amministrazioni un responsabile unico del progetto (RUP) per le fasi di programmazione, progettazione, affidamento e per l'esecuzione di ciascuna procedura soggetta al codice*»<sup>[3]</sup>.

Come rilevato dall'estensore di testo legislativo, all'interno della Relazione di accompagnamento della bozza, più che un mutamento di ruolo e funzioni, si è inteso mutare terminologia, passando da “Responsabile Unico del

Procedimento” a “Responsabile Unico del Progetto”, pur «*conservandone la centralità e la trasversalità del ruolo*»<sup>[4]</sup>, al fine di «*superare l’equivoco concettuale* [ossia del RUP erroneamente inteso come Responsabile Unico *ex lege* 241/1990, non essendo il primo responsabile di un unico procedimento, bensì di una pluralità di procedimenti, ossia delle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione degli interventi da realizzarsi mediante contratti pubblici], *dovuto alla scelta del nome e poi dell’acronimo R.U.P. mantenendo inalterato l’acronimo (per una pura coincidenza) ma mutando il nome al fine di sottolineare che il ruolo ricoperto è quello di responsabile non di uno o più procedimenti ma di tutto l’intervento pubblico*»<sup>[5]</sup>, in quanto il “RUP” «è un responsabile “di progetto” (o di “intervento”) e non di “procedimento” (definizione forse viziata dal riferimento alla legge n. 241 del 1990, che non appare pienamente conferente): infatti, si tratta del responsabile di una serie di “fasi” preordinate alla realizzazione di un “progetto”, o un “intervento pubblico” (fasi per il cui espletamento si potrà prevedere, come si dirà, la nomina di un “responsabile di fase”, a sostegno dell’attività del RUP)»<sup>[6]</sup>.

Ecco allora che, la nuova disposizione, anziché rompere con il passato, si ponte in continuità con l’assetto tracciato dal d.lgs. n. 50/2016, confermando ed enfatizzando la centralità e trasversalità del ruolo, in un’ottica più macroscopica, ma che pone sempre e comunque in capo al responsabile, del procedimento o progetto che sia, quel ruolo fondamentale di project manager che assegna(va) al R.U. del Procedimento il compito di «*vigila[re] sullo svolgimento delle fasi di progettazione, affidamento ed esecuzione di ogni singolo intervento e provvede a creare le condizioni affinché il processo realizzativo risulti condotto in modo unitario in relazione ai tempi e ai costi preventivati, alla qualità richiesta, alla manutenzione programmata, alla sicurezza e alla salute dei lavoratori e in conformità a qualsiasi altra disposizione di legge in materia*»<sup>[7]</sup> e che lo vedrà, ancora una volta, «*coordina[re] il processo realizzativo dell’intervento pubblico nel rispetto dei tempi, dei costi preventivati, della qualità richiesta, della manutenzione programmata*»<sup>[8]</sup>, «*assicura[ndo] il completamento dell’intervento pubblico nei termini previsti e nel rispetto degli obiettivi connessi al suo incarico...*»<sup>[9]</sup>.

Non mancano, ovviamente, disposizioni di dettaglio che presentano elementi di novità e rispetto a quanto stabilito dal testo legislativo del 2016.

#### 4. Nomina e requisiti del Responsabile Unico del Progetto

La disciplina di questa figura “rivisitata” del RUP è ripartita tra l’art. 15 del Codice e, con specifico riferimento alle attività, l’allegato I.2, il quale, come osservato già dai primi commentatori della bozza di testo legislativo, con riferimento al RUP, la cui disciplina di dettaglio è contenuta nell’Allegato I.2, (“Attività del RUP”), della bozza, allegato che *“non è una mera e semplice riproduzione delle Linee guida ANAC n. 3 visto che contiene nuove sottolineature”*<sup>[10]</sup>.

Tra le disposizioni che si allontanano dall’alveo tracciato dal d.lgs. n. 50/2016, una prima previsione che merita di essere segnalata riguarda la nomina del RUP; in particolare si prevede la possibilità di nominare a RUP un dipendente assunto a tempo determinato e, preferibilmente, tra i dipendenti in servizio presso l’unità organizzativa titolare del potere di spesa<sup>[11]</sup> e non più, quindi, *«tra i dipendenti di ruolo addetti all’unità medesima»*<sup>[12]</sup>.

Sulla competenza alla nomina occorre segnalare che il CdM, in sede di approvazione del testo legislativo, ha deciso di sopprimere il comma 2 della bozza dell’allegato I.2, rubricato *Nomina del responsabile unico del progetto*, il quale riproduceva pedissequamente il punto 2.1 delle Linee guida n. 3 dell’ANAC, secondo cui il RUP è nominato *«con atto formale del dirigente o di altro soggetto responsabile dell’unità organizzativa»*, lasciando quindi maggiore libertà alle stazioni appaltanti nell’individuazione del soggetto competente alla nomina.

A prescindere dalla libertà lasciata dalla legge, tratta comunque di una competenza che dovrebbe spettare al dirigente o, per gli enti che ne sono privi, al responsabile del servizio, in qualità di datore di lavoro<sup>[13]</sup>, dal momento in cui la nomina a RUP è un atto afferente alla gestione del rapporto di lavoro<sup>[14]</sup>.

Altresì rilevanti sono le modifiche apportate relativamente ai requisiti richiesti dal Codice per ricoprire l’incarico di RUP, l’Allegato I.2 si pone in sostanziale continuità con quanto previsto dalle vigenti Linee guida n. 3 di ANAC, sebbene con qualche attenuazione dell’esperienza richiesta, che si vede ridotta ad una *«minima indispensabile»*<sup>[15]</sup> di un anno per gli affidamenti di minore complessità, prevede altresì espressamente la possibilità, all’art. 2, comma 3, dell’allegato, di nominare un RUP privo dei requisiti richiesti dalla norma, assegnando *«lo svolgimento delle attività di supporto al RUP ad altri dipendenti*

*in possesso dei requisiti carenti in capo al RUP o, in mancanza, a soggetti esterni aventi le specifiche competenze richieste dal codice e dal presente allegato».*

Ferma l'assenza di condanne penali, anche con Sentenze non passate in giudicato, per reati di cui al Capo I del Titolo II del Libro secondo del Codice penale, l'articolo 4 dell'allegato I.2 del Codice prevede che il RUP debba essere «*in possesso di titolo di studio e di esperienza e formazione professionale specifiche*» e con un'esperienza, per lavori e servizi tecnici, di almeno un anno per contratti di importo inferiore a € 1.000.000, che salgono a tre per lavori superiore all'anzidetta soglia e inferiori alle soglie di rilevanza europea e a cinque per affidamenti di importo superiore alle soglie di rilevanza europea. Limitatamente ai «*lavori particolarmente complessi*», oltre all'esperienza quinquennale, è altresì richiesta una «*adeguata competenza quale Project Manager, acquisita anche mediante la frequenza, con profitto, di corsi di formazione in materia di Project Management*»<sup>[16]</sup>.

Da quest'ultimo inciso può ulteriormente evincersi la rilevanza attribuita da nuovo Codice alla formazione del RUP e, in particolare, dello sviluppo delle competenze di *Project Manager*. Dal coordinamento con quanto previsto dal settimo comma dell'art. 15 può presumersi come nel «*piano di formazione per il personale che svolge funzioni relative alle procedure in materia di acquisiti di lavori, servizi e forniture*» debbano essere incluse i corsi di formazione dedicati al RUP.

Per i servizi e forniture l'articolo 5 del medesimo allegato prevede, invece, almeno un anno per affidamenti inferiori alla soglia comunitaria e almeno tre per importi superiori a tale soglia.

## **5. Il RUP e la funzione decisoria**

Ulteriore innovazione rispetto alla disciplina vigente è rappresentata dall'attribuzione, in capo al RUP, di funzioni decisorie.

L'art. 6 dell'Allegato I.2, rubricato *Compiti del RUP comuni a tutti i contratti e le fasi*, al comma 2, lett. g), infatti, discostandosi dal dispositivo delle Linee guida n. 3, prevede espressamente che il RUP «*decide i sistemi di affidamento dei lavori, servizi e forniture, la tipologia di contratto da stipulare, il criterio di aggiudicazione da adottare*», segnando, così, una netta presa di posizione del

Consiglio di Stato – estensore del testo del nuovo Codice rispetto alle Linee guida, dove il RUP «*propone all'amministrazione aggiudicatrice i sistemi di affidamento ...*»<sup>[17]</sup>.

Si tratta di un compito che, come rilevato dai primi studiosi approcciatisi al nuovo testo normativo, che «*richiederà una mediazione all'interno degli enti locali*»<sup>[18]</sup> e, aggiungo, di tutte le realtà pubbliche o private che devono applicare il Codice, soprattutto nei casi in cui il RUP non coincida con il soggetto titolare del potere di spesa. Tale mediazione, al fine di restare coerente con quanto stabilito dal successivo articolo 7, co. 1, lett. g), del medesimo allegato I.2, secondo cui il RUP «*adotta il provvedimento finale della procedura quando, in base all'ordinamento della stazione appaltante, ha il potere di manifestare all'esterno la volontà della stessa*», «*inevitabilmente, porterà comunque all'applicazione delle norme generali in tema di procedimento della legge 241/1990 e, precisamente, quanto prevede il comma 1, lettera e) dell'articolo 6 che impone al responsabile del procedimento, che non abbia poteri a valenza esterna, di predisporre una proposta alla firma del 'proprio' responsabile di servizio*»<sup>[19]</sup>.

## 6. Il RUP e i responsabili di fase

Tra le disposizioni di maggior interesse sulla nuova figura del RUP troviamo sicuramente il comma 4 dell'art. 15, il quale prevede la possibilità, a seguito delle modifiche apportate dal CdM il 28 marzo 2023, per le stazioni appaltanti e gli enti concedenti di «*individuare modelli organizzativi [che] prevedano la nomina di un responsabile di procedimento per le fasi di programmazione, progettazione ed esecuzione e un responsabile di procedimento per la fase di affidamento*».

Il quarto comma dell'art. 15 del d.lgs. n. 36/2023 prevede, dunque, la possibilità di nominare dei responsabili di fase, configurabili come veri e propri responsabili del procedimento ex art. 5, legge n. 241/1990<sup>[20]</sup>, «*disarticola[ndo] le macro fasi del procedimento amministrativo contrattuale (programmazione, progettazione affidamento ed esecuzione) distribuendo le correlate responsabilità a specifici responsabili di procedimento/fase*»<sup>[21]</sup>.

Ciò che merita essere segnalato è la maniera in cui gli estensori della bozza del Codice, nella Relazione agli articoli e agli allegati, hanno promosso la nuova

disposizione, in quanto «*presenta il vantaggio di evitare un'eccessiva concentrazione in capo al RUP di compiti e responsabilità direttamente operative, spesso di difficile gestione nella pratica*»<sup>[22]</sup>, senza, peraltro, determinare la decadenza dei compiti e delle prerogative in capo al RUP di «*supervisione, coordinamento, indirizzo e controllo*» dell'intero "progetto", inteso quale insieme delle fasi in cui si articola la procedura ad evidenza pubblica, al fine di assicurare il corretto soddisfacimento dell'interesse pubblico.

Questo potere di indirizzo e coordinazione che il RUP esercita nei confronti dei responsabili di fase lascia intendere un inquadramento, potremmo dire, peculiare all'interno dell'organizzazione dell'ente pubblico, sia per la trasversalità di competenze ad esso attribuite, ma anche perché il RUP, «*finisce per coordinare direttamente dipendenti con incarichi di responsabile del procedimento [ex lege 241/1990]*»<sup>[23]</sup>, funzione, quest'ultima, prerogativa propria dei dirigenti<sup>[24]</sup>. Potere, questo del RUP, che trova conferma nel dispositivo dell'art. 6, comma 1, dell'allegato I.2 al nuovo Codice, secondo cui «*Il RUP, anche avvalendosi dei responsabili di fase [...], coordina il processo realizzativo dell'intervento pubblico*». In merito a questa possibilità introdotta dalla norma, già all'indomani della diffusione della bozza del Codice, l'Autorità Nazionale Anticorruzione, così come l'ANCI, nelle Osservazioni del 2 febbraio, ha suggerito l'eliminazione del comma 4 in quanto «*La suddetta disposizione non appare conforme al principio generale vigente nell'ordinamento relativo all'unicità del responsabile del procedimento, introdotto dalla legge 7 agosto 1990, n. 241 [...]. Infatti, nell'ipotesi in cui venga nominato un responsabile del procedimento per ogni fase, in aggiunta al RUP, ci sarebbero di fatto due soggetti responsabili per ogni fase, con le relative conseguenze in merito ai provvedimenti da adottare in caso di divergenza tra gli stesso*»<sup>[25]</sup>.

Orbene, questa disposizione rappresenta, in realtà, una novità soltanto per il Codice degli appalti in quanto già l'estensore della c.d. *Legge Merloni*, prima, e soprattutto il legislatore regionale sardo del 2018, dopo, introdussero la possibilità di nominare delle figure subordinate al RUP con il compito di supervisionare alcune delle singole fasi in cui la procedura di affidamento di articola.

Come ricordato dagli stessi estensori della bozza, quasi a voler giustificare e legittimare la propria scelta, la Legge Regionale Sardegna n. 8/2018, introdusse la

medesima possibilità di nominare un responsabile per ciascuna fase dell'affidamento. Avverso tale disposizione veniva promosso dal Presidente del Consiglio dei ministri ricorso per illegittimità costituzionale, poi sconfessato dalla Corte stessa, in quanto violazione dell'unicità del RUP.

Non a caso la disposizione di cui al comma 4 esordisce con asserendo «*Ferma restando l'unicità del RUP*», quasi a voler rimarcare quel ruolo generale di project manager intrinseco al ruolo di RUP.

Un aspetto cui prestare attenzione e sicuramente rilevante sotto il profilo dell'unicità del RUP è il venir meno di quella che sino al nuovo Codice era di competenza esclusiva del R.U. del Procedimento: l'acquisizione del CIG. L'art. 6, co. 2, lett. l), dell'allegato I.2 al d.lgs. n. 36/2023 prevede, infatti, che il RUP «*provvede all'acquisizione del CIG nel caso in cui non sia nominato un responsabile per la fase di affidamento*». Com'è stato infatti correttamente osservato, «*Questa previsione non può non introdurre un condizionamento nel senso che potrebbe indurre il RUP a richiedere la nomina del responsabile di fase (pur risultando chiaramente competente) proprio per non acquisire il CIG (stante le responsabilità correlate). Inoltre, questa attribuzione "esterna" appare oggettivamente confliggere con la concezione ordinaria (ex lege 241/90) prevista per il responsabile di procedimento "interno"*»<sup>[26]</sup>. Ecco allora come può trovare spiegazione la decisione assunta dal CdM di ricondurre la scelta di nominare i responsabili di fase alla stazione appaltante, attraverso propri modelli organizzativi, svincolato da una richiesta del RUP, sebbene non metta comunque a riparo da utilizzi "distorti" di questo strumento.

### **6.1. La Legge Regionale Sardegna 13 marzo 2018, n. 18**

Come sopra ricordato, a fronte della dichiarata possibilità del responsabile unico del progetto di nominare dei responsabili per le diverse fasi del procedimento non rappresenta, a ben vedere, una novità assoluta e sulla cui legittimità già si pronunciò, indirettamente, la Corte costituzionale, con Sentenza n. 166/2019.

L'art. 34, c. 1, prevede, infatti, che, «*Per ogni singolo intervento da realizzarsi mediante un contratto pubblico, le amministrazioni aggiudicatrici, ciascuna secondo il proprio ordinamento, nominano un responsabile unico del procedimento per le fasi della programmazione, della progettazione, dell'affidamento e*

*dell'esecuzione del contratto pubblico. Tali fasi costituiscono, unitariamente considerate, il progetto del contratto pubblico e il responsabile unico del procedimento è il "responsabile di progetto"».*

Appare subito chiara l'identità dei termini impiegati dal legislatore regionale sardo e dal Consiglio di Stato nella redazione della bozza di Codice.

Come anticipato in precedenza, questa disposizione fu oggetto, assieme al altre contenute nella medesima legge, di giudizio di legittimità costituzionale in quanto la stessa, come si evince dal ricorso promosso dal Presidente del Consiglio dei ministri, in G.U. n. 24, I serie speciale, del 15/05/2018, «*consente una stratificazione delle responsabilità, determinando così il venir meno del concetto stesso di responsabile unico del procedimento così come invece individuato dall'art. 31 del codice dei contratti pubblici ...*».

Ad avviso della Corte, l'unicità del RUP non sarebbe lesa in quanto «*Le disposizioni regionali impugnate, regolando le modalità di svolgimento delle funzioni [...], da un lato, introducono la figura del responsabile di progetto, che garantisce l'unitarietà nella gestione di tutte le fasi realizzative di un contratto pubblico, e, dall'altro, riconducono «ad unità le diverse fasi del procedimento contrattuale, nel quale sono oggettivamente individuabili sub-procedimenti, connotati ciascuno da una innegabile necessità di specifica specializzazione».* Sarebbe lo stesso legislatore statale, del resto, ad individuare espressamente i sub-procedimenti nel comma 3 dell'art. 31 del codice dei contratti pubblici»<sup>[27]</sup>.

## **7. Altre novità**

Ulteriori novità consistono nella possibilità, per il RUP, di essere sempre membro della commissione giudicatrice ovvero di esserne Presidente: l'art. 51 dispone, infatti, che «*alla commissione giudicatrice può partecipare il RUP, anche in qualità di presidente*», con ciò superando ogni dubbio interpretativo sull'incompatibilità tra i due ruoli e superando quella giurisprudenza ormai consolidata nell'«*escludere una incompatibilità automatica per il cumulo delle funzioni* [ossia di RUP e membro o presidente della commissione], *per essere, invece, indispensabile ... una valutazione caso per caso che tenga conto dell'esistenza di una qualche comprovata ragione di interferenza o condizionamento*»<sup>[28]</sup>, al dichiarato intento di «*introdurre una forte semplificazione nelle procedure*

*sottosoglia*»<sup>[29]</sup>. Un dubbio interpretativo in merito alla possibilità per il RUP di presiedere la Commissione giudicatrice sorge con riferimento agli affidamenti di importo superiore alle soglie di rilevanza europea laddove sia stato nominato come RUP un soggetto privo della qualifica dirigenziale, posta la funzione dirigenziale della presidenza della Commissione e che l'art. 51 faccia riferimento alle procedure sottosoglia mentre l'art. 93 – articolo di dettaglio relativo alla Commissione giudicatrice – nulla aggiunge relativamente alla possibilità che il RUP possa presiedere la commissione ovvero che possa farlo un dipendente non dirigente o non responsabile del servizio. In proposito l'art. 107, comma 3, lett. a), d.lgs. n. 267/2000, stabilisce che «*sono attribuiti ai dirigenti ... a) la presidenza della commissioni di gara ...*», precisando che, a seguito della novella introdotta dall'art. 224, c. 3, del nuovo Codice, per i contratti «di importo inferiore alle soglie europee», la Commissione giudicatrice può essere presieduta dal RUP.

Altra novità introdotta da Codice del 2023 è stata introdotta al comma 6 dell'art. 15, relativo all'istituzione di una struttura di supporto al RUP e all'affidamento di incarichi di assistenza al medesimo.

Sulla possibilità di istituire una struttura di supporto al RUP, questa non rappresenta una novità in quanto già l'art. 31, co. 9, del d.lgs. n. 50/2016 prevede in maniera non dissimile la possibilità istituire una struttura stabile a supporto. Innovativo è, invece, quanto previsto al secondo periodo, ossia, la possibilità di «*destinare risorse finanziarie non superiori all'1 per cento dell'importo posto a base di gara per l'affidamento diretto da parte del RUP di incarichi di assistenza al medesimo*». Resta ancora da capire la reale portata applicativa e modalità realizzativa di questa previsione, posto che non è chiaro se questa disposizione comporti una deroga alle soglie degli affidamenti ovvero chi possa essere affidatario di questi incarichi di assistenza.

## **8. Conclusioni**

In conclusione, l'art. 15 del neo-introdotta Codice dei contratti pubblici, a fronte di qualche mirata novità rispetto all'assetto precedente, dettato dall'art. 31 del d.lgs. n. 50/2016, quali la possibilità per le stazioni appaltanti di nominare dei responsabili di fase, scelta evidentemente dettata dalla «*delicatezza dei compiti e*

*delle pesanti responsabilità connesse [del RUP]»<sup>[30]</sup>*, si pone in sostanziale continuità con l'attuale assetto codicistico, mantenendo il capo al RUP quel ruolo di supervisione e coordinamento della procedura di affidamento ne suo complesso, che è proprio la funzione di cui il Responsabile Unico è investito, in maniera tale da assicurare il buon andamento della pubblica amministrazione e il corretto soddisfacimento dell'interesse pubblico.

Oltre alla terminologia impiegata dal Codice e la questione dell'inquadramento giuridico dei responsabili di fase, a ben vedere, anche nella vigenza del d.lgs. n. 50/2016, la possibilità per il R.U. del Procedimento di delegare ad altri soggetti le funzioni ad esso assegnate rappresenta, come si è avuto modo di vedere, nient'altro se non attività tipica del RUP stesso, fermo restando il dovere di vigilanza e coordinamento delle attività delegate.

Non appaiono, tuttavia, pienamente fugati i timori palesati nel dibattito relativo alla bozza del nuovo Codice in merito ad alcune scelte discutibili del legislatore che alterano l'assetto generale del procedimento amministrativo dettato dalla legge n. 241/1990<sup>[31]</sup> e che si prestano ad utilizzi distorti<sup>[32]</sup>, con ricadute negative sulla semplificazione e celerità delle procedure di cui il nuovo testo normativo è fautore. Spetterà alle stazioni appaltanti, con le competenze attribuite da ultimo dal legislatore al momento dell'approvazione del decreto, dotarsi di regolamenti interni in grado di prevenire questi possibili utilizzi distorti.

1. Art. 31, comma 1, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.
2. *Compiti del RUP in generale*, Linee Guida ANAC n. 3, par. 3.1.
3. Art. 15, co. 1, d.lgs. n. 31/2023.
4. Cons. St., Relazione agli articoli e agli allegati, p. 31.
5. Relazione illustrativa alla Camera dei Deputati, 05 gennaio 2023, Prot: 2023/0000010/TN, p. 33.
6. Cons. St., Relazione agli articoli e agli allegati, p. 31.
7. 3.1, Linee guida ANAC n. 3.
8. Art. 6, co. 1, Allegato I.2.
9. Art. 15, co. 5, d.lgs. n. 36/2023.
10. S. Usai, *RUP e responsabili di fase nello schema del nuovo codice*, *La Gazzetta degli Enti Locali*, 17/01/2023, Maggioli.
11. Cfr. Art. 15, co. 2, d.lgs. n. 36/2023: «*Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti nominano il RUP tra i dipendenti assunti anche a tempo determinato della stazione appaltante o dell'ente concedente*».
12. Art. 31, co. 1, d.lgs. n. 50/2016.

13. Art. 5, co. 2, d.lgs. n. 165/2001: «...le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro [...] e in particolare la direzione e l'organizzazione del lavoro nell'ambito degli uffici sono assunte in via esclusiva dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro...».
14. L. Olivieri, *Rup nel nuovo codice appalti: profilo di ruolo o profilo professionale? (Parte III)*, in *appaltiecontratti.it*, 10 maggio 2023, Maggioli.
15. S. Usai, *Codice appalti, dalla nomina ai requisiti (più morbidi): tutte le novità per i Rup*, in *NT+ Enti Locali & Edilizia*, 16 marzo 2023, Il Sole 24 Ore.
16. Art. 4, co. 4, Allegato I.2 al d.lgs. n. 36/2023.
17. Par. 5.1.4, lett. n), Linee Guida ANAC n. 3, «*Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni*».
18. S. Usai, *Appalti, il nuovo codice assegna al Rup anche funzioni decisorie e non solo propositive*, in *NT+ Enti Locali & Edilizia*, 16 marzo 2023, Il Sole 24 Ore.
19. S. Usai, *Appalti, il nuovo codice assegna al Rup anche funzioni decisorie e non solo propositive* cit..
20. S. Usai, *Responsabile unico di progetto e responsabili di fase nello schema del nuovo codice appalti e negli allegati*, in *appaltiecontratti.it*, 14/03/2023, Maggioli.
21. S. Usai, *RUP e responsabili di fase nello schema del nuovo codice*, in *La Gazzetta degli Enti Locali*, 06/12/2022, Maggioli.
22. *Relazione agli articoli e agli allegati*, p. 31.
23. L. Olivieri, *Rup nel nuovo codice appalti: profilo di ruolo o profilo professionale? (Parte I)*, in *appaltiecontratti.it*, 27/04/2023, Maggioli.
24. Cfr. art. 16, c. 1, lett. e), d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165: I dirigenti di uffici dirigenziali generali «*dirigono, coordinano e controllano l'attività ... dei responsabili dei procedimenti amministrativi ...*» e art. 17, c. 1, lett. d), d.lgs. n. 15/2001: I dirigenti «*dirigono, coordinano e controllano l'attività degli uffici che da essi dipendono e dei responsabili dei procedimenti amministrativi*».
25. *Osservazioni di ANAC in relazione all' Atto del Governo sottoposto a parere parlamentare n. 19*, p. 18.
26. S. Usai, *ANAC, abrogare la norma del nuovo codice sui responsabili di fase per evitare duplicazioni e divergenze*, in *appaltiecontratti.it*, 14/02/2023, Maggioli.
27. Corte Cost., sent. 9 luglio 2019, n. 166, p.to 2.9. del Cons. dir.
28. Cfr. *ex multis* Cons. St., sez. V, 7 gennaio 2021, n. 208; TAR Bologna, 25 ottobre 2022, n. 833.
29. Cfr. *Relazione agli articoli e agli allegati* cit., p. 79.
30. *Relazione illustrativa alla Camera dei Deputati*, 05/01/2023 cit., p. 33.
31. Come la competenza a richiedere il CIG per il responsabile di fase amministrativa – ipotesi, peraltro, non prevista nemmeno dalla succitata legge regionale sarda utilizzata ad avallo della scelta del legislatore nazionale – che mette in crisi la stessa configurazione dei responsabili di fase quali meri responsabili del procedimento *ex lege* 241/1990.
32. Quali, a titolo esemplificativo, la possibilità di sollevare il RUP dalle responsabilità che

## CERIDAP

discendono dalla richiesta del CIG – che, è bene ricordare, nella bozza del Codice la richiesta di nomina dei responsabili di fase era rimessa in capo RUP stesso – ovvero la possibilità per i RUP non dirigenti o comunque non dotati di funzioni dirigenziali di adottare provvedimenti a valenza esterna. (S. Usai, *ANAC, abrogare la norma del nuovo codice sui responsabili di fase per evitare duplicazioni e divergenze*, in *appaltiecontratti.it*, 14/02/2023, Maggioli).

Corte di cassazione, Sez. unite, 6 aprile 2023, n.  
9479

*Massimo Giavazzi*

DOI: 10.13130/2723-9195/2023-3-4

*Il giudicato formatosi sul decreto ingiuntivo non impugnato può essere rimesso in discussione attraverso l'opposizione tardiva di cui all'art. 650 c.p.c., opportunamente interpretato al fine di consentire la rimessione in termini del debitore che non sia stato avvertito delle possibilità di contestare le clausole abusive del contratto concluso con il consumatore.*

*Res judicata in orders for payment may be challenged by means of late appeals against payment orders under Article 650 of the Italian Code of Civil Procedure (CPC): a consistent interpretation of art. 650 CPC allows a debtor who has not been warned of the possibility of contesting the unfair terms of the contract to take legal action when finally informed of his rights.*

Con la sentenza oggetto di segnalazione, la Cassazione esercita la sua funzione nomofilattica (nella sua espressione più pura, essendo qui in esame l'affermazione di un «principio di diritto nell'interesse della legge» ai sensi dell'art. 363 c.p.c.) per mettere chiarezza su una questione centrale nel rapporto tra l'effettività del diritto UE e l'autonomia procedurale degli Stati membri: il giudicato anticomunitario.

La sentenza è didascalica e tratteggia un quadro esaustivo dell'acquis comunitario sull'autonomia procedurale: (i) l'efficacia erga omnes delle sentenze interpretative del giudice comunitario nel rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE (Corte di giustizia, 27/3/1963, causa 28/62, Da Costa); (ii) la definizione del giudice nazionale quale «giudice comunitario di diritto comune»; (iii) la giurisdizione esclusiva del giudice nazionale nell'interpretazione del diritto nazionale

conformemente al diritto UE; (iv) il (non agevole) distinguo tra autonomia procedurale e competenza sulla forma e sui mezzi ex art. 288 TFUE nei processi armonizzati ai sensi degli artt. 114 e 115 TFUE; (v) i principi di equivalenza e di effettività (Corte di giustizia, 16/12/1976, causa 33/76, Rewe) a definire l'autonomia procedurale nei termini di una meno lata competenza procedurale funzionalizzata (qui definita «complementarietà funzionale»); (vi) l'uniformazione del diritto UE al principio della certezza del diritto e all'autorità di cosa giudicata che ne è espressione, ancorché in pregiudizio dell'effetto utile dell'effetto diretto (effet utile) della norma UE (Corte di giustizia, 9/6/1964, cause riunite 79/63 e 82/63, Reynier); (vii) la sussidiarietà della disapplicazione (non applicazione) rispetto alla interpretazione conforme, quale tratto tangibile dell'obbligo di leale cooperazione ex art. 4 TUE; (viii) la definizione dell'Unione europea come comunità di diritto secondo la definizione della sentenza Parti écologiste Les Verts (Corte di giustizia, 23/4/1986, causa 294/83); (ix) l'uniformazione del diritto UE alle tradizioni costituzionali degli Stati membri (Corte di giustizia, 25/7/2002, causa C-50/00, Unión de Pequeños Agricultores); (x) la declinazione del principio di effettività in una regola del caso concreto definita attraverso la ponderazione nella particolare vicenda processuale dei principi della tutela dei diritti della difesa, della certezza del diritto e del regolare svolgimento del procedimento (Corte di giustizia, 14/12/1995, causa C-430/93, Val Schijndel); (xi) la funzionalizzazione del principio dispositivo alla emersione delle violazioni del diritto UE imponendo l'intervento officioso del giudice a introdurre nel giudizio la norma comunitaria da applicare alla fattispecie oggetto di causa (Corte di giustizia, 14/12/1995, causa C-312/93, Peterbroeck).

Insomma, la sentenza è una sorta di bignami del diritto amministrativo europeo (se non fosse che l'accostamento rischia di svilire l'elevato livello dogmatico dell'approccio).

E già solo per questo meriterebbe d'essere segnalata.

Non meno interessante è la dilatazione dell'obbligo di interpretazione conforme sino a lambire il limite (insuperabile nella prospettiva del giuspositivismo, anche inclusivo) della discrezionalità giurisdizionale, oltre il quale ci si avventura nel deprecabile creazionismo giudiziale.

La Suprema Corte ha infatti (re)interpretato l'art. 650 c.p.c. («opposizione tardiva»), operando sulla disposizione normativa attraverso l'interpretazione

conforme (ha dilatato i concetti giuridici indeterminati di «caso fortuito»/«forza maggiore» sino a proteggere una situazione di «deficit informativo» sull'esistenza di un diritto definito da una norma UE tutelabile in giudizio) e, al contempo, attraverso l'uso selettivo della disapplicazione (non ha applicato il termine di decadenza di dieci giorni dal primo atto di esecuzione prescritto dal codice di rito per l'esercizio dell'opposizione tardiva e colmando il vuoto normativo che ne deriva attraverso l'applicazione analogica dell'art. 641 c.p.c. che assegna al debitore intimato il termine di quaranta giorni per far valere in giudizio la sua opposizione, facendo decorrere quel termine dall'informazione che il giudice dell'esecuzione dà al debitore esecutato della possibilità di fare accertare l'eventuale abusività delle clausole del contratto).

Sorge dunque il dubbio che il giudice della nomofilachia si sia spinto in realtà troppo oltre la norma processuale. Il dubbio che sorge è, cioè, se questo (ingegnoso) intervento di ortopedia giudiziaria, per adeguarla al principio di effettività della norma UE, non superi il confine tra creatività (ammissibile) e creazionismo (inammissibile).

Quanto porrebbe (l'uso del condizionale è d'obbligo in una segnalazione che non ha la pretesa d'essere un commento a prima lettura) l'affermazione del giudice della nomofilachia oltre il perimetro dell'obbligo di interpretazione conforme, come definito dalla Corte di giustizia, che è assolutamente rispettosa del principio di autonomia processuale (competenza processuale funzionalizzata), essendosi la giurisprudenza comunitaria da tempo consolidata nell'insegnamento che «nell'applicare il diritto interno, i giudici nazionali chiamati a interpretarlo sono tenuti a prendere in considerazione l'insieme delle norme di tale diritto e ad applicare i criteri ermeneutici riconosciuti dallo stesso al fine di interpretarlo per quanto più possibile alla luce della lettera e dello scopo della direttiva di cui trattasi, onde conseguire il risultato fissato da quest'ultima e conformarsi pertanto all'articolo 288, terzo comma, TFUE [e] include l'obbligo, per i giudici nazionali, di modificare, se del caso, una giurisprudenza consolidata se questa si basa su un'interpretazione del diritto nazionale incompatibile con gli scopi di una direttiva [ma] non può servire a fondare un'interpretazione *contra legem* del diritto nazionale» (Corte di giustizia, 19/4/2016, causa C-441/14, Dansk Industri).

Luci e ombre, dunque, di una sentenza che, comunque, farà molto discutere e,

## CERIDAP

quale che sarà il futuro esito del confronto, segna senz'altro un passo importante (ancorché probabilmente oltre le righe della disposizione normativa) nell'adeguamento della nostra giurisprudenza all'effetto utile dell'effetto diretto (effet utile) della norma UE, perché in essa si definisce un metodo interpretativo sicuramente condivisibile, quantunque possa forse essere opinabile il risultato ermeneutico.

Cass.-94792023 [PDF sentenza](#)