

# Rivista Giuridica Europea

## *European Law Journal*

### **ROBERTO LEONARDI**

I principi europei a tutela dell'ambiente e gli strumenti di mercato

### **ELISABETTA ROMANI**

La protezione del patrimonio culturale e la promozione dello sviluppo sostenibile: la necessità di una tutela integrata

### **FOSCA LAMBERTI**

La concorrenza sleale nel metaverso: NFT, opere digitali e contraffazione

### **ALDO CIMMINO**

La discrezionalità amministrativa nella valutazione dei gravi illeciti professionali per la partecipazione alle gare pubbliche. Il ruolo delle precomprensioni della pubblica amministrazione nella valutazione di affidabilità del pregresso o futuro contraente (commento alla sentenza n. 7823 del 2022 del Consiglio di Stato)

**RIVISTA GIURIDICA EUROPEA**

**DIRETTORE RESPONSABILE** *Marina Valensise*

**DIRETTORE SCIENTIFICO** *Lucia Picardi*

**CONDIRETTORE SCIENTIFICO** *Maria Camilla Spena*

**COMITATO SCIENTIFICO  
E DI VALUTAZIONE  
(SCIENZE GIURIDICHE - AREA 12)**

*Filippo Annunziata*  
(Prof. associato, idoneo ordinario, di Diritto dell'Economia Università degli Studi di Milano Bocconi)

*Marco Calabrò*  
(Prof. ordinario di Diritto Amministrativo Università degli Studi della Campania L. Vanvitelli)

*Barbara Cortese*  
(Prof. associato di Storia del Diritto Romano Università degli Studi Roma Tre)

*Ruggiero Dipace*  
(Prof. ordinario di Diritto Amministrativo Università del Molise)

*Delia Ferri*  
(Professor of Law Maynooth University Department of Law)

*Roberto Leonardi*  
(Prof. associato di Diritto Amministrativo Università degli Studi di Brescia)

*Paola Lombardi*  
(Prof. ordinario di Diritto Amministrativo Università degli Studi di Brescia)

*Micaela Lottini*  
(Prof. associato di Diritto Amministrativo Università degli Studi Roma Tre)

*Giuseppina Mari*  
(Prof. associato di Diritto Amministrativo Università degli Studi di Napoli Federico II)

*Francesco Marone*  
(Prof. ordinario di Diritto Costituzionale Università degli Studi di Napoli S. Orsola Benincasa)

*Enrico Minervini*  
(Prof. ordinario di Diritto Privato Università degli Studi di Napoli Federico II)

*Lucia Picardi*  
(Prof. ordinario di Diritto Commerciale Università degli Studi di Napoli Federico II)

*Maria Alessandra Sandulli*  
(Prof. ordinario di Diritto Amministrativo Università degli Studi Roma Tre)

*Renata Spagnuolo Vigorita*  
(Prof. ordinario di Diritto Amministrativo Università degli Studi di Napoli Federico II)

**DOCENTI STRANIERI**

*Cristina Fraenkel-Haeberle*

Außerplanmäßige Professorin, Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer, Koordinatorin des Programmbereichs „Europäischer Verwaltungsraum“ und Gleichstellungsbeauftragte Deutsches Forschungsinstitut für Öffentliche Verwaltung Speyer

*Fernando Garcia Rubio*

Profesor titular de Derecho Administrativo Universidad Rey Juan Carlos

*Maria Teresa Carballeira Rivera*

Profesora titular de Derecho Administrativo Universidade de Santiago de Compostela (Spagna)

*Jan Lieder*

Professor of Civil law, Commercial law and Business law, Director Department Business Law at the Institute for Business, Labor and Social Law, Albert Ludwigs University of Freiburg

*Ana Muñoz Perez*

Profesora titular de Derecho Mercantil Universidad Rey Juan Carlos

*Francine Macorig-Venier*

Professeur Droit Privé et Sciences criminelles Université Toulouse 1 Capitole

**SEGRETERIA DEL COMITATO  
SCIENTIFICO E DI VALUTAZIONE**

*Maria Camilla Spena*

(Prof. aggr. di Diritto Sanitario Università degli Studi di Napoli Federico II)

**CAPOREDATTORE**

*Giuseppina Mari*

(Prof. associato di Diritto Amministrativo Università degli Studi di Napoli Federico II)

**COMITATO EDITORIALE**

*Flaminia Aperio Bella*

(Ricercatore t.d. di tipo B in Diritto Amministrativo, Università degli Studi Roma Tre)

*Nicola Posteraro*

(Professore associato di Diritto Amministrativo Università degli Studi di Milano)

*Martina Sinisi*

(Professore associato di Diritto Amministrativo Università degli Studi Roma Tre)

*Maria Camilla Spena*

(Professore aggregato di Diritto Sanitario Università degli Studi di Napoli Federico II)

*Sabrina Tranquilli*

(Assegnista di ricerca Diritto amministrativo Università degli Studi di Salerno)

**SEGRETERIA DI REDAZIONE**

Alessandra Bifani Sconocchia

Aldo Iannotti della Valle

Paolo Mammola

Giusy Sica

**EDITORE**

Edicampus Edizioni

ISSN 2612-2995

ANNO V, NUMERO 2

MESE DI DICEMBRE 2022



## INDICE

### **I principi europei a tutela dell'ambiente e gli strumenti di mercato..... 7**

*Roberto Leonardi*

Abstract ..... 7

1. Il diritto dell'ambiente come diritto per principi: i principi europei a tutela dell'interesse ambientale ..... 9
2. La tutela dell'ambiente tra command and control e strumenti di mercato. .... 18
3. Gli appalti verdi, i criteri ambientali minimi e il principio dello sviluppo sostenibile..... 34
4. Le etichettature..... 57
5. Gli strumenti certificativi a tutela dell'interesse ambientale..... 64

### **La protezione del patrimonio culturale e la promozione dello sviluppo sostenibile: la necessità di una tutela integrata ..... 79**

*Elisabetta Romani*

Abstract ..... 79

1. La vicenda fattuale e la sentenza del TAR Molise, Sez. I, 10 agosto 2021, n. 300..... 81
2. La sentenza del Consiglio di Stato n. 8167/2022 e il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni connotate da discrezionalità tecnico-scientifica..... 86
3. Il principio di integrazione delle tutele e il giudizio di bilanciamento tra la promozione dello sviluppo sostenibile e la tutela del patrimonio culturale ..... 89
4. Riflessioni conclusive ..... 97

### **La concorrenza sleale nel metaverso: NFT, opere digitali e contraffazione..... 101**

*Fosca Lamberti*

Abstract ..... 101

1. Metaverso e nuove opportunità di marketing ..... 103
2. NFT's e concorrenza sleale ..... 107
3. Aspetti di diritto comparato..... 113
4. Conclusioni ..... 118

**La discrezionalità amministrativa nella valutazione dei gravi illeciti professionali per la partecipazione alle gare pubbliche. Il ruolo delle precomprensioni della pubblica amministrazione nella valutazione di affidabilità del pregresso o futuro contraente (commento alla sentenza n. 7823 del 2022 del Consiglio di Stato) ..... 121**

*Aldo Cimmino*

|  |     |
|--|-----|
| Abstract .....   | 121 |
| 1. Premessa.....   | 123 |
| 2. Brevi cenni sul sistema italiano dei motivi di esclusione .....   | 125 |
| 3. La rilevanza delle valutazioni sottese alla individuazione dei motivi di esclusione per l'assenza dei requisiti di moralità e legalità dell'operatore economico: tra discrezionalità amministrativa e precomprensioni della P.A., secondo l'interpretazione del Consiglio di Stato..... | 127 |
| 4. Le recenti evoluzioni giurisprudenziali in materia di gravi illeciti professionali .....  | 131 |
| 5. Conclusioni.....  | 135 |

# I principi europei a tutela dell'ambiente e gli strumenti di mercato

ROBERTO LEONARDI

(Professore associato di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Brescia, Dipartimento di Giurisprudenza)

## Abstract

Il saggio affronta il tema della tutela dell'ambiente attraverso gli strumenti di mercato, i quali, con una funzione complementare rispetto ai tradizionali provvedimenti amministrativi, hanno proprio il compito di compensare i limiti che il potere amministrativo incontra nella tutela dell'ambiente e, in un'ottica di responsabilità sociale d'impresa, hanno la funzione di inglobare all'interno dell'attività di impresa i rischi di danni ambientali derivanti dall'esercizio di attività economiche. In questo modo, anche gli strumenti di mercato sono strumenti applicativi dei principi europei in materia ambientale, quali i principi di precauzione, di prevenzione e dello sviluppo sostenibile, principi guida nella tutela ambientale sia attraverso i procedimenti amministrativi conclusi con provvedimenti espressi, sia nell'agire economico all'interno del mercato che, a sua volta e tramite i principi ambientali subisce condizionamenti di stampo pubblicitario con una conseguenziale riduzione della componente privatistica pura.

*The essay addresses the theme of environmental protection through market instruments, which, with a complementary function with respect to traditional administrative provisions, have precisely the task of compensating for the limits that administrative power encounters in environmental protection and, in from the point of view of corporate social responsibility, have the function of incorporating within the business activity the risks of environmental damage deriving from the exercise of economic activities. In this way, market instruments are also instruments of application of European environmental principles, such as the principles of precaution, prevention and sustainable development, guiding principles in environmental protection both through administrative procedures concluded with express provisions, and in act economically within the market which, in turn and through the environmental principles, undergoes publicistic influences with a consequent reduction of the pure private component.*





**Sommario:** 1. Il diritto dell'ambiente come diritto per principi - 2. La tutela dell'ambiente tra *command and control* e strumenti di mercato - 3. Gli appalti verdi, i criteri ambientali minimi e il principio dello sviluppo sostenibile - 4. Le etichettature - 5. Gli strumenti certificativi a tutela dell'interesse ambientale. Conclusioni.

## 1. Il diritto dell'ambiente come diritto per principi: i principi europei a tutela dell'interesse ambientale

La trasversalità della materia ambientale, la complessità relazionale tra gli interessi ambientali e altri interessi giuridicamente rilevanti e il forte disallineamento fra la dimensione dei problemi e quella dei livelli territoriali idonei a risolverli<sup>1</sup> deve trovare nel procedimento amministrativo<sup>2</sup>, e si ritiene prevalentemente in questo, un momento di necessaria sintesi. Proprio tramite i procedimenti ambientali, le valutazioni ambientali diventano parte integrante di altri procedimenti amministrativi, al cui interno giocano un ruolo fondamentale i principi amministrativi<sup>3</sup> e ambientali al fine di bilanciare gli interessi e di

<sup>1</sup> In questi termini, v. G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2021, 53. Cfr. R. FERRARA, *La valutazione di impatto ambientale fra Stato e Regioni: alcuni punti fermi e troppe questioni aperte*, in *Riv. giur. edil.*, 2002, 6, I, 1316.

<sup>2</sup> Torneremo in seguito sulla centralità del procedimento amministrativo in materia ambientale, ma fin da ora dobbiamo fare riferimento alle opere fondamentali che hanno contribuito allo studio del procedimento amministrativo.

Tra questi si rinvia a A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940; ID., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989; F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento e processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952; ID., *L'impatto del procedimento nell'organizzazione e nell'ordinamento (quasi una conclusione autobiografica)*, in AA.VV., *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, III, *Teoria generale miscellanea*, Milano, 1995; M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la Pubblica Amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv. proc. civ.*, 1980, 345; ID., *Scritti giuridici*, III, Milano, 1996.

Tra gli studi più recenti si rinvia a A. SANDULLI, *Il procedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale*, II, Milano, 2003.

<sup>3</sup> In dottrina, v. M.A. SANDULLI, *Introduzione. Il ruolo dei principi*, cit., 1 ss.; R. FERRARA, *Modelli e tecniche della tutela dell'ambiente: il valore dei principi e la forza della prassi*, in *Foro amm.-TAR*, 2009, 1945 ss., il quale osserva che “la relativa solidità dei principi appare, pertanto, doppiata dalla friabilità caotica di prassi sperimentali che costituiscono, in qualche modo, il manifestarsi quotidiano del *diritto della scienza incerta*, cioè, paradossalmente, di una realtà nella quale è il diritto, con i suoi riti e con i suoi strumenti, a dover fornire soluzioni concrete ai tanti interrogativi e alle domande ricorrenti, variabili e spesso insolute, che affollano i contesti liquidi della contemporanea società del rischio. Vero è che talora il valore dei principi riesce, se non a conformare, a orientare comunque la forza della prassi, secondo quanto dimostra il ruolo sicuramente straordinario giocato dal principio di precauzione, solo che ciò troppo spesso sembra essere più il risultato, acerbo e provvisorio, di un processo sperimentale che

giungere a una decisione ragionevole<sup>4</sup>. Come sottolineato in dottrina<sup>5</sup>, la tutela dell'ambiente diventa un obiettivo sociale di cui non si possono predeterminare i contenuti e l'ambiente è, come ribadito da una giurisprudenza costante della Corte costituzionale<sup>6</sup>, un bene comune di primaria importanza per la vita economica e sociale. L'ambiente costituisce il risultato di un processo decisionale e di un'assunzione di responsabilità collettiva da adeguare, di volta in volta, alle particolari esigenze degli equilibri che s'intendono conservare, raggiungere o promuovere, senza dimenticare il profilo dei costi, spesso a carico degli operatori economici. Infatti, la scienza e le sue applicazioni, elementi irrinunciabili della discrezionalità tecnica delle decisioni in materia ambientale, spesso consentono di ridurre i rischi insiti in questa materia, ma a costi elevati, che non tutti gli Stati sono nelle condizioni di poter affrontare. Per tale ragione, nei processi decisionali va sempre cercato un punto di equilibrio o, per usare le parole della Corte costituzionale (sentenza 7 marzo 2006, n. 116), va sempre ricercato "il punto di sintesi fra i divergenti interessi, di rilievo costituzionale, costituiti, da un lato, dalla libertà dell'iniziativa economica dell'imprenditore, di cui sono parte gli strumenti di mercato di cui parleremo, e, dall'altro lato, dall'esigenza che tale libertà non sia esercitata in contrasto con l'utilità sociale e tale punto di sintesi risiede nell'adozione di quegli interventi che impediscono al progresso economico e tecnico di recare danni sproporzionati all'ambiente e alla salute".

Ne consegue il ruolo centrale dell'attività della pubblica amministrazione nella gestione degli interessi ambientali - sia con azioni pubblicistiche pure, sia con interventi condizionanti l'azione degli operatori economici - ma anche la necessità d'individuare nuove forme di azione amministrativa che tengano conto della necessità di coinvolgere, nel perseguimento del risultato, tutti i livelli di responsabilità decisio-

---

il frutto di un adeguamento razionale del diritto alla realtà effettuale. E ciò, come il riflesso sensibile di un principio che è, allo stesso tempo, regola di elevata flessibilità e di (relativo) equilibrio del modello complessivo delle politiche, pubbliche e private, per la tutela dell'ambiente".

Inoltre, sul punto, cfr. V. FANTI, *Il diritto amministrativo per principi*, in *Dir. e proc. amm.*, 2014, 2, 425.

<sup>4</sup> Il tema è stato di recente approfondito da F. TRIMARCHI BANFI, *Ragionevolezza e razionalità delle decisioni amministrative*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 2, 313.

Si rinvia, inoltre, a P.M. VIPIANA, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova, 1993.

<sup>5</sup> S. GRASSI, *Procedimenti amministrativi e tutela dell'ambiente*, cit., 1512.

<sup>6</sup> *Ex multis*, v. Corte cost., 16 maggio 2019, n. 118, in *Riv. giur. edil.*, 2019, 4, I, 880.

nale, a partire da quelli dei privati e delle imprese, attraverso appunto i cd. strumenti di mercato, fino a giungere al livello delle decisioni politiche del livello regionale, nazionale ed europeo.

Per perseguire tale fine, la giurisprudenza della Corte costituzionale<sup>7</sup> ha progressivamente tentato di separare la tutela degli interessi ambientali da altri interessi costituzionalmente rilevanti<sup>8</sup>, come la salute o il paesaggio o l'assetto del territorio, e, allo stesso tempo, la l. cost. n. 3/2001, di riforma del Titolo V della Costituzione, ha attribuito alla competenza legislativa esclusiva dello Stato *la tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali*, con un evidente obiettivo unificante della materia, senza però escludere un ruolo fondamentale delle regioni, le quali, se pur incidentalmente e indirettamente, partecipano con la propria competenza legislativa alla tutela dell'ambiente, ma pur sempre senza alterare i livelli di tutela definiti in sede statale<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> Sul tema, si rinvia a F. DE LEONARDIS, *La Corte costituzionale sul codice dell'ambiente tra moderazione e disinvoltura*, in *Riv. giur. edil.*, 2009, 4, I, 1455.

<sup>8</sup> In proposito, è significativa la sentenza della Corte cost. n. 118/2019, cit., la quale nel dichiarare la illegittimità costituzionale della l.r. Valle d'Aosta n. 5/2018, per violazione dell'art. 117, c. 2, lett. s) Cost., ha affermato che "il legislatore regionale non ha adeguatamente considerato che la VAS si sviluppa secondo una logica diversa da quella della pianificazione, che non attiene tanto ai termini della conformità (del piano urbanistico a disposizioni contenute in altri piani di settore, oppure di un piano rispetto ad un altro), bensì a quelli della compatibilità, verificando con funzione predittiva che il bilanciamento degli interessi compiuto dal pianificatore sia direttamente coerente con una protezione ottimale dell'ambiente".

<sup>9</sup> Sul tema, v. M. RENNA, *L'allocazione delle funzioni normative e amministrative*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, cit., 148, il quale afferma, in modo condivisibile, che "il quadro delle competenze amministrative in materia ambientale è estremamente disorganico e frammentario e, pur dove queste competenze sono allocate a un livello mediamente alto (si pensi, ad esempio, alle diverse funzioni di pianificazione), detto quadro è ben lungi dall'essere razionale e semplificato, anche a prescindere dagli intrecci tra la tutela dell'ambiente e le altre materie".

Sul riparto di competenze legislative in materia ambientale, dopo la riforma costituzionale del 2001, v. E. MOSTACCI, *L'ambiente e il suo diritto nell'orbita costituzionale*, in R. FERRARA, M.A. SANDULLI (diretto da), *Trattato di diritto dell'ambiente*, I, cit., 271 ss.; D. DE PRETIS, *Il codice dell'ambiente e il riparto delle funzioni tra Stato e regioni*, in R. FERRARA, C.E. GALLO (a cura di), *Studi sul codice dell'ambiente*, Torino, 2009; P. MADDALENA, *La giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di tutela ambientale*, in *Riv. giur. edil.*, 2008, 4-5, II, 113 ss.; M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente. Come sistema complesso, adattivo, comune*, Torino, 2007; M.R. SPASIANO, *I soggetti della politica ambientale in Italia*, in AA.Vv., *Ambiente, attività amministrativa e codificazione*, Pubblicazione n. 10 AIDU, Milano, 2006; A. COLAVECCHIO, *La tutela dell'ambiente fra Stato e Regioni: l'ordinamento delle competenze nel prisma della giurisprudenza costituzionale*, in F. GABRIELLI, A.M. NICO (a cura di), *La tutela multilivello dell'ambiente*, Bari, 2005.

Ne deriva, così, una frammentazione con profili di criticità nel riparto delle competenze tra Stato e Regioni, alla quale si affianca una frammentazione delle tipologie procedimentali in materia ambientale, escludendo, pertanto, una possibile struttura unitaria e autonoma di tali procedimenti, ad eccezione di quelli riguardanti la Valutazione d'impatto ambientale, la Valutazione ambientale strategica e l'Auto-rizzazione integrata ambientale<sup>10</sup>. Questi sono istituti, di cui non possiamo occuparci in questa sede, rappresentano l'attuazione più evoluta dei principi generali in materia ambientale e si presentano come strumenti funzionali a un'analisi preventiva ed esauriente dei possibili effetti sull'ambiente dei singoli progetti d'intervento di piani o programmi, dell'esercizio d'impianti. Elemento comune ai tre istituti è il solido ancoraggio ai dettami della sostenibilità, dell'integrazione e della prevenzione, che, a sua volta, riflette una più matura e consapevole concezione dell'ambiente come sistema<sup>11</sup>.

In un quadro procedimentale complesso e frammentario, al di là degli istituti citati, ispirati da logiche sistemiche, d'integrazione, di sosteni-

<sup>10</sup> Da ultimo, sul tema, nell'ampia bibliografia, v. R. FERRARA, A. MILONE, *VIA e VAS*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, V, *Concessioni di lavori e servizi partenariati, precontenzioso e contenzioso*, Milano, 2019, 385 ss., e dottrina e giurisprudenza *ivi* citata.

<sup>11</sup> Approfondisce i diversi schemi di comando e controllo, tra cui VIA, VAS e AIA, e gli strumenti di mercato a tutela dell'ambiente, M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente*, cit., 332 ss., e dottrina e giurisprudenza *ivi* citata; ID., *La cura dell'ambiente tra autorità e mercato*, in D. DE CAROLIS, E. FERRARI, A. POLICE (a cura di), *Ambiente, attività amministrativa e codificazione*, Milano, 2006, 191 ss.; ID., *Strumenti di mercato a tutela dell'ambiente*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, cit., 192 ss.; ID., *Gli strumenti volontari a protezione dell'ambiente*, in R. FERRARA, M.A. SANDULLI (diretto da), *Trattato di diritto dell'ambiente*, II, cit., 336 ss.; M. CAFAGNO, F. FONDERICO, *Riflessione economica e modelli di azione amministrativa e tutela dell'ambiente*, in P. DELL'ANNO, E. PICOZZA (diretto da), *Trattato di diritto dell'ambiente*, cit., I, 487 ss.; F. DE LEONARDIS, *Criteri di sostenibilità energetica e ambientale*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, II, *Soggetti, qualificazione regole comuni alle procedure di gara*, cit., 167 ss.; ID., *Norme di gestione ambientale*, in *L'Amministrativista.it*, 2 gennaio 2017; A. BENEDETTI, *Le certificazioni ambientali*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, cit., 206; ID., *Certezza pubblica e 'certezze' private. Poteri pubblici e certificazioni di mercato*, Milano, 2010; S. GRASSI, *Procedimenti amministrativi a tutela dell'ambiente*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 1505 ss., e dottrina e giurisprudenza *ivi* citata; S. VILLAMENA, *Codice dei contratti pubblici 2006. Nuovo lessico ambientale, clausole ecologiche, sostenibilità, economicità*, in *Riv. giur. edil.*, 2017, 3, II, 101 ss.; M. CALABRÒ, *Le certificazioni di qualità ambientale di prodotto quali fattori di competitività per il made in Italy*, in *Foro. amm.-TAR*, 2009, 2640 ss.; M. OCCHIENA, *Norme di gestione ambientale*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, II, Milano, 2008, 1465 ss.; M. CLARICH, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, in *Annuario AIPDA*, 2006, Milano, 103 ss., in *Dir. pubbl.*, 2007, 219.

bilità, di prevenzione e di precauzione e di partecipazione, è necessario che principi unitari riconducano a sistema la frammentarietà procedimentale a tutela dell'ambiente, la complessità che deriva da un riparto di competenze dai confini non sempre ben definiti e la minuziosità delle discipline di settore a cui segue il proliferare di schemi procedurali, in un sistema di *command and control*, sempre più spesso affiancato da nuovi strumenti di mercato a tutela dell'ambiente, in riferimento ai quali non vengono mai meno le garanzie poste a presidio del corretto esercizio della funzione.

I principi, pertanto, sia nell'ambito d'interventi autoritativi che in riferimento a strumenti mercantili, contribuiscono alla creazione di modelli giuridici unitari, come cornice metodologica di sistema al cui interno dovranno operare le amministrazioni con l'ausilio della scienza e della tecnica, per affrontare la complessità e per orientare le amministrazioni che devono proporre e gestire politiche ambientali in grado di far fronte a eventi non sempre certi, in un contesto di conoscenze e di informazioni in continua evoluzione.

Solo attraverso i principi è possibile coordinare e bilanciare tra loro - perché come sostenuto dalla Corte costituzionale non esiste un 'di-

ritto tiranno<sup>12</sup>, ma un diritto mite<sup>13</sup> - i valori costituzionali e gli interessi

<sup>12</sup> V. Corte cost. 9 aprile 2013, n. 85, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), in cui si afferma che “tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in un rapporto d’integrazione reciproca e non è possibile, pertanto, individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate e in potenziale conflitto tra loro (...). Se così non fosse, si verificherebbe l’illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe ‘tiranno’ nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona. Per le ragioni esposte, non si può condividere l’assunto del rimettente giudice per le indagini preliminari, secondo cui l’aggettivo ‘fondamentale’, contenuto nell’art. 32 Cost., sarebbe rivelatore di un ‘carattere preminente’ del diritto alla salute rispetto a tutti i diritti della persona. Né la definizione, data da questa Corte, dell’ambiente e della salute come ‘valori primari’ (...) implica una ‘rigida’ gerarchia tra diritti fondamentali. La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. La qualificazione come ‘primari’ dei valori dell’ambiente e della salute significa, pertanto, che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato, dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo, secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale”.

Per un commento della sentenza, si rinvia a V. ONIDA, *Un conflitto tra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell’ambiente*, in [www.aic.it](http://www.aic.it); R. BIN, *Giurisdizione o amministrazione, chi deve prevenire i reati ambientali?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*; M. BONI, *Le politiche pubbliche dell’emergenza tra bilanciamento e ‘ragionevole’ compressione dei diritti: brevi riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale sul caso Ilva*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).

Sempre sul *caso Ilva*, in applicazione dei principi europei a tutela dell’ambiente, si rinvia alla sentenza CEDU, Sez. I, 24 gennaio 2019, ric. nn. 54414/13 e 54264/15). La Corte di Strasburgo ha condannato lo Stato italiano nell’ambito di un procedimento avviato da centottanta ricorrenti i quali denunciavano i danni causati dalle immissioni nocive dello stabilimento di Taranto sull’ambiente circostante e di conseguenza sulla popolazione qui insediata, denunciando, altresì, l’inerzia dello Stato nello scongiurare la lesione dei diritti fondamentali dei cittadini, oltre all’assenza di applicazione di misure interne in grado di impedire tale danno. La Corte ha, innanzi tutto, riconosciuto la violazione del diritto dei ricorrenti ad un ambiente salubre (art. 8 della Convenzione) perché residenti in un’area colpita da un grave inquinamento ambientale, come del resto dimostrato da molteplici studi epidemiologici (da ultimo il Rapporto Arpa 2017 e il Rapporto Sentieri 2018). Tali studi hanno confermato la sussistenza di un nesso di causalità tra le emissioni dell’Ilva, l’inquinamento ambientale e il danno arrecato alla salute dei cittadini residenti nei pressi dello stabilimento. Tuttavia, la Corte ha precisato che non rientrava nelle proprie competenze l’individuazione delle misure necessarie e che lo Stato avrebbe dovuto adottare per ridurre il livello di inquinamento, bensì doveva verificare se le autorità nazionali avessero affrontato la questione con il giusto grado di diligenza e i ricorrenti lamentavano proprio l’assenza di tali misure e non, come nel caso *Smalini c. Italia*, il mancato riconoscimento da parte dell’autorità giudiziaria interna del nesso causale tra l’attività dell’Ilva e l’elevato livello di inquinamento. La Corte ha, così, accertato la permanenza della situazione di inquinamento ambientale in grado di mettere in pericolo la salute dei ricorrenti e, in generale, dei residenti della zona circostante l’azienda siderurgica, violando lo Stato, con la propria condotta omissiva, gli artt. 8 e 13 della Convenzione.

<sup>13</sup> In questi termini si esprime G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Milano, Einaudi,

inerenti agli altri settori dell'ordinamento e i principi, si ritiene, ancora di più nella materia ambientale, devono essere considerati dai giudici come norme imperative, coercibili, anche nei confronti delle scelte effettuate dal legislatore<sup>14</sup> perché parte integrante del nostro ordinamento costituzionale, oltre che dell'ordinamento costituzionale europeo<sup>15</sup>.

A questo proposito, è sempre attuale l'insegnamento di Santi Romano<sup>16</sup>, secondo il quale l'*ordinamento* non coincide con l'insieme delle leggi e dei decreti emanati dalle istituzioni che dispongono della relativa competenza; include i meccanismi e gli ingranaggi che regolano i rapporti di forza tra quelle istituzioni, le forme di cooperazione tra di esse, include, altresì, le norme d'apice che disciplinano i rapporti tra la componente organizzativa e quella sociale, ossia i cittadini e le altre figure giuridiche soggettive.

I principi diventano, in questo modo, le uniche possibili linee guida certe in procedimenti complessi, per lo più con un alto grado di discrezionalità tecnica e una costante dinamicità tecnico-scientifica. Solo i principi ambientali sono in grado di supportare le scelte delle amministrazioni in una *società del rischio e dell'emergenza*, come i fatti odierni ben dimostrano, nella quale non sempre è possibile applicare regole generali e astratte predefinite in sede legislativa. In un tale contesto, solo i principi e i procedimenti nei quali essi trovano applicazione sono idonei a garantire un bilanciamento di interessi e di valori diversi, ad esempio interessi economici, sociali, ambientali e legati alla salute dell'individuo.

I principi a cui ci si riferisce, come è noto, sono innanzi tutto con-

---

1992, *passim*, in cui si sostiene che il diritto deve essere la casa di tutti, che riguarda e considera tutti, ma non appartiene in esclusiva a nessuno.

<sup>14</sup> Così A. ROMANO TASSONE, *Legislature e limite dei principi*, in AIPDA, Annuario 2004, Milano, 2005, 209.

<sup>15</sup> M. BERTOLISSI, V. ITALIA, *La semplificazione delle leggi e dei procedimenti amministrativi*, cit., 80, osservano che "i principi nel vigente sistema normativo non sono al di fuori delle norme. Essi sono norme e si pongono in un rapporto particolare con altre norme. Queste ultime, se riguardano la stessa materia o lo stesso settore, sono collegate e dipendenti dal principio, 'seguono' il principio. Le proposizioni che costituiscono il principio sono i 'pilastri' normativi di una determinata materia, condizionano le norme che hanno come oggetto la stessa materia o settore, e, punto rilevante, costituiscono delle 'premesse maggiori' dalle quali si possono derivare altre premesse minori. I principi, per ragioni di materia o di successione temporale, possono vincolare altri principi e norme, anche perché tutti i principi sono norme, mentre non tutte le norme sono principi".

<sup>16</sup> S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1977, *passim*.

tenuti nei Trattati europei<sup>17</sup>, anche sulla base dell'art. 37 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, il quale prescrive che “un livello elevato di tutela dell'ambiente e il miglioramento della sua qualità devono essere integrati nelle politiche dell'Unione e garantiti conformemente al principio dello sviluppo sostenibile”<sup>18</sup>.

Nel Trattato sull'Unione europea si afferma che l'Europa “si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente” (art. 3, par. 3); promuove “il progresso scientifico e tecnologico”, la “solidarietà tra le generazioni”, lo “sviluppo sostenibile della terra” (art. 3, parr. 3 e 4) e nell'esercizio delle competenze “si fonda sui principi di sussidiarietà e proporzionalità” (art. 5). Nel Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea viene statuita la competenza concorrente dell'Unione in materia ambientale e il principio d'integrazione e, ai sensi dell'art. 11, “le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e delle azioni dell'Unione, in particolare nella prospettiva del promuovere lo sviluppo sostenibile”. Vengono, inoltre, fissati i principi che inevitabilmente condizionano e incidono sui procedimenti amministrativi ambientali e all'art. 191, par. 2, si legge che l'azione in materia ambientale si fonda “sui principi di precauzione, dell'azione preventiva, sul principio della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché sul principio di “inquina paga””.

L'art. 191, par. 3, TFUE, indica i criteri per la definizione delle politiche ambientali, l'art. 6, par. 3, TUE, richiama il principio di sussidiarietà e l'art. 193 TFUE statuisce la possibilità di un livello di tutela migliore in sede statale. I principi europei in materia ambientale sono

<sup>17</sup> Sul tema, cfr. M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2011, 177.

<sup>18</sup> S. GRASSI, *Ambiente e Costituzione*, cit., 331, osserva che “i principi fissati nell'ambito delle dichiarazioni internazionali e quelli definiti nei trattati dell'Unione europea si possono classificare in modo da permettere di individuare quelli che sono i tre nodi essenziali della disciplina ambientale, così come si è sviluppata nel nostro ordinamento a partire dagli anni '70. Sin dall'inizio, nei nostri corsi di diritto ambientale, abbiamo distinto: a) i principi che definiscono l'ambiente (e quindi il nodo costituzionale della definizione del perimetro della disciplina per la tutela dell'ambiente); b) i principi che definiscono le azioni a tutela dell'ambiente (e quindi il nodo del rapporto tra le altre politiche e gli altri valori costituzionali rispetto alle politiche e ai valori connessi con la tutela dell'ambiente); c) i principi che definiscono la responsabilità dei soggetti e i modelli organizzativi degli interessi ambientali (con il nodo problematico del rapporto tra centro e periferia e tra pubblico e privato nel perseguimento degli obiettivi di tutela ambientale)”.



parte del nostro ordinamento non solo in virtù dell'esplicito richiamo ad opera dell'art. 1, c. 1, LPA, ai principi dell'ordinamento europeo come principi generali dell'azione amministrativa<sup>19</sup>, ma anche per espressa previsione negli artt. 3 *bis* - 3 *sexies* del Codice, a seguito di modifica con il decreto correttivo n. 4/2008, il d.lgs. n. 128/2010 e la l. n. 116/2014, oltre, ovviamente, alle previsioni di cui agli artt. 10, 11 e 117, c. 1, Cost., che garantiscono l'inserimento nel nostro ordinamento delle norme e dei principi del diritto internazionale e del diritto europeo<sup>20</sup> e, da ultimo, agli artt. 9 e 41 Cost., a seguito della riforma operata dalla l. cost. n. 1/2022<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> Sull'applicazione dei principi dell'ordinamento europeo, si rinvia a G. DELLA CANANEA, *Il rinvio ai principi dell'ordinamento comunitario*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 133, il quale afferma che "si è consolidata la supremazia del diritto comunitario rispetto alle norme dei vari ordinamenti giuridici nazionali, sia pure fatti salvi i rispettivi principi inviolabili, i quali concorrono a formare l'identità costituzionale di ciascuno di quegli ordinamenti. La loro influenza non si manifesta soltanto sull'indirizzo politico e amministrativo. Essi condizionano la legislazione e l'amministrazione e, di riflesso, il controllo esercitato dalle corti e dalle altre istituzioni. La disposizione di cui all'art. 1, c. 1, l. n. 241/1990, ha un preciso rilievo per tre ordini di motivi. Essa non esaurisce la propria rilevanza nel ribadire quanto stabilito dalla disposizione costituzionale, bensì concorre a delineare, sul piano sistemico, una nuova cornice giuridica, perché agisce a livello dei principi. Disponendo un rinvio in termini generali, si discosta da quelli anteriori, aventi un ambito di operatività limitato, e influisce su di esse. Influisce inevitabilmente, altresì, sulle altre disposizioni della l. n. 241/1990, nel senso che impone di scegliere, tra le varie interpretazioni possibili, quelle coerenti con i principi dell'ordinamento comunitario"; ID., *L'Unione europea. Un ordinamento composito*, Roma-Bari, 2003; D.U. GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione Europea: Paradise Lost?*, Torino, 2009; ID., *Le fonti europee*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, cit., 9 ss.; G. GRECO, *L'incidenza del diritto comunitario sugli atti amministrativi nazionali*, in M.P. CHITI, G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2008, II, 934 ss.; A. MASSERA, *I principi generali dell'azione amministrativa tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale*, in *Dir. amm.*, 2005; M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995.

<sup>20</sup> S. GRASSI, *Ambiente e Costituzione*, cit., 331, rileva che "una fondamentale caratteristica del nostro sistema costituzionale, definito dall'Assemblea costituente, è dato dall'apertura internazionale, di cui agli artt. 10 (secondo cui il nostro ordinamento si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute), 11 (in cui la Repubblica accetta i limiti alla propria sovranità per consentire il raggiungimento della giustizia e la pace tra i popoli), 117, c. 1, (che sottopone la legislazione statale e regionale al rispetto degli obblighi internazionali e dell'ordinamento comunitario). Questo principio di apertura internazionale ha consentito l'ingresso nel nostro ordinamento delle norme e dei principi del diritto internazionale e dell'Unione europea per la tutela dell'ambiente".

<sup>21</sup> P. LOGROSCINO, *Economia e ambiente nel 'tempo della Costituzione'*, in *www.federalismi.it*,

## 2. La tutela dell'ambiente tra *command and control* e strumenti di mercato.

Premesso tutto ciò, in un'ottica di tutela ambientale sono diversi gli strumenti giuridici a disposizione e a integrazione di un sistema di garanzie pubblicistiche, secondo una tripartizione che è stata elaborata dalla dottrina che si è occupata dell'argomento<sup>22</sup>.

---

2022, 11, e dottrina e giurisprudenza *ivi* citata; E. FREDIANI, *I sentieri dell'amministrazione 'consulente' in materia ambientale: dalla scoping procedure all'introduzione dell'interpello*, in *Dir. amm.*, 2022, 2, 409; F. DE LEONARDIS, *La transizione ecologica come modello di sviluppo di sistema: spunti sul ruolo delle amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2021, 4, 779; C. FELIZIANI, *Industria e ambiente: il principio di integrazione dalla rivoluzione industriale all'economia circolare*, in *Dir. amm.*, 2020, 4, 843

<sup>22</sup> M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema complesso, adattivo, comune*, cit., 327 ss.; ID., *Strumenti di mercato a tutela dell'ambiente*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, cit., 192 ss.; F. DE LEONARDIS, *Criteri di sostenibilità energetica e ambientale*, in *Trattato sui contratti pubblici*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS (diretto da), *Soggetti, qualificazione, regole comuni alle procedure di gara*, cit., II, 167 ss., e dottrina e giurisprudenza *ivi* citata; S. GRASSI, *Procedimenti amministrativi a tutela dell'ambiente*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 1612 e dottrina e giurisprudenza *ivi* indicata; R. LOMBARDI, *Ambiente e mercato: note minime per una nuova prospettiva d'indagine sui beni comuni*, in R. FERRARA, M.A. SANDULLI (diretto da), *Trattato di diritto dell'ambiente*, cit., I, 67 ss.; M. CAFAGNO, F. FONDERICO, *Riflessione economica e modelli di azione amministrativa a tutela dell'ambiente*, in P. DELL'ANNO, E. PICOZZA (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, cit., II, 500 ss.; S. VILLAMENA, *Codice dei contratti pubblici 2006. Nuovo lessico ambientale, clausole ecologiche, sostenibilità, economicità*, in *Riv. giur. edil.*, 2017, 3, III, 101 ss.; S. VERNILE, *L'autorizzazione integrata ambientale tra obiettivi europei e istanze nazionali: tutela dell'ambiente vs. semplificazione amministrativa e sostenibilità socio-economica*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 1697; F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Gli strumenti economici e consensuali del diritto dell'ambiente*, Napoli, 2011; F. FRACCHIA, *Lo sviluppo sostenibile*, cit., *passim*; G. MASTRODONATO, *Gli strumenti privatistici nella tutela amministrativa dell'ambiente*, in *Riv. giur. amb.*, 2010, 5, 709 ss.; M. MAZZAMUTO, *Diritto dell'ambiente e sistema comunitario delle libertà economiche*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2009, 1571 ss.; A. LOLLI, *L'amministrazione attraverso strumenti economici. Nuove forme di coordinamento tra gli interessi pubblici e privati*, Bologna, 2008; G. BACCELLI, *Analisi economica del diritto dell'ambiente*, in G. DI PLINIO, P. FIMIANI (a cura di), *Principi di diritto ambientale*, Milano, 2008; M. CLARICH, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, in *Annuario AIPDA*, 2006, Milano, 103 ss.; D. SINISCALCO, *L'ambiente globale tra indipendenza e certezza*, in D. SINISCALCO (a cura di), *Lo sviluppo sostenibile: lezioni di economia dell'ambiente*, Torino, 1996; M. BUCELLO, M. CAFAGNO, *Inquinamento*, in *Nuovo Dig. disc. pubbl.*, Torino, 2005, 5; S. NESPOR, *I contratti ambientali: una rassegna critica*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2003, 962 ss.; G. CALABRESI, *La responsabilità civile come diritto della società mista*, in G. ALPA, F. PULITINI, S. RODOTÀ, F. ROMANI (a cura di), *Interpretazione giuridica e analisi economica*, Milano, 1982, 497 ss.; M. BRESSO, *Per un'economia ecologica*, Roma, 2002; G. PANELLA, *Economia e politiche dell'ambiente*, Roma, 2002.

S. GRASSI, *Procedimenti amministrativi a tutela dell'ambiente*, in M.A. SANDULLI (a cura di),

Si possono, così, delineare strumenti di tutela collocabili lungo una linea immaginaria che congiunge da una parte quelli di prevenzione specifica, o collettiva, e, dall'altra, quelli di prevenzione generale, o di mercato<sup>23</sup>. In mezzo, si collocano gli strumenti di prevenzione mista. A tale riguardo, è stato sottolineato in dottrina<sup>24</sup>, come l'ordinamento giuridico dovrebbe operare su scale multiple, così da poter doppiare i *feedback* ambientali e sociali rilevanti a ogni scala, attraverso risposte tra loro coordinate, così che non sfuggano le interdipendenze tra i diversi livelli organizzativi dell'ecosistema e delle collettività umane.

Sono intuibili i vantaggi di un disegno giuridico improntato a logiche di autonomia e di decentramento, non solo di tipo istituzionale, ma anche di tipo sociale ed economico, assestate da flessibili meccanismi collaborativi e partecipativi, con il supporto di un duttile e creativo ricorso alla mescolanza di *autorità e mercato*. Pare questo il pensiero della cd. economia ecologica che caldeggia da tempo una equilibrata sintesi degli strumenti, consapevoli dei loro rispettivi limiti, in un'ottica di sussidiarietà orizzontale che sposti l'attenzione dagli strumenti ai soggetti. Così, i principi di precauzione, di prevenzione, della correzione in via prioritaria alla fonte e dello sviluppo sostenibile costituiscono le regole procedurali e il fondamento anche di strumenti privatistici,

---

*Codice dell'azione amministrativa*, cit., 1612, osserva che “a partire dal V programma di azione comunitaria (1993-2000), si è inserita, accanto alla tradizionale politica del *command and control*, la ricerca di strumenti e pratiche dirette a favorire la partecipazione delle imprese nella strategia dello sviluppo sostenibile e della tutela dell'ambiente. Già nel definire la responsabilità sociale delle imprese, il libro verde pubblicato dalla Commissione europea il 18 luglio 2001 faceva riferimento alla *integrazione volontaria delle preoccupazioni sociali ed ecologiche nelle imprese nelle operazioni commerciali e nei loro rapporti con le parti interessate*. Con particolare riferimento agli interessi ambientali, la responsabilità sociale implica per l'impresa il superamento della semplice ricerca del profitto, attraverso la realizzazione di un contributo volontario alla tutela dell'ambiente mediante prassi e metodi decisionali capaci di integrare, in maniera armonica e coesa, le istanze sociali ed ecologiche nelle operazioni aziendali e nei rapporti con i vari *stakeholder*”.

<sup>23</sup> Il rapporto tra il diritto dell'ambiente e il mercato è sottolineato da M. RENNA, *I principi in materia di tutela dell'ambiente*, in *www.rqda*, 2012, 1-2, in cui si afferma che “il diritto dell'ambiente nacque, perciò, quale fattore strumentale al perseguimento degli obiettivi di uniformazione del mercato; in tal modo esso fortunatamente nacque, anche se è un “marchio”, questo della strumentalità al mercato, da cui il diritto dell'ambiente, ancora oggi, non si è certo del tutto emancipato”; ID., *Ambiente e territorio nell'ordinamento europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2009, 649.

<sup>24</sup> In questi termini, si esprime M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema complesso, adattivo, comune*, cit., 243.

per lo più legati all'attività d'impresa, come i codici di condotta, i rapporti e i bilanci ambientali<sup>25</sup>.

Il sempre più frequente richiamo all'etica e all'equità intergenerazionale<sup>26</sup>, anche nella gestione delle dinamiche economiche, da un lato, fa dubitare della capacità del diritto, da solo, di disciplinare le condotte dell'*homo economicus* globalizzato, dall'altro, contrappone i valori e le regole calibrati sulla tutela della persona e degli interessi generali alle leggi del mercato che perseguono la massimizzazione degli utili, anche a discapito dell'impatto sociale delle modalità con cui questi sono ottenuti. La pretesa autosufficienza ed esaustività dei meccanismi di mercato e della sua mano invisibile, che ha condotto a insostenibili squilibri macroeconomici, infatti, è stata indirettamente contestata dagli interventi dei diritti nazionali e del diritto sovranazionale che hanno percepito le insanabili diseguaglianze sociali e le gravi asimmetrie create da un'economia slegata dall'etica degli affari. Il tentativo di 'eticizzare', per quanto possibile, il sistema capitalistico di produzione della ricchezza ha portato sia a un potenziamento normativo delle discipline di settore – talvolta accusato di paternalismo – sia a individuare una scala di obiettivi di carattere sociale su cui convergere a livello globale sul medio-lungo periodo e da affiancare a quelli individuali del profitto nel breve termine. La meritevolezza delle finalità perseguite tramite la convergenza su interessi di carattere etico e sociale può consentire l'ingresso all'interno dell'ordinamento di nuovi strumenti adottati per raggiungerle, rendendo potenzialmente il diritto un vettore dell'etica all'interno dell'economia moderna.

Il tema della responsabilità sociale d'impresa<sup>27</sup>, in questo senso, non

<sup>25</sup> Su questi strumenti, v. S. GRASSI, *Procedimenti amministrativi a tutela dell'ambiente*, cit., 1618.

<sup>26</sup> Il rapporto tra ambiente ed equità intergenerazionale coinvolge, inevitabilmente, una molteplicità di profili economici, sociologici e giuridici, che trovano nel tema dei *doveri* verso le generazioni future (più che di diritti delle generazioni future) un aspetto estremamente interessante. La più autorevole dottrina preferisce ragionare secondo la prospettiva del dovere costituzionale posto in capo alla comunità escludendo perentoriamente la possibilità di affermare la sussistenza di diritti in capo alle future generazioni, come sottolinea G. D'ARCONZO, *La sostenibilità delle prestazioni previdenziali e la prospettiva della solidarietà intergenerazionale. Al crocevia tra gli art. 38, 81 e 97 Cost.*, in *Rivista Aic*, 2018. Il riferimento è *ex multis*, M. LUCIANI, *Generazioni future, distribuzione temporale della spesa pubblica e vincoli costituzionali*, in R. BIFULCO, A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, 2008, 425; G. ZAGREBELSKY, *Diritti per forza*, Torino, 2017, 125.

<sup>27</sup> R. SOLOW, *An Almost Practical Step toward Sustainability*, Washington, 1992, il quale amplia la definizione di sviluppo sostenibile; L. MICHELINI, *Strategie collaborative per lo*

propone una nuova sfida all'operatore giuridico, ma gli chiede una rilettura attualizzata del rapporto tra diritto, economia ed etica, in cui s'inserisce in modo preponderante il concetto di autonomia, con il quale è necessario confrontarsi al fine di analizzare la relazione che si crea tra la spontaneità della pubblicazione di dichiarazioni con cui l'impresa s'impegna a comportamenti che si spingono oltre la *compliance* normativa e gli effetti che queste *dichiarazioni di sostenibilità*, una volta pubblicate e rese note, producono: analizzando, da un punto di vista giuridico, l'impatto sistematico di taluni profili della *Corporate Social Responsibility*, le modalità attraverso le quali l'imprenditore manifesta la propria volontà di comportarsi in modo socialmente responsabile suscitano immediato interesse e richiedono uno sforzo ricostruttivo che cerchi, quantomeno, di superare la dicotomia assoluta tra responsabilità sociale e responsabilità giuridica.

Le dichiarazioni di impegni socialmente orientati contenute all'interno di documenti di autoregolamentazione quali codici etici e codici di condotta – i principali strumenti attuativi della responsabilità sociale –, del resto, prendono innegabilmente le mosse da una scelta autonoma, libera e volontaria dell'imprenditore.

In definitiva, si chiede ai privati di svolgere funzioni che le amministrazioni non sono sempre in grado di svolgere, tanto più in materia ambientale. D'altra parte, indirizzare i modelli di produzione e anche di consumo verso la sostenibilità ambientale richiede una capillarità e una duttilità che soltanto un adeguato sistema di incentivi è in grado

---

*sviluppo della Corporate Social Responsibility*, Milano, 2007, 30 ss.; R. KORN, *Tutela dell'ambiente, consumatori e responsabilità sociale d'impresa: i nuovi strumenti della sostenibilità aziendale*, in *Contr. impr. eur.*, 2012, 690 e 692; E. FREDIANI, *Lo sviluppo sostenibile: da ossimoro a diritto umano*, in *Quad. cost.*, 2017, 626 ss.; E. CATERINI, *Sostenibilità e ordinamento civile. Per una riproposizione della questione sociale*, Napoli, 2018, 96, secondo il quale, proprio per consentire la piena esplicazione del principio di solidarietà costituzionale, è necessario che “le imprese perseguano una crescita equilibrata fra i profitti e la redistribuzione”; E. BELLISARIO, *La responsabilità sociale delle imprese fra autonomia e autorità privata*, Torino, 2012, 3, la quale sostiene che lo scarso interesse sino ad ora dimostrato dai giuristi per la responsabilità sociale d'impresa trovi giustificazione proprio nella complessità del fenomeno, “oggetto di un singolare intreccio di (auto)regolamentazione privata, (co)regolamentazione pubblica-privata e regolamentazione pubblica”.

A. MCWILLIAMS, D. SIEGEL, *Corporate Social Responsibility: A Theory of the Firm Perspective*, in *Acad. Manag. Rev.*, 2001, 117 ss.; M.L. BARNETT, *Stakeholder Influence Capacity and The Variability of Financial Returns to Corporate Social Responsibility*, in *Acad. Manag. Rev.*, 2007, 794 ss.; F. CARLSSON, J.H. GARCIA, Å. LOFGREN, *Conformity and the Demand for Environmental Goods*, Working Papers in Economics, No. 286, School of Business, Economics and Law, Göteborg University.

di favorire e, quindi, non può essere affidata esclusivamente al sistema di comando e controllo nell'esercizio di una funzione autoritativa. Al tempo stesso, non è possibile affidare la tutela dell'ambiente, anche per una indivisibilità del sistema, alle sole logiche di mercato. Si favorisce, così, una *gestione adattiva e flessibile dell'ambiente*<sup>28</sup>, orientata al perseguimento del principio dello sviluppo sostenibile. L'obiettivo della sostenibilità può essere perseguito solo attraverso una riorganizzazione del sistema generale di regolazione giuridica ed economica, che tenga conto delle finalità economiche e dell'inesauribilità delle risorse ambientali. Deve, quindi, tendersi a modalità di svolgimento delle attività antropiche che non contrastino con il mantenimento della sostenibilità ecologica, attraverso un sostanziale utilizzo congiunto di strumenti di comando e controllo e strumenti economici, in una nuova visione d'insieme<sup>29</sup>.

È in questo contesto che si colloca la linea immaginaria dei possibili strumenti a tutela dell'ambiente con diverse tipologie d'intervento. La prima è conosciuta con l'espressione *command and control*, a cui si è fatto per lo più riferimento nelle pagine precedenti, la quale, come si può facilmente dedurre, prevede una precisa previsione di misure regolatrici e sanzionatorie a cui seguono forme di controllo volte alla verifica della violazione delle prime, con la successiva e consequenziale applicazione delle sanzioni previste<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> Così M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema complesso, adattivo, comune*, cit., 336.

<sup>29</sup> Sul tema, v., altresì, M. MONTINI, F. VOLPE, *La necessità della regolazione per la sostenibilità*, in *Riv. giur. amb.*, 2016, 3-4, 420.

Sul tema, v. A. KOUDATE, G. SAMARITANI (a cura di), *Eco-comanagemenet. Sinergia tra ecologia ed economia dell'impresa*, Milano, 2004, 21, in cui si afferma che "laddove si afferma l'*ecomangement* consente di apprezzare come il mercato sia solo una delle possibili dimensioni attraverso cui la tutela ambientale possa ricevere impulso: se è vero che l'affidamento incondizionato alle logiche negoziali implica un rischio inaccettabile per la collettività, a causa delle incertezze che animano gli scambi e alla difficoltà di fare un utilizzo accorto delle risorse ambientali seguendo le mere logiche del profitto, è anche vero che il mercato rappresenta la sede d'elezione per promuovere effettive ed efficaci politiche ambientali che accedano a paradigmi decisionali di diversificazione del rischio condivisi e noti alla comunità".

<sup>30</sup> *Ex multis*, F. SALVIA, *Gli strumenti giuridici della tutela ambientale*, cit., 209; M. RENNA, *Il sistema degli 'standard ambientali' tra fonti europee e competenze nazionali*, in AA.VV., *L'ambiente nel nuovo Titolo V della Costituzione*, cit., 93, il quale sviluppa la prefissione di *standard* come elemento tipico di ogni apparato di regolazione. *Standard* che si applicano alle emissioni oppure ai corpi recettori, limitativi dei livelli di concentrazione massima tollerata; *standard* relativi ai processi produttivi che si alternano a *standard* sui prodotti. M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema complesso, adattivo, co-*

Dal lato opposto, invece, collochiamo gli strumenti di mercato, fortemente sostenuti a livello europeo<sup>31</sup> e ritenuti dalla dottrina e dal-

---

*mune*, cit., 398, mette in evidenza i limiti degli strumenti imperativi, rilevando che “i modelli di regolazione ambientali basati su divieti rigidi, controlli e sanzioni, presuppongono spesso un quantitativo di informazioni del quale né il legislatore né tantomeno l'amministrazione dispongono. Il deficit crea condizioni di inefficienza, sul piano economico, aggravamento dei costi e dei problemi organizzativi, sul piano amministrativo, indebolimento degli incentivi. Problema ancor più grave è la scarsa conciliabilità con criteri di gestione adattiva e flessibile dei processi ecosistemici. La concomitanza di questi limiti non attenua, ma anzi promette di accentuare, il rischio di *mismatch*, nelle interazioni tra sistema giuridico, sistema economico ed ecosistema. L'ordinamento amministrativo ha progressivamente maturato opportuni correttivi, da un lato modificando le regole generali di formazione dei procedimenti e dei provvedimenti, così da renderle meno inadeguate al trattamento della complessità, dall'altro lato elaborando e raffinando appositi istituti, accomunati dall'intenzionale abbandono dell'approccio riduzionistico alle problematiche ambientali e dalla più chiara ispirazione a logiche sistemiche, di integrazione, sostenibilità, prevenzione e partecipazione. Tra di essi, la valutazione di impatto ambientale, la valutazione ambientale strategica e l'autorizzazione ambientale integrata”; F. FRACCHIA, *I procedimenti amministrativi in materia ambientale*, in A. CROSETTI, R. FERRARA, F. FRACCHIA, N. OLIVETTI RASON, *Introduzione al diritto dell'ambiente*, cit., 207, a questo aggiunge il limite della legislazione ambientale improntata al *command and control* “dato dall'utilizzo di concetti quale quello delle *migliori tecniche disponibili* o di *buona qualità dell'aria*. Il riferimento alle migliori tecniche disponibili ricorre spesso con riguardo alle autorizzazioni in materia ambientale: esse sono definite come ‘la più efficiente e avanzata fase di sviluppo dell'attività e relativi metodi d'esercizio’ per ottenere un elevato livello di protezione dell'ambiente e sono determinate dall'autorità chiamata a rilasciare il provvedimento autorizzatorio tenendo conto (in questo senso esse devono essere ‘disponibili’) sia dallo stato di avanzamento tecnico-scientifico in un dato settore industriale, sia della loro sostenibilità economica (gli imprenditori dovrebbero, cioè, avervi accesso a condizioni ragionevoli. In altri termini, le ‘migliori tecniche disponibili’ rappresentano un parametro flessibile che tenta di coniugare le esigenze di tutela dell'ambiente con quelle imprenditoriali”.

<sup>31</sup> La Commissione europea ha dedicato un Libro verde del 28 marzo 2007, COM (2007) agli “*Strumenti di mercato utilizzati a fini di politica ambientale e ad altri fini connessi*”. In precedenza, la Commissione europea, con la Comunicazione al Consiglio e al Parlamento Europeo, 20 settembre 2000, COM (2000), dal titolo *Conciliare bisogni e responsabilità – L'integrazione delle questioni ambientali nella politica economica*, aveva sottolineato che “gli sforzi di integrazione possono avere molto più successo ammettendo l'importanza dei meccanismi di mercato, considerando che rispetto ad altre forme più tradizionali di regolamentazione, gli strumenti economici utilizzano il mercato per combattere l'inquinamento”.

Così, la decisione n. 1600/2002/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 luglio 2002, che istituisce il Sesto Programma Comunitario e la Comunicazione della Commissione del 24 gennaio 2001, sul Sesto Programma, *Ambiente 2010: il nostro futuro, la nostra scelta*, ritiene necessaria “l'integrazione degli schemi di intervento

## la giurisprudenza per superare i limiti degli strumenti tradizionali<sup>32</sup>,

tradizionali con un approccio strategico, capace di influenzare il processo decisionale negli ambienti imprenditoriali, politici, dei consumatori, dei cittadini”. La Comunicazione propone cinque direttrici nell’azione strategica: “migliorare l’applicazione della legislazione vigente, integrare le tematiche ambientali nelle altre politiche, collaborare con il mercato, coinvolgere i singoli cittadini, modificandone il comportamento, includere la variabile ambientale nelle decisioni in materia di assetto e gestione territoriale”.

La deliberazione del CIPE, *Strategia d’azione per lo sviluppo sostenibile in Italia*, 2 agosto 2002, n. 57, sostiene “un’efficace strategia di azione ambientale richiede il superamento dell’approccio di *comando e controllo* e la promozione di comportamenti volontari da parte di tutti gli attori sociali. Inoltre, occorre una rivisitazione degli strumenti della politica ambientale in direzione del miglioramento della legislazione di protezione ambientale e della sua applicazione; dell’integrazione dell’ambiente nelle politiche di settore e nei mercati; dell’attuazione della riforma fiscale ecologica; della mitigazione delle esternalità ambientali e della eliminazione dei sussidi perversi; della introduzione della compatibilità ambientale; della maggiore efficacia dei processi di informazione e partecipazione del pubblico; della crescita del ruolo decisionale dei cittadini; dello sviluppo della ricerca scientifica e tecnologica; della formazione e dell’informazione”.

La stessa legge delega 15 dicembre 2004, n. 308, all’art. 1, c. 8, tra i criteri direttivi indica: *d)* sviluppo e coordinamento, con l’invarianza del gettito, delle misure e degli interventi che prevedono incentivi e disincentivi, finanziari o fiscali, volti a sostenere, ai fini della compatibilità ambientale, l’introduzione e l’adozione delle migliori tecnologie disponibili (...) nonché il risparmio e l’efficienza energetica, e a rendere più efficienti le azioni a tutela dell’ambiente e di sostenibilità dello sviluppo, anche attraverso strumenti economici, finanziari e fiscali (...); *n)* adozione di strumenti economici volti ad incentivare le piccole e medie imprese ad aderire ai sistemi di certificazione ambientale (...).

<sup>32</sup> Sulla coerenza del principio di precauzione a tutela della salute umana e dell’ambiente e come volano dell’economia, *ex multis*, TAR Lazio, Roma, Sez. I *quater*, 28 agosto 2017, n. 9442, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), in cui si afferma che “il perseguimento del profitto imprenditoriale, che è il motore dell’economia, non deve mai essere disgiunto né andare a discapito dell’interesse pubblico alla tutela dell’ambiente e della salute dei cittadini. Tale interesse, in ossequio al principio di precauzione, va, infatti, protetto non solo perché tocca diritti costituzionalmente garantiti, ma anche perché rappresenta, se adeguatamente tutelato, anch’esso volano dell’economia, quantomeno di pari rango, nella misura in cui previene, evitandole, le pesanti ricadute in termini di costi a carico della collettività per bonifiche e cure sanitarie (spesso inefficaci) conseguenti a inquinamenti ambientali e danni alla salute”.

In dottrina, F. FONDERICO, *Limiti e standard*, in R. FERRARA, M.A. SANDULLI (diretto da), *Trattato di diritto dell’ambiente*, cit., II, 62, afferma che “la ribadita necessità dello strumento degli standard giunge però in un momento in cui sono diventate più evidenti le criticità e i limiti del modello attuale di regolazione. I problemi, per un verso, sono oggettivi, come la natura complessa e la scala fisica e temporale dei nuovi rischi ambientali, la carenza e l’incertezza delle conoscenze scientifiche, i li-



vale a dire quelli che si pongono l'obiettivo della cd. *internalizzazione* dei costi relativi agli eventuali danni cagionati all'ambiente<sup>33</sup>, in capo

---

miti previsionali connaturati ai tradizionali sistemi di *risk analysis*, le conseguenze internazionali dell'applicazione degli strumenti di *command and control*, la difficoltà di conciliare interessi pubblici e privati eterogenei e contrastanti in condizione di rischio e di incertezze. Per altro verso, derivano dall'erosione della pubblica fiducia nella oggettività e nell'imparzialità delle valutazioni scientifiche e tecniche, che pure costituiscono la base essenziale della determinazione degli standard, ormai diffusamente percepite per quello che sono: il frutto di scelte convenzionali e discutibili, in quanto determinate dal contesto e da opzioni valoriali spesso non esplicite. Da qui l'esigenza, non ancora sufficientemente soddisfatta a livello ordinamentale di un più esteso approccio precauzionale che garantisca nei procedimenti di determinazione degli standard la distinzione organizzativa e funzionale fra le fasi di analisi e di gestione del rischio ambientale, l'*accountability* dei decisori, la trasparenza e la massima partecipazione degli *stakeholders* e più in generale del pubblico".

Sui limiti degli *standard*, v. anche S. GRASSI, M. CECCHETTI (a cura di), *Governo dell'ambiente e formazione delle norme tecniche*, Milano, 2006, *passim*; G. PANELLA, *Economie e politiche dell'ambiente*, Roma, 2007, *passim*.

<sup>33</sup> Le politiche ambientali seguono l'obiettivo di correggere malfunzionamenti del mercato. Un economista che affronta il problema degli interventi in campo ambientale, lo fa utilizzando la categoria delle esternalità per cui l'inquinamento non è altro che un trasferimento di costi da un soggetto ad un altro. Le esternalità sono generate da comportamenti di soggetti (consumatori e imprese) che condizionano in modo positivo o negativo le decisioni degli altri. Le esternalità conducono a fallimenti del mercato per vari motivi, primo fra tutti il fatto che gli individui operano con riferimento a costi e benefici privati che sono molto spesso divergenti rispetto a quelli sociali. Occorrono allora degli interventi volti a internalizzare gli effetti dell'attività produttiva o di consumo sui terzi per far funzionare il mercato. Per analizzare a livello teorico le esternalità, si può fare l'esempio dell'inquinamento di un'impresa che produce danni in termini di emissioni dannose per gli abitanti dell'area vicina al sito di produzione. L'impresa ha interesse a mantenere elevati livelli di produzione; si tratta, dunque, di un interesse privato che non considera gli interessi sociali, che sono invece rappresentati dall'interesse degli abitanti alla salubrità dell'ambiente.

Si ha quindi un trasferimento di costi sulla popolazione in termini di emissioni inquinanti dall'impresa agli abitanti e occorre un intervento per internalizzare questi costi, facendoli rientrare tra quelli dell'impresa, che deve alla fine pagare tutte le conseguenze della sua produzione. Quello che interessa all'economista è proprio l'intervento su questi fallimenti per far sì che i costi esternalizzati vengano invece sostenuti dall'impresa. L'obiettivo è quello d'individuare gli strumenti d'internalizzazione e successivamente quali siano gli strumenti più efficienti in relazione all'obiettivo di ritrasferimento di costi. È inefficiente uno strumento che comporti un trasferimento di costi per l'impresa troppo basso poiché l'impresa riesce in ogni modo ad esternalizzare una parte dei costi, ma è anche inefficiente un trasferimento troppo alto perché questo potrebbe disincentivare alcuni settori produttivi. Se ci si sposta dal lato delle vittime, in altre parole di chi subisce gli effetti delle esternalità ambientali, esiste un altro problema di fallimento del mercato, poiché l'ambiente è un bene pubblico.

a soggetti, per lo più operatori economici, che esercitano un'attività almeno potenzialmente lesiva per l'ambiente, al fine di incentivarli alla predisposizione di strumenti idonei per impedire, o quantomeno limitare, le conseguenze pregiudizievoli per l'ambiente connesse alla propria attività e dovendo, altresì, sopportare le spese per ripristinare lo *status quo ante* al verificarsi di un danno. In ogni caso, gli strumenti economici mirano a incentivare e a valorizzare i comportamenti virtuosi degli operatori economici, inducendoli a effettuare un calcolo dei costi legati ai vari comportamenti ipotizzabili con la prospettiva d'incentivare quelli maggiormente compatibili con le esigenze di tutela dell'ambiente<sup>34</sup>.

Questi strumenti stimolano, quindi, la risposta individuale, correggendo i meccanismi di funzionamento di mercato<sup>35</sup> e la variabile am-

<sup>34</sup> A. FARI, *La sussidiarietà orizzontale in materia ambientale: il ruolo dei privati e l'esercizio di funzioni pubbliche*, cit., 2, osserva che "preso atto che i veri problemi che causano danni all'ambiente sono da ricercarsi negli attuali modelli di consumo e di comportamento, si è ritenuto necessario affiancare agli strumenti regolativi tradizionali intesi a fissare i livelli di base della protezione della salute dei cittadini e dell'ambiente, in particolare in situazione di rischio, agli strumenti orizzontali ed ai meccanismi di sostegno finanziario, anche quegli strumenti di mercato miranti a sensibilizzare produttori e consumatori ad un uso responsabile delle risorse naturali e ad evitare l'inquinamento e la produzione di rifiuti mediante l'internalizzazione dei costi ambientali esterni, in modo di riequilibrare i prezzi affinché le merci e i servizi più ecologici non risultassero svantaggiati rispetto ai loro concorrenti più inquinanti o che producono più rifiuti".

<sup>35</sup> In questi termini, v. F. FRACCHIA, *I procedimenti amministrativi in materia ambientale*, in A. CROSETTI, R. FERRARA, F. FRACCHIA, N. OLIVETTI RASON, *Introduzione al diritto dell'ambiente*, cit., 207.

Se il mercato entra nell'alveo della tutela ambientale, gli esempi di strumenti di tal genere sono diversi e numerosi: marchi di qualità ecologica, certificazioni di qualità ambientale, incentivi alla produzione di prodotti ecocompatibili, mercati artificiali di permessi e certificati negoziabili, appalti verdi; ma anche sussidi per costruzione e/o ammodernamento di impianti depurativi e disinquinanti, tassazione in caso di emissioni inquinanti, acque reflue, prodotti pericolosi e inquinanti. Fattispecie che dimostrano come le imprese siano sempre più tenute a produrre, tutelando nel contempo l'ambiente, oltre a farsi carico delle proprie esternalità negative. È evidente la differenza tra i vari strumenti economici di tutela ambientale, in quanto se alcuni prescindono dall'adozione di misure autoritative da parte delle autorità pubbliche, che si fanno al più promotrici di tali strumenti, altri richiedono, invece, l'intervento diretto dello Stato per essere attuate. Inoltre, tra gli interventi regolatori dello Stato, se alcuni hanno una funzione meramente correttiva del mercato, altri creano *ab origine* mercati artificiali. Il mercato entra nell'orbita della tutela ambientale anche mediante i rifiuti, sostanze ed elementi che all'interno di un ciclo di trasformazione-recupero divengono materia utile per produzioni di diverso genere. Il rifiuto rivitalizzato

bientale rappresenta un aspetto sempre più apprezzato nei processi di scambio, capace di orientarli e di funzionalizzare il mercato stesso allo scopo della tutela ambientale, mediante una sinergia tra pubblico e privato, ovvero tra Stato e mercato<sup>36</sup>.

Tra questi strumenti, alcuni vengono definiti puri, come ad esempio i marchi e le attestazioni ecologiche, per i quali il ruolo dell'amministrazione è limitato a una funzione certificativa e in parte informativa. Conclusa questa attività, le conseguenze effettive, positive o meno, potranno essere valutate sulla base del concreto rapporto tra produttore e consumatore nell'ambito del mercato di riferimento<sup>37</sup>.

Tra gli strumenti propriamente autoritativi e quelli puramente mercantili, si trovano strumenti misti, i quali prevedono una regolazione normativa e amministrativa dettagliata, ma, allo stesso tempo, si permette all'operatore economico di fare delle scelte sulla base di criteri

---

rientra, così, nel circuito economico in una veste rinnovata. In tal modo 'rifiuti' e 'mercato' non risultano più antagonisti dell'ambiente, ma si collegano allo stesso, secondo una logica circolare ed assimilabile, seppure in senso lato, ad un rapporto deterministico di causa-effetto. In materia, è la Direttiva n. 2008/98/CE ad occuparsi della regolamentazione dei rifiuti nell'UE, pur essendo stata modificata -insieme ad altre minori più specifiche-dalle quattro direttive UE del 'pacchetto economia circolare' entrate in vigore nel luglio 2018, che l'Italia e gli altri stati membri dovranno recepire entro il 2020. Le previsioni riguardano nuove soglie di riciclo entro i prossimi 5-10-20 anni per tutta una serie di rifiuti. A livello interno, le norme di riferimento sono, invece, contenute nel Codice dell'Ambiente di recente novellato, che subirà ulteriori modifiche proprio a seguito delle direttive predette. In ogni modo, stando alla disciplina vigente, due sono gli obiettivi perseguiti dalla legge: la riduzione della produzione di rifiuti e contestualmente il recupero dell'aspetto vitale, per divenire materia prima o secondaria che entra o rientra nel ciclo produttivo; il tutto in un'ottica volta a ridurre sprechi, economizzare nei processi produttivi, tutelare la salute umana e l'ambiente, quali istanze intercettate dal legislatore a diversi livelli.

<sup>36</sup> A. FARÌ, *La sussidiarietà orizzontale in materia ambientale: il ruolo dei privati e l'esercizio delle funzioni pubbliche*, cit., 3, osserva che "orientare il mercato determinando un giusto prezzo per risorse e servizi ambientali ed evidenziando specularmente, i costi occulti delle attività inquinanti, rappresenta senza dubbio una finalità da perseguire, secondo quanto affermato dalle teorie economiche sulla gestione dei beni comuni, quegli obiettivi di sostenibilità ambientale all'attenzione del panorama internazionale ed europeo, che permettono di arginare la mancanza di senso di responsabilità degli operatori economici e della collettività fruitrice di beni e servizi".

<sup>37</sup> M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema complesso, adattivo, comune*, cit., 329, osserva che "queste misure presuppongono dunque un certo grado di fiducia nel discernimento delle imprese e dei loro clienti e nel funzionamento del mercato. A condizione che imprese e consumatori siano effettivamente capaci di giudizi ponderati, sono tecniche promettenti, all'occorrenza abbinabili alle forme di intervento più consuete".

di convenienza economica personale. Il riferimento è ai cd. *appalti verdi*, o *Green Public Procurement - GPP*<sup>38</sup>, i quali prevedono l'inserimento

<sup>38</sup> L'introduzione degli 'appalti verdi', consistenti nell'assegnazione da parte delle amministrazioni aggiudicatrici un peso sostanziale ai profili ambientali nella valutazione delle offerte concorrenti all'aggiudicazione dei pubblici appalti, è il frutto della presa di coscienza del fatto che "in Europa gli enti pubblici sono i maggiori consumatori; spendono, infatti, circa il 16% del prodotto interno lordo dell'Unione europea (ovvero un importo pari a metà del PIL della Germania", sicché parlare di acquisti verdi "significa anche fornire un esempio, influenzare il mercato, (...) offrire all'industria incentivi concreti per lo sviluppo di tecnologie verdi" e, considerando i costi del ciclo di vita di un appalto, "risparmiare materiali ed energia, ridurre la quantità di rifiuti, ridurre l'inquinamento". Così Commissione europea, *Acquistare verde. Un manuale sugli appalti pubblici ecocompatibili*, Lussemburgo, 2005.

Ai sensi dell'art. 34, d.lgs. n. 50/2016, Codice dei contratti pubblici, "1. *Le stazioni appaltanti contribuiscono al conseguimento degli obiettivi ambientali previsti dal Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione attraverso l'inserimento, nella documentazione progettuale e di gara, almeno delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute nei criteri ambientali minimi adottati con decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare (...)* 2. *I criteri ambientali minimi definiti dal decreto di cui al comma 1, in particolare i criteri premianti, sono tenuti in considerazione anche ai fini della stesura dei documenti di gara per l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'articolo 95, comma 6. (...)* 3. *L'obbligo di cui ai commi 1 e 2 si applica per gli affidamenti di qualunque importo, relativamente alle categorie di forniture e di affidamenti di servizi e lavori oggetto dei criteri ambientali minimi adottati nell'ambito del citato Piano d'azione*".

In dottrina, per tutti, v. F. DE LEONARDIS, *Criteri di sostenibilità energetica e ambientale*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici, Soggetti, qualificazione, regole comuni alle procedure di gara*, cit., II, 167, e dottrina e giurisprudenza *ivi* citata. Sul tema, M. OCCHIENA, *Norme di gestione ambientale*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, cit., II, 1465 ss., rileva che "(...) acquistando dal *mercato verde* le amministrazioni finirebbero non solo con lo sviluppare la circolazione dei beni e servizi ecocompatibili o a basso impatto ambientale, ma anche con l'incentivare la *produzione verde*, orientando e modificando i cicli produttivi delle imprese".

G. BELLOMO, *Il Green Public Procurement nell'ordinamento multilivello ambientale*, in *Dir. pubbl. comp. europeo*, 2008, 2, 940, osserva che "con l'adozione del GPP (Green Public Procurement), le Pubbliche Amministrazioni modificano i propri stili di consumo e di conseguenza forniscono al mercato un forte stimolo verso il cambiamento dei modi di produzione. Se, infatti, esse decidono di sostituire i prodotti e i servizi di cui fanno normalmente uso con altri a minore impatto ambientale i fornitori, per non perdere quote di mercato, sono spinti a rivedere i processi produttivi e le caratteristiche dei propri prodotti (...). Più in dettaglio, se gli appalti delle pubbliche amministrazioni aumentano la domanda globale di beni a basso impatto ambientale, le imprese saranno incentivate, nel medio-lungo periodo, a introdurre innovazioni (tecnologiche, gestionali, organizzative ecc.) che consentano di produrre tali beni a costi più bassi; si metterebbe così in moto un circolo virtuoso poiché le imprese che producono i beni con alto impatto ambientale, venendo meno e perdendo quote di mercato a favore

di clausole di tipo ambientale nelle diverse fasi delle procedure di acquisto effettuate dall'amministrazione, al fine di garantire che i beni e i servizi recuperati dal mercato siano il più possibile conformi ai principi a tutela dell'ambiente e, in modo particolare, a quello dello sviluppo sostenibile. Così, è stato da tempo definito dal Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, considerando che mediante tale approccio le amministrazioni inseriscono i criteri ambientali minimi in tutte le fasi delle procedure di acquisto, incentivando la diffusione di tecnologie ambientali e la produzione di prodotti ecocompatibili, favorendo la ricerca e la scelta di strumenti che abbiano un impatto minimo sull'ambiente lungo tutto il ciclo di vita<sup>39</sup>. In definitiva, il tema degli strumenti economici di tutela ambientale assurge, allora, a criterio guida dei principali documenti europei e nazionali concernenti la programmazione ambientale e lo sviluppo sostenibile. La disciplina di alcuni settori rivela il maggior favore con cui il legislatore è incline a trattare le imprese che soddisfano *standards* ecosostenibili. Gli interventi sul tema *Green Public Procurement* sono l'esempio più evidente di come gli aspetti ambientali e, in senso lato, di sostenibilità abbiano una sfera di incidenza nei rapporti tra l'impresa e i soggetti con i quali la stessa interagisce.

Pare opportuno, quindi, concludere la nostra ricerca sul silenzio assenso in materia ambientale, in cui si è cercato di sottolineare la pericolosità insita nel voler superare schemi e procedure tradizionali dell'agire amministrativo, con una riflessione su alcuni strumenti di mercato a tutela dell'ambiente, nel cui impiego, pur cambiando il ruolo assunto dall'amministrazione rispetto ai tradizionali strumenti di regolazione, attraverso il comando e il controllo, non viene meno la rilevanza dei principi europei e nazionali a tutela dell'ambiente e il ruolo stesso dell'amministrazione, nell'esplicazione delle proprie

---

delle imprese 'verdi' a mano a mano che queste riescono a ridurre i costi di produzione, abbandonano un po' alla volta quei mercati per convertirsi alla realizzazione dei beni a più basso impatto ambientale".

<sup>39</sup> M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema complesso, adattivo, comune*, cit., 434, individua nell'incertezza un limite degli strumenti di mercato, non potendo "rimettere al mercato la determinazione dell'entità dei pericoli che una società può correre, a fronte di incertezze irrisolvibili né, ovviamente, la stima di beni primari come la vita o la salute", oltre al limite della "necessità di adeguare lo strumento economico alla complessità dei problemi ambientali che tende a rendere problematico il conflitto con la necessità di serbare il grado di semplicità occorrente a fluidificare il funzionamento del mercato".

competenze<sup>40</sup>. Ed è ancora più interessante sottolineare come l'obiettivo degli strumenti di mercato d'internalizzare i costi dei possibili danni cagionati all'ambiente dalle imprese, responsabilizzandole per una condivisione ecostenibile<sup>41</sup>, contrasti, in modo negativo, con l'istituto del silenzio assenso, *ex* art. 17 *bis*, c. 3, l. n. 241/1990<sup>42</sup>, che, allo stesso tempo, si muove in una direzione opposta, esternalizzando tali costi che vengono fatti ricadere sulla collettività, con una non condivisibile deresponsabilizzazione delle amministrazioni preposte alla cura dell'interesse ambientale e una deresponsabilizzazione dei suoi dipendenti, i quali, o per mancanza di competenze ambientali, o per paura di decidere, nell'ambito di un quadro normativo ipertrofico, preferiscono non decidere. Pare, quindi, utile soffermarsi su strumenti che, proprio nel tentativo di responsabilizzare le imprese, sono parte delle strategie aziendali, nell'affrontare le quali le aziende si devono ispirare comunque ai principi a tutela ambientale affermati a livello comunitario. Tale obbligo diventa ancor più stringente se leggiamo

<sup>40</sup> È ormai consolidato l'orientamento del giudice regolatore della giurisdizione, secondo il quale "sulla configurazione di spazi discrezionali svolgono un essenziale effetto conformatore i principi di economicità e di efficacia, contenuti nella l. 7 agosto 1990, n. 241, art. 1, i quali, anche per l'attività regolata dal diritto pubblico, costituiscono un ulteriore limite alla libertà di valutazione conferita alla pubblica amministrazione, (...) non alla stregua di un vincolo ad un generale dovere (quale quello del perseguimento del pubblico interesse affidato al singolo organo amministrativo, (...)) ma di vere e proprie regole giuridiche, la cui inosservanza può dar luogo alla misura, corretta o repressiva, che il giudice deve applicare ad esito di una verifica. Tali principi, quindi, costituiscono una regola di legittimità dell'azione amministrativa, la cui osservanza può essere oggetto di un sindacato giurisdizionale, non potendo, altresì, la verifica di tale legittimità prescindere dalla valutazione del rapporto tra gli obiettivi conseguiti e i costi sostenuti".

In questi termini, v. Cass., Sez. un., 13 giugno 2011, n. 12902; Cass., Sez. un., 28 marzo 2006, n. 7024.

<sup>41</sup> In un'ottica d'implementazione, la dimensione ecologica e quella socio-economica devono essere considerate cardini inscindibili dello sviluppo, in una visione d'interdipendenza che responsabilizzi produttori e consumatori. In tale ottica s'inseriscono le nuove misure di tutela dell'ambiente attraverso il mercato, intese sia come orientamento dei mercati già esistenti da parte dell'amministrazione, sia come creazione di nuovi mercati artificiali, in una economia definita circolare. Il legislatore è chiamato ad approcciarsi alla salvaguardia dell'ambiente non più dall'esterno, ma dall'interno. Emerge, così, il nuovo sistema delle certificazioni di processo e di prodotto, del *green public procurement*, della fiscalità ambientale, dei permessi negoziabili, dei certificati verdi e dei certificati bianchi, delle nuove modalità di responsabilità del produttore nei confronti del consumatore, anche attraverso una comunicazione più trasparente e aperta alla diffusione di informazioni ambientali.

l'art. 3 *ter* del Codice, il quale pone a carico di tutti, sia soggetti pubblici, che soggetti privati, comprese le imprese, di conformare la propria azione ai principi di precauzione, di prevenzione, di correzione in via prioritaria alla fonte e al principio del *chi inquina paga*. Pertanto, la progressiva trasformazione delle attività amministrative in settori sensibili, quale l'ambiente, dalla modalità classica del *command and control* a quella che impiega strumenti mercantili, in tutte le sue declinazioni, non ha fatto venire meno le garanzie poste a presidio del corretto esercizio della funzione mediante il procedimento amministrativo, quali la trasparenza, la partecipazione, il contraddittorio e la motivazione, ma paradossalmente le ha rafforzate. Giacché, la 'nuova' funzione di regolazione assunta dall'amministrazione ambientale nell'impiego degli strumenti di mercato, da una parte, determina l'effetto di riduzione del principio di tipicità dei provvedimenti, dall'altra, per una neutralità che l'amministrazione viene ad assumere nei confronti di tali strumenti e degli operatori che li impiegano, si accrescono forme di partecipazione e di confronto che consentano la piena emersione degli interessi coinvolti e una più compiuta rappresentazione degli elementi di fatto in base ai quali dovranno essere fondate le migliori scelte possibili da parte dell'autorità procedente. Si sono sviluppati in questo modo strumenti e procedimenti mediante i quali si è favorita un'ampia partecipazione delle imprese al processo di cogestione della tutela ambientale, in un'ottica di responsabilità sociale d'impresa, individuando, da parte delle imprese, le migliori soluzioni aziendali compatibili sul piano ambientale, che, in una certa misura, riconducono alle migliori tecnologie possibili a cui devono fare ricorso le amministrazioni ambientali nella loro tradizionale e ordinaria azione amministrativa, sempre ispirata ai principi europei a tutela dell'ambiente. A questo, si aggiunga la rilevanza dei procedimenti amministrativi mediante i quali si attivano forme di monitoraggio e di controllo da parte dell'amministrazione al fine di verificare il rispetto delle prescrizioni e delle condizioni che hanno condotto al rilascio di una certificazione ovvero all'aggiudicazione di una gara d'appalto. I controlli, nei confronti dei quali parte della dottrina ha messo in evidenza le difficoltà<sup>43</sup>, consentono d'intervenire tempestivamente per la revisione o l'adozione di provvedimenti necessari per far fronte a possibili mutamenti delle situazioni ambientali e ciò rende indispensabile la definizione di procedimenti nei quali lo scambio d'informazioni e

<sup>43</sup> S. GRASSI, *Procedimenti amministrativi a tutela dell'ambiente*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 1548.

le forme di collaborazione tra l'amministrazione, i gestori e le imprese siano particolarmente sviluppati. Una dinamicità insita nel principio dello sviluppo sostenibile, la cui misurazione opera necessariamente in una dimensione diacronica, ossia non deve essere misurata solo in un dato momento iniziale, ma dovrà essere monitorato progressivamente per intervalli di tempo via via consecutivi, mantenendo le stesse condizioni di protezione ambientale tra presente e futuro.

È, quindi, proprio il principio dello sviluppo sostenibile ad assumere un ruolo centrale nell'ambito degli strumenti di mercato, sia come criterio ispiratore, sia come finalità da perseguire nell'*iter* di attuazione del principio d'integrazione di matrice comunitaria. La sua soddisfazione impone che il tasso di utilizzazione delle risorse rinnovabili non sia superiore al loro tasso di rigenerazione; l'immissione di sostanze inquinanti e di scorie nell'ambiente non superi la capacità di carico dell'ambiente stesso; lo *stock* di risorse non rinnovabili resti costante nel tempo. Ogni politica di sviluppo dovrà essere delineata sulla base della capacità di carico dell'ecosistema, affinché le esigenze della generazione presente siano soddisfatte senza compromettere le opportunità delle generazioni future<sup>44</sup>.

Il principio dello sviluppo sostenibile diventa, così, un criterio applicativo di dettaglio nelle norme di settore e nei singoli provvedimenti attuativi, risvegliando la mai sopita questione della prevalenza della politica sull'economia e che ha trovato spazio anche nella scelta di tutelare l'ambiente attraverso strumenti di mercato, con particolare riguardo per i cd. appalti verdi. Difatti, attraverso questo strumento, si è scelto di subordinare il principio di economicità alla tutela dell'ambiente e della salute, guidati dal principio dello sviluppo sostenibile; scelta che pare ancor più rilevante se contestualizzata, in modo particolare, in un periodo di crisi finanziaria, a partire dal 2008, a cui si è aggiunta, oggi, una situazione di emergenza sanitaria per la pandemia da Covid-19, situazioni che oggettivamente spingerebbero a scegliere acquisti con il minor costo possibile.

Una subordinazione dell'economicità alla tutela dell'interesse ambientale che non è libera<sup>45</sup>. Pare così di rilievo, tornando sul tema

<sup>44</sup> In questi termini, G.H. BRUNDTLAND, *Il futuro di tutti noi. Rapporto della Commissione mondiale per l'ambiente e lo sviluppo*, Milano, 1989.

<sup>45</sup> M. PENNASILICO, *Sviluppo sostenibile e 'contratto ecologico', un altro modo di soddisfare i bisogni*, in M. PENNASILICO (a cura di), *Contratto e ambiente. L'analisi 'ecologica' del diritto contrattuale*, Napoli, 2016, 287 ss. e in *Rass. dir. civ.*, 2016, 1301 s., il quale ricorda che il principio di economicità posto alla base dell'attività economica dell'amministrazione è stato in



della centralità del ruolo dei principi e dell'amministrazione anche nell'applicazione degli strumenti di mercato, il principio di proporzionalità, in ragione del quale si potrà considerare legittima o meno la prevalenza degli strumenti a tutela dell'ambiente e del principio dello sviluppo sostenibile rispetto all'economicità, qualora tale scelta abbia il carattere della idoneità e della proporzionalità rispetto al fine perseguito. Una volta soddisfatta tale condizione, bisognerà valutare se la misura prescelta sia anche necessaria e, infine, spetterà all'amministrazione effettuare un bilanciamento e una ponderazione tra tutti gli interessi e i valori presi in considerazione.

Una valutazione per così dire trifasica del principio di proporzionalità applicata al rapporto tra economicità e tutela dell'ambiente che diventa di estrema rilevanza se consideriamo che le scelte ambientalmente sostenibili avranno delle conseguenze sulla politica dei prezzi che a sua volta si rifletterà sugli utenti dei servizi e sui contribuenti in generale, in luogo degli oneri derivanti dagli strumenti di *command and control* che ricadono sulla fiscalità generale. Pare evidente, quindi, che una deroga al principio di economicità per l'applicazione del principio dello sviluppo sostenibile comporta una spesa maggiore per gli amministrati, con il vantaggio, al contempo di un miglioramento della qualità ambientale e di migliori condizioni di vita delle popolazioni presenti e future.

Da qui si può concludere, prima di riflettere su alcuni strumenti di mercato a tutela dell'ambiente, che sia il sistema di *command and control*, sia gli *strumenti di mercato* siano importanti nella tutela dell'interesse ambientale, superando, attraverso l'impiego di uno, i limiti applicativi dell'altro<sup>46</sup>. Gli strumenti di mercato sono necessari per superare le problematiche del sistema di *command and control*, con particolare attenzione al suo forte limite nel non sapere adeguare gli obblighi derivanti

---

qualche modo relativizzato sulla base delle Direttive 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione e 2014/24/UE sugli appalti pubblici, che subordinano l'economicità in senso stretto e tecnico alla promozione dello sviluppo sostenibile.

<sup>46</sup> A. FARI, *La sussidiarietà in materia ambientale: il ruolo dei privati e l'esercizio delle funzioni pubbliche*, cit., 6, in cui si afferma che "è ormai molto nota e dibattuta l'analisi degli strumenti autoritativi (*command and control*) e della loro complementarietà con quelli definiti 'di mercato'. Gli studi in proposito sono ormai molti e di gran pregio, e nella loro versione più recente hanno certamente sancito, d'accordo con le teorie economiche sulla gestione dei c.d. beni comuni, che la via più efficace per gestire un bene così mutevole e complesso come quello ambientale è rappresentata dal *mix* di strumenti, senza poter stabilire a priori la preferibilità di un tipo di strumento rispetto all'altro".

da atti autoritativi alle capacità e alle specificità dei singoli operatori economici. Allo stesso tempo, gli strumenti di mercato non sono di per sé in grado di perseguire il principio dello sviluppo sostenibile, necessitando comunque un intervento pubblico mediante forme di regolazione esterna e mediante importanti attività di controllo, che solo un'attività pubblica autoritativa può garantire. Deve essere, quindi, cercato un equilibrio, già in sede legislativa, e poi in sede amministrativa, tra strumenti diversi, e per questo, ai sensi dell'art. 3 *quater*, c. 2, del Codice, "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 d'interessi pubblici e privati connotata da discrezionalità gli interessi alla tutela dell'ambiente e del patrimonio culturale devono essere oggetto di prioritaria considerazione"<sup>47</sup>.

### 3. Gli appalti verdi, i criteri ambientali minimi e il principio dello sviluppo sostenibile

Gli *appalti verdi* (o *Green Public Procurement*, GPP)<sup>48</sup> sono strumenti giuri-

<sup>47</sup> S. GRASSI, *Ambiente e Costituzione*, cit., osserva che "l'art. 3 *ter* prevede che i principi di azione per la tutela dell'ambiente devono essere rispettati da tutti i soggetti che in qualche modo possono assumere una responsabilità nei confronti dei valori ambientali. Il 'principio dell'azione ambientale' dettato dall'art. 3 *ter* ("la tutela dell'ambiente e degli ecosistemi naturali e del patrimonio culturale deve essere garantita da tutti gli enti pubblici e privati e dalle persone fisiche e giuridiche pubbliche o private, mediante una adeguata azione che sia informata ai principi della precauzione, dell'azione preventiva, della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché al principio 'chi inquina paga' che, ai sensi dell'articolo 174, c. 2, del Trattato delle unioni europee, regolano la politica della comunità in materia ambientale") si collega - per la parte in cui sottolinea la corresponsabilità non solo degli enti pubblici, ma anche dei privati - con la più recente interpretazione dei programmi eurounitari, in cui alla impostazione della disciplina di *command and control* si affiancano regole incentivanti e applicazioni del principio 'chi inquina paga' che esigono un intervento proattivo dei privati (con l'emergere di linee programmatiche dirette a favorire comportamenti virtuosi dei privati: come per le certificazioni Emas ed Ecolabel)".

<sup>48</sup> Si segnala che mentre si scrive è all'esame del parlamento lo "Schema preliminare di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante "Delega al Governo in materia di contratti pubblici". Si tratta della bozza (provvisoria) predisposta dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato. Il nuovo Codice deve essere approvato, nel quadro delle c.d. riforme "abilitanti" previste dal PNRR, entro il 30 marzo 2023.

Sul tema, *ex multis*, v. F. DE LEONARDIS, *Criteri di sostenibilità energetica e ambientale*, in M.A.

dici, introdotti da atti normativi di vari livelli<sup>49</sup>, con il fondamentale

SANDULLI, R. DE NICTOLIS (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, cit., e dottrina e giurisprudenza *ivi* citata; ID., *Norme di gestione ambientale*, in *L'Amministrativista.it*, 2017, 1; ID., *Economia circolare: saggio sui suoi tre aspetti giuridici. Verso uno Stato circolare?*, in *Dir. amm.*, 2017, 163; ID., *La disciplina dell'ambiente tra Unione Europea e WTO*, *Dir. amm.*, 2004, 513 ss.; D. PALAZZO, *La rilevanza del rischio economico nella definizione dell'ambito soggettivo di applicazione della disciplina dei contratti pubblici e del diritto della concorrenza*, in *Dir. amm.*, 2019, 1, 155; A. CASTELLI, *GPP e economia circolare: le dinamiche ambientali all'interno del codice dei contratti pubblici*, in *Ambiente & sviluppo*, 2019, 10, 725; A. DI GIOVANNI, *Commento all'art. 34*, in G.M. ESPOSITO (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Padova, 2017, 1346 ss.; S. VILLAMENA, *Codice dei contratti pubblici 2016. Nuovo lessico ambientale, clausole ecologiche, sostenibilità, economicità*, cit., 101 ss.; ID., *Appalti pubblici e clausole ecologiche. Nuove conquiste per la 'competitività non ha prezzo' anche alla luce della recente disciplina europea*, in *Dir. ec.*, 2015, 2, 255; R. CARANTA, *Clausole sociali e ambientali e rispetto di concorrenza*, in C. MARZUOLI, S. TORRICELLI (a cura di), *La dimensione sociale della contrattazione pubblica. Disciplina dei contratti ed esternalizzazioni sostenibili*, Napoli, 2017, 128 s.; O. HAGI KASSIM, *Gli appalti verdi*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, cit., 439; G. MASTRODONATO, *La progettazione delle opere pubbliche a seguito delle modifiche e integrazioni apportate dal correttivo al codice degli appalti*, in *Riv. giur. edil.*, 2017, 4, 255; T. CELLURA, *L'applicazione dei criteri ambientali minimi negli appalti pubblici*, Rimini, 2016; A. FARI, *L'uso strategico dei contratti pubblici*, in M. CAFAGNO, F. MANGANARO (a cura di), *L'intervento pubblico nell'economia*, Firenze, 2016; F. FRACCHIA, *I contratti pubblici come strumento di accentramento*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 6, 1529; E. BELLOMO, *Il green public procurement nell'ambito della green economy*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 163; G. FIDONE, *Gli appalti verdi all'alba delle nuove direttive: verso modelli più flessibili orientati a scelte eco-efficienti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, 5, 819; ID., *L'integrazione degli interessi ambientali nella disciplina dei contratti pubblici*, in G.F. CARTEI (a cura di), *Cambiamento climatico e sviluppo sostenibile*, Torino, 2013, 124; C. COLOSIMO, *L'oggetto del contratto, tra tutela della concorrenza e pubblico interesse*, in G.D. COMPORI (a cura di), *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Napoli, 2011; F. GAVERINI, *Attività contrattuale della p.a. e protezione dell'ambiente: gli appalti verdi*, in *Riv. giur. edil.*, 2009, 5-6, 153; C. VIVANI, *Appalti sostenibili, green public procurement e socially responsible public procurement*, in *Urb. app.*, 2016, 8-9; M. CLARICH, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, in *Dir. amm.*, 2007, 1, 219; F. SPAGNUOLO, *Il Green Public Procurement e la minimizzazione dell'impatto ambientale nelle politiche di acquisto della pubblica amministrazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2006, 2, 397 ss.; C. DE ROSE, *Gli appalti 'verdi' nel diritto dell'Unione Europea: regole preesistenti e regole recentissime*, in *Cons. Stato*, 2004, 1825; G. GARZIA, *Bandi di gara per appalti pubblici e ammissibilità delle clausole c.d. "ecologiche"*, in *Foro amm.-CdS*, 2003, 3515 ss.; M. LOTTINI, *Appalti comunitari: sull'ammissibilità di criteri di aggiudicazione non prettamente economici*, in *Foro amm.-CdS*, 2002, 9, 1950; M. BROCCA, *Criteri ecologici nell'aggiudicazione degli appalti*, in *Urb. app.*, 2003, 2, 173.

<sup>49</sup> Il riferimento è innanzi tutto alle direttive 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione (direttiva concessioni), 2014/24/UE sugli appalti pubblici che abroga la direttiva 2004/18/CE (direttiva appalti), 2014/25/UE sulle procedure d'appalto degli enti rogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali che abroga la direttiva 2004/17/CE (direttiva settori speciali).

In riferimento a queste direttive, M. OCCHIENA, *Norme di gestione ambientale*, cit., 1471, osserva che "nei preamboli è illustrata la 'filosofia di fondo' delle due direttive per

contributo anche risalente della Corte di Giustizia<sup>50</sup>, che hanno l'obiettivo di promuovere l'integrazione degli interessi ambientali nella disciplina legislativa dei contratti pubblici<sup>51</sup>. Nell'ambito delle politiche in tema di salvaguardia dell'ambiente si è collocata la c.d. *Strategia Europa 2020*, ossia il piano per una crescita sostenibile e inclusiva adottato dal Consiglio Europeo nel 2010, su proposta della Commissione, con il quale sono stati indicati specifici obiettivi da raggiungere nel periodo 2010 - 2020<sup>52</sup>.

---

introdurre il *green public procurement* nella disciplina comunitaria: le amministrazioni potranno richiedere l'applicazione di misure o sistemi di gestione ambientale nei casi appropriati, ossia "tutte le volte in cui l'applicazione di misure o sistemi di gestione ambientale durante l'esecuzione dell'appalto pubblico è giustificata dalla natura dei lavori e/o dei servizi".

In dottrina, sulle fonti internazionali ed europee in materia di contratti pubblici, v. F. FRACCHIA, *Fonti internazionali*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, cit., I, 64 ss.; F. CORTESE, *Diritto europolitico dei contratti pubblici*, ivi, 99. Numerosi sono poi gli atti programmatici che si sono occupati di appalti verdi.

Tra questi, si ricorda il *Libro verde* del 1996, *Gli appalti pubblici dell'Unione europea*; il *Libro bianco* del 1998, *Gli appalti pubblici nell'Unione europea*, COM 98 (143); *Comunicazione interpretativa* del 2001, *Il diritto comunitario degli appalti pubblici e la possibilità di integrare considerazioni di carattere ambientale negli appalti pubblici*, COM (2001); la *Strategia europea per lo sviluppo sostenibile*, COM (2001), 264; il *Sesto Programma d'azione ambientale*, Parlamento europeo e Consiglio decisione 1600/2002/CE; il *Libro verde* del 2001 sulla politica integrata relativa a prodotti; la *Comunicazione della Commissione europea* del 2003, *Politica integrata dei prodotti. Sviluppare il concetto di "ciclo di vita ambientale"*, COM (2003), 302; la *Comunicazione della Commissione europea* del 2003, *Verso una strategia tematica di prevenzione e riciclo dei rifiuti*, COM (2003), 301; *Verso una strategia tematica per l'uso sostenibile delle risorse naturali*, COM (2003) 572; *Comunicazione della Commissione* del 2004, *Verso una strategia tematica sull'ambiente urbano*, COM (2004), 60; *Comunicazione della Commissione* del 2008, *Strategia europea per il "Consumo e la Produzione sostenibili"*, COM (2008), 397, e *Appalti pubblici per un ambiente migliore*, COM (2008), 400; *Comunicazione della Commissione* del 2010, *Strategia Europa 2020*, COM (2010) 2020; *Comunicazione della Commissione*, del 2011, *Tabella di marcia verso un'Europa efficiente nell'impiego delle risorse*, COM (2011), 571.

<sup>50</sup> Per una rassegna di questa giurisprudenza, v. O. HAGI KASSIM, *Gli appalti verdi*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, cit., 448 s.; ID., *I criteri di sostenibilità energetica e ambientale negli appalti pubblici. L'emersione degli istituti degli 'appalti verdi' nel panorama europeo e nazionale*, in [www.italiappalti.it](http://www.italiappalti.it), 2017.

<sup>51</sup> M. PENNASILICO, *Contratto, ambiente e giustizia dello scambio nell'officina dell'interprete*, in *Pol. dir.*, 2018, 30, il quale sostiene che "l'interesse ambientale può, dunque, considerarsi oggi un vincolo (o limite) interno alle procedure tanto di affidamento dei contratti pubblici, quanto di formazione di qualsiasi *contratto ecologico*, anche di diritto privato, purché fonte di rapporti patrimoniali ecosostenibili". La posizione dell'A. sulla permeabilità del diritto dei contratti all'interesse ambientale emerge chiaramente nella copiosa produzione sul tema del c.d. contratto ecologico.

<sup>52</sup> Commissione Europea, *Europa 2020. Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile*

Con l'espressione *appalti verdi* non si indica una particolare tipologia di contratti, ma si introduce, già con il precedente Codice dei contratti pubblici, il d.lgs. n. 163/2006<sup>53</sup>, un criterio generale, da adottare in ogni tipo di appalto, per orientare le scelte dell'amministrazione verso l'acquisto di beni e servizi caratterizzati da una minore pericolosità per l'ambiente rispetto ad altri beni o servizi ad essi fungibili, sempre in una logica d'internalizzare i costi per i possibili danni cagionati all'ambiente<sup>54</sup>. Il principio dello sviluppo sostenibile e gli appalti

---

*e inclusiva*, 3 marzo 2010, COM (2010) 2020 final. Tra gli obiettivi da raggiungere entro il 2020, la strategia ne fissava diversi strettamente correlati all'ambiente, tra i quali la diminuzione delle emissioni di gas serra. Con riferimento alla strategia denominata Europa 2020.

Cfr., *ex multis*, F.H. SORIANO, F. MULATERO, *Knowledge Policy in the EU: From the Lisbon Strategy to Europe 2020*, I, 2010, 289; F. ERIXSON, *The Europe 2020 strategy: time for Europe to think again*, in *European View*, IX, 2010, 29; P. HEUSE, H. ZIMMER, *The Europe 2020 strategy*, in *Economic Review*, 2011, 21; E. HOEDL, *Europe 2020 Strategy and European Recovery*, in *Problems of Sustainable Development*, 6, 2, 2011, 11-18.

<sup>53</sup> M. OCCHIENA, *Norme di gestione ambientale*, cit., 1465, rileva che “il codice segna una tappa importante nella tutela dell'ambiente. Infatti, in applicazione delle indicazioni comunitarie (...) il legislatore delegato ha tentato nel codice di integrare la disciplina dell'evidenza pubblica con la difesa dell'ecosistema. Con una serie di disposizioni (...) e, in particolare con la previsione dell'art. 4 del Codice, le amministrazioni sono chiamate a conciliare le esigenze economiche con quelle di sostenibilità ambientale delle attività attraverso cui si procurano beni e servizi indispensabili per il loro funzionamento. A questo riguardo, gli enti pubblici non devono solo esercitare (tradizionali) poteri di pianificazione, autorizzazione e controllo nei confronti delle attività dei cittadini ad impatto ambientale, ma, nell'ottica della tutela e salvaguardia dell'ambiente, diventare anche *consumatori* di prodotti ed attività ecologicamente compatibili, intrattenendo rapporti contrattuali con operatori economici che operano nel rispetto dell'ambiente e dell'ecosistema”.

<sup>54</sup> Ancora, in dottrina, sul tema, si rinvia a S. COLOMBARI, *Le considerazioni ambientali nell'aggiudicazione delle concessioni e degli appalti pubblici*, in *Urb. app.*, 2019, 1, 5; C. IRTI, *Gli appalti verdi tra pubblico e privato*, in *Contr. e impr.*, 2017, 183 ss.; I. GOBBATO, *Il nuovo Codice degli appalti rilancia i C.A.M.*, in *Ambiente & sviluppo*, 2016, 7, 481; M. PENNASILICO, *Sviluppo sostenibile e contratto ecologico: un altro modo di soddisfare i bisogni*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, 1291 ss.; C. CHIARIELLO, *Il partenariato per l'innovazione*, in *www.giustamm.it*, 2016, 2; L. CARBONARA, *Le nuove direttive sui contratti pubblici e la tutela dell'ambiente. I criteri di aggiudicazione*, in *www.giustamm.it*, 2016, 2; A. CICCHINELLI, *L'esecuzione dei contratti e la tutela dell'ambiente*, in *www.giustamm.it*, 2016, 2; C. VIVANI, *Appalti sostenibili, green public procurement e socially responsible public procurement*, in *Urb. app.*, 2016, 8-9, 993; M. LUCCA, S. USAI, *Gli appalti verdi nel collegato ambientale: 'focus' sul 'Green Public Procurement' nella pubblica amministrazione*, in *Appalti e contratti*, 2016, 4, 54-68; C. LACAVA, *Il nuovo codice dei contratti pubblici - I criteri di aggiudicazione*, in *Gior. dir. amm.*, 2016, 4, 436; G. LUCIDI, *Le specifiche tecniche dei nuovi bandi*, in *www.giustamm.it*, 2016, 2; B. FENNI, *Il Green Public Procurement come strumento di sviluppo sostenibile*, in *www.ambientediritto.it*, 2014; A. FARÌ, F. LOMBARDO, *I criteri ambientali*

verdi, quindi, sono stati considerati legati da una correlazione inscindibile, secondo un'idea politica ed economica fondata sul principio secondo il quale "un'efficace tutela dell'ambiente si ottiene spingendo il mercato a lavorare per l'ambiente, il che significa condurre la pubblica amministrazione ad acquistare 'verde', ricorrendo a strumenti di mercato con finalità di protezione dell'ambiente".

Pertanto, sulla base di tale principio, le istituzioni europee hanno inteso rappresentare la possibilità di perseguire obiettivi di mercato e di libera concorrenza con quelli di tutela dell'ambiente, con una integrazione diretta a rendere complementari i diversi obiettivi in attuazione del principio dello sviluppo sostenibile<sup>55</sup>, con la evidente necessità di operare un bilanciamento tra interessi diversi e tra i principi europei e quelli nazionali che hanno un ruolo determinante nel guidare e condizionare le scelte delle stazioni appaltanti.

L'art. 30, d.lgs. n. 50/2016, cd. Codice dei contratti pubblici, diventa l'articolo attraverso il quale leggere l'intera disciplina degli appalti verdi nel Codice citato, stabilendo che "il principio di economicità può essere subordinato, nei limiti in cui è espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti dal bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute dell'ambiente, del patrimonio culturale e della promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico"<sup>56</sup>. La *ratio* è, quindi, nell'ampliamento della nozione di qualità dell'offerta, aumentando l'integrazione dei criteri qualitativi ambientali e sociali nelle procedure di gara e implementando l'uso strategico degli appalti, anche se sono state espresse fin da subito, da parte degli operatori economici, delle perplessità sull'applicazione dei Criteri ambientali minimi (CAM), *ex art.*

---

*nel diritto comunitario degli appalti pubblici*, in *Diritto e prat. amm.*, 2013, 9; G. FIDONE, *Gli appalti verdi all'alba delle nuove direttive: verso modelli più flessibili orientati a scelte eco-efficienti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, 5, 819; F. SCHIZZEROTTO, *I principali provvedimenti europei ed italiani in materia di Green Public Procurement*, in *Riv. giur. amb.*, 2004, 6, 967.

F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione del rischio*, cit., 297, osserva che "l'ingresso dell'ambiente in questo settore è particolarmente rilevante perché l'esperienza dimostra che quando un istituto 'entra' in tale ambito è assai facile che poi transiti, a volte anche in modo dirompente, negli ordinamenti statuali (come già avvenuto per la nozione di organismo di diritto pubblico o di risarcimento)".

<sup>55</sup> Sul bilanciamento dei principi nella materia dei contratti pubblici, v. A. MASSERA, *Principi procedimentali*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, cit., I, 345.

<sup>56</sup> Sui principi del d.lgs. n. 50/2016, v. M.P. CHITI, *Principi*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, cit., I, 285.

34 ccp, per il rischio dell'eccessivo valore che si vuole attribuire alle certificazioni ambientali nella qualificazioni dei concorrenti e per le forti restrizioni che potrebbe subire il mercato degli appalti pubblici. Del resto, l'idea di fondo che emerge con estrema chiarezza è la consapevolezza che l'applicazione estensiva dei criteri ambientali nei contratti pubblici, e relativi costi come conseguenza dell'esclusione dell'utilizzo criterio del prezzo più basso, a discapito di altri criteri di tipo economico, insiti per definizione della materia dei contratti, possa trovare una giusta compensazione nei minori costi o nei maggiori benefici in riferimento alla tutela ambientale<sup>57</sup>. Questo diventa ancora più rilevante e percepibile se pensiamo che le componenti ecologiche nel settore dei contratti pubblici, come noto, hanno grande rilevanza per la dimensione del fenomeno dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, che ha un valore compreso tra il 14% e 17% del PIL dei Paesi membri dell'Unione. Come osservato dalla Commissione Europea, proprio in virtù di questo significativo potere di acquisto, le stazioni appaltanti hanno la responsabilità di “fungere da traino nel processo di gestione ecologica e nel riorientamento dei consumi verso prodotti più verdi”<sup>58</sup>. Se, infatti, le amministrazioni indirizzassero le proprie scelte verso prodotti a ridotto impatto ambientale, vi sarebbe un effetto importante sul mercato dei prodotti ecocompatibili e, al contempo, l'industria sarebbe sensibilmente stimolata ad aumentarne la produzione.

In altri termini, pur presentandosi profili di criticità, come sottolineato in dottrina<sup>59</sup>, soprattutto di ordine strutturale in riferimento alle

<sup>57</sup> Sul tema paiono d'interesse le Linee guida dell'ANAC approvate con delibera 21 settembre 2016, n. 1005, Linee Guida n. 2, di attuazione del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti “Offerta economicamente più vantaggiosa”, in cui si chiede alle stazioni appalti di “definire in maniera chiara e precisa il criterio di aggiudicazione, nonché i criteri di valutazione, i metodi e le formule per l'attribuzione dei punteggi e il metodo per la formazione della graduatoria, finalizzati all'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Pertanto, si devono evitare formulazioni oscure o ambigue, assicurando la trasparenza dell'attività e la consapevolezza della partecipazione”.

<sup>58</sup> Comunicazione interpretativa della Commissione, 4 luglio 2001, *Il diritto comunitario degli appalti pubblici e le possibilità di integrare considerazioni di carattere ambientale negli appalti pubblici*, COM(2001) 274 def., in GUCE del 28 novembre 2001, C 333, 12.

<sup>59</sup> G. FIDONE, *Le concessioni come contratti complessi: tra esigenze di flessibilità e moltiplicazione dei modelli*, in M. CAFAGNO, A. BOTTO, G.F. FIDONE, G. BOTTINO (a cura di), *Negoziazioni Pubbliche. Scritti su Concessioni e Partenariati Pubblico Privati*, Milano, 2013, 279 ss., rileva che “deve essere tenuto conto del fatto che la considerazione di criteri ambientali negli appalti contribuisce ad aumentarne la complessità, dal momento che aumenta

capacità organizzative delle amministrazioni, le scelte pubbliche verdi, almeno in linea generale e astratta, hanno la capacità di produrre effetti ulteriori sugli operatori economici del mercato, che si traducono nell'incentivazione a trovare soluzioni produttive eco-efficienti, oltre a orientare sensibilmente le preferenze ecologiche dei consumatori. Si supera, in questo modo, l'idea che la tutela dell'ambiente debba passare necessariamente ed esclusivamente dagli strumenti di *comando e controllo*, ma, al contrario, la tutela dell'ambiente deve essere garantita *anche* attraverso il mercato, da orientarsi verso scelte eco-compatibili, dando maggiore valore economico a nuovi beni e servizi con caratteristiche verdi, da distinguere da quelli che ne sono privi<sup>60</sup>. In tale contesto, diventa prioritaria l'innovazione tecnologica che si pone come presupposto dell'individuazione di soluzioni a basso impatto ambientale e che diventa il mezzo attraverso il quale realizzare nuovi prodotti verdi e, a sua volta, essa è stimolata dall'attribuzione di maggiore valore economico al bene verde, che necessariamente incentiverà le imprese, per stare nel mercato, alla ricerca di soluzioni innovative.

---

il numero delle variabili che dovranno essere considerate nelle varie fasi dell'operazione. Occorre, dunque, riflettere sulle caratteristiche dei contratti complessi. In tali contratti, l'esigenza di qualità (anche ambientale) e di contenimento dei costi da parte dell'amministrazione e la massimizzazione dei profitti da parte dell'impresa sono interessi contrapposti tra loro. Inoltre, esiste una fisiologica asimmetria informativa a danno della parte pubblica e a vantaggio del privato, essendo quest'ultimo di regola più informato sui servizi e lavori che egli stesso offre rispetto all'amministrazione che li domanda. Tale asimmetria informativa a danno dell'amministrazione aumenta quanto più è complesso il contratto e, dunque, quando nell'operazione si considerino anche variabili ambientali (che spesso coinvolgono anche l'innovazione tecnologica) il fenomeno si amplifica. Su tale base, profittando della carenza informativa del committente/amministrazione, il privato può trovare ampi spazi per realizzare il proprio interesse, anziché quello del suo committente. La pratica ci dimostra che i contratti complessi sono spesso stati visti dal privato come momenti di grande vantaggio, con ampi spazi di realizzazione dell'interesse privato, perché i privati possono ottenere condizioni molto convenienti di aggiudicazione. Un rischio è che anche gli appalti verdi divengano uno strumento che si presti alla realizzazione di tale effetto indesiderato. Tale criticità non deve scoraggiare la ricerca di soluzioni ecoefficienti, che appaiono espressione di una nuova coscienza ambientale che deve essere senza riserve incoraggiata. Tuttavia, si tratta di una nuova sfida per la pubblica amministrazione, alla quale sono richieste sempre maggiori competenze, informazione e trasparenza”.

<sup>60</sup> In questi termini, v. M. CLARICH, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, cit., 219 ss.; M. CAFAGNO, F. FONDERICO, *Riflessione economica e modelli di azione amministrativa a tutela dell'ambiente*, in P. DELL'ANNO, E. PICOZZA (diretto da), *Trattato di diritto dell'ambiente*, I, cit., 487.



Così, s'innescava un meccanismo virtuoso nel quale l'innovazione tecnologica, oltre a produrre un benessere ecologico, sarà una opportunità di crescita economica. Profilo che, a dire il vero, non apparteneva alla prima normazione comunitaria in tema di appalti pubblici, la quale non aveva considerato di utilizzare i contratti pubblici per la tutela dell'ambiente, quanto piuttosto per garantire che le rispettive procedure fossero trasparenti, rispettose della libera concorrenza e del principio di non discriminazione tra i diversi operatori economici<sup>61</sup>. La rilevanza in questo modo attribuita agli strumenti di responsabilità sociale d'impresa non solo rappresenta una forma d'incentivazione indiretta all'incorporazione di regole etiche e di condotta orientate alla sostenibilità all'interno della *governance* aziendale, ma costituisce anche un riconoscimento implicito degli effetti giuridici dell'autoregolamentazione socioambientale, non più relegata a una dimensione meramente endosocietaria, ma anzi determinante in alcuni rapporti che l'impresa sottoscrive instaura con i terzi. Nel momento in cui il complesso di regole di responsabilità sociale e i risultati della sua applicazione, determinati secondo indici di sostenibilità tipizzati, diventano oggetto di una specifica pattuizione, i codici etici e di condotta superano necessariamente la propria condizione introflessa e acquistano piena rilevanza all'interno del rapporto obbligatorio nel quale sono contemplati.

Il principio cardine in tema di appalti verdi è quello dell'*sviluppo sostenibile*<sup>62</sup>, per il quale, come si diceva, il soddisfacimento dei bisogni

<sup>61</sup> Si rinvia alla direttiva del Consiglio 26 luglio 1971, 71/305/CEE, la quale coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici; direttiva 21 dicembre 1976, 77/62/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture.

In dottrina, per un esame della disciplina antecedente al 2004, v. G. MORBIDELLI, M. ZOPPOLATO, *Appalti pubblici*, in M.P. CHITI, G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 1998, 213; F. LAURIA, *I pubblici appalti: disciplina comunitaria e giurisprudenza italiana*, Milano, 1998.

<sup>62</sup> Da ultimo, su tale principio, M. ANTONIOLI, *Sviluppo sostenibile e giudice amministrativo tra tutela ambientale e governo del territorio*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2019, 2, 201, il quale attribuisce a tale principio "un ruolo egemone tra i principi che presiedono la *governance* ambientale".

Inoltre, l'A. rileva che "anche se il tessuto normativo non definisce il contenuto né il perimetro di applicazione del principio in esame, che conosce differenti letture. In ambito metagiuridico, H.E. DALY, *Beyond Growth*, Beacon Press, Boston, 1966, pp. 1-2, già osservava che: secondo alcuni, «this term is still dangwrously vague», ovvero «too vague to be useful»; non di meno, obiettava, che: «All important concepts are dialectically vague at the margins ...». Due, in ambito nazionale, meritano di essere

ricordate. La prima, più risalente, valorizza il legame intergenerazionale, che collega le generazioni più vecchie a quelle più giovani e le une e le altre a quelle future, in un quadro di tipo solidaristico, il cui ancoraggio può essere identificato in una lettura adeguata dell'art. 2 della Carta costituzionale. R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità generazionale*, Milano, 2008, pp. 15-16; F. FRACCHIA, *La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela dello sviluppo sostenibile*, Napoli, 2010; G. FIDONE-F. MATALUNI, *Gli appalti verdi nel codice dei contratti pubblici*, in *Riv. quad. dir. amb.*, Saggi, Torino, 2016, p. 39.: spazio-temporale e generazioni future integrano due pilastri dei quali si compone l'*environmental sustainability*. In argomento: H.E. DALY, *Beyond Growth*, cit., p. 31, secondo cui: «Sustainable development ... necessarily means a radical shift from a growth economy and all entails to a steady-state economy ...»; R. KERRY TURNER-D.W. PEACE-I-BATEMAN, *Environmental Economics. An Elementary Introduction*, Baltimore, John University Press, 1993; S. DRESNER, *The Principles of Sustainability*, Earthscan, II ed., London, 2008, p. 82; J.D. SACHS, *The Age of Sustainable Development*, Columbia University Press, New York, 2015. Un'altra tesi, invece, senza negare i presupposti fondanti la precedente, muove dalla premessa secondo cui lo sviluppo, del quale la sostenibilità integra un'aggettivazione, rappresenta una nozione economica, elaborata in riferimento ad un importante misuratore macro-economico come il prodotto interno lordo (gross domestic product - GDP), che identifica il valore di mercato attribuibile, in un determinato periodo, ai beni e ai servizi prodotti. M. ANTONIOLI, *Sostenibilità dello sviluppo e governance ambientale*, Torino, 2016. Sotto questa angolazione, lo sviluppo può essere considerato in modo antitetico, rispetto alla teoria economica *mainstream*, tenendo conto, soprattutto, di valori, come, per l'appunto, l'ambiente, non ricompresi tra beni e servizi (*beyond GDP*). D.H. MEADOWS-D.L. MEADOWS-J. RANDERS-W. BEHERENS-W. BEHERENS III, *The Limits to Growth*, Universe Book, 1972; W. NORDHAUS-J. TOBIN, *Is Growth Obsolete?*, in *Economic Research: Retrospect and Prospect*, Volume 5, *Economic Growth*, 1972, pp. 1-80, from National Bureau of Economic Research. La crescita economica (*economic growth*), pur mantenendo la propria fondamentale funzione, sul piano quantitativo, nell'ambito della formazione del capitale e della distribuzione della ricchezza, incontra dei limiti, curandosi degli effetti prodotti sugli ecosistemi. GEORGESCU ROEGEN, *Energy and Economic Myths*, 1972, in *Energy and Economic Myths. Institutional and Analytical Essays*, Pergamon Press, Inc, 1976, p. 19. Lo sviluppo diviene, così, uno strumento di miglioramento qualitativo orientato verso il conseguimento del benessere (*human well-being*). P. DASGUPTA, *Human Well-Being and the Natural Environment*, Oxford University Press, 2001 (trad. it.: *Benessere umano e ambiente naturale*, Milano, 2004). Circoscrivendo il ruolo esercitato dal GDP, che si limita a sommare consumi e investimenti, senza offrire alcuna indicazione sul capitale fisso e sul suo eventuale deprezzamento. M. TINACCI MOSSELLO, *Politica dell'ambiente. Analisi, azioni progetti*, Bologna, 2008, pp. 75-78; S. BELL-D. MC GILLIVRAY, *Environmental Law*, Seventh ed., Oxford, 2008, p. 61. Cosicché, crescita e sviluppo cessano di essere considerati come un bene assoluto, rimarcandosi come l'analisi economica e la sua contabilità possano trascurare il consumo, talora vorace, di risorse naturali, spesso non suscettibili di essere ricostituite. Si passa, allora, da un *quantitative increase* ad un *qualitative improvement*. GEORGESCU ROEGEN, *Energy and Economic Myths*, cit., p. 19., nel quale atmosfera, oceani e foreste sono risorse globali, coinvolte in un equilibrio di tipo planetario, sempre meno in grado di soggiacere ad utilizzi non sostenibili, con

della generazione attuale deve essere garantito senza compromissione delle possibilità per le generazioni future di rispondere alle proprie esigenze. Proprio in funzione della tutela della persona e delle sue libertà, al fine di dare concreta attuazione al principio dello sviluppo sostenibile, la sostenibilità è stata articolata in tre dimensioni principali: economica, sociale e ambientale. La necessità di perseguire uno sviluppo economico che rispetti l'ecosistema e all'interno del quale trovi spazio il principio di solidarietà sociale ha indotto a chiedersi se tali obiettivi potessero essere inseriti tra quelli delle attività economiche organizzate e se fosse possibile trasformare l'impatto ambientale delle scelte imprenditoriali in un possibile fattore di successo per

---

conseguenze, spesso, irreversibili prodotte dal sovra-sviluppo”.

Anche la dottrina privatistica si è occupata del principio dello sviluppo sostenibile in riferimento all'attività d'impresa. Cfr., M. LIBERTINI, *La responsabilità d'impresa e l'ambiente*, in *La responsabilità dell'impresa. Convegno per i trent'anni di Giurisprudenza commerciale*, Bologna 8-9 ottobre 2004, Milano, 2006, 217, secondo il quale “l'applicazione del criterio del rispetto delle generazioni future è teoricamente facile quando sono in gioco risorse rinnovabili (...): in questa prospettiva lo ‘sviluppo sostenibile’ è solo (...) uso razionale delle risorse naturali”.

Altrettanto interessante è l'applicazione del principio dello sviluppo sostenibile in chiave economica-finanziaria, ai sensi degli artt. 81, 97 e 119 Cost..

Sul tema, v. G. D'ARCONZO, *La sostenibilità delle prestazioni previdenziali e la prospettiva della solidarietà intergenerazionale. Al crocevia tra gli artt. 38, 81 e 97 Cost.*, in *Rivista Aic*, 2018; M. LUCIANI, *Generazioni future, distribuzione temporale della spesa pubblica e vincoli costituzionali*, in R. BIFULCO, A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, 2008, 425.

Sulla riforma dell'art. 81 Cost., *ex multis*, v. A. BRANCASI, *L'obbligo della copertura finanziaria tra la vecchia e la nuova versione dell'art. 81 cost.*, in *Ginr. cost.*, 2012, 3, 1685; M. LUCIANI, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, in *www.astridonline.it*, 2013, 3; A. PACE, *Pareggio di bilancio: qualcosa si può fare*, in *Rivista Aic*, 2012; M. CECCHETTI, *Legge costituzionale n.1 del 2012 e Titolo V della Parte II della Costituzione: profili di controriforma dell'autonomia regionale e locale*, in *www.federalismi.it*, 2012; R. BIFULCO, *Jefferson, Madison e il momento costituzionale dell'Unione. A proposito della riforma costituzionale sull'equilibrio di bilancio*, in *Rivista Aic*, 2012; N. LUPO, *La revisione costituzionale della disciplina di bilancio e il sistema delle fonti*, *Relazione al Convegno ‘Costituzione e pareggio di bilancio’ tenutosi il 18 maggio 2012 alla Luiss Guido Carli*, in *Il Filangieri. Quaderno 2011*, 2012; I. CIOLLI, *Le ragioni dei diritti e il pareggio di bilancio*, Roma, 2012; R. DICKMANN, *Le regole della governance economica europea e il pareggio di bilancio in Costituzione*, in *www.federalismi.it*, 2012; G. DI GASPARE, *L'art. 81 della Costituzione, abdicazione della sovranità finanziaria dello Stato?*, in *www.amministrazioneincammino.it*, 2014; R. PEREZ, *Crisi finanziaria e pareggio di bilancio*, in *www.astridonline.it*, 2014; A. MORRONE, *Pareggio di bilancio e Stato costituzionale*, in *Rivista Aic*, 2014; G. RIVOCCHINI, *Ragionando sull'introduzione dell'equilibrio di bilancio, tra incompiuta attuazione della riforma e anticipazioni della giurisprudenza costituzionale*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2016.

l'impresa<sup>63</sup>. Tale principio presuppone, quindi, che anche la crescita economica possa essere considerata sostenibile solo se comporta un miglioramento della qualità dell'ambiente e qualora garantisca un uso razionale delle risorse<sup>64</sup>.

<sup>63</sup> Cfr. A.B. CARROLL, *The Pyramid of Corporate Social Responsibility: Toward Moral Management of Organizational Stakeholders*, in *Business Horizons*, 1991, 39 ss.; P. PERLINGIERI, *I diritti umani come base dello sviluppo sostenibile. Aspetti giuridici e sociologici*, in ID. (a cura di), *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, 71 ss.; A. K. SEN, *Sviluppo sostenibile e responsabilità*, Bologna, 2010, 563 ss., il quale, pur apprezzando gli sforzi tesi ad affermare il principio dello sviluppo sostenibile, si rivela critico nei confronti di una ricostruzione della responsabilità intergenerazionale circoscritta ai soli bisogni delle generazioni future, e afferma infatti che “il mondo ha veramente un buon motivo per essere grato dell’attenzione accordata negli ultimi anni allo sviluppo sostenibile. Resta tuttavia da chiedersi se il concetto di essere umano, implicito nell’idea di sostenibilità che è venuta ad affermarsi, comporti una visione sufficientemente ampia dell’umanità. Le persone hanno sicuramente dei ‘bisogni’, ma anche dei valori e, soprattutto, custodiscono la capacità di pensare, valutare, agire e partecipare. Considerare le persone solo in termini di rispettivi bisogni porta a elaborare una visione piuttosto scarna dell’umanità e – per quanto riguarda il contesto attuale – del ruolo che gli individui svolgono in qualità di cittadini e di soggetti partecipi delle decisioni democratiche pubbliche. Ci si può pertanto domandare se le priorità ambientali debbano essere concepite soltanto in termini di elemento strumentale al soddisfacimento dei nostri bisogni, anziché di elemento di supporto della nostra libertà in quanto cittadini responsabili, dotati del potere morale di riflettere su questioni che spaziano ben oltre il mero egoismo individuale”; R. SEBASTIANI, *Corporate Sustainability e competitività delle imprese. Lo sviluppo sostenibile come opportunità per un nuovo modo di fare impresa*, Milano, 2013, 18; E. CATERINI, *Sustainability and Civil Law*, in *ItaLJ*, 2018, 305, il quale rileva che “in the European legal framework, the concept of sustainable development implies a balance to be struck between monetary and economic stability and social stability, which is defined by full employment, social progress and environmental protection (art 3, par. 3, TEU)”; M. PENNASILICO, *Recensione a E. CATERINI, Sostenibilità e ordinamento civile. Per una riproposizione della questione sociale*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, 1513.

<sup>64</sup> Per la materia dei contratti pubblici, più volte la Commissione Europea ha ricordato che le norme dell’Unione Europea in tale settore, pur avendo natura essenzialmente *economica*, devono essere lette e applicate conformemente al principio dello sviluppo sostenibile<sup>9</sup>. Le misure di salvaguardia dell’ambiente, peraltro, devono essere adottate con equilibrio e costituire applicazione del principio di proporzionalità. Sul tema, v. S. LATOUCHE, *La scommessa della decrescita*, Milano, 2009, *passim*; ID., *Breve trattato sulla decrescita serena*, Torino, 2009, *passim*.

Secondo l’A. non è più possibile utilizzare il PIL come indicatore di benessere e lo stesso concetto di sviluppo sostenibile fondato sull’idea che la crescita economica ne sia un indice appare privo di fondamento. La maggioranza dei problemi ambientali, sostiene l’Autore, ha trovato origine proprio dalla costante ricerca della crescita, tanto che oggi la salvaguardia dell’ambiente necessita di una mirata strategia di decrescita.

Nonostante una crescente attenzione per questo principio e in generale per le tematiche ambientali, nello specifico settore degli appalti, si deve osservare una iniziale resistenza nei riguardi dei criteri ambientali, e si può dire che, dopo un lungo percorso e iniziali resistenze<sup>65</sup>, la piena affermazione della tutela dell'ambiente nella materia dei contratti pubblici si sia compiuta solo con il d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56<sup>66</sup>, decreto correttivo del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, cit.,<sup>67</sup> e a conclusione di un percorso iniziato con la l. 27 dicembre 2006, n. 296<sup>68</sup>, Legge finanziaria del 2007.

Infatti, l'art. 34 ccp, rubricato *Criteri di sostenibilità energetica e ambientale*, come modificato dal decreto correttivo del 2017, che, è bene ricordare,

---

<sup>65</sup> Ricostruisce il percorso storico del rapporto tutela dell'ambiente-contratti pubblici, G. FIDONE, in G. FIDONE, F. MATALUNI (a cura di), *Gli appalti verdi nel Codice dei contratti pubblici*, in *www.rqda*, 2016, 3.

Le direttive in materia di *public procurement* degli anni Novanta (la n. 92/50/CEE sull'aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, la n. 93/36/CEE sull'aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e la n. 93/37/CEE sull'aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici) non contenevano alcun riferimento alle variabili ambientali e nessun profilo ecologicamente rilevante. Al contrario, le offerte con contenuto attento alle variabili ambientali avrebbero potuto tradursi in maggiori costi da sostenere per il concorrente (per l'adozione delle tutele volte a salvaguardare l'ambiente), che dunque avrebbero comportato una sua penalizzazione nella gara, con minore probabilità di divenire aggiudicatario.

In Italia, tra le poche previsioni riconducibili alla materia appalti verdi, antecedenti all'avvento dei Codici, può citarsi, ad esempio, l'art. 19, c. 4, del cd. Decreto Ronchi, che ha introdotto alcuni obblighi in capo alla Pubblica Amministrazione in relazione a modalità di acquisto e consumo di determinati beni (carta riciclata e pneumatici ricostruiti). Ancora, l'art. 5, c. 1, del D.M. 27 marzo 1998, avente ad oggetto il tema della 'mobilità sostenibile nelle aree urbane', e che ha imposto alle pubbliche amministrazioni di utilizzare mezzi a bassa emissione per una quota via via crescente sino a raggiungere il 50% nel 2003, per le future sostituzioni dei veicoli in propria dotazione. L'unica disposizione di più ampio respiro, anche a livello sistematico e di programmazione era la deliberazione del CIPE n. 57 del 2002: *Strategia d'azione ambientale per lo sviluppo sostenibile in Italia* che per la prima volta ha affermato la centralità, ai fini della realizzazione di una politica ambientale nazionale, del concetto di sviluppo sostenibile, al quale viene attribuiti altresì un ancoraggio costituzionale tramite gli artt. 2, 9 e 32 Cost..

<sup>66</sup> Per un approfondimento, si rinvia, per tutti, a M.A. SANDULLI, M. LIPARI, F. CARDARELLI (a cura di), *Il correttivo al codice dei contratti pubblici*, Milano, 2017, *passim*.

<sup>67</sup> Nell'ampia bibliografia, sul tema, per tutti, si rinvia a M.A. SANDULLI, R. DE NICOTOLIS, diretto da, *Trattato sui contratti pubblici*, I-V, Milano, 2019.

<sup>68</sup> La l. n. 296/2007, c. 1126, prevede che si debbano "definire a livello amministrativo le specifiche tecniche relative a vari beni e servizi in modo da fornire alle amministrazioni parametri tecnici di riferimento da inserire nei bandi di gara".

non è l'unica disposizione del Codice in questa materia<sup>69</sup>, dispone un obbligo, e non più una facoltà come prima del correttivo, in capo alle amministrazioni di concludere contratti *verdi*, ossia devono rispettare nei propri contratti le specifiche tecniche previste dai *criteri ambientali minimi*, i cd. CAM, introducendo in questo modo, un obbligo di acquisto comunque ispirato alla tutela ambientale. Un obbligo, con le dovute conseguenze processuali, che, secondo la legislazione nazionale, ha un carattere generale nella contrattualistica verde, mentre la legislazione europea prevede tale obbligatorietà solo in riferimento a contratti aventi ad oggetto specifiche categorie merceologiche, mentre permane, al di fuori di questi casi, nella legislazione europea, la facoltatività d'inserimento di criteri ambientali. Questa previsione rende ancor più se si fa riferimento alla disposizione di cui all'art. 4 ccp, che disciplina i contratti esclusi dall'applicazione del Codice stesso. Segnando una importante svolta rispetto alla disciplina precedente, infatti, l'art. 4 cit. prescrive che i contratti pubblici che sono esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione oggettiva del Codice 2016 devono essere affidati, in ogni caso, nel rispetto non solo dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità e pubblicità, ma anche nel rispetto dei principi in materia di tutela dell'ambiente nonché di efficienza energetica. In altri termini, anche laddove non sono tenute all'applicazione del Codice dei contratti, le amministrazioni devono aggiudicare i contratti pubblici pur sempre nel rispetto delle esigenze di tutela ambientale e di efficienza energetica che, dunque, si pongono come interessi pubblici superiori, al pari di quegli altri che rientrano all'interno del buon andamento.

Inoltre, si parla di un impiego strategico del contratto e in funzione *anche* della tutela dell'ambiente, nel senso che, mentre inizialmente per il legislatore europeo e per quello nazionale, il contratto *verde* era solo uno strumento per far acquisire alle amministrazioni beni e servizi, nel quadro normativo odierno, il contratto diventa uno *strumento*

---

<sup>69</sup> Sono diverse le disposizioni del Codice dei contratti pubblici a occuparsi di appalti verdi: art. 4 (principi per settori esclusi), art. 30 (principi), art. 34 (Criteri ambientali minimi), art. 38 (Requisiti premianti), art. 68 (Specifiche tecniche), art. 69 (Etichettature), art. 71 (Bandi di gara), art. 87 (Certificazioni di qualità), art. 93 (Garanzie), art. 95 (Criteri di aggiudicazione), art. 96 (Costi del ciclo di vita), art. 144 (Servizi di ristorazione), art. 211 (ANAC).

Per un commento di queste disposizioni, si rinvia, per tutti, a M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, cit..

*strategico* e attivo della politica industriale<sup>70</sup> per perseguire la migliore tutela dell'ambiente e degli altri interessi ad esso collegati, ad esempio, obiettivi sociali, quali l'aumento dell'occupazione e la promozione delle piccole e medie imprese (PMI).

Per questo motivo, è stato osservato in dottrina<sup>71</sup>, è aumentata la componente pubblicistica nella materia della contrattazione pubblica dal momento che il contratto pubblico non risponde più solo all'ottica privatistica della provvista di beni, ma anche a quella pubblicistica del conseguimento d'interessi di carattere generale. Diventano, pertanto, rilevanti, oltre a quello ambientale, gli interessi legati al risparmio energetico, quelli sociali e quelli dell'innovazione, come era già emerso nelle direttive del 2014 sui contratti pubblici e le concessioni, nelle quali il contratto pubblico è uno *strumento* per la crescita sostenibile, intelligente e sociale, facendo così riemergere, con tutta la sua forza, il principio d'integrazione della tutela ambientale in ogni tipo di attività e in relazione a tanti altri interessi. Questo principio, come già si diceva, è contenuto al *Considerando* 91 della direttiva 2014/24/UE, oltre che all'art. 4 della *Dichiarazione di Rio sull'ambiente e lo sviluppo* e all'art. 11 TFUE, ed è il principio chiave dei V e VI Programma di azione ambientale.

L'obbligatorietà del rispetto dei criteri ambientali minimi e l'uso strategico del contratto ha, inoltre, un'importante ricaduta sul criterio di aggiudicazione che dal *criterio del prezzo più basso* diventa il *costo più basso*. Tale criterio non solo deve tenere conto del prezzo più basso, ma deve considerare i costi, compresi quelli ambientali legati al cd. *ciclo di vita* di un prodotto, servizio o lavoro, tra cui i costi di raccolta, di smaltimento o di riciclaggio di un rifiuto, ovvero legati alle emissioni di sostanze inquinanti o i costi legati al cd. *climate change*<sup>72</sup>. La tutela dell'ambiente risulta, dunque, un valore di rango talmente elevato da giustificare, in presenza di determinati presupposti, persino l'elusione, o meglio l'attenuazione, di un principio cardine dell'attività amministrativa quale appunto quello di economicità<sup>73</sup>. Peraltro, le misure di salvaguardia dell'ambiente devono essere adottate con equilibrio e costituire appli-

---

<sup>70</sup> In questi termini, G. RACCA, *La contrattazione pubblica come strumento di politica industriale*, in C. MARZUOLI, S. TORRICELLI (a cura di), *La dimensione sociale della contrattazione pubblica. Disciplina dei contratti ed esternalizzazioni sostenibili*, cit., 182.

<sup>71</sup> F. DE LEONARDIS, *Criteri di sostenibilità energetica e ambientale*, cit., 169.

<sup>72</sup> Sul tema, da ultimo, v. M.A. SANDULLI, *Cambiamenti climatici, tutela del suolo e uso responsabile delle risorse idriche*, in *Riv. giur. ed.*, 2019, 4, 291.

<sup>73</sup> Così, F. GAVERINI, *Attività contrattuale della pubblica amministrazione*, cit., 159.

cazione del principio di proporzionalità.

Di questo nuovo approccio è parte fondamentale il *ciclo di vita* che viene definito all'art 3 ccp (art. 2, c. 1, n. 20, direttiva 2014/24/UE, considerando “tutte le fasi consecutive e/o interconnesse, compresi la ricerca e lo sviluppo da realizzare, la produzione, gli scambi e le relative condizioni, il trasporto, l'utilizzazione e la manutenzione, della vita del prodotto o del lavoro o della prestazione del servizio, dall'acquisizione della materia prima o dalla generazione delle risorse fino allo smaltimento e alla fine del servizio o all'utilizzazione”). Allo stesso tempo, l'art. 67, direttiva 2014/24/UE, definisce il *costo del ciclo di vita*, (*life-cycle costing*)<sup>74</sup> il quale “comprende tutti i costi che emergono durante il ciclo di vita dei lavori, delle forniture o dei servizi. Il concetto abbraccia i costi interni, come le ricerche da realizzare, lo sviluppo, la produzione, il trasporto, l'uso e la manutenzione e i costi di smaltimento finale, ma può anche abbracciare costi imputabili a esternalità ambientali. L'art. 96, c. 1, ccp, prevede, infatti, che “i costi del ciclo di vita comprendono, in quanto pertinenti, tutti i seguenti costi, o parti di essi, legati al ciclo di vita di un prodotto, di un servizio o di un lavoro: a) costi sostenuti dall'amministrazione aggiudicatrice o da altri utenti, quali: 1) costi relativi all'acquisizione; 2) costi connessi all'utilizzo, quali consumo di energia e altre risorse; 3) costi di manutenzione; 4) costi relativi al fine vita, come i costi di raccolta, di smaltimento e di riciclaggio; b) 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; 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”.

La nuova disciplina, quindi, ricomprende chiaramente anche i cd. *costi esterni*. L'art. 96 ccp prevede dei presidi per assicurare che la scelta dei costi del ciclo di vita da ricomprendere nella valutazione di un'offerta non sia arbitraria, ma trasparente e rispettosa della parità di trattamento tra concorrenti e l'art. 68, par. 3, della direttiva 2014/24 delinea proprio la possibilità di definire metodologie comuni a livello di Unione per determinare i costi del ciclo di vita, le quali, una volta approvate con atto legislativo, dovrebbero essere applicate da

<sup>74</sup> Sul tema, v. P. LIBERATI, *Costi del ciclo di vita*, in F. CARINGELLA, M. PROTTO (a cura di), *Il Codice dei contratti pubblici dopo il correttivo*, Roma, 2017, 473 s., e dottrina e giurisprudenza *ivi* citata; L. DE PAULI, I “costi del ciclo di vita” nel nuovo codice degli appalti, in *Urb. app.*, 2016, 993.



tutti gli operatori. Si può concludere che il rispetto sostanziale dei limiti dettati per il costo del ciclo di vita e, nel caso dei costi esterni, anche la condizione del valore monetario determinato e oggettivamente verificabile, dovranno essere in ogni caso rispettati, al fine di garantire l'oggettività, la proporzionalità, la trasparenza e la parità di trattamento, quale che sia il criterio costo/efficacia prescelto in concreto. In conclusione, una notazione di metodo necessaria per evitare confusione quando si parla di 'costo del ciclo vita', cadendo nell'imprecisione di ricollegare questa nozione a una dimensione di tutela ambientale diretta. Il concetto di costo del ciclo di vita certamente ha o può avere ricadute ambientali, come nella considerazione delle esternalità, ma di base è un elemento che attiene al costo del prodotto e rientra nella parte economica della valutazione dell'offerta. Questo è ben evidenziato dall'elencazione dell'art. 96 del Codice dei contratti pubblici, che parla di 'costi ambientali', ma anche (e prima) degli altri costi, quelli diretti, per l'amministrazione. Tutto ciò, come si è detto, vale sempre se si decide di privilegiare per la parte economica non un approccio di prezzo (più netto e semplice), ma un approccio di costo (più complesso e omnicomprendente), di cui il 'costo del ciclo di vita' è certamente il paradigma, ma non per questo la scelta obbligata. A questa tutela ambientale 'indiretta' se ne accompagna una diretta, il cui posto è tra i criteri qualitativi del c. 6, dell'art. 95 del Codice, richiamato in precedenza. Sullo sfondo della tematica oggetto di quest'intervento, ma con un diretto impatto applicativo, si ripropone il tema della ponderazione (e, dunque, dell'attribuzione di un peso) dei singoli criteri da parte della stazione appaltante e della valutazione dei criteri qualitativi (tra cui si devono annoverare nella maggior parte delle ipotesi quelli a rilievo ambientale). Tali momenti delle procedure di gara (l'uno afferente al momento della sua 'progettazione' da parte della stazione appaltante e l'altro al suo concreto realizzarsi nell'opera della commissione) si caratterizzano per evidenti profili di (legittima) discrezionalità. Da qui l'importanza delle suddette Linee guida ANAC n. 2, non volendo vanificare lo sforzo del legislatore in particolare nella fase valutativa. Esse mirano, anche nella prospettiva d'interesse, ad assicurare che l'individuazione concreta ed il giudizio relativo ai criteri di natura ambientale non vengano relegati a strumenti di mera conferma di valutazioni già cristallizzate sulla base di altri criteri quantitativi e qualitativi.

Con queste disposizioni, in definitiva, il contratto *verde*, seguendo

criteri ambientali ed energetici<sup>75</sup>, viene inserito in una dimensione temporale diacronica, che sposta la propria attenzione dal presente al futuro, dal *ciclo di vita* al cd. *fine vita* (si pensi al tema complesso delle discariche) di un prodotto, passando da altre esternalità ambientali, e che rilevano la funzione strumentale del contratto rispetto alla tutela dell'ambiente, come segmento della cd. economia circolare<sup>76</sup> nella quale l'ambiente non deve essere più un costo, ma, di contro, un fattore di sviluppo. Senza dimenticare, al contempo, il fondamentale rispetto delle regole comunitarie di libera concorrenza e di parità di trattamento tra gli operatori del mercato, che rimangono sempre e comunque i criteri orientatori della normativa in materia di appalti delle pubbliche amministrazioni anche al fine di garantire il razionale utilizzo del denaro pubblico, come confermato da una giurisprudenza costante della Corte di Giustizia. Difatti, secondo il giudice euro-

<sup>75</sup> L'art. 34 ccp fa riferimento sia alla sostenibilità ambientale, sia a quella energetica. In materia di energia, il contributo della dottrina non è particolarmente sviluppato, a fronte di un articolato quadro normativo europeo.

In dottrina, v. L. GILI, *Efficienza energetica*, in *Dig. disc. pubbl.*, 2008, Agg., III, 340; E. FERRARI, *Gas, energia termica ed elettricità*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICOLIS (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, cit., IV, 521; G.D. COMPORI, *Energia e ambiente*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2017, 271 ss. e dottrina e giurisprudenza *ivi* citata; F. DE LEONARDIS, *Risparmio energetico, efficienza energetica ed amministrazioni: il Piano d'azione nazionale per l'efficienza energetica nell'ambito della Programmazione Energetica Nazionale*, in *Annuario di diritto dell'energia*, 2016, 155 ss.; ID., *Criteri di sostenibilità energetica e ambientale*, cit., 176 ss.; C. VIVANI, *Ambiente ed energia*, in R. FERRARA, M.A. SANDULLI (diretto da), *Trattato di diritto dell'ambiente*, cit., I, 503 ss. e dottrina e giurisprudenza *ivi* citata.

Tra gli atti normativi, si rinvia al *Libro verde sull'efficienza energetica. Fare di più con meno*, COM (2005), 265; Direttiva 2006/32/CE, sull'efficienza degli usi finali di energia e i servizi energetici, sostituita dalla Direttiva 2012/27/UE; Direttiva 2002/91/CE, *Energy Performance of Building Directive*, come modificata dalla Direttiva 2010/31/UE; Direttiva *cd. Labelling* 2010/30/UE, sulle etichettature dei prodotti connessi all'energia; Direttiva 2005/32/CE, *Energy Related Products*, sostituita dalla Direttiva 2009/125/CE, *Energy related Products sull'ecodesign*.

<sup>76</sup> L'economia circolare “mira a mantenere i prodotti e i materiali nella catena del valore per un periodo più lungo, e a recuperare le materie prime dopo il ciclo di vita dei prodotti in maniera da consentirne un ulteriore uso”. Commissione Europea, *Appalti pubblici per un'economia circolare. Buone prassi e orientamenti*, 2018.

La complessità del tema, pur nella sua stretta attualità, non ci permette ulteriori sviluppi nell'ambito della ricerca e, pertanto, si rinvia a F. DE LEONARDIS, *Economia circolare: saggio sui suoi tre aspetti giuridici. Verso uno Stato circolare?*, in *Dir. amm.*, 2017, 163, e dottrina e giurisprudenza *ivi* citata; ID., *Il futuro del diritto ambientale: il sogno dell'economia circolare*, in *www.aidambiente.it*; M. MELI, *Oltre il principio del chi inquina paga: Verso uno Stato circolare*, in *Dir. amm.*, 2017, 163; C. FELIZANI, *I nuovi appalti verdi: un primo passo verso un'economia circolare?*, in *Dir. ec.*, 2017, 2, 349.

peo, se, da una parte, bisogna incentivare le integrazioni ambientali nelle politiche comunitarie e nazionali, ai sensi dell'art. 6 del Trattato CE, dall'altra, non tollera il superamento dei principi fondamentali della concorrenza che potrebbero essere alterati dal principio dell'integrazione ambientale<sup>77</sup>.

Così, l'acquisto di beni *verdi*, *socialmente compatibili* e *innovativi* risponde alla esigenza di uno sviluppo economico sostenibile, già di per sé principio dinamico, e a quella di un dovere di solidarietà sociale<sup>78</sup>, che è

<sup>77</sup> Così, F. GAVERINI, *Attività contrattuale della p.a.*, cit., 157.

Sul tema, si rinvia a M. CLARICH, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Dir. amm.*, 2016, 1-2, 71.

Nella giurisprudenza della Corte di Giustizia UE, 17 dicembre 2002, causa C-513/99, *Concordia Bus Finland Oy Ab c. Helsing Kaupunki HKL Bussiliikenne*, in *Foro amm.-CdS*, 2002, 1936, nota di M. LOTTINI, *Appalti comunitari: sull'ammissibilità di criteri di aggiudicazione non prettamente economici*; G. FIDONE, in G. FIDONE, F. MATALUNI (a cura di), *Gli appalti verdi nel Codice dei contratti pubblici*, cit., 16, osserva che "in tale sentenza, la Corte di Giustizia ha affermato in modo inequivocabile che considerazioni di tipo *non economico* possono concorrere a formare criteri di aggiudicazione di un contratto pubblico, poiché anche fattori non meramente economici possono incidere sul valore di un'offerta per l'amministrazione aggiudicatrice. La pronuncia afferma che i criteri di aggiudicazione non devono necessariamente apportare, direttamente o indirettamente, un vantaggio economico alla stazione appaltante, bensì anche esigenze di natura non economica possono avere un valore per l'amministrazione. Tale principio viene affermato con particolare riferimento alle esigenze di carattere ambientale, anche in virtù del principio di integrazione di cui all'art. 6 del Trattato, già ricordato. Devono, però, ricorrere alcune condizioni quali la sussistenza di un collegamento del criterio ambientale con l'oggetto dell'appalto; l'assenza di un'incondizionata libertà di scelta per l'amministrazione; l'espressa menzione del criterio ambientale nel bando di gara; il rispetto di tutti i principi dell'ordinamento comunitario e, soprattutto, di quello di non discriminazione. La medesima pronuncia afferma che quando il criterio ambientale risulti oggettivo e indistintamente applicabile a tutte le offerte, il rispetto del principio di non discriminazione è garantito anche laddove il criterio medesimo comporti una riduzione della platea di potenziali offerenti".

Corte di Giustizia UE, 10 aprile 2003, cause riunite C-20/01 e C-28/01, *Commissione c. Repubblica di Germania*, in *Giur. it.*, 2003, 1925 ss., in cui si afferma che "è certo che un'amministrazione aggiudicatrice può tenere conto di criteri relativi alla tutela dell'ambiente nelle diverse fasi di un procedimento di aggiudicazione di appalti pubblici (...). Tuttavia, la procedura applicata sulla base dell'esistenza di tale motivo di ordine tecnico deve rispettare i principi fondamentali del diritto comunitario, in particolare il principio di non discriminazione, quale si desume dalle disposizioni del Trattato in materia di stabilimento e di libera prestazione dei servizi (...). Orbene, il rischio di una violazione del principio di non discriminazione è particolarmente elevato qualora un'amministrazione aggiudicatrice decida di non assoggettare un determinato appalto alla concorrenza".

<sup>78</sup> F. DE LEONARDIS, *Criteri di sostenibilità energetica e ambientale*, cit., rileva che "attraverso

insito nella tutela dell'ambiente, applicando l'integrazione della tutela ambientale in altri interessi come principio assiologico della materia ambientale e che deve guidare tutta l'azione amministrativa, sia nella sua espressione di *command and control*, che in quella che si esplica con gli strumenti di mercato<sup>79</sup>.

Orbene, il fulcro del tema di cui ci stiamo occupando è costituito dai

---

l'uso 'strategico' dei contratti pubblici, quindi, perseguendo il proprio profitto le imprese vengono 'usate' per perseguire una pluralità di interessi di carattere generale anche diversi da quello ambientale: si spinge, quindi, il mercato a 'lavorare' non solo per l'ambiente, ma anche in vista dell'innovazione e della tutela sociale (ed è probabile che gli interessi 'accessori' di cui i contratti pubblici sono veicoli, aumenteranno del tempo). Il potentissimo *driver* costituito dalla macchina della contrattazione pubblica si aggiunge, quindi, all'ordinario *set* di misure tradizionali messe in campo per la realizzazione di tali interessi e, ovviamente, all'imprescindibile opera di educazione ambientale che deve essere svolta a tutti i livelli sulla base dei più elementari doveri di solidarietà. Lo sforzo compiuto dal legislatore negli ultimi anni (e culminato per ora nell'art. 34 del Codice) potrebbe riassumersi proprio nell'*orientare* l'amministrazione a identificare l'offerta più vantaggiosa non solo dal punto di vista economico, ma anche da quello della considerazione di interessi diversi (*in primis* ecologici) in modo tale da indurre il mercato, ispirato da logiche di profitto, a conseguire attraverso la contrattazione pubblica anche la tutela di interessi diversi. Tra i vari interessi 'accessori' la tutela dell'ambiente resta indubbiamente il settore più importante e non a caso si continua a parlare di *green public procurement* (GPP) o di disciplina degli appalti verdi o di clausole ecologiche negli appalti della pubblica amministrazione, anche se oggi, probabilmente, trattandosi di uno (ma non più dell'unico) degli interessi che vengono perseguiti dalla contrattazione pubblica appare sistematicamente più corretto parlare di uso 'strategico' dei contratti pubblici".

<sup>79</sup> È con l'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam nel 1997 che le esigenze connesse alla tutela dell'ambiente iniziano ad essere integrate nella "*definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni comunitarie (...)*". Si tratta del riconoscimento esplicito del principio di integrazione, secondo cui le questioni ambientali devono essere considerate sia nella fase di elaborazione che di successiva attuazione delle altre politiche dell'Unione. Proprio richiamando tale principio, la Corte di Giustizia ha ritenuto perfettamente conforme ai dettami del Trattato una normativa nazionale che obbligava imprese private ad acquistare energia proveniente da fonti rinnovabili, prodotta nella loro zona, a prezzi minimi superiori al valore economico reale relativo a tale tipo di energia<sup>15</sup>. La previsione è stata giudicata legittima dalla Corte perché diretta ad assicurare l'esigenza imperativa di tutelare l'ambiente e la salute.

Cfr. Corte di Giustizia UE, 13 marzo 2001, C-379/98, *Preussenelektra AG c. Land Schleswig-Holstein*, *Racc.*, 2001, I-2099.

Per un commento alla sentenza, v. L. RUBINI, *Brevi note a margine del caso "Preussenelektra", ovvero come 'prendere seriamente' le norme sugli aiuti di Stato e la tutela dell'ambiente nel diritto comunitario*, in *Dir. comun. scambi internaz.*, 2001, 473; A. COLAVECCHIO, *Misure nazionali incentivanti la produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili all'esame della Corte di Giustizia: note minime in margine alla sentenza Preussenelektra*, in *Rass. giur. ener. elett.*, 2001, 838.

criteri ambientali minimi, come criteri di sostenibilità ambientale e di risparmio energetico, criteri che necessariamente devono essere inseriti nei documenti di gara per delineare l'oggetto della gara (il prodotto che l'amministrazione compra), il soggetto da cui l'amministrazione compra e quale criterio di scelta del contraente da parte dell'amministrazione al fine dell'aggiudicazione della gara d'appalto<sup>80</sup>.

L'art. 34 ccp81, riprendendo quanto già previsto dall'art. 68 *bis*, d.lgs. n. 163/200682, come modificato dall'art. 18, l. n. 221/2015, trova il suo fondamento nelle direttive appalti 2014/24/UE e 2014/23/UE, secondo le quali "le specifiche tecniche fissate dai committenti pubblici devono permettere l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nonché il conseguimento di obiettivi di sostenibilità".

A tal fine, le stazioni appaltanti devono inserire nella documen-

---

<sup>80</sup> Sui criteri di aggiudicazione, v. F. CARDARELLI, *Criteri di aggiudicazione*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, cit., 531.

<sup>81</sup> Art. 34, d.lgs. n. 50/2016, *Criteri di sostenibilità energetica e ambientale*. 1. *Le stazioni appaltanti contribuiscono al conseguimento degli obiettivi ambientali previsti dal Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione attraverso l'inserimento, nella documentazione progettuale e di gara, almeno delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute nei criteri ambientali minimi adottati con decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e conformemente, in riferimento all'acquisto di prodotti e servizi nei settori della ristorazione collettiva e fornitura di derrate alimentari, anche a quanto specificamente previsto nell'articolo 144.* 2. *I criteri ambientali minimi definiti dal decreto di cui al comma 1, in particolare i criteri premianti, sono tenuti in considerazione anche ai fini della stesura dei documenti di gara per l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'art. 95, c. 6. Nel caso dei contratti relativi alle categorie di appalto riferite agli interventi di ristrutturazione, inclusi quelli comportanti demolizione e ricostruzione, i criteri ambientali minimi di cui al comma 1, sono tenuti in considerazione, per quanto possibile, in funzione della tipologia di intervento e della localizzazione delle opere da realizzare, sulla base di adeguati criteri definiti dal Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare.* 3. *L'obbligo di cui ai commi 1 e 2 si applica per gli affidamenti di qualunque importo, relativamente alle categorie di forniture e di affidamenti di servizi e lavori oggetto dei criteri ambientali minimi adottati nell'ambito del citato Piano d'azione.*

Nelle Linee Guida n. 2, del 21 settembre 2016, l'ANAC specifica che "i criteri di valutazione definiti dalla stazione appaltante tengono anche conto dei criteri ambientali minimi (CAM) adottati con decreto del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare; a tal fine, i criteri di valutazione prevedono l'attribuzione di specifici punteggi qualora vengano proposte condizioni superiori a quelle minime previste dai CAM con riferimento alle specifiche di base e alle clausole contrattuali/condizioni di esecuzione o siano proposte le condizioni previste, nell'ambito dei predetti CAM, dalle specifiche tecniche premianti".

<sup>82</sup> Per un esame del d.lgs. n. 163/2006, per tutti, si rinvia a M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, cit., I-VI, e all'ampia dottrina e giurisprudenza *ivi* citata.

tazione di gara, le specifiche tecniche e le clausole contenute nei criteri ambientali minimi. Quindi, i cd. CAM, di cui la giurisprudenza sta iniziando a definire l'ambito applicativo e la dottrina a delinearne le difficoltà applicative<sup>83</sup>, sono le specifiche tecniche

<sup>83</sup> Cfr. TAR Toscana, Sez. I, 14 maggio 2018, n. 645; TAR Emilia-Romagna, Bologna, Sez. II, 14 marzo 2018, n. 241; Cons. Stato, Sez. III, 17 aprile 2018, n. 2317; TAR Lazio, Roma, Sez. I bis, 5 giugno 2017, n. 6615, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*. A. CASTELLI, *GPP e economia circolare*, cit., rileva che "(...) come si evince dall'indagine sul livello di applicazione dei CAM presentata alla Camera dei Deputati lo scorso 12 febbraio 2019 da parte dell'Associazione Comuni Virtuosi (insieme con altri soggetti impegnati nella diffusione della c.d. *green economy*), l'utilizzo dei nuovi strumenti messi a disposizione risulta ancora estremamente limitato. La suddetta indagine, riferita all'anno 2017 e relativa alle procedure di approvvigionamento di 40 Comuni (su un totale di 102) rappresentativi di tutte le tipologie di soci dell'associazione in questione, ha riguardato il numero totale di bandi emanati ed il loro importo, sia per quelli che hanno previsto l'applicazione dei CAM, sia per quelli che non hanno previsto alcun requisito ambientale, dai quali emerge che il 55% dei Comuni non applica i CAM in nessuna categoria merceologica. Gli strumenti individuati quale espressione del concetto di *Green Public Procurement*, quindi, risultano essere ancora poco diffusi ed utilizzati, nonostante la vigente disciplina normativa prevede l'illegittimità di quelle procedure non conformi al rispetto dei CAM. Secondo l'indagine svolta, le cause della mancata o comunque insufficiente applicazione della normativa relativa agli appalti verdi risultano essere la carenza di competenze specifiche da parte del personale addetto alla redazione dei bandi, oltre che la necessità, da parte delle Pubbliche Amministrazioni di rendere più chiara l'organizzazione degli acquisti e la programmazione degli stessi all'interno dei programmi dalle medesime varati, tenuto conto che non risulta "ancora sistematica la realizzazione di un'analisi dei fabbisogni preliminare agli acquisti, nonché l'implementazione della successiva fase di verifica di conformità dei contratti". Per fronteggiare tali problematiche e promuovere un più ampio utilizzo dei *Green Public Procurement* sono state avviate, sin dal 2018, diverse iniziative a livello ministeriale, con l'intento di promuovere la conoscenza sugli acquisti verdi da parte dei soggetti coinvolti nei procedimenti di acquisto e semplificare i CAM, rendendo più trasparente e partecipato il percorso di elaborazione degli stessi. Il Ministero dell'Ambiente, nello specifico, ha sottoscritto tre differenti protocolli d'intesa rispettivamente con la Conferenza delle Regioni e Province autonome, con Unioncamere e con l'ANAC. Le intese hanno l'obiettivo di:  avviare una più organica collaborazione istituzionale per la promozione degli acquisti verdi a livello dei singoli territori, anche per il tramite del supporto tecnico specialistico delle ARPA/APPA, cui adibire piani di formazione per le stazioni appaltanti e per gli operatori economici;  accrescere la competitività degli operatori economici in relazione ai nuovi traguardi dell'economia circolare e dello sviluppo sostenibile;  rendere effettivo il monitoraggio e la vigilanza sull'applicazione dei CAM, nonché realizzare una condivisione di linee guida, bandi e capitolati tipo, documenti di indirizzo per le stazioni appaltanti, oltre che realizzare iniziative formative per dipendenti della Pubblica Amministrazione. Risulta, quindi, avviato un percorso che, sul lungo periodo, dovrebbe portare non soltanto ad un incremento nell'utilizzo degli "strumenti verdi"

scelte dal Ministero dell'ambiente, pur non escludendo un ruolo delle regioni<sup>84</sup>, a seguito di un sistema complesso a tre livelli<sup>85</sup>, che devono possedere un prodotto o un servizio e che verranno indicate dall'amministrazione in sede di predisposizione dei bandi (art. 34, c. 1); inoltre, i criteri ambientali faranno parte dei requisiti dell'oggetto dell'appalto, ma saranno utilizzati, altresì, al fine dell'aggiudicazione<sup>86</sup>, specificando l'art. 34, c. 3, che l'appli-

---

da parte degli operatori economici, ma, altresì, ad una maggiore consapevolezza da parte degli stessi e delle stazioni appaltanti dei vantaggi derivanti per l'ambiente e per la nuova economia di tipo circolare”.

<sup>84</sup> È lo stesso Piano d'azione nazionale per il GPP a prevedere che “le Regioni sono invitate a includere il GPP nella normativa regionale e di settore”.

Difatti le Regioni sono intervenute con specifiche norme per introdurre criteri di sostenibilità ambientale negli acquisti della pubblica amministrazione. Cfr. L.r. Puglia, 1 agosto 2006, n. 23; L.r. Emilia-Romagna, 29 dicembre 2009, n. 28; L.r. Toscana, 19 luglio 2012, n. 37; L.r. Liguria, 13 agosto 2007, n. 31; L.r. Umbria 9 dicembre 2008, n. 18.

<sup>85</sup> Nel processo di definizione dei cd. CAM, in primo luogo è il legislatore che definisce la categoria dei beni che devono possedere delle caratteristiche *verdi*; in secondo luogo, il Ministero dell'ambiente adotta il Piano di azione nazionale in materia di GPP) e infine con decreti definisce i singoli CAM per ogni singola categoria merceologica.

Nello specifico, il Piano d'azione nazionale in tema di GPP è stato adottato con il d. intermin. 11 aprile 2008, n. 135, e successivamente modificato con il d.m. 10 aprile 2013, *Revisione 2013 del Piano di azione per la sostenibilità ambientale dei consumi della pubblica amministrazione*. Successivamente sono stati adottati diciotto decreti CAM: 1. Apparecchiature elettroniche per ufficio (d.m. 13 dicembre 2013, all. 2); 2. Arredi per ufficio (d.m. 22 febbraio 2011); 3. Arredo urbano (d.m. 5 febbraio 2015); 4. Aspetti sociali negli appalti pubblici (d.m. 4 aprile 2013); 5. Ausili per l'incontinenza (d.m. 24 dicembre 2015); 6. Carta (d.m. 4 aprile 2013); 7. Cartucce per stampanti (d.m. 13 febbraio 2014, all. 2); 8. Edilizia (d.m. 24 dicembre 2015); 9. Illuminazione pubblica (d.m. 23 dicembre 2013); 10. Pulizia e prodotti per l'igiene (d.m. 24 maggio 2012); 11. Rifiuti urbani (d.m. 13 febbraio 2014 all. 1); 12. Ristorazione collettiva e derrate alimentari (d.m. 25 luglio 2011); 13. Sanificazione per strutture ospedaliere e per la fornitura di prodotti detergenti (d.m. 18 ottobre 2016); 14. Serramenti esterni (d.m. 25 luglio 2011); 15. Servizi energetici per gli edifici - Illuminazione, climatizzazione (d.m. 7 marzo 2012); 16. Tessile (d.m. 22 febbraio 2011 all. 1); 17. Veicoli (d.m. 8 maggio 2012); 18. Verde pubblico (d.m. 13 dicembre 2013 all. 1).

<sup>86</sup> L'art. 95, c. 6, ccp, prevede che i criteri di valutazione del miglior rapporto qualità/prezzo devono essere oggettivi e connessi all'oggetto dell'appalto, ciò al fine di assicurare il rispetto dei principi di trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento. Sono considerati connessi all'oggetto dell'appalto quei criteri che riguardano lavori, forniture o servizi da fornire nell'ambito dell'affidamento sotto qualsiasi aspetto e in qualsiasi fase del ciclo di vita (compresi fattori coinvolti nel processo specifico di produzione, fornitura o scambio o in un processo specifico per

cazione dei CAM avviene indipendentemente dalle soglie, e quindi sia nei contratti sopra soglia, che in quelli sotto soglia. Con il decreto correttivo del 2017 si è ritenuto opportuno eliminare l'obbligo d'introdurre specifiche tecniche e clausole contrattuali in riferimento ad un valore parziale, scelta che aveva creato nella vigenza del Codice prima del 20 maggio 2017 non poche difficoltà applicative soprattutto per le stazioni appaltanti tenute ad approvvigionarsi da convenzioni effettuate da centrali di committenza e non potendo tecnicamente suddividere l'appalto in presenza di prodotti con caratteristiche diverse.

Inoltre, sempre in riferimento alle specifiche tecniche, pare opportuno sottolineare, riprendendo il tema dell'estensione diacronica della valutazione ambientale, come l'art. 42 della direttiva 2014/24/CE fac-

---

una fase successiva del ciclo di vita, anche se non sono parte del loro contenuto sostanziale); attengono alle caratteristiche dei lavori, dei beni o dei servizi ritenute più rilevanti dalla stazione appaltante ai fini della soddisfazione delle proprie esigenze e della valorizzazione degli ulteriori profili indicati dal Codice. Sempre all'art. 95, c. 6, vengono indicati, a titolo esemplificativo, i seguenti criteri: *a)* qualità (pregio tecnico, caratteristiche estetiche e funzionali, accessibilità, certificazioni e attestazioni in materia di sicurezza e salute dei lavoratori, caratteristiche sociali, ambientali, contenimento dei consumi energetici, caratteristiche innovative, commercializzazione e relative condizioni); *b)* possesso di un marchio di qualità ecologica dell'Unione europea (Ecolabel UE) in relazione ai beni o servizi oggetto del contratto, in misura pari o superiore al 30 per cento del valore delle forniture o prestazioni oggetto del contratto; *c)* costo di utilizzazione e manutenzione, "avuto anche riguardo ai consumi di energia e delle risorse naturali, alle emissioni inquinanti e ai costi complessivi, inclusi quelli esterni e di mitigazione degli impatti dei cambiamenti climatici, riferiti all'intero ciclo di vita dell'opera, bene o servizio, con l'obiettivo strategico di un uso più efficiente delle risorse e di un'economia circolare che promuova ambiente e occupazione"; *d)* compensazione delle emissioni di gas ad effetto serra associate alle attività dell'azienda calcolate secondo i metodi stabiliti in base alla raccomandazione n. 2013/179/UE della Commissione del 9 aprile 2013, relativa all'uso di metodologie comuni per misurare e comunicare le prestazioni ambientali nel corso del ciclo di vita dei prodotti e delle organizzazioni; *e)* organizzazione, qualifiche ed esperienza del personale effettivamente utilizzato nell'appalto, qualora la qualità del personale incaricato possa avere un'influenza significativa sul livello dell'esecuzione dell'appalto; *f)* servizio successivo alla vendita e assistenza tecnica; *g)* condizioni di consegna o di esecuzione del servizio.

In giurisprudenza, v. Cons. Stato, Sez. V, 3 dicembre 2010, n. 8408; TAR Puglia, 30 agosto 2011, n. 1244; Cons. Stato, Sez. VI, 27 aprile 2011, n. 2482; Cons. Stato, Sez. V, 8 marzo 2011, n. 1464; TAR Lazio, Roma, Sez. II *quater*, 2 febbraio 2011, n. 987; TAR Veneto, Sez. I, 15 settembre 2009, n. 2404; TAR Lazio, Roma, Sez. III, 29 aprile 2009, n. 4396; TAR Sicilia, Sez. III, 26 giugno 2008, n. 853, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.



cia riferimento non solo “alle caratteristiche previste per lavori, servizi e forniture”, ma anche “allo specifico processo e metodo di produzione o fornitura dei lavori, delle forniture o dei servizi richiesti, o a uno specifico processo per un'altra fase del suo 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”.

L'obbligatorietà dell'impiego dei CAM trova, altresì, un riscontro nell'art. 211, c. 1 *ter*, ccp, il quale prevede la possibilità di un esposto da parte di un operatore economico all'ANAC, a cui rendere nota la violazione dell'amministrazione in riferimento al mancato inserimento in un bando dei requisiti ambientali previsti da uno specifico CAM<sup>87</sup>. Spetterà all'ANAC emettere un parere entro sessanta giorni dalla ricezione dell'esposto con il quale, qualora ravvisi la violazione, verranno indicati alla stazione appaltante i vizi di legittimità riscontrati. Ovvero, l'ANAC potrà presentare, ai sensi dell'art. 211, c. 1 *bis*, ccp, un ricorso al giudice amministrativo, indipendentemente dall'essersi espressa con il parere di cui al c. 1 *ter*, qualora riscontri un vizio del bando o di un altro atto, in violazione delle norme in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi o forniture<sup>88</sup>.

#### 4. Le etichettature

Le specifiche tecniche, disciplinate dall'art. 68 del d.lgs. n. 50/2016<sup>89</sup> che recepisce l'art. 42 della Direttiva 2014/24/UE, possono richiedere etichettature, previste dall'art. 69 del d.lgs. n. 50/2016, quali mezzi di

---

<sup>87</sup> Sul tema, v. M. MAURI, *ANAC e GPP: il controllo sugli appalti verdi diventa esplicito e trasparente*, in *www.appalti & contratti.it*, 2017.

Si rinvia, altresì, ai contributi di R. DE NICTOLIS, S. TRANQUILLI, M. LIPARI, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, cit., V, 507.

<sup>88</sup> Sulle funzioni dell'ANAC, v. M. CORRADINO, G.F. LICATA, *Autorità nazionale anti-corruzione*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, cit., 411.

<sup>89</sup> Sulle specifiche tecniche, v. R. DIPACE, *Art. 68*, in G.M. ESPOSITO (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Milano, 2017, I, 820. In generale, sul tema, si rinvia a D. CAPORTORTO, *Le specifiche tecniche*, in A. CANCRINI, C. FRANCHINI, S. VINTI (a cura di), *Codice degli appalti pubblici*, Torino, 2014, 408 ss.; G. URBANO, M. GIUSTINIANI, *Le procedure per la scelta del contraente*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti*, Torino, 2010, 428; R. INVERNIZZI, *Le specifiche tecniche*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici. Le procedure di affidamento e l'aggiudicazione*, cit., 2041.

prova<sup>90</sup> che i lavori, le forniture o i servizi corrispondano alle caratteristiche richieste di un prodotto o di un servizio, nel caso di appalti pubblici di forniture o di servizi. Si tratta, in particolare, dei livelli di qualità, dei livelli della prestazione ambientale, della valutazione della conformità, della proprietà d'uso, dell'uso del prodotto, della sua sicurezza o delle sue dimensioni, delle prescrizioni applicabili al prodotto in relazione alla denominazione di vendita, alla terminologia, ai simboli, al collaudo e ai metodi di prova, all'imballaggio, alla marcatura e all'etichettatura, alle istruzioni per l'uso, ai processi e ai metodi di produzione, nonché alle procedure di valutazione della conformità<sup>91</sup>. Le specifiche tecniche sono inserite nei documenti di gara e, quando l'appalto è destinato all'uso di persone fisiche, devono essere elaborate in modo da tener conto dei criteri di accessibilità per persone disabili. In altri termini, le regole sulle specifiche tecniche guidano la redazione dei capitolati d'appalto, nonché la delicata scelta dell'oggetto del contratto e la loro finalità è quella di evitare indebite restrizioni alla concorrenza ed alla partecipazione ai pubblici appalti<sup>92</sup>. In generale,

<sup>90</sup> Nello specifico, sui mezzi di prova e le certificazioni di qualità, si veda M. ALESIO, M. PANATO, N. SPEROTTO, *Le procedure di affidamento. Guida operativa al D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, in P. COSMAI (a cura di), *Riforma codice degli appalti*, Padova, 2016, 211. I mezzi di prova e le certificazioni di qualità sono disciplinati, rispettivamente, dagli artt. 86 e 87 del d.lgs. n. 50/2016. Ai sensi dell'art. 86, che recepisce l'art. 60 Direttiva 2014/24/UE, le stazioni appaltanti possono richiedere certificati, dichiarazioni e mezzi di prova come prova dell'assenza di motivi di esclusione e del rispetto dei criteri di selezione. L'art. 87, Certificazione delle qualità, recepisce l'art. 62 Direttiva 2014/24/UE e disciplina il sistema di gestione, valutazione ed acquisizione di certificati rilasciati da organismi indipendenti per attestare che l'operatore economico soddisfa determinate norme di garanzia della qualità.

Sulle certificazioni di qualità ambientale di un prodotto, si vedano, M. CALABRÒ, *Le certificazioni di qualità ambientale di un prodotto quali fattori di competitività per il Made in Italy*, in *Foro amm. T.A.R.*, 9, 2009, 2639 ss.; G. FIDONE, *Gli appalti verdi all'alba delle nuove direttive: verso modelli più flessibili orientati a scelte eco-efficienti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 5, 2012, 819 ss.; L. GOBBATO, *Il nuovo codice degli appalti rilancia i CAM*, in *Ambiente & sviluppo*, 2016, 481 ss.; T. CELLURA, *L'applicazione dei criteri ambientali minimi negli appalti pubblici*, Rimini, 2016. In materia di *green public procurement*, si veda M. OCCHIENA, *Norme di gestione ambientale*, cit., 465.

<sup>91</sup> Così, Cons. Stato, Sez. III, 31 ottobre 2017, n. 5043, in *Foro amm.*, 2017, 10, 1997.

<sup>92</sup> Così, TAR Milano, Lombardia, Sez. IV, 10 febbraio 2017, n. 328, in *Foro amm.*, 2017, 2, 342 ss.; sull'onere dell'aggiudicatrice di provare il rispetto delle specifiche tecniche o l'equivalenza del prodotto offerto rispetto alle stesse, TAR Trentino-Alto Adige, Trento, Sez. I, 3 gennaio 2017, n. 2, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

In dottrina, si veda R. INVERNIZZI, *Le procedure di affidamento e l'aggiudicazione*, in, M.A. SANDULLI, R. DE NICCOLIS, R. GAROPOLI (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, cit.,

non devono essere discriminatorie, nel senso che le stazioni appaltanti non possono indicare specifiche tecniche di prodotto eccessivamente restrittive oppure costituite da una determinata fabbricazione o provenienza o, addirittura, da uno specifico marchio o brevetto. Tali situazioni vengono scongiurate dall'obbligo in capo ai committenti di menzione nel bando di gara dell'espressione «o equivalente», di cui all'art. 68 d.lgs. n. 50/2016, c. 5, lett. b)<sup>93</sup>. L'offerente può dimostrare dunque con qualsiasi altro mezzo appropriato che l'offerta proposta ottemperi in maniera equivalente ai requisiti richiesti dalle specifiche tecniche.

In un tale contesto, le etichettature divengono uno strumento per evitare che le stazioni appaltanti siano chiamate a valutare l'equivalenza delle soluzioni proposte dall'offerente rispetto ai requisiti richiesti dalle specifiche tecniche. In questo senso, si spiega dunque l'opportunità per le stazioni appaltanti di sostenere il costo delle etichettature<sup>94</sup>.

L'art. 69 del d.lgs. n. 50/2016, non modificato dal decreto correttivo n. 57/2017, recepisce l'art. 43 della direttiva 2014/24/UE<sup>95</sup> e disciplina

---

2041 ss.. L'A. chiarisce che l'obiettivo peculiare delle specifiche tecniche è quello di "preservare la concorrenzialità nel delicatissimo momento della scelta dell'oggetto contrattuale".

<sup>93</sup> Tuttavia, nell'ipotesi in cui il committente indichi quale oggetto dell'appalto un prodotto naturalmente esistente in natura, non coincidente con una produzione industriale specifica e determinata, il richiamo al principio di equivalenza non può consentire di distorcere completamente l'oggetto dell'appalto, al punto di permettere l'offerta di un bene del tutto diverso, rendendo così indeterminato l'oggetto del medesimo appalto. Così T.A.R. Milano, Lombardia, n. 328/2017, cit.

Il c.d. principio di equivalenza consente agli operatori economici di dimostrare che le caratteristiche del proprio prodotto sono analoghe a quelle richieste dal bando.

<sup>94</sup> Definisce le etichettature come costo per le stazioni appaltanti, P. COSMAI, R. IOVINO, *Il nuovo codice degli appalti pubblici. Guida operativa al D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, in P. COSMAI (a cura di), *Riforma codice degli appalti*, cit., 222.

<sup>95</sup> Ai sensi dell'art. 43 della direttiva 2014/24/UE "per gli appalti di lavori, tali situazioni comprendono opere non consistenti in normali fabbricati o che implicano la progettazione o soluzioni innovative. Per i servizi o le forniture che richiedono attività di adattamento o progettazione, è probabilmente conveniente il ricorso a una procedura competitiva con negoziazione o al dialogo competitivo. Tali attività di adattamento o progettazione sono particolarmente necessarie nel caso di appalti di una certa complessità riguardanti acquisti quali prodotti sofisticati, servizi intellettuali, ad esempio alcuni servizi di consulenza, di architettura o d'ingegneria, o grandi progetti nell'ambito delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (TIC). In tali casi la negoziazione può risultare necessaria per assicurare che le forniture o i servizi in questione soddisfino le esigenze dell'amministrazione aggiudicatrice. Non è opportuno ricorrere alla procedura competitiva con negoziazione e al dialogo

come già detto le cd. etichettature. Esso prevede che le amministrazioni aggiudicatrici che intendano acquistare lavori, forniture o servizi con specifiche caratteristiche ambientali<sup>96</sup>, sociali o di altro tipo<sup>97</sup>, pos-

competitivo nel caso di servizi o prodotti pronti per l'uso che possono essere forniti da molti operatori economici". Sulla necessità e opportunità del recepimento delle Direttive in tema di contratti pubblici, si rinvia a A. PAJNO, *La nuova disciplina in tema di contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 5, 2015, 1127.

<sup>96</sup> Per un primo commento in ordine al delicato rapporto tra ambiente e appalti, nonché in tema di temperamento tra tutela ambientale e criterio di economicità, si veda S. VILLAMENA, *Codice dei contratti pubblici 2016. Nuovo lessico ambientale, clausole ecologiche, sostenibilità, economicità*, cit., 101. L'A., con specifico riferimento alle clausole ecologiche, come ad esempio, le specifiche tecniche (art. 68 d.lgs. n. 50/2016), le quali stabiliscono le caratteristiche di un lavoro, servizio o fornitura e, fra queste, le specifiche ambientali, chiarisce che di tali specifiche si può fornire prova anche attraverso «(eco)etichettature», di cui all'art. 69 del nuovo codice appalti 2016. Inoltre, l'A. chiarisce che alla stessa tipologia delle c.d. (eco)etichettature è possibile ascrivere le certificazioni ambientali di cui all'art. 87 d.lgs. n. 50/2016, finalizzate ad attestare che l'operatore economico soddisfa determinate norme di qualità. Sulla situazione precedente ID., *Appalti pubblici e clausole ecologiche. Nuove conquiste per la 'competitività non di prezzo' anche alla luce della recente disciplina europea*, in *Dir. econ.*, 2015, 355; C. VIVANI, *Appalti sostenibili, green public procurement e socially responsible public procurement*, in *Urb. app.*, 8-9, 2016, 993.

<sup>97</sup> La natura essenzialmente economica della regolazione degli appalti pubblici ha nel tempo ceduto il passo ad un nuovo approccio che tenga conto e integri al suo interno elementi di altra natura, tra cui l'ambiente. Come riconosciuto nell'ambito della Strategia Europa 2020, e più volte sostenuto dalla stessa Commissione europea, diventa particolarmente interessante la relazione che intercorre tra strumenti verdi e sviluppo economico. Le direttive di quarta generazione sono basate su un approccio nuovo in quanto connettono il settore degli appalti alle politiche generali dell'Unione, rendendoli funzionali a sviluppare un'economia della conoscenza e dell'innovazione. Già quindi nelle direttive europee del 2004 e nel precedente Codice del 2006 era prevista la possibilità di integrare valutazioni ambientali nelle varie fasi della procedura di gara e più precisamente: *i*) nell'individuazione dell'oggetto del contratto e delle specifiche tecniche; *ii*) nella valutazione dei candidati (ipotesi di esclusione e requisiti di capacità tecnica); *iii*) nella valutazione delle offerte e nei criteri di aggiudicazione; *iv*) nelle condizioni di esecuzione dell'appalto. L'ammissione di criteri non economici nel calcolo dell'offerta economicamente più vantaggiosa è stata oggetto di un'importante evoluzione passata attraverso diverse pronunce della Corte di Giustizia codificati fin dalle direttive del 2004 e dal precedente Codice del 2006. Tali criteri non economici devono quindi *i*) essere connessi all'oggetto dell'appalto; *ii*) non conferire un'illimitata libertà di scelta all'amministrazione aggiudicatrice; *iii*) essere esplicitamente menzionati nel bando. La direttiva 2014/24/UE tratta in diversi considerando il tema della tutela dell'ambiente in riferimento alle procedure di affidamento di appalti pubblici. Il considerando 91, richiamando l'art. 11 del Trattato UE, afferma che la Direttiva "chiarisce in che modo le amministrazioni

sono richiedere nelle specifiche tecniche, come già l'art. 68 del d.lgs. n. 163/2006<sup>98</sup>, nei criteri di aggiudicazione o nelle condizioni relative

---

aggiudicatrici possono contribuire alla tutela dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile, garantendo loro la possibilità di ottenere per i loro appalti, il miglior rapporto qualità/prezzo". Allo stesso tempo, la legge delega n. 11/2016 ha stabilito che venissero previste misure volte a garantire il rispetto dei criteri di sostenibilità energetica e ambientale nell'affidamento degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, facendo anche ricorso al criterio di aggiudicazione basato sui costi del ciclo di vita e stabilendo un maggior punteggio per i beni, i lavori e i servizi che presentano un minore impatto sulla salute e sull'ambiente. In applicazione delle disposizioni europee e della legge delega, il d.lgs. n. 50/2016, come modificato dal d.lgs. n. 57/2017, inserisce diversi articoli che introducono disposizioni innovative in materia ambientale, rispetto al Codice del 2006.

<sup>98</sup> Ai sensi dell'art. 68, c. 9 e seguenti, d.lgs. n. 163/2006, "9. Le stazioni appaltanti, quando prescrivono caratteristiche ambientali in termini di prestazioni o di requisiti funzionali, quali sono contemplate al c. 3, lett. b), possono utilizzare le specifiche dettagliate o, all'occorrenza, parti di queste, quali sono definite dalle ecoetichettature europee (multi)nazionali o da qualsiasi altra ecoetichettatura, quando ricorrono le seguenti condizioni: a) esse siano appropriate alla definizione delle caratteristiche delle forniture o delle prestazioni oggetto dell'appalto; b) i requisiti per l'etichettatura siano elaborati sulla scorta di informazioni scientifiche; c) le ecoetichettature siano adottate mediante un processo al quale possano partecipare tutte le parti interessate, quali gli enti governativi, i consumatori, i produttori, i distributori e le organizzazioni ambientali; d) siano accessibili a tutte le parti interessate. 10. Nell'ipotesi di cui al c. 9 le stazioni appaltanti possono precisare che i prodotti o servizi muniti di ecoetichettatura sono presunti conformi alle specifiche tecniche definite nel capitolato d'oneri; essi devono accettare qualsiasi altro mezzo di prova appropriato, quale una documentazione tecnica del fabbricante o una relazione di prova di un organismo riconosciuto. 11. Per 'organismi riconosciuti' ai sensi del presente articolo si intendono i laboratori di prova, di calibratura e gli organismi di ispezione e di certificazione conformi alle norme europee applicabili. 12. Le stazioni appaltanti accettano i certificati rilasciati da organismi riconosciuti di altri Stati membri. 13. A meno di non essere giustificate dall'oggetto dell'appalto, le specifiche tecniche non possono menzionare una fabbricazione o provenienza determinata o un procedimento particolare né far riferimento a un marchio, a un brevetto o a un tipo, a un'origine o a una produzione specifica che avrebbero come effetto di favorire o eliminare talune imprese o taluni prodotti. Tale menzione o riferimento sono autorizzati, in via eccezionale, nel caso in cui una descrizione sufficientemente precisa e intelligibile dell'oggetto dell'appalto non sia possibile applicando i c. 3 e 4, a condizione che siano accompagnati dall'espressione 'o equivalente'".

La disposizione sopra riportata si riallaccia agli artt. 23 Direttiva 2004/18/CE e 34 Direttiva 2004/17/CE e agli artt. 10 e 11 d.lgs. n. 406/1991 in tema di lavori pubblici, 8 d.lgs. n. 358/1992, in tema di forniture, 20 d.lgs. n. 157/1995, in tema di appalti di servizi e 19 d.lgs. n. 158/1995, in tema di appalti nei c.d. settori esclusi, poi c.d. settori speciali, di cui alla parte III del d.lgs. n. 163/2006 e all'art. 16 del D.P.R. n. 554/1999, in tema di lavori pubblici.

all'esecuzione dell'appalto, una etichettatura specifica come mezzi di prova che i lavori, le forniture o i servizi corrispondano alle caratteristiche richieste, circostanza che si realizza quando i requisiti per l'etichettatura siano idonei a individuare le caratteristiche dei lavori, delle forniture e dei servizi oggetto dell'appalto e riguardano solo i criteri ad esso ricollegati.

Data la funzione importante ad esse affidata, che è quella di esonerare l'offerente dal dover provare con altra documentazione il rispetto dei requisiti, e di poter essere accettata dall'Amministrazione senza altro esame, le etichette devono possedere elevati *standards* di affidabilità, oggettività, trasparenza, indipendenza, e in particolare i requisiti per l'etichettatura, che devono essere oggettivi, verificabili e non discriminatori, sono idonei a definire, secondo un principio di immediatezza, le caratteristiche dei lavori, delle forniture e dei servizi oggetto dell'appalto e riguardano soltanto i criteri ad esso connessi. Le etichettature sono stabilite nell'ambito di un apposito procedimento aperto e trasparente al quale possano partecipare tutte le parti interessate, compresi gli enti pubblici, i consumatori, le parti sociali, i produttori, i distributori e le organizzazioni non governative, creando una condivisione con le parti interessate<sup>99</sup>. Inoltre, le etichettature sono accessibili a tutte

---

In dottrina, sul d.lgs. n. 163/2006, si rinvia a M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, cit., *passim*, R. DE NICTOLIS (a cura di), *I contratti pubblici di lavori servizi e forniture*, Milano, 2007.

<sup>99</sup> Il principio della trasparenza, dalla l. n. 241/1990 in poi, ha conosciuto un'importante codificazione nel nostro ordinamento e il Codice degli appalti, all'art. 69 pare recepire, se pur implicitamente, un principio che ha un fondamento costituzionale nell'imparzialità e nel buon andamento di cui all'art. 97, c. 2, Cost. Significativa è la definizione di trasparenza dell'art. 1 del d.lgs. n. 33/2016, come modificato dal d.lgs. n. 97/2017, intesa "come accessibilità totale dei dati e dei documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, allo scopo di tutelare i diritti dei cittadini, promuovere la partecipazione degli interessati all'attività amministrativa e favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche. La trasparenza, nel rispetto delle disposizioni in materia di segreto di Stato, di segreto d'ufficio, di segreto statistico e di protezione dei dati personali, concorre ad attuare il principio democratico e i principi costituzionali di eguaglianza, di imparzialità, buon andamento, responsabilità, efficacia ed efficienza nell'utilizzo di risorse pubbliche, integrità e lealtà ne servizio alla nazione. Essa è condizione di garanzia delle libertà individuali e collettive, nonché dei diritti civili, politici e sociali, integra il diritto ad una buona amministrazione e concorre alla realizzazione di un'amministrazione aperta, al servizio dei cittadini".

La trasparenza è intesa anche come prevenzione della corruzione, come confermato dall'ANAC con delibera n. 831/2016 e quindi come strumento guida dell'azione amministrativa.

le parti interessate e i requisiti per l'etichettatura sono stabiliti da terzi sui quali l'operatore economico che richiede l'etichettatura non può esercitare un'influenza determinante.

Le amministrazioni aggiudicatrici che richiedano una specifica etichettatura, come previsto dall'art. 69, c. 2, accettano tutte le etichettature che confermano che i lavori, le forniture o i servizi soddisfano i requisiti equivalenti<sup>100</sup>. Se poi, secondo quanto previsto dall'art. 69, c. 3, nonché dalla Relazione tecnica del d.lgs. n. 50/2016, un operatore economico dimostra di non avere la possibilità di ottenere una etichettatura specifica richiesta dall'amministrazione aggiudicatrice o anche una etichettatura equivalente entro il termine stabilito e per motivi non imputabili all'operatore, l'amministrazione ammette altri mezzi di prova, (compresa la documentazione del fabbricante, purché sia idonea) che i lavori, le forniture o i servizi che l'operatore economico deve fornire soddisfino i requisiti della specifica etichettatura o i requisiti specifici richiesti dall'amministrazione aggiudicatrice. Infine, l'art. 69, c. 4, stabilisce che quando una etichettatura, pur rispettando le condizioni di cui alle lett. *b)*, *c)*, *d)* ed *e)* del c. 1, fissa requisiti non collegati all'oggetto dell'appalto, le amministrazioni aggiudicatrici non possono esigere l'etichettatura in quanto tale, ma possono definire le specifiche tecniche con riferimento alle specifiche dettagliate di tale etichettatura, ovvero, all'occorrenza, a parti di queste, connesse all'oggetto dell'appalto e idonee a definirne le caratteristiche. Se un operatore economico dimostra di non avere la possibilità di ottenere l'etichettatura specifica indicata dall'amministrazione aggiudicatrice o un'etichettatura equivalente entro i termini richiesti, per motivi ad esso non imputabili, l'amministrazione aggiudicatrice deve accettare altri mezzi di prova, compresa una documentazione tecnica del fabbricante, idonei a dimostrare che i lavori, le forniture o i servizi che l'operatore economico interessato deve prestare soddisfino i requisiti

---

In dottrina, sui principi di pubblicità, trasparenza e pubblicità, si rinvia a M.R. SPASIANO, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 118. Inoltre, sull'accesso ai documenti amministrative e sulle nuove forme di accesso civico, v. A. SIMONATI, *ivi*, 1212 ss., e giurisprudenza e dottrina *ivi* citata.

<sup>100</sup> Sul punto si veda P. COSMAI, R. IOVINO, *Il nuovo codice degli appalti pubblici. Guida operativa al D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, in P. COSMAI (a cura di), *Riforma codice degli appalti*, cit., 222. Secondo le A., rappresentando le etichettature un costo per le stazioni appaltanti, i requisiti richiesti possono essere soddisfatti anche per equivalenti, ovvero, quando non possibile per causa non imputabile all'operatore economico, con altro mezzo di prova, come, ad esempio, la documentazione tecnica del fabbricante.

dell'etichettatura specifica o i requisiti specifici da essa indicati<sup>101</sup>.

## 5. Gli strumenti certificativi a tutela dell'interesse ambientale

Il *Libro verde* della Commissione europea del 18 luglio 2001 sottolineava la necessità di una “integrazione volontaria delle preoccupazioni sociali ed ecologiche nelle imprese, nelle operazioni commerciali e nei loro rapporti con le parti interessate”.

Nel definire così la *responsabilità sociale d'impresa*, tema ampio su cui non possiamo indugiare oltre, veniva incentivata l'utilizzazione di procedure volontarie per la tutela dell'ambiente, mediante l'utilizzo di strumenti che, al di là della ricerca del profitto, favorissero una *ecoconsapevolezza*, in modo da integrare nelle decisioni aziendali, comportamenti in grado di favorire un equilibrio tra profitto e istanze sociali e ambientali. Tramite, quindi, le cd. *certificazioni ambientali*<sup>102</sup>, la

<sup>101</sup> Sul punto, v. A. MUSIO, *Commento all'art. 69*, in G.M. ESPOSITO (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, cit., I, 829 ss.; M. ALESIO, M. PANATO, N. SPEROTTO, *Le procedure di affidamento. Guida operativa al D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, cit., 144-147; P. COSMAI, R. IOVINO, *Il nuovo codice degli appalti pubblici. Guida operativa al D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, in P. COSMAI (a cura di), *Riforma codice degli appalti*, cit., 221-222.

<sup>102</sup> Sulle certificazioni ambientali, *ex multis*, v. A. BENEDETTI, *Le certificazioni ambientali*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, cit., 206 ss.; ID., *Certezza pubblica e 'certezze' private. Poteri pubblici e certificazioni di mercato*, Milano, 2010; ID., *Le certificazioni di qualità tra regolazione pubblica e autorevolezza privata*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2004, 4, 669 ss.; S. GRASSI, *Procedimenti amministrativi a tutela dell'ambiente*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 1612 ss., e dottrina e giurisprudenza *ivi* citata; ID., *Problemi di diritto costituzionale dell'ambiente*, cit., 313 ss.; M. CAFAGNO, *Gli strumenti volontari a protezione dell'ambiente*, in R. FERRARA, M.A. SANDULLI (diretto da), *Trattato di diritto dell'ambiente*, cit., II, 336 ss.; ID., *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente*, cit.; M. CAFAGNO, F. FONDERICO, *Riflessione economica e modelli di azione amministrativa a tutela dell'ambiente*, in P. DELL'ANNO, E. PICOZZA (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, cit., I, 487 ss.; M. CALABRÒ, *Le certificazioni di qualità ambientale di prodotto quali fattori di competitività del mady in Italy*, cit., 2639 ss.; A. LOLLI, *Modelli di amministrazione sussidiaria: strumenti economico-volontari per la tutela dell'interesse pubblico*, Bologna, 2008; M. CLARICH, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 219 ss.; F. CARLESÌ, *Le certificazioni dei sistemi di gestione per la qualità*, in F. FRACCHIA, M. OCCHIENA (a cura di), *I sistemi di certificazione tra qualità e certezza*, Milano, 2006, 65; M. RICOLFI, *Marchi di servizio, non registrati e collettivi*, in AA.VV., *Diritto industriale, proprietà intellettuale e concorrenza*, Torino, 2005, 154; L. QUATTRINI, *Marchi collettivi, di garanzia e di certificazione*, in *Riv. dir. ind.*, 1992, 126.

A. BENEDETTI, *Le certificazioni ambientali*, cit., 206, osserva che “le certificazioni ambientali sono strumenti atti a produrre e a far circolare contenuti informativi qualificati in mercati reali o artificiali, al fine di realizzare obiettivi di tutela ambientale”.



tutela dell'interesse ambientale si rivela una importante chiave di correzione del mercato, ridimensionando, o persino annullando, le esternalità negative per l'ambiente prodotte da un'attività imprenditoriale tendenzialmente e naturalmente incline al solo perseguimento del profitto. Allo stesso tempo, lo strumento certificativo dell'ambiente favorisce la veicolazione d'informazioni sull'impresa e i suoi prodotti, in modo da indurre a scelte fiduciarie da parte dei consumatori, i quali, in assenza di certificazioni, vedrebbero impedita o fortemente ostacolata qualunque forma d'interlocuzione con chi produce e fa impresa<sup>103</sup>.

Un fondamento normativo di tale strategia complessiva è rinvenibile nell'art. 3 *ter* del Codice, a sua volta strumento d'attuazione dei principi comunitari ambientali, il quale pone a carico di tutti, soggetti pubblici e soggetti privati, quindi anche le imprese, la necessità d'indirizzare la propria azione al rispetto dei principi di precauzione e di prevenzione e a quello del 'chi inquina paga', principi imposti dall'art. 191 TFUE, e, come si è detto nel corso della ricerca, regole procedurali e principi assiologici della tutela ambientale.

Tra gli strumenti volontari istituzionalizzati pubblicistici nell'ambito di politiche pubbliche a cui le imprese possono fare ricorso, possiamo citare le procedure di assegnazione del marchio *Ecolabel*, il sistema di gestione *Ecoaudit* e i sistemi di certificazione o di permessi negoziabili in relazione al mercato delle emissioni. A questi strumenti, nel terminare la ricerca, si vuole fare riferimento, senza pretesa di esaustività, ma al solo fine di dimostrare ancora una volta la centralità dei principi europei a tutela dell'ambiente, anche in riferimento a un'attività

<sup>103</sup> Sul tema, si rinvia a G. BACCELLI, *Analisi economica del diritto dell'ambiente*, in G. DI PLINIO, P. FIMIANI (a cura di), *Principi di diritto ambientale*, cit., 85 ss., il quale eleva il modello ora descritto a un livello generale, utilizzando come parametri di valutazione non gli interessi dell'impresa e del singolo consumatore, bensì i costi e i benefici della collettività. L'A. osserva che "il fatto che l'impresa riversi nell'ambiente prodotti di scarto attraverso la sua produzione è un'azione che provoca due effetti simultanei. Da un lato, causa un beneficio alla società poiché mette a disposizione nuovi beni; tale beneficio si computa misurando la disponibilità a pagare da parte della collettività ogni unità aggiuntiva del nuovo bene. Dall'altro lato, la medesima azione provoca un costo alla collettività poiché rende indisponibili determinati beni (le materie prime impiegate) per alcuni usi alternativi; tale costo si computa, perciò, misurando il valore che la collettività assegna alla mancata disponibilità delle risorse ambientali utilizzate per realizzare una unità aggiuntiva del bene prodotto".

Si rinvia, altresì, a S. CASSESE, *Giuristi ed economisti: metodo e metodi nello studio del diritto*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 341 ss.; G. NAPOLITANO, *Analisi economica del diritto*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, cit..

imprenditoriale privata e al ruolo centrale dell'amministrazione, la cui azione amministrativa proceduralizzata rileva sia in una fase che precede il rilascio delle certificazioni, sia in una fase successiva di monitoraggio e di controllo. Strumenti pubblicistici tanto più necessari in relazione alle difficoltà delle certificazioni strettamente private di garantire l'imparzialità, svolgendo, il certificatore privato accreditato o abilitato, un'attività di verifica e di certificazione sulla base di un contratto tra certificatore e impresa<sup>104</sup>.

Il Codice dell'ambiente incentiva il sistema delle certificazioni ambientali, in attuazione del principio di precauzione, volta a ridurre i rischi di danno ambientale (art. 301, c. 5, del Codice), così in tema di prevenzione nella produzione dei rifiuti, nella quale, ai sensi dell'art. 180, c. 1, lett. a), del Codice, si prevedono iniziative per la promozione

<sup>104</sup> Osserva M. CALABRÒ, *Le certificazioni di qualità ambientale di prodotto quali fattori di competitività del made in Italy*, cit., 2639, che "sembra delinearsi un ruolo della pubblica amministrazione quale *facilitatore*, in piena coerenza, tra l'altro, con il principio di sussidiarietà orizzontale declinato dal novellato art. 118 Cost., c. 4, ai sensi del quale 'Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà'. Attribuisce espressamente allo Stato un ruolo di facilitatore nel suo agire a tutela dell'ambiente attraverso l'utilizzo di strumenti di mercato M. CLARICH, nel suo *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, in AA.Vv., *Analisi economica e diritto amministrativo*, Milano, 2007, 106. Più in generale, in tema di principio di sussidiarietà orizzontale, anche con specifico riferimento alle sue applicazioni in materia di tutela ambientale, v. M. DUGATO, *Sussidiarietà e salute*, in *Sanità pubblica e privata*, 2006, 5 ss.; G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118 n.c. della Costituzione*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Milano, 2005, I, 179 ss.; G. PASTORI, *Amministrazione pubblica e sussidiarietà orizzontale*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Milano, 2005, 1749 ss.; G. RAZZANO, *Il Consiglio di Stato, il principio di sussidiarietà orizzontale e le imprese*, in *Giur. it.*, 2004, 716 ss.; A. D'ATENA, *La sussidiarietà: tra valori e regole*, in *Dir. e giur. agraria e dell'ambiente*, 2004, 69 ss.; P. DURET, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, Padova, 2004; F. FRACCHIA, *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente: art. 2 Cost. e doveri di solidarietà ambientale*, in *Il diritto dell'economia*, 2002, 216 ss.; L. MAZZAROLI, *Funzioni locali, funzioni amministrative locali e principio di sussidiarietà*, in *Diritto della regione*, 2002, 937 ss.; A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 51 ss.; M. CAMMELLI, *La sussidiarietà presa sul serio*, Bologna, 2000. Nel contesto in esame, dunque, l'amministrazione non è chiamata ad intervenire attraverso il tradizionale modello autoritativo, dovendosi, piuttosto, porre 'al lato' dei veri protagonisti (consumatori e produttori), agevolando loro il dialogo ed il raggiungimento dei rispettivi obiettivi, il tutto, ovviamente, non in termini di attività amministrativa del tutto 'neutra' (in quanto tale illegittima, perché non conforme al principio di legalità), bensì indirettamente finalizzata al soddisfacimento di un interesse pubblico, quello ambientale, che non fa capo a nessuno degli altri soggetti che pure intendono concorrere alla sua soddisfazione".

degli strumenti economici. Ancora, le certificazioni ambientali e il marchio di qualità possono essere utilizzate nell'ambito dell'individuazione dei criteri per l'aggiudicazione degli appalti pubblici, ai sensi dell'art. 180, c. 1, lett. *b*), del Codice, o ancora come criterio di riduzione delle garanzie fideiussorie richieste nell'attività di smaltimento e di trattamento dei rifiuti (art. 212 del Codice), o, con le medesime finalità, nell'ambito delle spedizioni transfrontaliere (art. 194 del Codice), o, ancora, ai sensi dell'art. 206 del Codice, la promozione di sistemi di certificazione ambientale può essere un contenuto degli accordi di programma.

Tra gli strumenti pubblicitari di certificazione, il marchio *Ecolabel* è un marchio di qualità ecologica volontario e forma di certificazione di un prodotto attraverso il quale si danno informazioni sulle specifiche tecniche ecocompatibili utili per una sua valutazione dell'impatto ambientale. Tale marchio è disciplinato dal Regolamento CE 2010/66/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio europeo del 25 novembre 2009, modificato dal Regolamento UE 2013/782/UE che a sua volta ha abrogato il Regolamento CE 2000/1980/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 luglio 2000/105.

---

<sup>105</sup> Sul marchio *Ecolabel*, M. CALABRÒ, *Le certificazioni di qualità ambientale di prodotto quali fattori di competitività del made in Italy*, cit., 2939, osserva che "in realtà, fino ad oggi, la politica comunitaria di etichettatura ecologica non ha ottenuto il successo sperato, né in termini di diffusione né, di conseguenza, di efficace strumento di tutela ambientale, anche se proprio il nostro Paese è uno di quelli che ha conseguito il maggior numero di certificazioni *Ecolabel*, in relazione alle quali recenti studi di settore dimostrano che per oltre il 50% delle imprese italiane che hanno ottenuto tale attestato il fatturato sia sensibilmente aumentato. A ben vedere, risultati positivi in termini di maggiore profitto non sono da attribuire unicamente alla acquisizione di una determinata reputazione ambientale e, di conseguenza, alla conquista di una più elevata competitività, ma anche - dal punto di vista interno all'impresa - all'incremento dell'efficienza economica del processo produttivo, derivante dalla razionalizzazione dello stesso e dalla riduzione dei costi di produzione. In ogni caso, le ragioni del parziale insuccesso dell'*Ecolabel* sono probabilmente da ricercare nella complessità delle procedure e nei costi eccessivi. Per un'ampia panoramica delle diverse barriere che ostacolano una maggiore diffusione dell'*Ecolabel* si rinvia all'analisi Iefe/Ceem, *Promotion and the diffusion of the EU Eco-label in Italy and Benelux*, Milano, 1998.

Dal punto di vista procedimentale il soggetto che intende (si ribadisce, volontariamente) acquisire l'etichetta europea in relazione ad un suo prodotto deve rivolgersi all'ente nazionale di certificazione (in Italia rappresentato dal Comitato interministeriale *Ecolabel*), il quale inoltra l'istanza all'APAT (Agenzia per la protezione dell'ambiente (24) Come è noto, l'A.P.A.T., che ha sostituito l'Agenzia nazionale per la protezione dell'ambiente (Anpa) a seguito del d.lgs. n. 300/1999, svolge diverse

Il marchio è rilasciato da organismi pubblici<sup>106</sup>, che hanno, altresì, il compito di vigilare sul corretto impiego del marchio, sempre a garanzia dei consumatori. Il marchio, ai sensi dell'art. 1, c. 2, Reg. CE

funzioni di supporto tecnico-scientifico nei confronti del Ministero dell'Ambiente nonché - per il tramite di apposite convenzioni - di altre amministrazioni e enti pubblici (v., in generale, A. CROSETTI, R. FERRARA, F. FRACCHIA, N. OLIVETTI RASON, *Diritto dell'ambiente*, Roma-Bari, 2002, 138 ss.). Più nello specifico, l'ausilio fornito dall'A.P.A.T. nei confronti del Comitato Ecolabel consiste - ai sensi dell'art. 5 del d.m. 2 agosto 1995, n. 413 - nell'attuazione di: a) istruttoria tecnico amministrativa delle domande di assegnazione del marchio comunitario di qualità ecologica; b) predisposizione dei formulari per la compilazione delle domande; c) istituzione e gestione di appositi e distinti registri delle domande di assegnazione di tale marchio ricevute, accolte e respinte; d) predisposizione di nuovi gruppi di prodotti da sottoporre alla delibera del Comitato; e) informazione del pubblico e delle imprese sul regolamento attraverso appositi strumenti, anche eventualmente tramite collaborazione delle camere di commercio, industria e artigianato, senza l'aggravio di ulteriori oneri; f) promozione di studi e ricerche che cura l'istruttoria tecnico-amministrativa; la valutazione vera e propria del prodotto sulla base di criteri ecologici individuati a livello europeo avviene, poi, in laboratori accreditati presso il Ministero delle attività produttive; una volta conclusa l'attività di verifica, l'APAT trasmette una relazione al Comitato Ecolabel, che decide entro 30 giorni, e, in caso di esito positivo, la decisione viene notificata alla Commissione Europea, che provvede ad aggiornare l'elenco dei produttori titolari del marchio ecologico.

La complessità del procedimento (probabilmente inevitabile, attesa la delicatezza delle valutazioni ad esso sottese) scoraggia soprattutto le piccole e medie imprese, il cui atteggiamento di sfiducia nei confronti di tale certificazione è altresì aggravato dalla sua efficacia meramente temporanea: il marchio Ecolabel, infatti, una volta ottenuto, resta in vigore per un periodo limitato, coincidente con il periodo di validità degli stessi criteri in base ai quali l'etichetta viene rilasciata, i quali sono soggetti ad una continua rivisitazione (ogni 3 o 5 anni). A ciò si aggiunga l'ulteriore considerazione, di non poco conto, che l'attività di valutazione non è a carico dell'ente certificatore, con conseguente obbligo del pagamento di una somma a copertura delle spese da parte del produttore richiedente, il quale è altresì tenuto a sostenere i costi del diritto annuale di utilizzo dell'attestato, pari allo 0,15% del fatturato delle vendite nel mercato europeo del prodotto etichettato”.

<sup>106</sup> Il sistema europeo di etichettatura *Ecolabel* è rilasciato in Italia dal Comitato Ecolabel-Ecoaudit, sezione Ecolabel, incardinata presso l'Istituto superiore per la protezione e la ricerca ambientale (ISPRA), sulla base dei criteri ambientali per l'assegnazione del marchio Ecolabel, adottati dalla Commissione europea, previa consultazione del Comitato dell'Unione europea per il marchio di qualità ecologica (CUEME), ai sensi dell'art. 5, Reg. CE 2010/66/CE, composto dai rappresentanti degli Stati membri e da soggetti interessati, tra cui i rappresentanti dei produttori e le associazioni dei consumatori.

Sul sistema di etichettatura *Ecolabel* in Italia, v. F. MONTANARI, *Sviluppo sostenibile ed etichettatura: il ruolo della Comunità europea*, in *Commercio internazionale sostenibile? WTO e Unione europea*, Bologna, 2003, 189.

2010/66/CE, riguarda tutti i beni e i servizi destinati alla distribuzione, al consumo o all'uso sul mercato comunitario, a titolo oneroso, mentre rimangono esclusi i medicinali per uso umano e veterinario, nonché i dispositivi medici di qualsiasi tipo.

In riferimento ai requisiti ambientali che i prodotti devono rispettare, ai sensi dell'art. 6, c. 3, Reg. CE 2010/66/CE, vengono valutati “a) gli impatti ambientali più significativi, in particolare l'impatto sui cambiamenti climatici, l'impatto sulla natura e la biodiversità, il consumo di energia e di risorse, la produzione di rifiuti, le emissioni in tutti i comparti ambientali, l'inquinamento dovuto ad effetti fisici e l'uso e il rilascio di sostanze pericolose; b) la sostituzione delle sostanze pericolose con sostanze più sicure, in quanto tale ovvero mediante l'uso di materiali o di una progettazione alternativa, ogniqualevolta ciò sia tecnicamente fattibile; c) la possibilità di ridurre gli impatti ambientali grazie alla durata dei prodotti e alla loro riutilizzazione; d) il saldo ambientale netto risultante dai benefici e dagli aggravamenti ambientali, compresi gli aspetti inerenti alla salute e alla sicurezza, durante le diverse fasi di vita dei prodotti; e) gli aspetti sociali ed etici; f) i criteri stabiliti per altri marchi ambientali; g) il principio della riduzione degli esperimenti sugli animali”.

Tali requisiti vengono verificati mediante un procedimento amministrativo che vede come amministrazione procedente e responsabile il Comitato per il marchio comunitario di qualità ecologica dei prodotti e per il sistema comunitario di ecogestione e di ecoaudit, istituito con il d.m. n. 413/1995, come modificato con il d.m. n. 263/1998, e incardinato presso il Ministero dell'ambiente. L'attività istruttoria compete all'ISPRA, ai sensi degli artt. 3, 5, 9, d.m. n. 413/1995, il quale, con l'ausilio di laboratori accreditati, verifica il possesso dei requisiti indicati dall'art. 6, Reg. CE 2010/66/CE, cit..

Più complesso della certificazione *Ecolabel*, è il cd. certificato di adesione al procedimento *audit* ambientale, il quale non riguarda singoli prodotti, bensì gli stabilimenti produttivi, al fine di garantire il loro miglioramento organizzativo e gestionale con l'adozione di un sistema comunitario di ecogestione ed *audit* (EMAS - *Eco-management and audit scheme*)<sup>107</sup>.

---

<sup>107</sup> In giurisprudenza, v. Cons. Stato, Sez. V, 26 giugno 2016, n. 2903, in *Foro amm.*, 2016, 6, 1609, in cui si afferma che “in materia di appalti per l'affidamento dei servizi di igiene urbana, la certificazione EMAS (acronimo di Eco-Management and Audit Scheme) ex d.m. 13 febbraio 2014 costituisce un mezzo di prova — alternativo ad altre certificazioni e non avente carattere assorbente — del requisito di gestione ambientale

Il sistema *EMAS* è stato introdotto con i regolamenti CEE 1993/1836/CEE, del 29 giugno 1993, e 2001/761/UE, del 19 marzo 2001, e attuato con il d.m. n. 413/1995. Successivamente, il sistema è stato nuovamente disciplinato con il regolamento CE 2009/1221/CE, del 25 novembre 2009, seguito dalla decisione della Commissione 2013/131/UE, del 4 marzo 2013, con la quale sono state introdotte le linee guida per l'operatore economico che illustrano le misure necessarie per aderire a EMAS.

Con il regolamento 2009/1221/CE s'incentivano le organizzazioni ad aderire ad Emas (*considerando* 8 del Preambolo), con un'attenzione particolare alle organizzazioni di piccole dimensioni (*considerando* 10 del Preambolo), nel modo più semplice possibile (*considerando* 11 del Preambolo), ad esempio prevedendo un'unica registrazione per le organizzazioni con siti in uno o più Stati membri (*considerando* 12 del Preambolo). Ai sensi dell'art. 2, n. 21, del regolamento CE 2009/1221, i soggetti che possono aderire a tale sistema sono "un gruppo, una società, un'azienda, un'impresa, un'autorità o un'istituzione, ovvero loro parti o combinazione, in forma associata o meno, pubblica o privata, situata all'interno o all'esterno della Comunità, che abbia una propria struttura funzionale e amministrativa".

In tale sistema diventa, poi, rilevante il *sistema di gestione ambientale*, che viene verificato ogni tre anni con sistemi di *audit* ambientale. In modo particolare, il verificatore, a sua volta accreditato, ai sensi dell'art. 18, c. 2, lett. *a*), Reg. CE 2009/1221, cit., "verifica il rispetto, da parte dell'organizzazione, di tutti i requisiti (...) per quanto riguarda l'analisi ambientale iniziale, il sistema di gestione ambientale, l'audit ambientale e i relativi risultati e la dichiarazione ambientale; *b*) il rispetto degli obblighi normativi comunitari, nazionali, regionali e locali applicabili in materia di ambiente; *c*) il miglioramento delle prestazioni ambientali dell'organizzazione; *d*) l'attendibilità, la credibilità e l'esattezza dei dati e delle informazioni contenuti nei seguenti documenti: *i*) la dichiarazione ambientale; *ii*) la dichiarazione ambientale aggiornata; *iii*) eventuali informazioni ambientali da convalidare".

---

posseduto dall'impresa; la registrazione EMAS, infatti, è uno strumento proposto dalla Comunità Europea, al quale possono aderire volontariamente le organizzazioni (aziende, enti pubblici, ecc.) per valutare e migliorare le proprie prestazioni ambientali su una corretta gestione ambientale e non costituisce, pertanto, l'unica certificazione sul possesso di un adeguato sistema di gestione ambientale".

L'affidabilità di tutte queste informazioni è garantita dalla convalida del verificatore ambientale, il quale è chiamato ad effettuare una valutazione indipendente e imparziale sulla corrispondenza ai requisiti richiesti dal Reg. CE 2009/1221 dei programmi di audit delle organizzazioni valutate, oltre, ovviamente, alla stessa veridicità di tali informazioni prodotte direttamente dalle organizzazioni. Questo anche perché i soggetti in possesso della certificazione della qualità ambientale e registrati nel sistema *Emas*, presentando, tali procedure, caratteri pubblicitari, rispetto ad esempio alla certificazione ISO 14001<sup>108</sup>, godono di benefici rilevanti, ad esempio in riferimento all'attribuzione di finanziamenti, così come nell'aggiudicazione di appalti<sup>109</sup> o, an-

---

<sup>108</sup> A. BENEDETTI, *Le certificazioni ambientali*, cit., 212, osserva che “le certificazioni della serie ISO 14001 non stabiliscono alcun criterio specifico di prestazione ambientale, non si ispirano cioè ad un determinato modello di qualità ambientale, ma propongono solo una metodologia che, se adottata dalle imprese, le spinge a valutare i propri aspetti ambientali, a definire taluni obiettivi di miglioramento e ad organizzarsi per realizzare tali obiettivi. L'adeguamento, certificato, a simili norme tecniche non garantisce, quindi, di per sé, il conseguimento di risultati ottimali per l'ambiente, anche perché il sistema di gestione ambientale si applica solo agli aspetti ambientali che l'impresa dichiara di tenere sotto controllo (da essa individuati) e sui quali può esercitare un'influenza diretta (...). Il sistema EMAS è collegato espressamente alla norma tecnica ISO 14001, nel senso che possono aderire ad EMAS solo le imprese o le organizzazioni, anche pubbliche, che siano dotate di un sistema di gestione ambientale conformato secondo i requisiti tecnici della norma ISO 14001. Il regolamento 2009/1221/CE, art. 2, specifica, tuttavia, che i sistemi di gestione ambientale devono essere adeguati alla migliore pratica di gestione ambientale, intesa come il modo più efficace con il quale un'organizzazione può applicare il sistema di gestione ambientale in un settore pertinente che fornisca le migliori prestazioni ambientali in determinate condizioni economiche e tecniche”.

<sup>109</sup> Ai sensi dell'art. 87, c. 2, Codice contratti pubblici, *Certificazione della qualità*, “2. Le stazioni appaltanti, quando richiedono la presentazione di certificati rilasciati da organismi indipendenti per attestare il rispetto da parte dell'operatore economico di determinati sistemi o di norme di gestione ambientale, fanno riferimento al sistema dell'Unione di ecogestione e audit (EMAS) o a altri sistemi di gestione ambientale nella misura in cui sono conformi all'articolo 45 del regolamento (CE) n. 1221/2009 o ancora ad altre norme di gestione ambientale fondate su norme europee o internazionali in materia, certificate da organismi accreditati per lo specifico scopo, ai sensi del regolamento (CE) n. 765/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio. Le stazioni appaltanti riconoscono i certificati equivalenti rilasciati da organismi stabiliti in altri Stati membri. Qualora gli operatori economici abbiano dimostrato di non avere accesso a tali certificati o di non avere la possibilità di ottenerli entro i termini richiesti per motivi loro non imputabili, la stazione appaltante accetta anche altre prove documentali delle misure di gestione ambientale, purché gli operatori economici dimostrino che tali misure sono equivalenti a quelle richieste nel quadro

cora, nella semplificazione dei procedimenti autorizzatori<sup>110</sup>, e come

---

del sistema o della norma di gestione ambientale applicabile”.

Così, l'art. 34, Codice contratti pubblici, di cui si è già parlato, impone alle stazioni appaltanti la considerazione dei criteri di cui al sistema Emas e alla certificazione ISO 14001, così come inseriti nei criteri ambientali minimi (CAM) previsti dai decreti ministeriali sopra citati.

In giurisprudenza, TAR Piemonte, Sez. II, 28 novembre 2018, n. 1302, in *www.lamministrativista.it*, in cui si afferma che “è illegittima l'operazione interpretativa svolta dalla stazione appaltante sulla legge di gara per premiare il possesso di una qualunque certificazione ambientale, pur avendo il bando esplicitamente menzionato due tipi di certificazioni (ISO 14001 e EMAS) aventi disciplina e validità a livello eurounitario. Qualora la legge di gara richieda esplicitamente e inequivocabilmente un tipo di certificazione appartenente ad un preciso sistema europeo di certificazione non può essere letta, se non violando la par condicio dei concorrenti, come riferita a qualunque generica tipologia di certificazione ambientale. D'altro canto l'art. 87 del d.lgs. n. 50/2016 recita: “le stazioni appaltanti, quando richiedono la presentazione di certificati rilasciati da organismi indipendenti per attestare il rispetto da parte dell'operatore economico di determinati sistemi o di norme di gestione ambientale, fanno riferimento al sistema dell'Unione di ecogestione e audit (EMAS) o a altri sistemi di gestione ambientale nella misura in cui sono conformi all'articolo 45 del regolamento (CE) n. 1221/2009 o ancora ad altre norme di gestione ambientale fondate su norme europee o internazionali in materia, certificate da organismi accreditati per lo specifico scopo, ai sensi del regolamento (CE) n. 765/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio. Le stazioni appaltanti riconoscono i certificati equivalenti rilasciati da organismi stabiliti in altri Stati membri. Qualora gli operatori economici abbiano dimostrato di non avere accesso a tali certificati o di non avere la possibilità di ottenerli entro i termini richiesti per motivi loro non imputabili, la stazione appaltante accetta anche altre prove documentali delle misure di gestione ambientale, purché gli operatori economici dimostrino che tali misure sono equivalenti a quelle richieste nel quadro del sistema o della norma di gestione ambientale applicabili”. Tale indicazione del bando si inserisce in un puntuale quadro normativo che già pone e risolve il problema di eventuali effetti sproporzionatamente restrittivi in danno dei concorrenti; la normativa infatti considera ex lege equivalenti non solo le menzionate certificazioni del sistema ISO/EMAS e quelle rilasciate da organismi accreditati ma ammette anche per l'operatore economico la possibilità di dimostrare di non possederle senza colpa e di avere, nella sostanza, caratteristiche equivalenti. Al più, l'art. 87 “eterointegra” il bando in senso favorevole ai concorrenti precisando che, in ogni caso, la prova di non avere (incolpevolmente) i certificati richiesti e di avere tuttavia una equivalenza di caratteristiche tecniche sarebbe sempre ammessa in ossequio a generali principi di proporzionalità e non discriminazione (non venendo qui in causa il *favor participationis*, posto che il requisito è richiesto per ottenere un miglior punteggio e non ai fini dell'ammissione in gara). Non si tratta dunque di alcuna eterointegrazione del bando di gara (al limite vi è una eterointegrazione di favore), quanto piuttosto di una piana e coerente lettura della legge di gara alla luce della normativa di riferimento”.

<sup>110</sup> Ai sensi dell'art. 209, del Codice, *Rinnovo delle autorizzazioni alle imprese in possesso di*



requisito di premialità<sup>111</sup>.

Un ultimo cenno meritano i procedimenti amministrativi finalizzati all'adozione dei cd. *certificati verdi* e *certificati bianchi*<sup>112</sup>, anche in attua-

---

*certificazione ambientale*, "1. Nel rispetto delle normative comunitarie, in sede di espletamento delle procedure previste per il rinnovo delle autorizzazioni all'esercizio di un impianto ovvero per il rinnovo dell'iscrizione all'Albo di cui all'articolo 212, le imprese che risultino registrate ai sensi del regolamento (CE) n. 1221/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2009, sull'adesione volontaria delle organizzazioni a un sistema comunitario di ecogestione e audit, che abroga il regolamento (CE) n. 761/2001 e le decisioni della Commissione 2001/681/CE e 2006/193/CE o certificati Uni En Iso 14001, possono sostituire tali autorizzazioni con autocertificazione resa alle autorità competenti, ai sensi del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445. 2. L'autocertificazione di cui al comma 1 deve essere accompagnata da una copia conforme del certificato di registrazione ottenuto ai sensi dei regolamenti e degli standard parametrici di cui al medesimo comma 1, nonché da una denuncia di prosecuzione delle attività, attestante la conformità dell'impresa, dei mezzi e degli impianti alle prescrizioni legislative e regolamentari, con allegata una certificazione dell'esperimento di prove a ciò destinate, ove previste. 3. L'autocertificazione e i relativi documenti, di cui ai commi 1 e 2, sostituiscono a tutti gli effetti l'autorizzazione alla prosecuzione, ovvero all'esercizio delle attività previste dalle norme di cui al comma 1 e ad essi si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui al d.P.R. 26 aprile 1992, n. 300. Si applicano, altresì, le disposizioni sanzionatorie di cui all'articolo 21 della legge 7 agosto 1990, n. 241. 4. L'autocertificazione e i relativi documenti mantengono l'efficacia sostitutiva di cui al comma 3 fino ad un periodo massimo di centottanta giorni successivi alla data di comunicazione all'interessato della decadenza, a qualsiasi titolo avvenuta, della registrazione ottenuta ai sensi dei regolamenti e degli standard parametrici di cui al comma 1. 5. Salva l'applicazione delle sanzioni specifiche e salvo che il fatto costituisca più grave reato, in caso di accertata falsità delle attestazioni contenute nell'autocertificazione e dei relativi documenti, si applica l'articolo 483 del codice penale nei confronti di chiunque abbia sottoscritto la documentazione di cui ai commi 1 e 2 (...)"

<sup>111</sup> In relazione alla durata dell'integrazione integrata ambientale, l'art. 29 *octies*, c. 8 e 9, del Codice, prevedono in termine diverso rispetto al termine ordinario di durata dell'AIA fissato in 10 anni. Si legge nel c. 8 che "nel caso di un'installazione che, all'atto del rilascio dell'autorizzazione di cui all'articolo 29 *quater*, risulti registrata ai sensi del regolamento (CE) n. 1221/2009, il termine di cui al c. 3, lett. b), è esteso a sedici anni. Se la registrazione ai sensi del predetto regolamento è successiva all'autorizzazione di cui all'articolo 29-*quater*, il riesame di detta autorizzazione è effettuato almeno ogni sedici anni, a partire dal primo successivo riesame". Così, al c. 9, "nel caso di un'installazione che, all'atto del rilascio dell'autorizzazione di cui all'articolo 29 *quater*, risulti certificato secondo la norma UNI EN ISO 14001, il termine di cui al c. 3, lett. b), è esteso a dodici anni. Se la certificazione ai sensi della predetta norma è successiva all'autorizzazione di cui all'art. 29 *quater*, il riesame di detta autorizzazione è effettuato almeno ogni dodici anni, a partire dal primo successivo riesame".

<sup>112</sup> Sul tema, v. S. GRASSI, *Procedimenti amministrativi a tutela dell'ambiente*, cit., 1615; A.

zione del Protocollo di Kyoto, strumenti che si pongono l'obiettivo di incentivare la produzione di energia da fonti rinnovabili, nonché obiettivi di efficienza energetica.

I produttori e gli importatori di energia elettrica da fonti tradizionali, ai sensi dell'art. 11, d.lgs. n. 79/1999, devono dimostrare di avere una quantità di energia proveniente da fonti rinnovabili e da poter immettere nel sistema e il suo ammontare è definito con procedimento ai sensi del d.lgs. n. 387/2003.

I *certificati verdi* sono rilasciati a seguito di procedimento da parte del gestore dei servizi elettrici, sulla base della produzione di energia rinnovabile, e al produttore di tale energia è attribuito un conto proprietà in cui verranno depositati tali certificati, i quali saranno oggetto di una compravendita tra produttori in mercati artificiali. Infatti, i produttori di energia da fonti rinnovabili possono produrla autonomamente, procedendo ad autonomi piani di investimento; ovvero, se non hanno convenienza ad investire in impianti di energia rinnovabile, possono acquistarla da altri produttori, acquisendo in questo modo i certificati verdi. Tale scambio incentiva azioni eco-compatibili, anche grazie all'amministrazione che predispose apposite piattaforme per favorire la compravendita di certificazioni.

I certificati verdi vengono rilasciati dal Gestore dei servizi energetici (GSE) ai produttori in possesso di impianti IAFR (Impianto alimentato da fonte rinnovabile) e individuati a seguito di un'ulteriore certificazione rilasciata da medesimo GSE. La caratteristica di tale sistema è costituita dalla qualificazione dei certificati verdi come titoli circolanti e, come tali, oggetto di scambio, sia nell'ambito di negoziazioni bilaterali, sia nell'ambito di un mercato elettrico artificiale organizzato

---

BENEDETTI, *Le certificazioni ambientali*, cit., 215; F. PERNAZZA, *I certificati verdi: un nuovo bene giuridico?*, in *Rass. giur. energ. elettr.*, 2006, 147; M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente*, cit., 425 ss.; M. CALABRÒ, *Le certificazioni di qualità ambientale di prodotto quali fattori di competitività per il made in Italy*, cit., 2639, e dottrina e giurisprudenza *ivi* citata, il quale osserva che "il grado meno 'intenso' d'intervento pubblico (e, pertanto, maggiormente 'affidato' alle dinamiche di mercato) è rappresentato proprio dai sistemi di certificazione ambientale (di impresa e di prodotto). Come si è già avuto modo di osservare, infatti, con tali strumenti si dà la facoltà agli imprenditori di posizionarsi sul mercato in maniera maggiormente competitiva, fornendo loro un utile mezzo per attrarre ulteriori consumatori; nel contempo, tuttavia, senza imporre alcunché, il mero e libero agire dell'impresa privata determina conseguenze positive in termini di salvaguardia ambientale, laddove si immettono sul mercato beni il cui ciclo produttivo è caratterizzato dal rispetto di elevati standard di tutela ambientale in termini di consumo di materie prime, riciclabilità, riduzione di sprechi, ecc."

e gestito dal GSE. È quest'ultimo ad acquisire e a rivendere i certificati verdi in eccesso, o ad annullarli, garantendo così il buon funzionamento del mercato, mentre spetta all'Autorità garante per l'energia elettrica e il gas il potere sanzionatorio in caso di violazioni degli obblighi di legge da parte di produttori o importatori di energia verde. S'intrecciano, in questo modo, nel settore energetico strumenti di *command and control* e *strumenti di mercato*, quindi strumenti pubblici procedimentalizzati e strumenti privati. Quindi, gli operatori economici privati avranno un obiettivo di profitto, muovendosi in un mercato nel quale la legge definisce l'obbligo di immissione nel sistema di energia verde, un soggetto pubblico, qual è il GSE che crea e gestisce un mercato artificiale nel quale si avrà la negoziazione dei titoli e la definizione del prezzo di scambio e, infine, un'autorità indipendente interviene con provvedimenti sanzionatori nel caso di violazione degli obblighi di legge.

I *certificati bianchi* o *titoli di efficienza energetica* rispondono ad analoghe esigenze e seguono le medesime procedure, ma in riferimento solo alla distribuzione dell'energia. Anche in questo caso, l'amministrazione, sempre il GSE S.p.A., organizza un mercato per lo scambio delle certificazioni bianche per incentivare la realizzazione di progetti per l'uso efficiente dell'energia da parte di distributori di energia elettrica e di gas naturale. Il mercato artificiale nasce per obbligo di legge, imponendo una creazione di domanda che sviluppa necessariamente un'offerta di energia verde. I certificati bianchi sono emessi dal GSE sulla base dei progetti presentati direttamente dai distributori ovvero dalle cd. Esco (*Energy Service Companies*), società terze rispetto ai distributori e operanti nel settore dell'efficienza energetica. A ulteriore conferma della sinergia tra attività amministrative e strumenti privatistici, i progetti finalizzati al rilascio dei certificati bianchi sono approvati, previo parere dell'ENEA, dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas, amministrazione competente per la verifica dell'entità del risparmio energetico da riferirsi all'attuazione del processo produttivo.

In conclusione, gli strumenti di mercato a tutela dell'ambiente ripropongono il tema dei *commons* tra autorità e mercato, tra scelte collettive e scelte individuali, tra strumenti pubblici e strumenti privati, fortemente voluti e disciplinati dalle regole ambientali di provenienza europea.

Il quadro normativo attuale in materia ambientale, pur nella sua complessità e frammentazione, tenta di perseguire un equilibrio

tra strumenti autoritativi espressi e di regolazione e strumenti di mercato, gli uni in grado di compensare i limiti e le incertezze dell'altro. Anzi, si potrebbe anche sostenere che sia gli strumenti autoritativi, che quelli di mercato hanno proprio in comune, come limite, l'incertezza che domina la materia ambientale, come riflesso dell'incertezza scientifica che la guida e per una fisiologica imprevedibilità come conseguenza della complessità di questa materia, incertezza che poi si riflette sull'efficacia stessa di tali strumenti, i quali, ognuno per motivi diversi, non riesce a dominare da solo la medesima incertezza ecosistemica, scientifica e tecnologica. Gli strumenti di *command and control*, basato su divieti, obblighi, controlli e sanzioni richiedono spesso una quantità d'informazioni e di conoscenze capillari di cui l'amministrazione non dispone, creando situazioni d'inefficienza organizzativa che si ripercuote su un difficile equilibrio tra le analisi giuridiche, le analisi economiche e l'impatto ecosistemico, ma, allo stesso tempo, hanno, oltre a un dovere costituzionale di tutelare beni primari di rango costituzionale, come l'ambiente e la salute, il pregio di organizzare la complessità ambientale mediante procedimenti e provvedimenti ispirati da logiche di precauzione, di prevenzione e di sostenibilità, necessari, ad esempio, nella definizione di limiti, standard e soglie di pericolo che il mercato non è in grado di fare o non deve fare. Dall'altra, gli strumenti di mercato hanno il pregio d'internalizzare i costi dei possibili danni all'ambiente, incentivando la responsabilità sociale d'impresa, che va comunque controllata dall'amministrazione<sup>113</sup>, e sono alla base di una variegata incentivazione capillare economica e sociale che non è possibile ottenere con obblighi istituzionali di legge, che, di contro, sono troppo accentrati<sup>114</sup>. Allo stesso tempo, anche gli strumenti di mercato subiscono il limite dell'incertezza, sia economica che scientifica, perché l'allocatione delle risorse nel mercato tra presente e futuro si basa su informazioni precarie e su operazioni economiche di cui non si possono prevedere gli effetti per il futuro, condizionati come sono, in una dimensione diacronica, anche da variabili esterne e del tutto imprevedibili, come la pandemia da Covid-19 ha dimostrato con tutta

<sup>113</sup> Il tema del controllo pubblico sull'impresa è sviluppato da N. RANGONE, *Semplificazione ed effettività dei controlli sulle imprese*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 3, 882.

<sup>114</sup> M. CAFAGNO, *Mercato e ambiente*, in M.P. CHITI, R. URSI (a cura di), *Studi sul Codice dell'Ambiente*, cit., 67, rileva che "ogni decisione collettiva, che pecchi in eccesso o in difetto, genera livelli di inquinamento troppo alti o, alternativamente, sprechi ed ingiustificate perdite di benessere".

la sua forza e drammaticità<sup>115</sup>.

In questi casi di emergenza e nei casi in cui, ad esempio, i limiti di concentrazione da inquinamento siano stati superati in modo pericoloso per l'ecosistema, il mercato, con tutti i suoi sistemi incentivanti<sup>116</sup>, mostra la propria inadeguatezza e sarà necessario un controllo autoritativo e diretto a limitare d'imperio il quantitativo massimo tollerabile per il sistema ambiente o comunque servirà imporre regole, pur contrarie agli obiettivi economici di mercato. D'altra parte, non sarebbe nemmeno condivisibile lasciare al mercato la definizione delle soglie di pericolo tollerabili da una società e la gestione di beni primari come la salute dell'individuo in un sistema ecocentrico, la cui tutela non può che passare da scelte politiche, intese come scelte d'indirizzo politico-amministrativo, supportate da evidenze scientifiche, secondo criteri di bilanciamento tra interessi e valori che ancora una volta torniamo a dire trovano la giusta sede nel procedimento amministrativo. Senza, poi, dimenticare un'altra questione che pare intrecciarsi con quelle sviluppate fino a qui, ossia la competizione e

---

<sup>115</sup> Non è nemmeno realisticamente ipotizzabile affidare la conservazione e l'uso efficiente dei beni ambientali ai soli meccanismi di mercato: gli inevitabili margini di incertezza connessi ad un sistema incentrato sull'aggregazione delle diverse preferenze individuali, nonché il carattere della 'scarsità' dei beni oggetto di scambio (le risorse naturali) non permettono una totale affrancazione dai tradizionali meccanismi pubblici di regolazione e controllo.

È questa la posizione di quella corrente di pensiero conosciuta come 'economia ecologica', ai sensi della quale, per l'appunto, in contrapposizione ad un approccio puramente economico, si evidenzia la necessità di applicare strumenti in grado di integrare esigenze e principi ecologici con le dinamiche di mercato. Sul punto v. M. BRESSO, *Economia ecologica*, Milano, 1997. Per una completa ricostruzione del dibattito tra teorici dell'impostazione economica pura e teorici della economia-ecologica si rinvia a M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema complesso, adattativo, comune*, cit., 433 ss., il quale osserva, tra l'altro, che "poiché l'economia si ingrandisce trasferendo entropia all'atmosfera, non è sufficiente che le risorse siano allocate all'interno del sistema economico così da massimizzare l'appagamento delle preferenze di consumatori e produttori; occorre la pregiudiziale definizione di un limite esterno alla crescita, limite che il mercato non è in grado di darsi spontaneamente", 439. Sul punto v. anche A. LOLLI, *L'amministrazione attraverso strumenti economici. Nuove forme di coordinamento degli interessi pubblici e privati*, Bologna, 2008, 157, secondo il quale "gli strumenti economico-volontari di amministrazione sono spesso impiegati per una tutela incrementale dell'interesse pubblico, fermo restando che la tutela di base resta garantita da strumenti di diritto amministrativo tradizionale: di *command and control* appunto".

<sup>116</sup> Su questi sistemi, v. S. CIPOLLINA, *Osservazioni sulla fiscalità ambientale nella prospettiva del federalismo fiscale*, in *Riv. dir. fin.*, 2009, 4, 567.

il rischio di conflittualità che si può realizzare tra l'agire economico e il mercato da una parte e la tutela ambientale dall'altra, dovendone perseguire un equilibrio in modo da escludere la presenza in Costituzione di un diritto tiranno, come di recente sottolineato dalla Corte costituzionale<sup>117</sup>.

Da questo segue, però, un corollario da cui non possiamo sottrarci. Il nuovo ruolo rivestito dai fattori ambientali sta esercitando la sua influenza sul mercato del lavoro. I lavoratori di tutti i livelli devono ampliare le proprie competenze in modo da poter contribuire alla salvaguardia dell'ambiente<sup>118</sup>. Quindi, si ripropone un altro tema che fa da cornice e da premessa a quanto detto sin qui e a cui si può fare un cenno in riferimento alla effettiva capacità delle amministrazioni, in termini di competenza anche tecnica, nell'affrontare e nel gestire la complessità ecosistemica<sup>119</sup>. Questo non solo come conseguenza di una mancanza o di una non sufficiente formazione in tale senso, ma anche per una frammentazione funzionale tra soggetti pubblici diversi che crea le basi per una porosità del sistema, e quindi una vulnerabilità, nei confronti di 'attacchi' esterni, sia legislativi, nel senso di dover compensare le disfunzioni strutturali dell'amministrazione ambientale con rimedi sanzionatori che poi di fatto sanzionano l'ambiente come bene comune e non la singola amministrazione inadempiente; ma anche 'attacchi' esterni ecosistemici, come qualunque evento naturale distruttivo, pandemico e non, per affrontare i quali è necessaria un'unica 'cabina di regia' ambientale che possa operare e scegliere su una base solida scientifica che va sostenuta, anche economicamente, con continuità ed è forse questo il punto di partenza che attualmente manca per una effettiva tutela dell'ambiente.

<sup>117</sup> Cfr. Corte cost., n. 85/2013. In dottrina, il tema è sviluppato P. LOGROSCINO, *Economia e ambiente nel 'tempo della Costituzione'*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2022, 11, e dottrina e giurisprudenza *ivi* citata

<sup>118</sup> Su questi temi, v. P. SZOVICS, M. TESSARING, C. WALMSLEY, J. MCGRATH, *Individuare il futuro fabbisogno di competenze per l'economia verde*, in *Dir. rel. industr.*, 2010, 2010, 4, 988; L. RUSTICO, M. TIRABOSCHI, *Le prospettive occupazionali della economia verde. Le prospettive occupazionali della green economy tra mito e realtà*, *ivi*, 931.

<sup>119</sup> Sul tema, cfr., E. FREDIANI, *I sentieri dell'amministrazione 'consulente' in materia ambientale: dalla scoping procedure all'introduzione dell'interpello*, in *Dir. amm.*, 2022, 2, 409; F. DE LEONARDIS, *La transizione ecologica come modello di sviluppo di sistema: spunti sul ruolo delle amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2021, 4, 779; C. FELIZIANI, *Industria e ambiente: il principio di integrazione dalla rivoluzione industriale all'economia circolare*, in *Dir. amm.*, 2020, 4, 843.

# La protezione del patrimonio culturale e la promozione dello sviluppo sostenibile: la necessità di una tutela integrata

ELISABETTA ROMANI

(Assegnista di ricerca in Diritto amministrativo, Università degli Studi di Milano)

## Abstract

La recente pronuncia del Consiglio di Stato n. 8167/2022 offre l'occasione per indagare il difficile equilibrio tra la tutela del patrimonio culturale e la promozione dello sviluppo sostenibile, interessi che, pur ponendosi *ictu oculi* in un rapporto di alterità, richiedono di essere analizzati sotto la lente di ingrandimento del principio di integrazione delle tutele, l'unico in grado di assicurare in un ordinamento pluralista una protezione unitaria e sinergica dei diversi interessi coinvolti.

*The recent ruling no. 8167/2022 delivered by Council of State offers an opportunity to investigate the difficult balance between the protection of cultural heritage and the promotion of sustainable development, interests that, although they stand ictu oculi in a relationship of alterity, require to be analyzed under the magnifying glass of the principle of integration of protections, the only one capable of ensuring in a pluralist system a unified and synergic protection of the different interests involved.*





CONSIGLIO DI STATO - Sez. VI - 23 settembre 2022, n. 8167 -  
Pres. Volpe, Rel. Simeoli - Ric. Ministero della Cultura

**Ambiente – Patrimonio culturale – Discrezionalità tecnica –  
Sviluppo sostenibile - Principio di proporzionalità – Principio  
di integrazione delle tutele**

*Negli ordinamenti democratici e pluralisti, gli interessi di rango costituzionale devono essere oggetto di giudizio di bilanciamento, dovendo addivenirsi ad una tutela sistemica e integrata degli stessi; a tal fine, l'interprete (il legislatore nell'elaborazione delle previsioni normative, l'amministrazione in sede procedimentale e il giudice in sede di controllo) deve individuare il punto di equilibrio – necessariamente mobile e dinamico – facendo applicazione dei principi di proporzionalità e di integrazione delle tutele.*

**Sommario:** 1. La vicenda fattuale e la sentenza del TAR Molise, Sez. I, 10 agosto 2021, n. 300 2. La sentenza del Consiglio di Stato n. 8167/2022 e il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni connotate da discrezionalità tecnico-scientifica 3. Il principio di integrazione delle tutele e il giudizio di bilanciamento tra la promozione dello sviluppo sostenibile e la tutela del patrimonio culturale 4. Riflessioni conclusive.

**1. La vicenda fattuale e la sentenza del TAR Molise, Sez. I,  
10 agosto 2021, n. 300**

In un ordine giuridico democratico e pluralista, ove coesistono diversi diritti e interessi di rilevanza costituzionale, che godono tutti di pari rango, uno dei nodi fondamentali attiene alla capacità dell'ordinamento di rinvenire un punto di equilibrio che consenta, di volta in volta, di assicurare agli stessi una tutela adeguata e integrata. Tale compito è variamente distribuito, a seconda del momento in cui si pone la necessità di individuare un raccordo tra gli interessi in gioco, tra la funzione legislativa nella fase della produzione normativa, la funzione amministrativa in sede procedimentale e, da ultimo, la funzione giurisdizionale, allorquando sia chiamata a controllare ed, eventualmente, sindacare la comparazione di interessi svolta nella fattispecie concreta.

Con la pronuncia in commento il Consiglio di Stato affronta questa complessa tematica, ponendo in particolare sotto la lente di ingrandimento il rapporto tra la salvaguardia del valore costituzionale dell'ambiente<sup>1</sup>, declinato nel caso di specie come necessità di

<sup>1</sup> In generale, per inquadrare in modo completo la tematica della tutela dell'ambien-

promuovere uno sviluppo sostenibile, e la protezione del patrimonio culturale<sup>2</sup>, due beni che, per la stessa conformazione geografica del nostro Paese e per ricchezza della storia e dell'arte che la accompagnano, rischiano spesso di apparire come valori antagonisti. L'occasione si è avuta con il ricorso promosso dal Ministero della Cultura per ottenere la riforma della pronuncia n. 300 del 2021 resa dal TAR Molise, con la quale il giudice di prime cure aveva annullato due decreti adottati dalla Direzione Regionale per i Beni Culturali e Paesaggistici del Molise

aventi ad oggetto la declaratoria di interesse culturale di alcune croci votive site in un'area del territorio molisano rientrante, in parte, nel Comune di Tufara.

Prima di analizzare la parte in diritto, appare opportuno ripercorrere, sia pur sinteticamente, le vicende fattuali che hanno condotto alla sentenza in commento, essendo i principi ivi espressi, con riferimento alle modalità che l'interprete deve seguire nell'attività di comparazione degli interessi, pienamente comprensibili soltanto se calati nella fattispecie concreta. In attuazione di quanto previsto dall'art. 12 del d.lgs. 29 dicembre 2003, n. 387, la Sicop s.r.l., società che opera nel settore della produzione di energia elettrica, presentava dinanzi alla Regione Molise due istanze di autorizzazione unica<sup>3</sup> per la realizzazione di alcune pale eoliche, che davano

---

te, come statuto giuridico dell'esercizio di una funzione, si rinvia a M. DELSIGNORE, voce *Ambiente*, in *Funzioni amministrative*, Enc. dir., diretto da B.G. MATTARELLA, M. RAMAJOLI, Milano, 2022, 46 ss.. Sulla configurabilità del bene ambiente come valore costituzionale e non come diritto fondamentale, si rinvia in particolare alle riflessioni di 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, 305 ss..

<sup>2</sup> Sulla tutela del patrimonio culturale, si vedano, tra i tanti, F.G. ALBISINNI, *La legittimazione giudiziale attiva delle pubbliche amministrazioni nel settore del patrimonio culturale*, in M. MACCHIA (a cura di), *Quando lo Stato fa causa allo Stato: la legittimazione attiva delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 2019, 119 ss.; C. BARBATI, *Diritto del patrimonio culturale*, Bologna, 2020; L. CASINI, *Patrimonio culturale e diritti di fruizione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, 3, 657 ss.; P. CHIRULLI, *Il governo multilivello del patrimonio culturale*, in *Dir. amm.*, 2019, 4, 697 ss.; A. PAPA, *Le prospettive di un cambio di paradigma nella definizione del patrimonio culturale "europeo"*, in *Federalismi*, 2022, 4, 732 ss.; M. RAMAJOLI, *Note critiche in tema di tutela, valorizzazione e fruizione dei beni culturali*, in F.G. SCOCA, A.F. DI SCIASCIO (a cura di), *Le proprietà pubbliche: tutela, valorizzazione e gestione*, Napoli, 2016, 135 ss.; F. RIMOLI, *La dimensione costituzionale del patrimonio culturale: spunti per una rilettura*, in *Riv. giur. dell'ed.*, 2016, 5, 505 ss. e G. SEVERINI, *Il patrimonio culturale e il concorso dei privati alla sua valorizzazione*, in *Giustizia-amministrativa.it*, 2015.

<sup>3</sup> Per un approfondimento sull'istituto dell'autorizzazione unica ambientale, si ri-

luogo ad altrettanti procedimenti in conferenza di servizi.

In sede di conferenza di servizi indetta con riferimento al progetto relativo alla pala eolica sita in località Toppo di Rocco di Tufara, la Soprintendenza per i beni architettonici e paesaggistici della Regione Molise rilasciava parere negativo, motivato sull'asserita sussistenza di interferenze visive con alcuni beni culturali, tra i quali una croce votiva che si trovava in un'area limitrofa, ostacolo che, a detta della Soprintendenza, poteva essere superato soltanto a condizione di ridurre l'altezza dell'opera. Tuttavia, una tale modifica del progetto originario non era percorribile, "*in quanto la pala, se ridotta di altezza come richiesto dalla Soprintendenza, sarebbe risultata improduttiva per assenza di vento*"<sup>4</sup>; proprio per questa ragione, posto che l'accoglimento dei rilievi mossi dalla Soprintendenza avrebbe del tutto privato di fattibilità, sia tecnica che economica, il progetto eolico, l'amministrazione regionale rilasciava l'autorizzazione unica con cui assentiva alla realizzazione dell'opera.

Ad analogo esito si perveniva nell'ambito della conferenza di servizi avente ad oggetto il progetto per l'installazione di una pala eolica in località Crocella di Tufara: nonostante il rilievo della Soprintendenza circa l'interferenza dell'opera con alcune aree boscate che avrebbe richiesto, anche in tal caso, una riduzione dell'altezza, la Regione Molise rilasciava l'autorizzazione unica. A differenza della prima ipotesi, in questa occasione la Soprintendenza insisteva nelle proprie argomentazioni, richiedendo di adottare una variante al progetto, richiesta che veniva accolta dalla Regione Molise che, dopo aver convocato una nuova conferenza di servizi, assentiva la realizzazione del nuovo progetto, definitivamente approvata anche dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Nonostante l'avvenuto rilascio delle suddette autorizzazioni, la Soprintendenza avviava due procedimenti di dichiarazione di interesse culturale *ex art.* 13 del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 in ordine al sistema delle croci votive e viarie poste tra i comuni di Tufara e Castelvetere in Val Fortore e in località Crocella, entrambi con-

---

manda a I. DE CHIARO, *La nuova autorizzazione unica ambientale (a.u.a.). Quadro normativo e spunti critici*, in *Riv. giur. dell'ed.*, 2013, 3, 3 ss.; con specifico riferimento alla sua operatività in materia di energia rinnovabili, a G.A. PRIMERANO, *La doverosità amministrativa sulla domanda di autorizzazione unica per la realizzazione di un impianto di produzione di energia elettrica da fonte rinnovabile*, in *Foro amm.*, 2015, 2, 458 ss. e M.T. RIZZO, *Le fonti rinnovabili e l'autorizzazione unica*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2014, 5, 1136 ss..

<sup>4</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 23 settembre 2022, n. 8167, § 1.

clusisi positivamente con l'assoggettamento a vincolo diretto delle croci votive e a vincolo indiretto delle aree circostanti, a seguito dell'adozione dei decreti del 26 agosto 2014, n. 27 e n. 28 della Direzione Regionale per i Beni Culturali e Paesaggistici del Molise. Detti provvedimenti venivano impugnati, con due distinti ricorsi, dal Comune di Tufara, dalla società Sicop s.r.l. e da alcuni proprietari dei terreni che erano stati sottoposti a vincolo indiretto in forza dei menzionati decreti, al fine di ottenerne l'annullamento da parte del TAR adito. In particolare, con identiche censure in entrambi i ricorsi, i ricorrenti lamentavano: "1) *violazione del d.lgs. n. 387 del 2003 e del d.lgs. n. 42 del 2004, eccesso di potere sotto il profilo dello sviamento e del difetto dei presupposti, violazione dei principi di proporzionalità e di ragionevolezza*; 2) *violazione e falsa applicazione dell'art. 138 del d.lgs. n. 42 del 2004*; 3) *assoluto difetto di motivazione, violazione dell'art. 3 della l. n. 241 del 1990, violazione dell'art. 12 del d.lgs. n. 42 del 2004, violazione della nota della Direzione Generale del Ministero dei Beni Culturali prot. n. 5085 del 3 marzo 2009*; 4) *violazione dell'art. 14 del d.lgs. n. 42 del 2004, difetto di istruttoria, violazione del principio del giusto procedimento*"<sup>5</sup>.

Dopo aver riunito i due giudizi *ex art. 70 c.p.a.*, il TAR Molise affrontava preliminarmente le eccezioni sollevate nelle proprie memorie di costituzione dalle amministrazioni resistenti in merito alla presunta insussistenza di legittimazione ad agire in capo ai ricorrenti. Respingendo le argomentazioni sul punto sviluppate dalle resistenti, il Collegio evidenziava che, se senza dubbio non si poteva dubitare della legittimazione attiva della società Sicop, essendo la destinataria dell'autorizzazione unica su cui finiva per incidere l'apposizione del vincolo indiretto, ad eguali conclusioni si doveva pervenire anche con riferimento al Comune di Tufara, avendo interesse ad opporsi a provvedimenti di vincolo che limitino l'uso del suo territorio nonché a ricevere il contributo che, a titolo di compensazione, sarebbe versato in suo favore dalla società per la realizzazione dell'opera.

Quanto, invece, ai proprietari di porzioni delle aree interessate dai decreti della Direzione Regionale per i Beni Culturali e Paesaggistici del Molise, evidente risultava la sussistenza della legittimazione a ricorrere, trattandosi di un interesse qualificato e differenziato. Riguardo all'improcedibilità del ricorso, eccipita sempre dalle amministrazioni resistenti, e che sarebbe da ricondurre alla scomparsa per trafugamento di un manufatto sottoposto a vincolo, anche

<sup>5</sup> Cfr. TAR Molise, Sez. I, 10 agosto 2021, n. 300, § 1.

questa eccezione appare, secondo il TAR, infondata, in quanto ciò non comporta la caducazione del vincolo, riguardando una pluralità di beni “*che assumono un significato storico-culturale che trascende il singolo manufatto*”<sup>6</sup>.

Passando al merito, in disparte le prime due censure su cui si fondavano le argomentazioni dei ricorrenti, dichiarate infondate dal TAR Molise, la questione che merita attenzione attiene alle modalità di esercizio da parte della Soprintendenza della discrezionalità tecnica che connota il procedimento che si conclude con l’eventuale dichiarazione di interesse culturale. È stato ravvisato dai ricorrenti un duplice profilo di illegittimità dei provvedimenti per difetto di istruttoria e carenza di motivazione, ritenuti entrambi fondati nella pronuncia di primo grado.

Premesso che, come è noto, le valutazioni connotate da discrezionalità tecnica sono sindacabili solo per illogicità, mancata coerenza e incompletezza<sup>7</sup>, il TAR sottolinea che la valutazione dell’organo tecnico qualificato (nel caso di specie, la valutazione tecnica della Soprintendenza) non può essere sostituita da una relazione tecnica di parte in ordine al pregio storico-architettonico del bene, salvo qualora la prima non sia viziata da “*errori decisivi sui presupposti di fatto o sui criteri tecnico-scientifici valorizzati dall’Amministrazione, che siano tali da inficiare, sub specie di illogicità ed incongruità, l’accertamento della sussistenza dell’interesse culturale di un bene*”<sup>8</sup>. Per quanto attiene ai criteri che devono essere seguiti nel procedimento volto a verificare la sussistenza dell’interesse artistico, storico, archeologico o etno-antropologico, questo deve essere svolto in conformità a quanto dettato dal Ministero della Cultura nella nota prot. del 3 marzo

<sup>6</sup> Cfr. TAR Molise, Sez. I, 10 agosto 2021, n. 300, § 5.2.

<sup>7</sup> Sul sindacato che può essere esercitato dal giudice amministrativo nelle ipotesi di discrezionalità tecnica, si rinvia, tra i tanti, a S. BACCARINI, *Giudice amministrativo e discrezionalità tecnica*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 1, 80 ss.; V. GIUFFRIDA, *Sul trattamento giurisdizionale della discrezionalità tecnica*, in *Foro amm.*, 2021, 10, 1478 ss.; A. GIUSTI, *Tramonto o attualità della discrezionalità tecnica? Riflessioni a margine di una recente “attenta riconsiderazione” giurisprudenziale*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 2, 335 ss.; L. GALLI, *Il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica: pienezza e bilanciamento del controllo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 4, 1372 ss. e S. TARULLO, *Discrezionalità tecnica e sindacato giurisdizionale: l’ottica comunitaria ed i profili evolutivi*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2002, 6, 2002, 1385 ss. La questione è stata altresì affrontata da N. POSTERARO, *Dell’accessibilità delle persone disabili agli edifici di interesse culturale: problemi e prospettive*, in *Munus*, 2019, 923.

<sup>8</sup> Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. VI, 26 luglio 2018, n. 4564; Id., 13 maggio 2016, n. 1947.

2009, n. 5085, al fine di evitare che le singole Soprintendenze adottino decisioni tra loro difformi (art. 12, co. 2 del d.lgs. n. 42/2004). A differenza di quanto richiesto nella succitata nota, l'*iter* motivazionale seguito dalla Direzione Regionale per i Beni Culturali nelle delibere impugnate, così come dalla Soprintendenza nella relazione storico-artistica, non tiene in debito conto la letteratura di riferimento e gli studi storico-artistici condotti in merito all'interesse storico-culturale del sistema di croci viarie, essendosi limitate a citare, in una mera postilla, soltanto due contributi. Non essendo stati riportati i contenuti degli stessi, l'amministrazione non ha neanche potuto svolgere una propria valutazione finale di confronto sugli eventuali orientamenti in materia.

A ciò si aggiunga che, sempre secondo la ricostruzione operata dal giudice di prime cure, gli studi richiamati sarebbero del tutto privi di qualsiasi valenza, in quanto il primo scritto conterrebbe soltanto una mera ricognizione dei manufatti e delle croci viarie, *“senza che queste ultime siano state ricondotte ad un più ampio e complesso valore culturale unitario dal peculiare significato storico”*<sup>9</sup>, e dal secondo contributo emergerebbero profili che porrebbero in discussione la valenza storico-culturale delle croci.

Alla luce di tali considerazioni, con la sentenza n. 300 del 2021 il TAR decideva pertanto per l'accoglimento nel merito dei ricorsi, con la precisazione che, qualora l'amministrazione deputata alla tutela del patrimonio culturale avesse voluto riesercitare il proprio potere, avrebbe dovuto dettagliatamente analizzare la letteratura specialistica, così da *“ancorare le proprie valutazioni a precisi e ben individuati valori culturali”*<sup>10</sup>.

## **2. La sentenza del Consiglio di Stato n. 8167/2022 e il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni connotate da discrezionalità tecnico-scientifica**

La ricostruzione così delineata dal TAR Molise, la cui analisi pone al centro le valutazioni connotate da discrezionalità tecnica condotte dall'amministrazione preposta alla tutela del patrimonio culturale, è stata impugnata dinanzi al Consiglio di Stato dal Ministero della Cultura, il quale ha articolato i propri motivi di gravame su due profili: *in primis*, il giudice di primo grado non

<sup>9</sup> Cfr. TAR Molise, Sez. I, 10 agosto 2021, n. 300, § 8.4.

<sup>10</sup> Cfr. TAR Molise, Sez. I, 10 agosto 2021, n. 300, § 13.

avrebbe rispettato i confini entro i quali può essere esercitato il sindacato giurisdizionale laddove trattasi di discrezionalità tecnica; in secondo luogo, i decreti non sarebbero, come di contro sostenuto nell'impugnata pronuncia, privi di motivazione.

Si sono costituiti in appello i ricorrenti in primo grado, proponendo appello incidentale con il quale, oltre a riproporre i motivi rimasti assorbiti nel precedente grado di giudizio, hanno richiesto la riforma della sentenza del TAR nella parte in cui non ha ravvisato il vizio dello sviamento di potere e ha dichiarato infondata la censura volta ad accertare l'omessa richiesta e acquisizione del parere obbligatorio della Regione prevista dall'art. 138 del d.lgs. n. 42 del 2004, ritenendo che l'ambito di applicazione di tale disposizione sia circoscritto ai beni paesaggistici di cui all'art. 136 del citato d.lgs..

In fase cautelare, ravvisando profili di fondatezza del ricorso, il Collegio con l'ordinanza del 17 dicembre 2021, n. 6704 ha accolto l'istanza cautelare e, pertanto, ha sospeso l'esecutività della sentenza impugnata.

Così ripercorse le fasi iniziali processuali, possiamo ora soffermarci sulle questioni di diritto affrontate dai giudici di Palazzo Spada e che conducono all'aspetto, a ben guardare il più interessante, della necessità di porre a sintesi la tutela dell'ambiente, orientata sul principio dello sviluppo sostenibile, con la tutela del patrimonio culturale. L'*iter* argomentativo, delineato dalla pronuncia di appello e che - appare opportuno anticipare in parte le conclusioni - conduce il Consiglio di Stato ad accogliere sia l'appello principale sia quello incidentale, può essere suddiviso in due momenti: una prima parte volta ad indagare l'intensità del sindacato che può essere condotto nei procedimenti amministrativi connotati da discrezionalità tecnico-valutativa, come quelli che si concludono con l'apposizione di un vincolo, e una seconda parte dedicata, invece, alla comparazione tra gli interessi concorrenti che vengono in rilievo.

Riprendendo le fila di quanto affermato nella pronuncia di primo grado in merito alle valutazioni di discrezionalità tecnico-scientifica, il Consiglio di Stato muove dalla nota distinzione tra discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica: a differenza della prima in cui il sindacato giurisdizionale si fonda sulla ragionevole ponderazione degli interessi, il parametro che trova applicazione nelle "*valutazioni dei fatti complessi richiedenti particolari competenze (c.d.*

«discrezionalità tecnica»<sup>11</sup> è quello più rigoroso della attendibilità tecnico-scientifica.

È vero che non ogni qual volta si tratti di un fatto complesso deve necessariamente operare il suddetto criterio della attendibilità tecnico-scientifica, dovendosi piuttosto verificare quale funzione viene riconosciuta in capo all'amministrazione dalla norma attributiva del potere. Se il legislatore ha disposto che il fatto complesso debba essere oggetto di accertamento, in questo caso il sindacato del giudice amministrativo sarà più pregnante, venendo in rilievo nella sua dimensione di fatto storico, che trascende da qualsiasi valutazione connotata da discrezionalità. Al contrario, qualora venga affidata dalla previsione normativa ad un soggetto qualificato la valutazione di un fatto complesso, il giudice dovrà valutare (e non decidere) se la soluzione offerta rientra tra quelle plausibili e che appaia fondata sulla base delle scienze rilevanti e degli altri elementi che vengono in rilievo.

Rimane, prosegue il Consiglio di Stato, l'esigenza fondamentale di rispettare il riparto di competenze delineato dalla funzione legislativa, secondo cui tale valutazione viene affidata *ex lege* all'amministrazione e non all'autorità giurisdizionale. Ne consegue che, laddove si sia in presenza di una pluralità di opinioni, tutte egualmente plausibili, il giudice dovrà dare prevalenza all'opinione espressa dall'organo qualificato, investito dalla disposizione normativa a svolgere tale compito, non potendo sostituire arbitrariamente l'esito della valutazione con la tesi prospettata dal ricorrente<sup>12</sup>, ancorché parimenti plausibile.

Con specifico riferimento al patrimonio culturale, il Collegio osserva che spetta all'interprete riempire di contenuto la nozione di bene culturale<sup>13</sup>, che non è definita in modo chiaro dall'ordinamento, essendo soltanto disposto che il bene culturale debba «essere una «testimonianza» materiale «avente valore di civiltà», rivestire un «particolare» o «eccezionale» interesse culturale tale da giustificarne il vincolo ed

<sup>11</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 23 settembre 2022, n. 8167, § 1.1.

<sup>12</sup> Come ricorda, infatti, la Sezione VI del Consiglio di Stato: «In quest'ultimo caso, non si tratta di garantire all'Amministrazione un privilegio di insindacabilità (che sarebbe contrastante con il principio del giusto processo), ma di dare seguito, sul piano del processo, alla scelta legislativa di non disciplinare il conflitto di interessi ma di apprestare solo i modi e i procedimenti per la sua risoluzione» (§ 1.1).

<sup>13</sup> In argomento, si veda A. BARTOLINI, *Il bene culturale e le sue plurime concezioni*, in *Dir. amm.*, 2019, 2, 223 ss. e R.C. PERIN, *Il diritto al bene culturale*, in *Dir. amm.*, 2016, 4, 495 ss..



*avere una certa vetustà*<sup>14</sup>. Ne discende che le valutazioni compiute dal Ministero della Cultura, nell'ambito del procedimento volto alla dichiarazione di interesse culturale *ex art. 13 del d.lgs. n. 42/2004* non si fonda su dati forniti da scienze esatte, “*bensì su riflessioni di natura storica e filosofica, spesso strettamente legate al contesto territoriale di riferimento, per loro stessa natura in continua evoluzione*”<sup>15</sup>.

Applicando i principi sin qui ricordati nella fattispecie concreta, il Consiglio di Stato dichiara infondato il presupposto motivazionale da cui muove la ricostruzione operata dalla sentenza di prime cure, nella parte in cui ritiene che i criteri indicati nella nota del Ministero della Cultura, richiamata nel ricorso introduttivo, abbiano carattere vincolante e tassativo. In realtà, il ventaglio di criteri riportato nella nota assume carattere meramente esemplificativo, come del resto non potrebbe essere diversamente posto che nel singolo procedimento, a seconda del caso concreto, può essere necessario valorizzare un indicatore piuttosto di un altro, senza per questo incorrere nel difetto di istruttoria.

Appare a questo punto al Collegio che i ricorrenti in primo grado non abbiano, a differenza di quanto sostenuto dal TAR Molise, fornito elementi sufficienti per dimostrare l'illegittimità del percorso argomentativo seguito dall'amministrazione, la quale del resto, dopo aver esaminato ciascuna croce votiva, ha assoggettato a vincolo soltanto quelle ritenute di particolare interesse. Per questa ragione, viene pertanto accolto il ricorso in appello promosso dal Ministero, con la conseguenza che si rende necessario scrutinare anche l'appello incidentale, che sarà illustrato nel successivo paragrafo.

### **3. Il principio di integrazione delle tutele e il giudizio di bilanciamento tra la promozione dello sviluppo sostenibile e la tutela del patrimonio culturale**

Ed è proprio la disamina dell'appello incidentale che consente di introdurre la tematica di maggiore interesse, ossia sino a che punto la tutela del patrimonio culturale possa prevalere sulla promozione dello sviluppo sostenibile<sup>16</sup>, in virtù del quale, come delineato

<sup>14</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 23 settembre 2022, n. 8167, § 1.2.

<sup>15</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 23 settembre 2022, n. 8167, § 1.2.

<sup>16</sup> Sul principio dello sviluppo sostenibile, si vedano, *ex multis*, AA.Vv., *Cambiamento climatico e sviluppo sostenibile*, G.F. CARTEI (a cura di), Torino, 2013; M. ANTONIOLI, *Svi-*

all'art. 3-*quater* del t.u. ambiente, il soddisfacimento dei bisogni delle generazioni presenti non deve tradursi in una compromissione della qualità della vita e delle possibilità offerte alle generazioni future.

Questa crescente attenzione alla protezione delle generazioni future, concetto indeterminato nel novero del quale vengono ricompresi tutti coloro che ancora non sono venuti ad esistenza, sta progressivamente interessando i diversi ambiti in cui si snoda l'ordinamento giuridico, tanto da aver recentemente assunto rilievo costituzionale all'art. 9, co. 3 Cost.<sup>17</sup>. Uniformandosi a quanto era già previsto nelle Carte costituzionali di altri sistemi giuridici, viene ora affermato espressamente che la tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi deve essere assicurata anche nel rispetto dell'interesse (e non - vale la pena ricordarlo - del diritto) delle future generazioni.

La scelta semantica della novella costituzionale, in cui si fa riferi-

---

*luppo sostenibile e giudice amministrativo tra tutela ambientale e governo del territorio*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2019, 2, 201 ss.; F. FRACCHIA, *Il principio dello sviluppo sostenibile*, in M. RENNA, F. SAIITA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 433 ss.; ID., *Lo sviluppo sostenibile - la voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, 2010; E. FREDIANI, *Lo sviluppo sostenibile: da ossimoro a diritto umano*, in *Quad. cost.*, 2017, 3, 626 ss.; A. MAESTRONI, *La dimensione solidaristica dello sviluppo sostenibile. Dal quadro sovranazionale alle decisioni della Corte costituzionale*, Milano, 2012; I. NICOTRA, *Sviluppo sostenibile, fonti di energia, diritti delle generazioni future nel costituzionalismo multilivello*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, Torino, 2016, 2, 1549 ss. e C. SALAZAR, *Diritti fondamentali e sviluppo sostenibile: riflessioni su un tema complesso*, in *Studi in memoria di Antonio Romano Tassone*, Napoli, 2018, 3, 2387 ss..

<sup>17</sup> Sulla legge costituzionale dell'11 febbraio 2022, n. 1, che ha introdotto nell'architettura costituzionale la protezione delle generazioni future (oltre ad avere modificato l'art. 41 Cost.), si vedano in particolare G. AZZARITI, *Appunto per l'audizione presso la Commissione Affari costituzionali del Senato della Repubblica del 16 gennaio 2020 - Modifica articolo 9 della Costituzione*, in *Osservatorio AIC*, 2020, 1, 67 ss.; L. BARTOLUCCI, *Il più recente cammino delle generazioni future nel diritto costituzionale*, in *Osservatorio AIC*, 2021, 4, 212 ss.; 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*, op. cit., 285 ss.; M. DELSIGNORE, A. MARRA, M. RAMAJOLI, *La riforma costituzionale e il nuovo volto del legislatore nella tutela dell'ambiente*, in *Riv. giur. amb.*, 2022, 1, 1 ss.; F. FRACCHIA, *L'ambiente nell'art. 9 della Costituzione: un approccio in "negativo"*, in *Il diritto dell'economia*, 2022, 1, 15 ss.; D. PORENA, *«Anche nell'interesse delle generazioni future». Il problema dei rapporti intergenerazionali all'indomani della revisione dell'art. 9 della Costituzione*, in *Federalismi*, 2022, 15, 121 ss.; M.P. POTO, *La tutela costituzionale dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, anche nell'interesse delle generazioni future*, in *Resp. civ. e pren.*, 2022, 3, 1057 ss. e G. SOBRINO, *Le generazioni future «entrano» nella Costituzione*, in *Quad. cost.*, 2022, 1, 139 ss..

mento agli “interessi” e non ai “diritti”, non è, come già sottolineato, priva di contenuto, ma si colloca nel dibattito dottrinale che sta accompagnando l’elaborazione di discipline volte ad estendere il proprio ambito di applicazione anche alle generazioni ancora non venute in essere. Ad un primo orientamento<sup>18</sup> secondo cui, benché trattasi di soggetti né concepiti né ancora nati, si dovrebbe, in ogni caso, ravvisare la sussistenza in capo agli stessi di diritti soggettivi, si contrappone un altro indirizzo<sup>19</sup>, che nella nuova revisione della Costituzione trova un appiglio normativo di indubbia rilevanza, per il quale sarebbe più corretto esprimersi in termini di interesse. A queste due concezioni, che si collocano sulla scia delle tradizionali situazioni giuridiche soggettive, si sta affiancando la teoria dei doveri giuridici, in virtù della quale, al fine di assicurare una tutela adeguata alle generazioni future, è necessario passare da una visione ancorata alla soggettività giuridica ad una diversa interpretazione, in cui le generazioni future siano oggetto di tutela e si ponga l’attenzione sul lato, per c.d., attivo del rapporto obbligatorio, ossia sui comportamenti positivi a cui sono tenuti i soggetti deputati alla loro protezione. Tale elaborazione dottrinale, fondata sull’antropocentrismo dei doveri, è ormai sostenuta da una cospicua parte della dottrina<sup>20</sup> e i suoi sviluppi possono comportare

<sup>18</sup> Di particolare interesse, al riguardo, risulta essere quanto previsto dall’art. 1 della Convenzione di Aarhus, a tenore del quale “*In order to contribute to the protection of the right of every person of present and future generations to live in an environment adequate to his or her health and well-being*”. In tal senso, si veda E. FREDIANI, *Lo sviluppo sostenibile: da ossimoro a diritto umano*, op. cit., 628. Come già rilevato in altra sede (sia consentito rimandare a E. ROMANI, *Il principio dello sviluppo sostenibile nella sua dimensione processuale: suggestioni per una legittimazione a ricorrere uti civis*, in *Il diritto dell’economia*, numero monografico “*Doveri intergenerazionali e tutela dell’ambiente*”, in P. PANTALONE (a cura di), 2021, 208), il principale limite di tale ricostruzione attiene alla difficoltà di individuare un soggetto legittimato ad agire in giudizio per la protezione di questi diritti, che, in quanto tali, fanno capo a dei soggetti indeterminati e non ancora venuti in essere.

<sup>19</sup> Tale tesi trova ora un importante ancoraggio normativo nell’art. 9 Cost., ove si fa riferimento all’interesse delle generazioni future. Si esprime in termini di “interesse delle generazioni future”, senza tuttavia prendere espressamente posizione al riguardo, C. SALAZAR, *Diritti fondamentali e sviluppo sostenibile: riflessioni su un tema complesso*, op. cit., 2394 ss.. Nella letteratura, è frequente il riferimento agli interessi quando si menzionano le future generazioni come centro di imputazione di posizioni giuridiche soggettive.

<sup>20</sup> Tale impostazione è stata elaborata, in special modo, in dottrina da F. FRACCHIA, *Sulla configurabilità giuridica unitaria dell’ambiente: art. 2 Cost. e doveri di solidarietà ambientale*, in *Dir. economia*, 2002, 215 ss.; ID., *Environmental Law: principles, definitions and protection models*, Napoli, 2018, 59 ss.; ID., *L’ambiente nella prospettiva giuridica*, in AA.Vv., *Diritto*

rilevanti conseguenze anche in tema di giustiziabilità, ponendo alcuni spunti ricostruttivi volti ad ampliare la legittimazione ad agire degli interessi superindividuali, quali appunto la tutela ambientale, sino a configurare una legittimazione a ricorrere *uti civis*<sup>21</sup>. Un limite della nuova formulazione del dettato costituzionale si rinviene nella scelta di circoscrivere l'ambito di operatività del principio dello sviluppo sostenibile soltanto alla tutela dell'ambiente, degli ecosistemi e della biodiversità<sup>22</sup>, atteso che, come dimostrato dalla stessa pronuncia in commento, la necessità di tener conto dell'equità e della solidarietà intergenerazionale sembra piuttosto innervare qualsiasi attività che venga posta in essere<sup>23</sup>.

Dall'angolo prospettico, che in questa sede più interessa, della pubblica amministrazione, una disposizione che merita di essere ricordata prima di passare alla disamina nel dettaglio delle considerazioni svolte dal Consiglio di Stato si rinviene nell'art. 3-*quater*, co. 2 del t.u. ambiente, a tenore del quale “*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*”. Dunque, in attuazione del prin-

---

*amministrativo e società civile. Muovendo dalle opere di Roversi Monaco*, Bologna, 2018, 619 ss.. Sul punto si vedano altresì gli scritti raccolti in opere collettanee: M. ALLENA, F. FRACCHIA, *Globalization, environment and sustainable development in global, European and Italian perspectives*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2011, 3-4, 781 ss.; M. CAFAGNO, D. D'ORSOGNA, F. FRACCHIA, *The Legal Concept of the Environment and Systemic Vision*, in L. URBANI ULIVI (a cura di), *The systemic turn in human and natural sciences*, Springer, 2019, 121 ss.. Sul tema, si rimanda altresì agli scritti raccolti nel numero monografico “*Doveri intergenerazionali e tutela dell'ambiente*”, in *Il diritto dell'economia*, a cura di P. PANTALONE, 2021. Si veda, inoltre, G. AZZARITI, *Appunto per l'audizione presso la Commissione Affari costituzionali del Senato della Repubblica del 16 gennaio 2020 – Modifica articolo 9 della Costituzione*, op. cit., 71 ss..

<sup>21</sup> Il tema richiederebbe un attento approfondimento, che in questa sede non è possibile svolgere. Pertanto, sia concesso rinviare alle riflessioni già svolte in E. ROMANI, *Il principio dello sviluppo sostenibile nella sua dimensione processuale: suggestioni per una legittimazione a ricorrere uti civis*, op. cit., 204 ss.. In generale, per un'ampia trattazione della legittimazione ad agire *uti civis*, si veda B. GILIBERTI, *Contributo alla riflessione sulla legittimazione ad agire nel processo amministrativo*, Milano, 2020.

<sup>22</sup> Questa critica è condivisa da G. SOBRINO, *Le generazioni future «entrano» nella Costituzione*, op. cit., 141.

<sup>23</sup> Osserva F. FRACCHIA, *L'ambiente nell'art. 9 della Costituzione: un approccio in “negativo”*, cit., 25, che «*gli studi sull'ambiente potrebbero “restituire” ad altri settori quanto in passato ricevuto per essere elaborato e valorizzato e, cioè, un collaudato e raffinato corredo concettuale e teorico in grado di dare evidenza e rilevanza alle responsabilità intergenerazionali*».

cipio dello sviluppo sostenibile, in caso di attività amministrativa discrezionale la pubblica amministrazione dovrebbe, nel giudizio di comparazione tra i diversi interessi in gioco, prendere primariamente in considerazione gli interessi alla tutela dell'ambiente e del patrimonio culturale.

Qualora vengono in rilievo uno dei suddetti interessi, è pertanto lo stesso legislatore ad indirizzare *ex ante* le valutazioni dell'amministrazione, in parte temperando la discrezionalità di cui quest'ultima è titolare nell'interesse delle generazioni future; di contro, nessun parametro viene indicato nell'eventualità in cui, come nel caso di specie, gli interessi - che *ictu oculi* appaiono tra loro antagonisti - siano proprio la tutela dell'ambiente e la protezione del patrimonio culturale.

Ebbene, è in questa zona grigia che si innesta la sentenza n. 8167 del 2022, ove vengono individuati i criteri direttivi che devono essere seguiti dall'amministrazione laddove nel giudizio di comparazione vengono in rilievo i suddetti interessi che, oltre ad essere entrambi di rilevanza costituzionale, sono dall'art. 3-*quater*, co. 2 posti su un piano di equiordinazione.

La censura, su cui si incentra l'appello incidentale, che consente al Collegio di prendere posizione sul punto attiene all'asserita illegittimità dei decreti di apposizione del vincolo per eccesso di potere, declinato nello sviamento della funzione e nella sproporzione sussistente tra il vincolo indiretto e le prescrizioni imposte sulle aree limitrofe alle croci votive, sottoposte queste ultime a vincolo diretto.

L'argomento principale addotto dai ricorrenti in primo grado attiene all'eccessiva estensione del divieto di trasformazione delle suddette aree che, per come delineato nei decreti impugnati, comprende anche il divieto di installare "*palificazioni, sia se articolate su elementi puntuali, sia se articolate in sistemi a rete*"<sup>24</sup>. Tale compressione del diritto di proprietà dei proprietari delle particelle catastali interessate, nonché della possibilità per il Comune di utilizzare liberamente il proprio territorio, sarebbe giustificata secondo l'amministrazione dalla necessità "*di evitare che siano alterate le condizioni di contesto ambientale e di decoro, nonché di prospettiva e visuale, delle croci votive e viarie sottoposte a tutela*"<sup>25</sup>.

Tuttavia, una generalizzazione così intensa appare difficilmente

<sup>24</sup> Come riportato in Cons. Stato, Sez. VI, 23 settembre 2022, n. 8167, § 3.2.

<sup>25</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 23 settembre 2022, n. 8167, § 3.2.

condivisibile e gli argomenti portati a fondamento dall'amministrazione non risultano sufficientemente convincenti, tenuto conto della notevole distanza che sarebbe intercorsa tra le pale eoliche e le croci votive, nonché dell'impossibilità di cagionare alcun danno o limitazione anche visiva ai manufatti.

Come ricorda il Collegio, le prescrizioni di vincolo indiretto, la cui disciplina si rinviene all'art. 45 del Codice dei beni culturali e del paesaggio, sono teleologicamente orientate alla soddisfazione del bene culturale sottoposto a vincolo diretto (*id est*, le croci votive), svolgendo la “*funzione di completamento pertinenziale della visione e della fruizione dell'immobile principale*”<sup>26</sup>. Si tratta di vincoli più temperati rispetto a quelli di cui viene gravato il proprietario del bene direttamente sottoposto a vincolo, ma che in ogni caso possono imporre significativi oneri conservativi sulla *res*.

Tanto chiarito, il percorso argomentativo delineato dal Consiglio di Stato, riprendendo quanto precedentemente affermato dalla giurisprudenza costituzionale<sup>27</sup>, prende avvio dalla considerazione che negli ordinamenti democratici e pluralisti è necessario sempre rinvenire un bilanciamento tra le diverse situazioni giuridiche soggettive che vengono in rilievo, non potendosi configurare né un diritto né un interesse tiranno. Tale regola generale, e qui viene ripreso, senza citarlo, quanto disposto dal già menzionato art. 3-*quater*, co. 2, vale anche per gli interessi di rilevanza costituzionale – quali gli interessi alla tutela dell'ambiente e del patrimonio culturale – che non godono di una prevalenza assoluta e incondizionata, pur dovendo essere necessariamente presi in considerazione nei processi decisionali pubblici.

Già da tali preliminari osservazioni emerge che il punto di equilibrio tra i diversi interessi non può che essere mobile e dinamico, dovendo essere di volta in volta individuato, a seconda dei casi,

<sup>26</sup> Così, Cons. Stato, Sez. VI, 23 settembre 2022, n. 8167, § 3.3.

<sup>27</sup> Il riferimento è a Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85, § 9, pronunciata in occasione del noto caso Ilva. Per un commento a tale sentenza, si vedano, tra i tanti, R. BIN, *Giurisdizione o amministrazione, chi deve prevenire i reati ambientali? Nota alla sentenza “Ilva”*, in *Giur. cost.*, 2013, 3, 1505 ss.; A. GIURICKOVIC DATO, *Il bilanciamento tra principi costituzionali e la nuova dialettica tra interessi alla luce della riforma Madia. Riflessioni in margine al “caso Ilva”*, in *Federalismi*, 2019, 12, 2 ss.; V. ONIDA, *Un conflitto fra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell'ambiente*, in *Giur. cost.*, 2013, 3, 1494 ss. e R. ROMBOLI, *Nota a Corte cost., sent. n. 85/2013*, in *Foro it.*, 2014, 1, 441 ss.. Tale ricostruzione è stata successivamente ripresa in Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33, § 5.5.

dal legislatore, dall'amministrazione ovvero dal giudice, potendosi semmai soltanto fissare i parametri a cui si deve conformare l'interprete nel giudizio di comparazione. Al riguardo, due sono i principi che vengono in rilievo: il principio di proporzionalità, evocato dai ricorrenti nello stesso appello incidentale, e il principio di integrazione delle tutele.

Quanto al primo dei menzionati principi<sup>28</sup>, corollario del più generale principio del buon andamento di cui all'art. 97 Cost., questo si articola in tre componenti: l'idoneità della misura, che è tale allorché consente il raggiungimento del fine prestabilito, la necessità, nel senso che deve trattarsi dell'unico rimedio possibile, e da ultimo la proporzionalità in senso stretto. Nel fissare un divieto così stringente di trasformazione delle aree circostanti, l'amministrazione ha violato la componente della proporzionalità in senso stretto, la quale richiede che *“la scelta amministrativa non rappresenti un sacrificio eccessivo nella sfera giuridica del privato”*<sup>29</sup>.

Ciò in quanto, avendo previsto il divieto di utilizzare il territorio circostante, l'amministrazione ha del tutto sacrificato l'interesse ambientale, nel caso di specie declinato nella transizione ecologica<sup>30</sup>, senza pertanto addivenire ad un equilibrato e ragionevole bilanciamento tra i diversi interessi, come sarebbe stato del resto richiesto posto che, per quanto già precisato, la realizzazione delle pale eoliche non avrebbe arrecato alle croci votive un danno tale da giustificare la totale compressione del bene ambiente<sup>31</sup>. Se è

<sup>28</sup> Sul principio di proporzionalità, si rinvia alle osservazioni di M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, intervento tenutosi alla Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, 24-26 ottobre 2013; D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità fra diritto nazionale e diritto europeo (e con uno sguardo anche al di là dei confini dell'Unione Europea)*, in *Riv. it. dir. publ. comun.*, 2019, 6, 907 ss. e V. FANTI, *Eccesso di potere giurisdizionale e principio di proporzionalità amministrativa*, in *Dir. e proc. amm.*, 2014, 4, 871 ss..

<sup>29</sup> Come ricordato, solo per citare la giurisprudenza amministrativa più recente, da Cons. Stato, Sez. III, 5 ottobre 2022, n. 8522; Id., 29 settembre 2022, n. 8389, § 3.1; Id., 19 settembre 2022, n. 8078, § 2; Id., 16 settembre 2022, n. 8027, § 2. In tema, si veda altresì A. MORRONE, voce *“Bilanciamento (giustizia costituzionale)”*, in *Enc. dir.*, 2008, 185 ss., il quale evidenzia che la misura del sacrificio costituzionalmente ammissibile *“in ogni caso, non può mai essere tale da annullarne il contenuto essenziale”*.

<sup>30</sup> Sul tema della transizione ecologica, si veda F. DE LEONARDIS, *La transizione ecologica come modello di sviluppo di sistema: spunti sul ruolo delle amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2021, 4, 779 ss. e C. VIVIANI, *La transizione ecologica fra semplificazione e riorganizzazione amministrativa [Il Decreto Semplificazioni alla prova dei fatti]*, in *Giur. it.*, 2021, 5, 1264 ss..

<sup>31</sup> Merita, al riguardo, riportare il passaggio in esame della pronuncia del Consiglio

vero quindi che il patrimonio culturale merita di essere tutelato, tale esigenza non può tradursi in una concezione totalizzante, ma allo stesso tempo si deve assicurare anche la protezione della tutela ambientale.

Ora, e questo è uno dei passaggi più interessanti della pronuncia in commento, mentre il principio di proporzionalità è “*il criterio alla stregua del quale mediare e comporre il potenziale conflitto tra i due valori costituzionali all'interno di un quadro argomentativo razionale*”<sup>32</sup>, il principio di integrazione<sup>33</sup> deve condurre l'interprete nel disegnare una tutela integrata tra i diversi interessi che vengono in rilievo, in cui, tramite un delicato equilibrio di pesi e contrappesi, entrambi siano in parte soddisfatti e in parte sacrificati (*rectius*, non tutelati nel loro massimo grado). Come chiarito dal Consiglio di Stato, si rende necessario un cambio di prospettiva rispetto all'impostazione inizialmente seguita nel giudizio di comparazione di interessi antagonisti, dovendosi abbandonare “*il modello delle «tutele parallele» degli interessi differenziati, che radicalizzano il conflitto tra i diversi soggetti chiamati ad intervenire nei processi decisionali*”<sup>34</sup>, in favore di una tutela integrata che tenga conto di entrambi gli interessi.

Viene, dunque, in rilievo la necessità di addivenire ad una tutela sistemica dei diversi interessi che sia orientata al principio di in-

---

di Stato: “*L'interesse pubblico alla tutela del patrimonio culturale non ha, nel caso concreto, il peso e l'urgenza per sacrificare interamente l'interesse ambientale indifferibile della transizione ecologica, la quale comporta la trasformazione del sistema produttivo in un modello più sostenibile che renda meno dannosi per l'ambiente la produzione di energia, la produzione industriale e, in generale, lo stile di vita delle persone*”. Come sottolineato da M. DELSIGNORE, A. MARRA, M. RAMAJOLI, *La riforma costituzionale e il nuovo volto del legislatore nella tutela dell'ambiente*, op. cit., 9, l'esigenza di assicurare la transizione ecologica può porsi in contrasto non solo con l'interesse alla protezione del patrimonio culturale, bensì anche con la tutela del paesaggio, rendendosi tuttavia in entrambi i casi necessario addivenire ad una tutela sinergica e integrata.

<sup>32</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 23 settembre 2022, n. 8167, § 3.5.

<sup>33</sup> La necessità di addivenire ad una tutela integrata tra i diversi diritti concorrenti è stata sottolineata in Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85, § 9. Pur non parlando espressamente di integrazione, questa impostazione secondo cui si deve realizzare una tutela sistemica tra i diversi interessi era già presente nelle pronunce della Corte costituzionale; al riguardo, si veda Corte cost., 28 novembre 2012, n. 264, i cui principi sono stati successivamente ripresi in Corte cost., 23 marzo 2018, n. 58. Osserva M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, op. cit., 10, che in tal modo è stata enunciata “*una tecnica interpretativa e argomentativa che riflette il pluralismo dei valori su cui si basa la Costituzione italiana*”.

<sup>34</sup> Così, Cons. Stato, Sez. VI, 23 settembre 2022, n. 8167, § 3.5.



tegrazione<sup>35</sup>, previsto sia a livello eurounitario dall'art. 11 TFUE<sup>36</sup> sia a livello nazionale, ancorché implicitamente, dall'art. 3-*quater* t.u. ambiente, nel senso che la soluzione preferibile è quella che consente di contemperare e integrare tra loro i diversi interessi.

Alla luce delle considerazioni sin qui svolte, il Collegio accoglie pertanto l'appello incidentale e, per l'effetto, annulla i decreti impugnati nella parte relativa alle prescrizioni di tutela indiretta, con diversa motivazione rispetto a quella fatta propria dal giudice di primo grado.

#### 4. Riflessioni conclusive

Il Consiglio di Stato, pertanto, riforma la pronuncia di primo grado, pervenendo ad opposte conclusioni con riferimento al sindacato esercitabile sulle valutazioni connotate da discrezionalità tecnico-scientifica, ma allo stesso tempo accoglie il ricorso di primo grado per gli aspetti connessi al principio dello sviluppo sostenibile. In una società, come quella attuale, in cui sempre più frequentemente l'amministrazione è chiamata a svolgere un contemperamento tra interessi di pari rango, non può non condividere il percorso argomentativo seguito dal Consiglio di Stato, in cui le esigenze dello sviluppo sostenibile divengono le finalità ultime che necessitano di essere prese in particolare considerazione ogni qual volta, nell'ambito di un procedimento amministrativo (ma il principio può essere esteso anche alla funzione legislativa e a quella giurisdizionale), l'amministrazione sia chiamata a delineare un bilanciamento tra la tutela dell'ambiente, da un lato, e la protezione del patrimonio culturale, così come del valore dell'iniziativa privata *ex art. 41 Cost.*, dall'altro.

Se la crescente complessità delle problematiche connesse all'era moderna non consente, sempre più frequentemente, di fissare *ex ante* un punto di equilibrio fisso e inamovibile, ciò che può essere individuato dalla giurisprudenza amministrativa sono i criteri che

<sup>35</sup> È di questa idea G. SOBRINO, *Le generazioni future «entrano» nella Costituzione*, op. cit., 141, secondo cui "È indispensabile, in altri termini, un approccio sistemico e «integrato» al problema (dell'«interesse») delle generazioni future, di cui la tutela dell'ambiente è solo una parte: un approccio ben riassunto dall'espressione «ecologia integrale», comune alla riflessione scientifica laica e – in particolare – alla dottrina sociale cattolica più recente".

<sup>36</sup> In particolare, l'art. 11 TFUE così recita: "Le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni dell'Unione, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile".

devono essere seguiti in questa attività di comparazione dei diversi interessi in gioco, bilanciamento che deve essere ispirato e condotto sotto la lente di ingrandimento dei principi di proporzionalità e di ragionevolezza. A ben guardare, l'ordinamento chiede all'interprete uno sforzo ulteriore, non potendosi arrestare a delineare un semplice punto di equilibrio tra i diversi interessi antagonisti, ma essendo piuttosto chiamato a comporre le diverse tutele in un punto di sintesi, in cui le esigenze dello sviluppo sostenibile e quelle legate alla conservazione del patrimonio culturale riescano a coesistere in un rapporto sinergico.

Riprendendo alcune considerazioni svolte nei precedenti paragrafi in merito alla novella costituzionale, che è culminata con l'introduzione nel tessuto costituzionale dell'interesse delle future generazioni, tramite il principio di integrazione delle tutele viene esteso l'ambito di operatività del principio dello sviluppo sostenibile. Se, infatti, sulla base del dettato costituzionale l'applicazione del suddetto principio dovrebbe essere circoscritta alla tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, all'esito del percorso argomentativo del Consiglio di Stato si perviene alla sua estensione anche alla protezione del patrimonio culturale, in quanto la tutela di quest'ultimo viene di fatto mediata e parametrata alle esigenze dello sviluppo sostenibile e, quindi, delle generazioni future. Ancorché la tematica meriterebbe senz'altro di essere sviluppata più nel dettaglio, in questa sede ci si limita a rilevare che il principio dello sviluppo sostenibile, essendo espressione del concetto di equità intergenerazionale<sup>37</sup> che, in quanto tale, permea tutti i diversi ambiti dell'ordinamento, assume una portata generale che non può essere circoscritta, come avvenuto nel disposto costituzionale, soltanto alla matrice ambientale.

Da ultimo, se dunque, in attuazione del principio di integrazione delle tutele, non può pervenirsi ad una tutela piena e assoluta del

---

<sup>37</sup> Il concetto di equità intergenerazionale è stato definito soprattutto dalla giurisprudenza costituzionale con riferimento alla gestione delle risorse del bilancio pubblico e, in particolare, al debito pubblico. In tema, si veda Corte cost., 14 febbraio 2019, n. 18, la quale afferma che *“L'equità intergenerazionale comporta, altresì, la necessità di non gravare in modo sproporzionato sulle opportunità di crescita delle generazioni future, garantendo loro risorse sufficienti per un equilibrato sviluppo”* (§ 6). Ne consegue che, come osservato da Corte cost., 5 marzo 2018, n. 49, l'equità intergenerazionale è uno *“strumento servente alla determinazione dei costi-benefici afferenti alle generazioni future con riguardo alle politiche di investimento in concreto adottate”* (§ 3).

singolo interesse costituzionalmente rilevante<sup>38</sup>, appare a questo punto interessante chiedersi cosa si debba intendere per primarietà del bene ambiente e del patrimonio culturale.

La risposta deve essere ricercata nello stesso percorso argomentativo, sin qui descritto, seguito dal Consiglio di Stato, nel senso che nel giudizio di bilanciamento tali valori non possono essere interamente sacrificati in favore di un altro interesse costituzionalmente rilevante, di talché una forma di tutela, sia pur minima, deve sempre essere assicurata dall'interprete<sup>39</sup>. In altri termini, se primarietà non corrisponde ad una concezione totalizzante in cui gli stessi siano sempre posti, aprioristicamente, all'apice di un rigido rapporto di gerarchia, la stessa deve piuttosto essere intesa come impossibilità di esaurire la tutela dei suddetti beni.

In questo si rinvergono i due opposti aspetti del principio di integrazione delle tutele che, se da un lato diviene il parametro che consente di tenere in debito conto tutti gli interessi in gioco, allo stesso tempo è quell'elemento che ostacola la piena tutela degli stessi. L'amministrazione, cui è devoluto il compito di governare fattispecie complesse nel cui ambito interagiscono interessi che potrebbero apparire confliggenti, dovrà agire con un'attenta ponderazione anche del grado di tutela che in un determinato momento storico ciascuno di questi interessi richiede.

---

<sup>38</sup> Come è stato efficacemente sottolineato dalla Consulta, nella pronuncia del 20 giugno 2013, n. 143: *“nelle operazioni di bilanciamento, non può esservi un decremento di tutela di un diritto fondamentale se ad esso non fa riscontro un corrispondente incremento di tutela di altro interesse di pari rango”*.

<sup>39</sup> Come del resto già affermato nella già richiamata giurisprudenza costituzionale. In particolare, si rinvia di nuovo agli importanti principi di diritto affermati in Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85, ove si legge che *«La qualificazione come “primari” dei valori dell'ambiente e della salute significa pertanto che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto»* (§ 9).



# La concorrenza sleale nel metaverso: NFT, opere digitali e contraffazione

FOSCA LAMBERTI

(Dottoranda di ricerca in Diritto comparato, Università di Salerno  
- Avvocato)

## Abstract

L'articolo si occupa di osservare il fenomeno degli NFT's nell'ottica della concorrenza sleale, partendo dal recente caso giudiziario, che ha avuto luogo negli Stati Uniti, in cui la maison di moda francese Hermès ha citato l'artista Mason Rothschild per aver creato e commercializzato NFT's rappresentativi dell'iconica borsa Birkin con il nome, appunto, di MetaBirkin.

La questione si presenta ad oggi di difficile interpretazione, in quanto gli NFT's – basati sulla tecnologia blockchain – possono essere associati ad assets digitali o fisici, inseriti *on-chain* ovvero presenti *off-chain*, a cui è connessa una licenza di utilizzazione dell'asset stesso, per uno scopo specifico. Questi nuovi strumenti digitali sono in grado, tra le altre cose, di costituire la rappresentazione digitale di beni esistenti nel mondo reale ed appartenenti, in quanto opere dell'ingegno, brevetti, o marchi, ad aziende che si occupano della loro commercializzazione.

Pertanto, il presente contributo, richiamando a supporto di tale indagine le opportune considerazioni di diritto comparato, si propone di indagare, attraverso una breve panoramica sullo strumento dell'NFT e della disciplina dettata dall'art. 2598 c.c. in materia di concorrenza sleale, sulla possibilità che la commercializzazione di un NFT, che abbia codificato *on-chain* un bene ovvero un'immagine oggetto di diritto di privativa di un altro, possa configurare una lesione dell'altrui diritto e una violazione della concorrenza, allorché ingeneri confusione nella clientela.

*The article observes the NFTs phenomenon from the point of view of unfair competition, starting from the recent judicial case, occurred in the United States,*

*in which the French fashion house Hermès sued the artist Mason Rothschild for having created and sold NFT's representing the iconic Birkin bag under the name of MetaBirkin.*

*The question is currently difficult to interpret, as NFT's - based on blockchain technology - can be associated with digital or physical assets, inserted on-chain or present off-chain, which are provided with a license to use the asset itself, for a specific purpose. These new digital tools are capable, among other things, of having the digital representation of goods existing in the real world and belonging, as intellectual works, patents, or trademarks, to companies that deal with their marketing.*

*Therefore, this contribution aims, recalling the appropriate considerations of comparative law, to investigate, through a brief overview of the NFT tool and the discipline dictated by art. 2598 of the Civil Code in the field of unfair competition, on the possibility that the marketing of an NFT, which has encoded on-chain an asset or an image subject to the property right of another, could constitute an infringement of the rights of the latter and an infringement of competition, when creating confusion within consumers.*

**Sommario:** 1. Metaverso e nuove opportunità di marketing - 2. NFT's e concorrenza sleale -3. Aspetti di diritto comparato - 4. Conclusioni.

## 1. Metaverso e nuove opportunità di marketing

L'avvento del cambiamento tecnologico, in particolare l'introduzione del metaverso, pone notevoli questioni sul tema della responsabilità per gli illeciti che vengono posti in essere in ambienti virtuali. Ormai è d'obbligo interrogarsi se, e in che modo, sia opportuno introdurre una disciplina specifica che vada a regolamentare tale fenomeno e i rapporti che in esso si svilupperanno; ovvero immaginare di estendere la normativa in vigore nel mondo reale a quello virtuale, con le relative problematiche circa l'applicazione territoriale di una specifica legislazione. Infatti, se si riflette sulla normativa che ad oggi viene applicata per le attività che si svolgono su internet, si rinviene che alcune di esse hanno una propria disciplina legislativa, mentre in altri casi si assiste all'applicazione - sebbene in modo non sempre così agevole - del diritto sostanziale dell'ordinamento nazionale o sovranazionale di riferimento, volto a regolare il rapporto che avviene tramite il web.

L'utilizzo dei social ha favorito la diffusione di illeciti connessi alla contraffazione e alla concorrenza sleale<sup>1</sup>, talvolta attraverso la mera vendita di beni o servizi contraffatti ovvero attraverso la denigrazione o l'utilizzo sviante del marchio altrui<sup>2</sup>. Connesso al fenomeno del metaverso, quale ambiente nel quale si sviluppano rapporti economici e sociali, occorre rilevare l'uso di strumenti tecnologici quali la *blockchain* e NFT's - non fungible token -, che danno vita ad una realtà parallela fatta di bit, in grado di creare nuovi beni e servizi ovvero di replicare quelli già presenti nel mondo reale, per i quali non è sempre assimilabile *tout court* la disciplina normativa prevista dall'ordinamento nazionale o sovranazionale.

Infatti, come già è accaduto in più occasioni, l'uso di NFT - ossia certificati digitali che identificano in modo univoco, insostituibile e non replicabile la proprietà di un prodotto sia esso nativo digitale ovvero appartenente al mondo fisico - si è posto in conflitto con il diritto di proprietà dei segni distintivi e con la normativa sulla concorrenza sleale. Uno dei tanti problemi che oggi si affronta, a partire

<sup>1</sup> S. PERON, *Concorrenza sleale on-line: rassegna di giurisprudenza*, in *Riv. dir. ind.*, 2002, 1, 73.

<sup>2</sup> E. TOSI, *Contraffazione di marchio e concorrenza sleale in Internet: dal classico domain grabbing all'innovativo key-word marketing confusorio*, in *Riv. dir. ind.*, 2009, 4/5, 387 ss..

dalla sua applicazione nell'ambito dei videogiochi e, con ulteriori e più estese implicazioni con l'espansione del metaverso, è proprio la possibilità di acquistare e vendere NFT's che non siano rappresentativi di opere originali, ma costituiscano la rappresentazione digitale di beni esistenti nel mondo reale ed appartenenti, in quanto opere dell'ingegno, brevetti, o marchi, ad aziende che si occupano della loro commercializzazione.

Tale problematica è emersa relativamente alla recente questione che, all'inizio del 2022, ha destato non poco clamore in quanto connessa alla vendita della "MetaBirkin", ossia un NFT la cui immagine rappresenta l'iconico modello della borsa Birkin di Hermès, decorata in modo più o meno stravagante da parte dell'artista Mason Rothschild, il quale lo ha presentato e venduto all'Art Basel di Miami, per una somma quasi pari alla borsa reale prodotta dalla Maison francese<sup>3</sup>.

Orbene, la questione che si pone è certamente degna di nota e costituisce, senz'altro, spunto per tutta una serie di riflessioni che attengono agli NFT's. In particolare, per quel che qui interessa, si pone il tema relativo alla corretta individuazione della tutela da apprestare quando si tratti di NFT's che riproducono beni non originali, e i relativi profili in materia di concorrenza sleale, partendo dal presupposto che tali prodotti sono stringhe di codici rappresentativi di beni e spesso, proprio di "opere digitali".

A tal proposito è opportuno evidenziare che gli NFT's possono essere definiti come un insieme di dati archiviati su un registro digitale, *blockchain* appunto, i quali sono suscettibili di alienazione e negoziazioni<sup>4</sup>. Inoltre, possono essere associati ad assets digitali o fisici, inseriti *on-chain* ovvero presenti *off-chain*, a cui è connessa una licenza di utilizzazione dell'asset stesso, per uno scopo specifico. Tant'è che dalla costruzione di ciascun NFT possono derivare usi differenti, ad esempio, possono essere utilizzati come veicolo per rappresentare digitalmente asset fisici come proprietà immobiliari<sup>5</sup> e opere d'arte, ovvero beni immateriali come proprietà intellettuale o industriale<sup>6</sup>;

<sup>3</sup> Per ulteriori approfondimenti sul caso: <https://www.reuters.com/legal/litigation/hermes-lawsuit-over-metabirkins-nfts-can-move-ahead-judge-rules-2022-05-05/>. All'interno dell'articolo è possibile leggere il ricorso di Hermès, l'istanza di rigetto di Mr. Rothschild e la decisione del Giudice.

<sup>4</sup> Sull'argomento si rinvia all'articolo di D. MASI, *Non-Fungible Tokens (NFTs): riflessioni sulla natura giuridica e la disciplina applicabile*, in questa Rivista, 2022, 1, 81.

<sup>5</sup> B. VERHEYE, *Real estate publicity in a blockchain world: a critical assessment*, in *European property law journal*, 2017, 6(3), 441-476.

<sup>6</sup> Per ulteriori approfondimenti cfr. L. EGITTO, *Blockchain, proprietà intellettuale e indu-*



consentono di rimuovere gli intermediari nelle transazioni<sup>7</sup> e semplificano le stesse, agevolando così la creazione di nuovi mercati. Gli NFTs, intesi come mera stringa di un codice, non costituiscono una creazione protetta da alcuna legge sul copyright e, allo stesso tempo, non integrano alcun problema di copyright rispetto al lavoro in esso sotteso, ad eccezione dei casi in cui il contenuto dello stesso non rimandi ad un *link* non autorizzato ad una versione digitale dell'opera a cui si riferisce, in quanto non costituiscono una trasformazione, adattamento o trasposizione della stessa opera. Infatti, nei *code-only* NFTs, l'opera originale è utilizzata solo per creare un metadato non fungibile, ossia una stringa di bit (di numeri), per i quali si potrebbe tutt'al più parlare di una forma di pubblicità, ma non di plagio o contraffazione del lavoro originale, in quanto non vi sarebbe rappresentazione di detto lavoro sull'NFT. Tuttavia, la questione è differente quando l'NFT's sia rappresentativo, non di un precedente lavoro *tokenizzato*, bensì di uno interamente caricato sulla *blockchain* sulla quale quell'NFT è costruito. In questi casi se il lavoro è nativo sulla *blockchain*, qualsiasi NFT di questa opera, prodotto senza autorizzazione dal proprietario, avrebbe delle implicazioni rispetto al diritto d'autore, in quanto l'NFT stesso costituirebbe l'opera. Soffermandoci sulle opere native digitali<sup>8</sup> (ad esempio, CryptoKitties, figurine dei calciatori, tweet particolarmente iconici e anche la "MetaBirkin" di cui sopra), queste hanno avuto una notevole espansione proprio perché vengono vendute come uniche grazie alla rappresentazione sotto forma di token non duplicabili e non sostituibili. Ciò in quanto l'NFT, da un lato, consente agli autori di opere dell'ingegno e ai titolari del diritto d'autore uno sfruttamento economico per effetto della circolazione di tali token; dall'altro, la funzione di *timestamp* è in grado di fornire quanto meno certezza sull'esistenza, ad una precisa data, di una determinata opera, e a certe condizioni anche sull'identificazione del suo autore, così da facilitare anche la risoluzione di possibili controversie derivanti da situazioni di incerta attribuzione<sup>9</sup>.

---

*striale: applicazioni concrete e potenziali applicativi*, in R. BATTAGLINI, M.T. GIORDANO (a cura di), *Blockchain e Smart Contract, Funzionamento, profili giuridici e internazionali, applicazioni pratiche*, Milano, 2019, 471.

<sup>7</sup> R. DE CARIA, *La liberalizzazione dei servizi notarili in prospettiva giuseconomica, tra interesse pubblico, concorrenza e vincoli europei*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2021, 11, 1729.

<sup>8</sup> L. J. TRAUTMAN, *Virtual Art and Non-fungible Tokens*, in *Hofstra Law Review*, 2022, 50, 361.

<sup>9</sup> R. DE CARIA, *L'impatto della tokenizzazione sui diritti di proprietà*, in *Medialaws*, 2021, 3, 103.

Se si riflette sulla circostanza per cui il metaverso, soprattutto in ambito pubblicitario, potrà diventare una componente importante della comunicazione d'impresa e della fidelizzazione dei consumatori, riproducendo e integrando le esperienze di shopping del mondo reale e aprendo una nuova frontiera alla concorrenza tra imprese, si può comprendere il fortissimo interesse che spinge le aziende ad investire in questo nuovo settore. In effetti, ad oggi tra le prime imprese a sbarcare nel metaverso, cogliendo le nuove opportunità di marketing sono state proprio quelle appartenenti al settore moda (un esempio in tal senso sono Nike e Gucci, che hanno già inaugurato i propri spazi virtuali sulla piattaforma di videogiochi Roblox). D'altra parte, con l'espansione del metaverso si assisterà senza dubbio all'apertura di nuovi mercati e di nuove interazioni, tanto che le istituzioni sono a lavoro per valutarne e prevederne gli effetti al fine di intervenire opportunamente con l'aggiornamento delle attuali normative antitrust<sup>10</sup>. Invero, il rischio principale è senz'altro il monopolio che verrà detenuto dalle società come Meta che aprirà il fianco a potenziali pratiche di collusione, autopreferenza ed esclusione della concorrenza, motivo per il quale la normativa introdotta con il DMA<sup>11</sup> risulta un importante passo in avanti rispetto al passato, sebbene si ponga comunque in ritardo rispetto ad una tecnologia che progredisce più velocemente di quanto non riesca a fare il legislatore<sup>12</sup>.

Ovviamente, con riferimento al tema del presente contributo, bisogna sottolineare che il metaverso offre l'opportunità alle imprese di valorizzare le esternalità positive che si costituiscono intorno ai segni distintivi e allo sfruttamento della funzione pubblicitaria, di

---

<sup>10</sup> Progetto di Comunicazione della Commissione – Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale, in cui a pag. 501 si legge che «*l'interoperabilità e la compatibilità tecnologica favoriscono la concorrenza in base al merito tra tecnologie di diverse imprese e contribuiscono ad evitare la dipendenza da un fornitore particolare*».

<sup>11</sup> Digital Markets Act (DMA), volta a regolamentare i c.d. *gatekeepers*, ossia quelle piattaforme che rivestono all'interno del mercato digitale un ruolo strategico nei rapporti tra consumatori e fornitori di beni e servizi. La normativa è stata resa pubblica nel dicembre 2020 dalla Commissione Europea, è passata al vaglio del Parlamento Europeo nel dicembre 2021, ed è stata, infine, approvata nella sessione plenaria del Parlamento Europeo il 5 luglio 2022 e in via definitiva dal Consiglio il 18 luglio 2022.

<sup>12</sup> Per un approfondimento sul tema cfr. M. POLO, A. SASSANO, *Dma: Digital Markets Act o Digital Markets Armistice?*, in *Mercato Concorrenza Regole*, Rivista quadrimestrale, 2021, 3, 501-532.

comunicazione e di investimento che viene riconosciuta ai marchi, consentendo di andare verso i c.d. “marchi personificati”<sup>13</sup>, ossia percepiti dai consumatori come amici, più o meno fidati, che li consigliano e li orientano nelle loro scelte commerciali, culturali e sociali. A fronte di ciò, considerato che il presupposto del metaverso è consentire alle persone di avere un proprio alter-ego nel mondo virtuale, in grado in interfacciarsi con altri soggetti e di agire come un’estensione della propria persona, sussiste un fortissimo interesse per le azienda a prendere parte, con operazioni di marketing e di vendita, a questa esperienza, proprio perché, oltre alla parte dell’eventuale sponsorizzazione del marchio su un’ulteriore “piattaforma”, avranno la possibilità di vendere i propri prodotti agli stessi avatar, appunto tramite NFT’s.

## 2. NFT’s e concorrenza sleale

A questo proposito la domanda che ci si pone è se un NFT, prodotto da un soggetto terzo, che contenga *on-chain* l’immagine di un bene sul quale esiste un diritto di privativa possa essere considerato quale opera originale, soprattutto allor quando si tratti di un’“opera d’arte digitale”, e quindi degno di tutela; ovvero costituisca un prodotto contraffatto, lesivo del diritto di proprietà intellettuale del titolare della privativa, e possa configurare una ipotesi di concorrenza sleale ai sensi dell’art. 2598 c.c..

Come spesso accade in ambito giuridico, la risposta a questa domanda è: dipende.

Infatti, al fine di chiarire meglio i margini entro i quali dovrà muoversi tale indagine, è necessario richiamare i fondamenti della nostra legislazione in materia di concorrenza sleale.

Tradizionalmente la repressione della concorrenza sleale è una funzione che si va ad associare a quella delle privative sui segni distintivi, invenzioni e modelli, tant’è che per alcuni autori<sup>14</sup> la disciplina sulla concorrenza sleale offrirebbe una protezione parificata ad

<sup>13</sup> S. SANDRI, *Il marchio personificato*, in *Riv. dir. ind.*, 2006, I, 68 e ss. e spec. a p. 74, ove si legge che il marchio è dal consumatore «percepito non in quanto tale, nella sua funzione primaria legalmente protetta di indicazione di provenienza, ma nella sua colleganza con tutti gli altri segni, indicazioni, messaggi, forme, apparenze che congiurano alla costruzione ed identificazione della personalità dell’oggetto».

<sup>14</sup> P. SPADA, *Diritto Industriale – Parte generale*, P. AUTERI, et al. (a cura di), *Diritto industriale: proprietà intellettuale e concorrenza*, Torino, 2012, 10-11.

una privativa diffusa, che consente a ciascun operatore economico “l'impossibilità” nell'appropriazione o nell'uso di mezzi di produzione di altri concorrenti.

Nel nostro ordinamento la disciplina a carattere unitario è contenuta nell'art. 2598 c.c. che, nel distinguere tre fattispecie in cui si può concretizzare un comportamento di concorrenza sleale, indica quale presupposto indefettibile dell'illecito la sussistenza di una situazione di concorrenzialità tra due o più imprenditori. Tale situazione si concretizza nel contemporaneo esercizio di una medesima attività industriale o commerciale, in cui vengano offerti nello stesso ambito di mercato beni o servizi rivolti alla stessa clientela o a soddisfare lo stesso bisogno, condizione che dovrà essere determinata facendo riferimento ai profili merceologico, territoriale e temporale dell'attività. È quindi necessario che gli imprenditori si rivolgano a quella fascia di mercato i cui prodotti intendono soddisfare nei clienti lo stesso bisogno. Pertanto, la comunanza di clientela non è data dalla identità soggettiva degli acquirenti dei prodotti, bensì dall'insieme dei consumatori che sentendo il medesimo bisogno di mercato, si rivolgono a tutti i prodotti che sono in grado di soddisfare quel bisogno<sup>15</sup>.

La sussistenza del requisito della situazione di concorrenza, inoltre, deve essere verificata anche in una prospettiva potenziale, infatti, è necessario esaminare se l'attività posta in essere, considerata anche nel suo naturale sviluppo, consenta di configurare, quale mercato di riferimento, sul piano temporale e geografico, e quindi su quello merceologico, l'offerta dei medesimi prodotti ovvero di prodotti affini e succedanei, rispetto a quelli offerti dal soggetto che lamenta la concorrenza sleale.

Relativamente alle fattispecie individuate nella norma in parola, occorre brevemente ricordare che quelle di cui ai numeri 1) e 2), fanno riferimento rispettivamente ad una leale differenziazione sul mercato, volta ad evitare la confusione tra i prodotti e i servizi dell'autore dell'illecito con quelli del legittimo titolare dei diritti di privativa, e alla comunicazione aziendale, con riferimento alle ipotesi di appropriazione dei pregi altrui ovvero della denigrazione; mentre, la fattispecie di cui al numero 3) include tutti gli altri mezzi non conformi ai principi della correttezza professionale. All'epoca dell'introduzione del Codice Civile, la norma faceva riferimento ai principi

<sup>15</sup> M.P. GRAUSO, *La concorrenza sleale: profili di tutela giurisdizionale e presso le Autorità*, Milano, 2007, 22.

legati all'ordinamento corporativo, tuttavia, una volta venuto meno quest'ultimo, si è imposta la necessità di una nuova specificazione dei parametri a cui fare riferimento nell'individuazione dei comportamenti in violazione della correttezza professionale, sicché taluni autori sono giunti a ritenere che « [la correttezza professionale] *costituisce un criterio "auto integrativo" dell'ordinamento, e cioè un criterio in forza del quale i giudici sono tenuti non già a recepire valutazioni corporative e sociali in ordine alla liceità di determinati comportamenti concorrenziali, bensì a ricavare la qualificazione della liceità/ illiceità del comportamento in questione dalla considerazione dei valori-guida posti nella Costituzione repubblicana, e non certamente agli interessi di categoria*»<sup>16</sup>. Da ciò è quindi conseguito, nel tempo, che la giurisprudenza abbia elaborato una casistica di comportamenti che rientrano nel divieto del numero 3), tra i quali, a titolo esemplificativo, vi sono: l'interferenza con gli altrui sistemi di distribuzione; le vendite sottocosto; lo storno dei dipendenti; lo sviamento della clientela; la sottrazione e violazione di segreti aziendali; il boicottaggio o rifiuto di contrarre.

Riportando l'attenzione sulla questione che qui interessa, occorre verificare se la vendita di un NFT - che nella nostra indagine si suppone rappresentativo di un bene sul quale altri vantino legittimamente dei diritti di privativa - possa concretizzare una condotta lesiva della concorrenza, oltre che delle norme a tutela delle opere intellettuali o industriali.

Per quanto concerne l'ambito della concorrenza sleale, i piani sui quali ci si dovrà muovere sono due: in primo luogo, secondo quanto previsto dalla norma, occorre che sussista una situazione di concorrenzialità tra due o più imprenditori, derivante dal contemporaneo esercizio di una medesima attività industriale o commerciale; in secondo luogo, che si tratti di un ambito territoriale anche solo potenzialmente comune.

Orbene, parlando di NFT il primo problema che si pone è se un soggetto che crea e commercializza dei token, possa essere definito quale imprenditore ai fini dell'applicazione della norma *de qua*.

La risposta al quesito dovrà essere senz'altro sì, allorché il soggetto che crea e commercializza gli NFT's abbia quei requisiti di cui all'art. 2082 c.c., ossia eserciti professionalmente una attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi. Come noto, la connotazione "professionale" è stata

<sup>16</sup> S. GRISANTI, *Concorrenza parassitaria: orientamenti dottrinali e giurisprudenziali*, nota a sentenza, in *Riv. dir. ind.*, 2019, 4, 325.

oggetto di diverse interpretazioni in dottrina e giurisprudenza, che non si esaurisce nel porre in essere un'attività economica continua e non occasionale. A tal proposito, occorre ricordare che il termine stesso, per una parte della dottrina, deve essere associato ad una ulteriore connotazione ricavabile dalla teoria economica, secondo la quale la nozione di imprenditore è collegata al concetto di profitto in senso economico<sup>17</sup>; mentre, secondo un consolidato orientamento della giurisprudenza e altra parte della dottrina<sup>18</sup>, partendo dal presupposto che il concetto di lucro non deve mancare nella nozione di imprenditore, sostiene che lo stesso deve essere valutato in senso oggettivo e non soggettivo. Secondo questo orientamento, infatti, l'attività è oggettivamente lucrativa, tenuto conto delle modalità stesse dell'azione imprenditoriale, e a prescindere dallo scopo effettivo perseguito da chi la esercita, quando si caratterizza per l'attitudine a conseguire la remunerazione dei fattori produttivi, «rimanendo giuridicamente irrilevante lo scopo di lucro, che riguarda il movente soggettivo che induce l'imprenditore ad esercitare la sua attività»<sup>19</sup>.

Inoltre, ai fini della corretta qualificazione, si deve considerare, altresì, che la nozione di impresa si è allargata sotto la spinta del diritto antitrust europeo che definisce l'impresa in un significato più ampio, non coincidente con la nozione tratteggiata dall'art. 2082 c.c., ma la estende, ponendola in contatto diretto con quella di mercato, intendendo quest'ultimo non solo nel senso di luogo in cui avvengono gli scambi di merci e servizi di tipo industriale e commerciale, ma in senso più ampio, ossia quello in cui si scambiano beni e servizi professionali, artistici e di altro genere<sup>20</sup>.

A fronte di tali considerazioni, qualora ci si trovi nell'ipotesi in cui due soggetti possano essere inquadrati come imprenditori digitali - perché svolgono attività di produzione e commercializzazione di NFT's integrando i requisiti previsti dall'art. 2082 c.c. - e siano stati verificati gli ulteriori presupposti relativi all'esistenza di una situazione di concorrenza tra gli stessi, potrà farsi applicazione dell'art. 2598 c.c. e, conseguentemente, ricorrere ai rimedi dell'inibitoria e della rimozione degli effetti (art. 2599 c.c.) ovvero della pubblicazione della sentenza (art. 2600 c.c.), nonché del più agevole regime

<sup>17</sup> F. FERRARA, F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Torino, 2009, 35-38.

<sup>18</sup> V. BUONOCORE, (ed.) *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2016, 14-16.

<sup>19</sup> Cass. civ., Sez. III, 19 giugno 2008, n.16612, in *Giust. civ. Mass.* 2008, 6, 977.

<sup>20</sup> M.S. SPOLIDORO, *Concorrenza sleale, appropriazione del lavoro altrui e parassitismo*, in *Riv. dir. ind.*, 2018, 1, 5.

probatorio, con l'inversione dell'onere della prova dell'elemento soggettivo ai fini della tutela risarcitoria (ancora art. 2600 c.c.).

Tuttavia, cosa accadrebbe se l'autore dell'NFT fosse, come nel caso della MetaBirkin, un'artista e che avesse costruito l'NFT con lo scopo di creare un'opera d'arte digitale? Potrà essere considerato un concorrente ai sensi dell'art. 2598 c.c.?

In tal caso, i profili sono più complessi in quanto l'estensione analogica della norma *de qua* è stata, ed è tutt'ora, questione ancora controversa, che si è posta nello specifico per l'applicazione analogica della norma ai liberi professionisti. Tuttavia, se si parte dal presupposto per cui, allorquando si parli di mercato, debba intendersi genericamente un mercato in cui si svolgono diverse attività, allora, nell'ambito della disciplina dell'art. 2598 c.c. rientrerebbe, come notato da alcuni autori<sup>21</sup>, non solo la concorrenza sleale tra imprenditori, ma anche quella tra liberi professionisti o artisti, e tra gli uni e gli altri, essendo sufficiente che si tratti di attività dirette a competere su un mercato.

Invero, occorre precisare che l'art. 2598 c.c. fa uso del pronome "chiunque", sicché una parte della dottrina<sup>22</sup> ha inteso che responsabile dell'illecito possa essere anche chi esercita un'attività economica meritevole di essere considerata e regolata sotto il profilo della correttezza professionale. Tant'è che, per le professioni non protette e le attività artistiche potrebbero essere minori gli ostacoli a un'applicazione analogica delle norme sulla concorrenza sleale rispetto a quelli che devono essere presi in considerazione per le professioni protette, in quanto, *«nell'applicazione della norma la sussistenza del rapporto di concorrenza non deve essere stabilita a priori, cioè ancor prima di considerare il comportamento di cui si deve valutare la conformità o difformità rispetto alla correttezza professionale o agli usi onesti del commercio, ma deve essere verificata ex post factum per stabilire se gli effetti del comportamento siano idonei a influire sulla posizione, su un particolare mercato, dei contendenti»*<sup>23</sup>. Tuttavia, dottrina maggioritaria e giurisprudenza prevalente, sostengono tutt'ora che entrambi i soggetti devono sempre essere sia imprenditori che concorrenti.

<sup>21</sup> M.S. SPOLIDORO, *Concorrenza sleale fra liberi professionisti*, in *Il Corriere Giuridico*, 2018, 2, 145.

<sup>22</sup> Per un approfondimento in merito si veda: F. CARNELUTTI, *Concorrenza illecita professionale*, in *Riv. dir. civ.*, 1916, I, 166-169.

<sup>23</sup> M.S. SPOLIDORO, *Concorrenza sleale, appropriazione del lavoro altrui e parassitismo*, *op. cit.*, 16.

Il secondo profilo oggetto di valutazione nel caso che si è prospettato è quello della concorrenza territoriale. A questo proposito occorre ovviamente tenere presente che gli NFT's, muovendosi in uno spazio digitale, sono per propria natura connotati da "aterritorialità". Per tale ragione, ai fini della verifica dell'esistenza del presupposto della concorrenza sotto questo profilo è opportuno chiarire se internet costituisce un "unico territorio" ai fini dell'applicazione della norma ovvero debba essere inteso quale luogo al cui interno sussistono singoli "territori", costituiti dalle piattaforme social o di metaverso, dai gruppi chiusi e dai singoli videogame.

Conseguentemente, bisognerebbe domandarsi se nell'ipotesi in cui un NFT (che rappresenti graficamente una immagine i cui legittimi titolari sono soggetti diversi dal produttore del token) venga commercializzato in uno di questi "territori separati", possa determinare una situazione di concorrenza su base territoriale tra colui che lo commercializza e il legittimo titolare che, in considerazione dell'attività svolta, non è ancora presente in detti luoghi con i propri prodotti.

A tal proposito, la risposta a questa domanda dovrebbe essere ricercata, piuttosto che nella natura territoriale o meno di internet, con riferimento alla concorrenza potenziale. Infatti, occorre ribadire che l'ipotesi di concorrenza potenziale a cui la norma fa riferimento, da verificare sotto il profilo territoriale, temporale e merceologico, deve essere intesa quale possibilità - concreta - per l'impresa di rivolgersi e raggiungere una nuova clientela. In particolare, sotto il profilo territoriale, per verificare l'esistenza di una potenziale concorrenza, dovrà aversi riguardo al "mercato di sbocco", vale a dire le aree in cui l'impresa ha un'effettiva possibilità di espandersi<sup>24</sup>. Mentre, per quanto riguarda il profilo merceologico, la Suprema Corte ha sempre ritenuto che si debba guardare alla "potenzialità merceologica" sotto il profilo della continuità, intendo che l'oggetto dell'impresa di una delle parti rappresenti una possibile futura evoluzione dell'attività dell'altra<sup>25</sup>. Alcuni autori<sup>26</sup> sostengono che, considerato il carattere immateriale e transfrontaliero di internet, potendo considerare

<sup>24</sup> G. GHIDINI, *Della concorrenza sleale – artt. 2598-2601*, in P. SCHLESINGER (diretto da), *Commentario al Codice Civile*, Milano, 1991, 62

<sup>25</sup> M.P. GRAUSO, *op.cit.*, 2007, 27, su Cass., 14 febbraio 2000, n.1617, *Foro padano*, 2002, I, 32.

<sup>26</sup> G.M. RICCIO, *Concorrenza sleale e tutela dei consumatori nelle reti telematiche*, in *Dir. informatica*, 2006, 3, 307.



come potenziali consumatori tutti i soggetti che si collegano alla rete, non sussistono limiti territoriali dal momento che i soggetti che offrono beni e servizi in internet lo fanno a livello planetario, anche tra imprese che operano in settori merceologicamente differenti.

Sulla base di tali considerazioni si potrebbe immaginare che, in una prospettiva di concorrenza potenziale, sebbene il soggetto che lamenta la lesione non sia ancora presente nel mercato virtuale in cui, invece, è presente il produttore dell'NFT in questione, abbia un concreto interesse ad entrarvi con i propri prodotti. Sicché, nell'eventualità di commercializzazione di un NFT che abbia codificato *on-chain* un bene ovvero un'immagine oggetto di diritto di privativa di un altro, possa configurare una lesione dell'altrui diritto e una violazione della concorrenza, allorquando ingeneri confusione nella clientela.

### 3. Aspetti di diritto comparato

È, altresì, doveroso completare il discorso attraverso delle considerazioni sul diritto comparato, poiché il presente contributo prende le mosse proprio da un caso sorto negli Stati Uniti. Opportunamente si farà un breve accenno sulla disciplina della concorrenza sleale in Francia, in cui per alcuni aspetti si potrebbe dire più simile alla nostra, per poi passare al confronto a quanto accade nel *common law*. In territorio francese, il concetto di concorrenza sleale è da tempo riconosciuto, sebbene non esista una specifica legge sulla concorrenza sleale. L'attuale base giuridica contro la concorrenza sleale in Francia è connessa alla più generale disciplina dell'illecito extracontrattuale, con riferimento all'articolo 1382 (oggi artt. 1240 e 1241) del codice civile francese, secondo cui «*qualsiasi atto dell'uomo, che cagiona un danno ad un altro, obbliga colui per colpa del quale è avvenuto, a risarcirlo*». Come rilevato dalla Cour de Cassation «*l'action en dommages-intérêts pour concurrence déloyale ou illicite ne peut être fondée que sur les dispositions des articles 1382 et 1383 du Code civil qui impliquent notamment l'existence d'une faute commise par le défendeur et d'un préjudice souffert par le demandeurs*<sup>27</sup>. Le azioni per concorrenza sleale si basano principalmente sul diritto civile generale, tant'è che la fattispecie è sviluppata dalla giurisprudenza sulla base del diritto comune della responsabilità civile poiché volto a reprimere l'abuso nella libertà di impresa.

<sup>27</sup> Cour de Cassation, Chambre commerciale, 23 mars 1965, Bull. civ. III, n. 228.

In effetti, come spiegato da autorevoli autori<sup>28</sup>, sebbene la Corte di Cassazione parli di concorrenza sleale e illecita, l'espressione "concorrenza sleale" gode di più favori, in quanto designa, *brevitatis causa*, talvolta gli atti compiuti in cattiva fede, tal'altra, altri atti colpevoli.

La concorrenza sleale si applica tra operatori economici a differenza delle pratiche commerciali sleali contemplate dal diritto dei consumatori che proteggono il pubblico in generale, i concorrenti e gli altri partecipanti al mercato da pratiche commerciali ingannevoli (ad esempio pubblicità ingannevole, pubblicità comparativa, ecc.).

Come nella responsabilità aquiliana di nostra competenza, perché si possa agire contro l'illecito di concorrenza sleale in territorio francese dovranno essere soddisfatte tre condizioni: la colpa, che copre qualsiasi atto contrario agli usi commerciali e all'onestà professionale, indipendentemente dall'intenzione di nuocere; il danno, che riguarda qualsiasi danno subito, generando un problema commerciale; il nesso di causalità tra la colpa e il danno. A tal proposito occorre sottolineare che la fattispecie di concorrenza sleale, essendo punibile attraverso l'applicazione della norma che regola la responsabilità extracontrattuale, legittima ad agire chiunque quando sia stato leso da un comportamento colposo volto ad ottenere un vantaggio economico, a differenza di quanto avviene nel nostro ordinamento.

Anche in Francia, come nel nostro ordinamento, è altresì presente una legislazione sulla proprietà intellettuale, che si muove, rispetto all'articolo 1382 del Code Civil, su un piano diverso, quello della concessione e della tutela dei diritti esclusivi di proprietà intellettuale. Tuttavia, esistono sovrapposizioni tra i due ordinamenti giuridici, in particolare relativamente all'imitazione di prodotti, pubblicità, nomi commerciali, tant'è che la giurisprudenza ha elaborato alcune condotte tipiche, che si collegano a tali situazioni, in cui si può concretizzare un illecito di concorrenza sleale, tra le quali vi sono la denigrazione, parassitismo, disorganizzazione, imitazione o confusione.

Emerge da questa indagine che nell'ordinamento francese, quale esempio di ordinamento più prossimo al nostro, la disciplina della concorrenza sleale si applica in modo non troppo difforme da quanto avviene in Italia, per quel che concerne gli aspetti relativi alla fattispecie della responsabilità extracontrattuale. Invero, la particolarità della disciplina in ambito francese deve rinvenirsi proprio nel

<sup>28</sup> A. PIROVANO, *La concurrence déloyale en droit français*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1974, 26.3, 467-504.

fatto che, fondandosi sull'universalità e flessibilità della responsabilità civile<sup>29</sup>, attraverso l'intervento della giurisprudenza e della dottrina, consente un agevole adattamento della responsabilità anche a nuove manifestazioni di comportamenti concorrenziali potenzialmente illeciti, tant'è che per alcuni autori tali caratteristiche consentono alla teoria della concorrenza sleale «*de s'adapter aux évolutions des données et d'intervenir dans tous les domaines de l'activité sociale, en complément ou en suppléance de la loi*<sup>30</sup>».

Sebbene, anche nel nostro ordinamento si è assistito all'applicazione dell'illecito di concorrenza sleale attraverso l'intervento giurisprudenziale, soprattutto relativamente alle fattispecie di cui al numero 3) dell'art. 2598 c.c.; tuttavia, tali somiglianze si interrompono laddove l'evoluzione giurisprudenziale in territorio francese ha consentito, a differenza di quanto accaduto nel nostro Paese, di aprire l'applicazione dell'illecito di concorrenza sleale anche ad altre categorie di soggetti tra cui associazioni di commercio, organizzazioni professionali, gruppi di interesse economico responsabili della promozione commerciale dei loro membri, associazioni disciplinate dalla Legge del 1901.

Passando, ora ad una breve analisi in ambito di *common law*, deve rilevarsi che in assenza di un'azione generale contro la concorrenza sleale, si sono comunque individuate delle specifiche figure di illecito (*tort*) aventi a oggetto determinate fattispecie, come l'imitazione servile confusoria (c.d. *passing-off*).

In particolare, nell'ambito della legislazione degli Stati Uniti, deve tenersi presente che ci si muove sul piano federale<sup>31</sup> e su quello statale. A tal proposito, «*in the United States is a patchwork of laws that are enforced through a variety of administrative and judicial actions*»<sup>32</sup>, in quanto quasi tutti, se non tutti, i singoli Stati hanno statuti per la tutela della concorrenza sleale. Il diritto della concorrenza sleale è disciplinato principalmente dal diritto comune statale, mentre la legge federale può essere applicata nei settori dei marchi, dei diritti d'autore e della

<sup>29</sup> Per un ulteriore approfondimento cfr. Y. PICOD, *Concurrence déloyale et responsabilité civile*, in *AJ Contrats d'affaires: concurrence, distribution*, 2014, 4, 152.

<sup>30</sup> PH. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats. Régime d'indemnisation*, in *Daloz action* 2014-2015, n. 7012.

<sup>31</sup> G.B. DINWOODIE; M.D. JANIS, *Trademarks and unfair competition: Law and policy*, New York, 2018.

<sup>32</sup> D.S. CORGILL, § 26 *United States of America (Unfair Competition Survey)*, in F. HENNING-BODEWIG (a cura di), *International Handbook on Unfair Competition*, London, 2013, 631.

pubblicità ingannevole.

Nel sistema federale, le maggiori tutele contro la concorrenza sleale sono offerte dal Lanham Trademark Act del 1946, riprodotta nel titolo 15 del U.S. Code agli artt. 1051 e ss, che è il principale schema legale federale per quanto riguarda la protezione e l'applicazione dei marchi negli Stati Uniti. Siccome i reclami per violazione del marchio e furto di segreti commerciali o diritto di pubblicità fanno parte della legge sulla concorrenza sleale, in virtù della prelazione federale e delle politiche alla base della legge sui brevetti e sul copyright, le rivendicazioni generali di concorrenza sleale all'interno di tali aree tematiche non sono generalmente riconoscibili. Infatti, nell'interpretare il Lanham Act, la Corte Suprema è stata esplicitamente «attenta a mettere in guardia contro l'uso improprio o l'eccessiva estensione del marchio e delle relative protezioni in aree tradizionalmente occupate da brevetti o diritti d'autore»<sup>33</sup>.

Il diritto statale sulla concorrenza sleale è in genere una combinazione di statuti e *common law*, come sviluppato dai tribunali statali attraverso la giurisprudenza. Tutti gli stati hanno leggi che vietano l'abuso dei diritti sui marchi altrui e statuti statali sulla concorrenza sleale che contengono un divieto di *passing-off* per i beni o i servizi di un altro o di causare rischio di confusione o di malinteso sulla fonte, nonché altri divieti simili, che possono essere utilizzati per far valere i diritti sui marchi; sebbene, i brevetti e i diritti d'autore rimangono di competenza esclusiva della legge federale. Ogni stato degli Stati Uniti ha una legge sulla protezione dei consumatori che proibisce atti e pratiche ingannevoli e la maggior parte degli stati ha leggi che proibiscono pratiche commerciali sleali o irragionevoli. Genericamente, queste leggi sono note come statuti "Atti e pratiche sleali e ingannevoli" che, tuttavia, non sono affatto coerenti tra loro, sebbene presentino aspetti simili, sicché alcuni stati offrono una protezione della concorrenza più forte rispetto ad altri<sup>34</sup>.

Dato questo panorama, appare piuttosto complesso individuare delle basi condivise che consentano di delineare una disciplina comune per la regolamentazione dell'*unfair competition*, soprattutto alla

<sup>33</sup> Liberamente tradotto dalla sentenza *Dastar Corp. contro Twentieth Century Fox Film Corp.*, 123 S.Ct. 2041, 2045 (2003).

<sup>34</sup> Ad esempio, il Michigan e il Rhode Island hanno sviluppato una giurisprudenza che esclude dall'applicazione degli *statutes* alle transazioni effettuate in settori soggetti a regolamentazione o concessione di licenze di fatto, rendendo così estremamente difficile per le parti private presentare un reclamo per concorrenza sleale.

luce della prevalenza delle regole di *common law* per la determinazione dell'illiceità delle condotte, pertanto, per ovvie ragioni di tempo, in questa sede ci si soffermerà su quanto emerso nel caso di specie legato all'NFT "MetaBirkin".

In particolare, la società Hermès ha citato davanti al tribunale del distretto di New York il sig. Rothschild, in quanto la propria attività commerciale, in qualità di titolare del marchio Birkin e di distributore autorizzato negli Stati Uniti, avviene attraverso la propria controllata con sede a New York. Oggetto del ricorso è la violazione del Trademark Act del 1946, ossia degli artt. 1051 e ss del U.S. Code, nonché del common law dello Stato di New York. In particolare, la parte ricorrente ha sostenuto:

- la violazione degli articoli che si riferiscono all'uso illegittimo del marchio al fine di sfruttare la rinomanza e la buona fede dello stesso (trademark infringement 15 u.s.c. §1114);
- la falsa denominazione dell'origine del prodotto, falsa descrizione e rappresentazione;
- indebolimento (diluizione) del marchio sotto la legge federale (art. 15 u.s.c. § 1125(c));
- attività di cybersquatting;
- lesione e indebolimento (diluizione) della reputazione dell'impresa sotto la legge statale di New York (general business law § 360-1);
- indebita appropriazione dei diritti di proprietà e concorrenza sleale.

Controparte, appellandosi al primo emendamento, ha presentato una mozione di archiviazione sostenendo che gli NFT MetaBirkins rientrano nella tutela della libertà di espressione garantita dal primo emendamento e che sono protetti dal precedente caso "Rogers v. Grimaldi" del 1989 che ha stabilito il principio della "liceità dell'esercizio dell'espressione artistica", secondo cui gli utilizzatori di un marchio sono protetti dalle denunce di contraffazione se il loro uso è: a) un'espressione artistica; b) non trae esplicitamente in inganno i consumatori. Pertanto, la difesa sig. Rothschild ha precisato che ciò che l'artista ha fatto con gli NFT MetaBirkins differisce dalla realizzazione di normali prodotti di consumo, in quanto gli NFT devono essere considerati come "opera espressiva". Hermès, d'altra parte, nella discussione orale sull'archiviazione, ha precisato che il sig. Rothschild, utilizzando il nome MetaBirkins, ha posto in essere

un rischio di confusione per i consumatori tra gli NFT MetaBirkins e il marchio Hermès.

Sulla mozione di archiviazione si è, infine, pronunciato il giudice Rakoff cristallizzando alcuni punti. In primo luogo, il tribunale ha stabilito, da un lato, che le MetaBirkin sono opere d'arte digitale dotate di carattere espressivo, alle quali sono applicabili sia la tutela del primo emendamento, che la giurisprudenza invocata dall'artista; tuttavia, ha anche respinto la richiesta di Rothschild di dichiarare inammissibile il ricorso della Hermès, in quanto quest'ultima aveva presentato prove sufficienti a dimostrare che l'uso del nome Meta-Birkin non ha alcuna rilevanza artistica e che, anche se ne avesse, è comunque ingannevole rispetto all'origine o al contenuto delle opere. Infatti, nel ricorso presentato da Hermès vengono riportate alcune dichiarazioni provenienti dalla controparte che esplicitano l'obiettivo di richiamare maggior attenzione sui propri prodotti proprio associandoli al marchio noto della famosa borsa, tra l'altro, senza mai chiarire che nessun tipo di rapporto esisteva tra suddetto marchio e gli NFT, inducendo dunque la clientela a credere che questi ultimi potessero provenire direttamente dalla Maison francese. La decisione sull'archiviazione non ha posto fine al contenzioso legale, il quale procederà per esprimersi in merito alle violazioni rilevate dalla ricorrente.

#### 4. Conclusioni

Dalle riflessioni sopra esposte, appare chiaro che gli NFT stanno creando situazioni del tutto nuove in cui le norme sulla proprietà intellettuale potrebbero trovare difficoltà di applicazione, in special modo laddove registrazioni, tutele, accordi e contratti sono stati predisposti prima che emergessero le potenzialità di mercato degli NFT.

Si rende, pertanto, necessario un cambio di paradigma nell'ambito del diritto di internet, o meglio, del diritto virtuale. A tal proposito è utile ricordare che, secondo la visione di Kuhn<sup>35</sup>, il termine "paradigma" si riferisce a una struttura composita, un insieme universalmente riconosciuto di principi, concezioni culturali e scientifiche, procedure metodologiche e modi di comunicare le teorie, che ispirano il lavoro della comunità scientifica in un determinato momento. Secondo la visione di Kuhn, un cambio di paradigma avviene quando si verificano anomalie che le teorie esistenti non sono in grado

<sup>35</sup> T. S. KUHN, *The Structure of Scientific Revolutions*, University of Chicago Press, 1962.

di spiegare. Le anomalie rappresentano fenomeni non ordinari, che spingono i ricercatori ad abbandonare il sistema di credenze delle teorie tradizionali a favore di nuove teorie<sup>36</sup>.

Appare sempre più evidente che i numerosi interventi legislativi di volta in volta predisposti e quelli normativi attualmente in vigore, volti a regolamentare specifici diritti coinvolti dal mutamento tecnologico<sup>37</sup>, si sono dimostrati, purtroppo, meno efficienti di quanto avrebbero potuto essere. La mancanza di efficienza del sistema normativo, da una parte, è senz'altro dovuta ad un cambiamento tecnologico troppo veloce rispetto a quanto non riesca ad essere l'intervento del legislatore; dall'altra, alla propensione a scegliere una normativa spesso troppo restrittiva e rigida, il cui obiettivo principale resta la limitazione dei danni derivanti dalle esperienze attuali, senza riuscire a cogliere le prospettive delle applicazioni future della tecnologia.

A questo proposito occorre, a modesto parere di chi scrive, forse rivedere il paradigma attuale e immaginare un cambiamento. Infatti, non apparendo più praticabile l'applicazione *tout court* delle normative esistenti, potrebbe essere opportuno lasciare alla giurisprudenza il compito di tracciare una nuova strada nella configurazione dei nuovi, o per meglio dire, trasformati diritti legati all'evoluzione tecnologica, e nella tutela di questi ultimi, che con l'aiuto della dottrina, possa condurre verso l'adattamento della norma conosciuta alle evolute esigenze sociali<sup>38</sup>. Ovviamente tale cambiamento di paradigma dovrà essere legittimato dall'intervento legislativo, che opportunamente dovrà (*rectius*: dovrebbe) anche elaborare una struttura normativa in grado di regolamentare, nella sua totalità e *super partes*, il mondo virtuale.

<sup>36</sup> E. G. GUBA; Y. S. LINCOLN, *Competing paradigms in qualitative research*, in N. K. DENZIN & Y. S. LINCOLN (Eds.), *Handbook of qualitative research*, in Sage Publications, 1994, 105-117.

<sup>37</sup> Si veda in proposito la già accennata direttiva sui *gatekeepers*, ovvero le considerazioni critiche sul GDPR di T.E. FROSINI, *La privacy nell'era dell'intelligenza artificiale*, in *DPCE Online*, [S.l.], v. 51, n. 1, apr. 2022. ISSN 2037-6677. Available at: <http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/1572>, consultato il 22 nov. 2022.

<sup>38</sup> A tale proposito si segnala la prima sentenza italiana in merito alla questione NFT e concorrenza sleale, Tribunale Roma, Sez. XVII, 20 luglio 2022, , resa a firma del Giudice Alfredo Landi con cui è stato accolto il ricorso, avanzato dalla Soc. Juventus Football Club s.p.a., per l'inibitoria della produzione e commercializzazione di NFT's rappresentativi dell'immagine di un ex calciatore con la divisa della suddetta squadra, da parte di una diversa società senza la necessaria autorizzazione all'uso dei marchi denominativi e figurativi di proprietà della società Juventus.





# La discrezionalità amministrativa nella valutazione dei gravi illeciti professionali per la partecipazione alle gare pubbliche. Il ruolo delle precomprensioni della pubblica amministrazione nella valutazione di affidabilità del pregresso o futuro contraente (commento alla sentenza n. 7823 del 2022 del Consiglio di Stato)

ALDO CIMMINO  
(Avvocato)

## Abstract

Il presente lavoro tratta dell'ampia discrezionalità riconosciuta alle stazioni appaltanti nella valutazione della gravità degli illeciti professionali eventualmente a carico degli operatori economici, anche in presenza di misure di *self cleaning*, adottate prima del termine per la presentazione delle offerte e tenuta conto della non definitività delle pregresse vicende processuali riguardanti un operatore economico. Dopo una sintetica ricostruzione dei motivi di esclusione dalle procedure ad evidenza pubblica previsti dall'ordinamento italiano, il presente lavoro si sofferma sul rapporto tra l'ampiezza della suddetta discrezionalità amministrativa e le "precomprensioni" della pubblica amministrazione, così come ricostruito dalla recente sentenza n. 7823 dell'8 settembre 2022 della Quinta Sezione del Consiglio di Stato e alla luce dei successivi pronunciamenti del Collegio.

Infine, dall'esame della normativa vigente e degli orientamenti della giurisprudenza, si offre una visione *de jure condendo*, anche alla luce dello schema definitivo di Codice dei Contratti pubblici predisposta dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato, per la migliore impostazione del modello economico-fiduciario tra stazioni appaltanti e operatori economici.

*The paper deals with the theme related to the wide discretion granted to the contracting authorities in assessing the seriousness of any professional offenses against economic operators, even in the presence of self-cleaning measures, adopted before the deadline for the submission of offers.*

*After a short reconstruction of the wide Italian system of the grounds for exclusion, the work deals the relationship between the extent of the aforementioned administrative discretion and the “preconceptions” of the public administration, as reconstructed by the recent sentence n. 7823 of 8 September 2022 of the Fifth Section of the Council of State and in the light of the subsequent pronouncements of the College.*

*In the end, from the examination of the legislation in force, solutions de iure condendo are given for a better implementation of the economic model- trustee between contracting authorities and economic operators.*

**Sommario:** 1. Premessa - 2. Brevi cenni sul sistema italiano dei motivi di esclusione - 3. La rilevanza delle valutazioni sottese alla individuazione dei motivi di esclusione per l'assenza dei requisiti di moralità e legalità dell'operatore economico: tra discrezionalità amministrativa e precomprensioni della pubblica amministrazione secondo l'interpretazione del Consiglio di Stato - 4. Le recenti evoluzioni giurisprudenziali in materia di gravi illeciti professionali - 5. Conclusioni.

## 1. Premessa

Legalità e moralità<sup>1</sup>, così come integrità e affidabilità degli operatori economici che partecipano alle gare pubbliche, lungi dall'essere espressioni metagiuridiche, rappresentano il portato di tipici concetti giuridici indeterminati<sup>2</sup>, per cui la norma non descrive la fattispecie astratta in maniera tassativa ed esaustiva, ma rinvia, per la sussunzione del fatto concreto nell'ipotesi normativa, all'integrazione dell'interprete, mediante l'utilizzo di concetti che vanno contemplati e specificati con elementi o criteri *extragiuridici*<sup>3</sup>.

Tale premessa, sottesa a molteplici pronunce del Consiglio di Stato rese nella materia dei gravi illeciti professionali, è utile sia a sgombrare il campo da critiche legate alla carenza di tassatività e certezza delle cause di esclusione facoltative previste dall'art. 80 del Codice dei contratti pubblici, sia ad introdurre il tema dell'ampiezza della discrezionalità amministrativa nella valutazione della gravità delle pregresse condotte dell'operatore economico.

Tuttavia, sebbene l'impianto normativo che regola i motivi di esclusione facoltativa dalle procedure ad evidenza pubblica non sia stato ritenuto carente sotto il profilo della tassatività e della certezza del portato normativo, né irragionevole, discriminatorio o contrario alla libertà di iniziativa economica – in quanto recettizio della normativa sovranazionale garante dell'esercizio della discrezionalità amministrativa –<sup>4</sup> non è apparso, in ogni caso, ultroneo interrogarsi sull'ef-

---

<sup>1</sup> Legalità e affidabilità, peraltro, sono termini utilizzati dallo stesso legislatore nelle definizioni del rating di legalità di cui all'art. 5-ter d.l. n. 1/2012 e di rating di impresa di cui all'art. 83, comma 10, d.lgs. n. 50/2016.

<sup>2</sup> Al riguardo, cfr. Cons. Stato, Sez. V, 3 agosto 2022, n. 6822.

<sup>3</sup> Sul dibattito animato in Italia intorno ai concetti giuridici indeterminati ed il rapporto con il rispettivo sindacato giurisdizionale, si veda, tra gli altri, E. FERRERO, *Concetti giuridici indeterminati e poteri discrezionali delle amministrazioni*, in *Diritto e processo amministrativo*, n. 3/2014, 759 - 790.

<sup>4</sup> In tal senso, cfr. Cons. Stato, Sez. V, 23 novembre 2021, n. 5467 che ha respinto la questione di legittimità costituzionale sollevata nei confronti della norma di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice dei contratti pubblici, ravvisando, *in primis*,

fettiva ampiezza di tale discrezionalità e sulla indeterminatezza della norma stessa<sup>5</sup>.

In tale scenario, il Consiglio di Stato ha ribadito, molto di recente, che “*Spetta alla stazione appaltante, nell’esercizio di tale ampia discrezionalità, apprezzare autonomamente le pregresse vicende professionali dell’operatore economico, persino se non abbiano dato luogo ad un provvedimento di condanna in sede penale, perché essa sola può fissare il punto di rottura dell’affidamento nel pregresso o futuro contraente*”<sup>6</sup>.

Il principio di diritto espresso dalla pronuncia in commento, seppur conforme e reiterativo di un consolidato orientamento giurisprudenziale<sup>7</sup>, è attuale e rilevante sia sotto il profilo contenutistico, quanto alla nozione di “*punto di rottura dell’affidamento nel pregresso o futuro contraente*”, sia perché si inserisce in un contesto storico-normativo che vede, da un lato, l’imminente riforma del Codice dei contratti pubblici, dall’altro, una giurisprudenza successiva piuttosto ondivaga sul punto, giacché nel ribadire che la valutazione sui gravi illeciti professionali è discrezionale, sembra, poi, cedere alla tentazione di delimitare tale discrezionalità, con tensioni interpretative che potrebbero – nella sostanza – superare il limite del vaglio della mera ragionevolezza dell’istruttoria sub-procedimentale di verifica della sussistenza di gravi illeciti professionali e l’attendibilità del risultato ottenuto<sup>8</sup>.

---

come la disposizione dettata dal legislatore italiano è coerente con le disposizioni unionali e, in particolare, con l’art. 57 della Direttiva 2014/24/UE di cui ne recepisce il contenuto, in attuazione dell’art. 117, comma 1 della Costituzione; in secondo luogo, l’esclusione per grave illecito professionale, sebbene costituisce atto vincolato, presuppone l’accertamento, da parte dell’amministrazione aggiudicatrice, dei relativi presupposti e, dunque, è richiesta dalla norma una adeguata valutazione e una congrua motivazione da parte della stazione appaltante in relazione a quei “gravi illeciti professionali” che sono, appunto, il portato di un tipico concetto giuridico indeterminato che deve essere integrato dall’interprete.

<sup>5</sup> Il riferimento è al recente Atto di segnalazione dell’ANAC, n. 3, concernente l’art. 80, comma 5, lettere c), c-bis), c-ter) e c-quater), del d.lgs. n. 50/2016, approvato dal Consiglio dell’Autorità con delibera n. 370 del 27 luglio 2022.

<sup>6</sup> Cons. Stato, Sez. V, 8 settembre 2022, n. 7823.

<sup>7</sup> In senso conforme, infatti, si veda: Cons. Stato, Sez. V, 3 giugno 2021, n. 4248; Cons. Stato, Sez. V, 27 ottobre 2021, n. 7223; TAR Campania, Sez. IV, 14 gennaio 2022, n.299; TAR Lazio, ord., Sez. III, 16 settembre 2022, n. 5918; TAR Lombardia, Sez. IV, 9 dicembre 2020, n. 2456; CGUE, IV, 19 giugno 2019, C-41/18, Meca s.r.l.

<sup>8</sup> In particolare, cfr. Cons. Stato, Sez. V, 27 settembre 2022, n. 8336; Cons. Stato, Sez. V, 18 ottobre 2022, n. 8864; Cons. Stato, Sez. III, 21 ottobre 2022, n. 9015; nel medesimo senso, ma con riferimento all’istituto del controllo giudiziario delle aziende di cui all’art. 34-bis del Codice Antimafia, cfr. Cons. Stato, Sez. V, 6 ottobre

## 2. Brevi cenni sul sistema italiano dei motivi di esclusione

Prima di addentrarsi nel ragionamento sotteso alla pronuncia in commento, appare opportuno ricostruire sinteticamente il sistema nazionale dei motivi di esclusione previsto dal vigente Codice dei contratti pubblici.

L'ordinamento italiano disciplina i motivi di esclusione degli operatori economici dalle gare pubbliche, individuando fattispecie che comportano l'esclusione automatica dalla procedura ed altre che devono essere sottoposte al vaglio della amministrazione aggiudicatrice<sup>9</sup>.

Più in particolare, l'art. 80 d.lgs. n. 50/2016, ai commi 1 e 2, regola i cosiddetti motivi di esclusione automatica, legati alla pronuncia di sentenze definitive di condanne a carico degli operatori economici per gravi delitti contro la pubblica amministrazione o delitti di riciclaggio, nonché per delitti di associazione mafiosa o commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'articolo 416-*bis*, c.p., ovvero ancora, a cause di decadenza, di sospensione o di divieto previste dal Codice Antimafia.

Ai successivi commi 4 e 5, sono disciplinati i motivi di esclusione non automatica, soggetti ad una valutazione discrezionale da parte della stazione appaltante.

Tali ipotesi configurano i cosiddetti “*gravi illeciti professionali*” che tanto contenzioso generano nell'ambito degli affidamenti pubblici.

Quanto alla *ratio* che fonda la norma in commento, è opportuno evidenziare che l'art. 80 del Codice dei contratti pubblici attribuisce alle stazioni appaltanti il potere di escludere un operatore economico da una procedura in corso, allorquando sussistano determinate condizioni<sup>10</sup>.

---

2022, n. 8558.

<sup>9</sup> In generale, sui motivi di esclusione e sulle tematiche collegate, cfr., *ex multis*, R. GRECO, *I requisiti di ordine generale*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICCOLIS, R. GAROFOLI (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, Vol. II, Milano, 2008, D. BOTTEGA, F.M. CIARALLI, *Requisiti di partecipazione e cause di esclusione nelle gare pubbliche*, Roma, 2017, E. ROMANO, *La valutazione dell'affidabilità dell'operatore economico. I motivi di esclusione dalle procedure di affidamento dei contratti pubblici*, Torino, 2017, G. PESCE, *L'ammissione alle procedure*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, 2019, C. DE PORTU, *I motivi di esclusione di cui all'art. 80 del codice dei contratti pubblici (limitatamente a quelli) rivisitati dal d.l. 18 aprile 2019, n. 32 (cosiddetto “sblocca cantieri”) convertito in legge 14 giugno 2019, n. 55*, in *Riv. trim. appalti*, 4, 2019.

<sup>10</sup> Giova evidenziare che tale disposizione ha una portata più ampia della precedente

Recependo il contenuto dell'art. 57, paragrafo 4, lettera c), della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, che contempla, come causa di possibile esclusione dalla gara, il caso in cui «*l'amministrazione aggiudicatrice può dimostrare con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, il che rende dubbia la sua integrità*», la disciplina italiana sulle esclusioni si appalesa quale importante e incisivo strumento di tutela dell'interesse pubblico finalizzato alla sana e corretta gestione della spesa pubblica.

La norma, dunque, impone all'amministrazione, talvolta di limitarsi a verificare la ricorrenza di circostanze implicanti l'esclusione automatica del partecipante dalla procedura ad evidenza pubblica<sup>11</sup>; talaltra, conferisce alla pubblica amministrazione il potere di valutare se, in un caso concreto, la violazione prevista in termini generali dal legislatore sussista e abbia effettivamente rilevanza tale da giustificare l'adozione di un provvedimento di esclusione del partecipante dalla gara in corso<sup>12</sup>.

In tal caso, la legge consente agli operatori economici sottoposti al subprocedimento di verifica di cui al citato art. 80 del Codice dei contratti pubblici, di dimostrare di aver tenuto condotte riparatorie in relazione ai comportamenti sanzionabili, ovvero di aver adottato tutte le misure necessarie di carattere tecnico a ridurre il rischio della commissione di ulteriori futuri illeciti professionali<sup>13</sup>.

In sostanza, gli operatori economici resisi autori di "gravi illeciti professionali", sono ammessi a provare che le condotte contestate hanno rappresentato episodi occasionali nel ciclo di vita dell'attività economica e non sono, piuttosto, l'indice di una precisa *policy* aziendale.

---

disciplina contenuta nell'art. 38 del d.lgs., 12 aprile 2006, n. 163, giacché, da un lato, non opera alcuna distinzione tra precedenti rapporti contrattuali con la medesima o con diversa stazione appaltante; dall'altro non si riferisce esclusivamente alla negligenza o all'errore professionale, bensì, più in generale all'illecito professionale, affasciando quest'ultimo molteplici fattispecie, anche diverse dall'errore o negligenza, ed includendo, per tale ragione, condotte che intervengono non solo in fase di esecuzione contrattuale, ma anche in fase di gara.

<sup>11</sup> Si tratta dei motivi di esclusione automatica dalla procedura di gara, di cui all'art. 80, commi 1 e 2, del vigente Codice dei contratti pubblici.

<sup>12</sup> Il riferimento è all'art. 80, commi 4 e 5 del Codice dei contratti pubblici che regolano le ipotesi dei motivi di esclusione eventuale dalla procedura di gara.

<sup>13</sup> Si tratta delle cosiddette "*misure di self cleaning*". In termini generali, cfr. G. LOMBARDO, I.A. SAVINI, A. FEZZA, *Le misure di "self-cleaning" tra codice dei contratti pubblici, le linee guida ANAC e modelli organizzativi ex d.lgs. 231/2001*, in *Riv. trim. appalti*, 1, 2019, 247 ss..

### **3. La rilevanza delle valutazioni sottese alla individuazione dei motivi di esclusione per l'assenza dei requisiti di moralità e legalità dell'operatore economico: tra discrezionalità amministrativa e precomprensioni della P.A., secondo l'interpretazione del Consiglio di Stato**

Alla luce del su delineato sistema nazionale dei motivi di esclusione, la giurisprudenza amministrativa ha recentemente ribadito che *“Nelle gare pubbliche il giudizio su gravi illeciti professionali è espressione di discrezionalità da parte dell'Amministrazione, cui spetta apprezzare autonomamente le pregresse vicende professionali dell'operatore economico, perché essa sola può fissare il punto di rottura dell'affidamento nel pregresso o futuro contraente”*<sup>14</sup>.

Con tale affermazione di principio, il supremo Collegio Amministrativo ha rimarcato come le valutazioni discrezionali delle amministrazioni aggiudicatrici in *subiecta materia* acquistino particolare rilevanza in una duplice prospettiva: attribuiscono un ruolo specifico alle pregresse vicende professionali dell'operatore economico, qualificandole quali “gravi illeciti professionali”; tracciano il confine dell'efficacia delle iniziative intraprese dall'operatore economico, le cosiddette misure di “*self cleaning*”, la cui idoneità rileva ai fini del giudizio di affidabilità dell'operatore economico.

Non solo, gli effetti del sub-procedimento di verifica della sussistenza di eventuali motivi di esclusione dalla partecipazione degli operatori economici dalle gare pubbliche<sup>15</sup> si riverberano, generalmente, su diversi piani: quello della libertà di iniziativa economica<sup>16</sup>, da un lato; quello della corretta gestione della spesa pubblica, oltre che quello del superiore interesse pubblico all'esecuzione e prosecuzione del contratto, dall'altro.

Se, dunque, spetta alle stazioni appaltanti *“fissare il punto di rottura dell'affidamento nel pregresso o futuro contraente”*, in un contesto norma-

<sup>14</sup> Ancora, cfr. Cons. Stato, Sez. V, 8 settembre 2022, n. 7823.

<sup>15</sup> L'operatività di tale subprocedimento, peraltro, non è confinata al solo momento di verifica ai fini dell'efficacia dell'aggiudicazione ma, in virtù del principio del possesso continuativo dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 80 del Codice dei contratti pubblici (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 20 luglio 2015, n. 8), si estende fino all'esecuzione e alla fase del collaudo.

<sup>16</sup> In particolare, sotto il profilo dell'implicito riconoscimento del diritto alla prosecuzione dell'attività economica, parimenti tutelato dalla norma costituzionale di cui all'art. 41, unitamente al diritto di intraprendere e organizzare l'attività economica al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi.

tivo evidentemente poco dettagliato e assai generico, è gioco forza ritenere che, sia nella individuazione della sussistenza di eventuali illeciti professionali – e dunque della corretta interpretazione delle norme per la sussunzione dei casi concreti nell’ipotesi generale e astratta – sia nella qualificazione degli stessi come “gravi”, un ruolo – per certi aspetti predominante – giocano le cosiddette “precomprensioni” delle stazioni appaltanti nell’integrazione dei già menzionati concetti giuridici indeterminati.

In altri termini, attribuire all’amministrazione aggiudicatrice il potere di “*fissare il punto di rottura*” dell’affidamento nell’operatore economico, equivarrebbe a rimettere la valutazione ad una “sensibilità istituzionale” che potrebbe variare da amministrazione ad amministrazione, proprio in ragione delle precomprensioni possedute da ciascuna, derivanti, per esempio, dalla conoscenza, più o meno definita del territorio, ovvero dalla consapevolezza, più o meno ragionata delle realtà economico-sociali che le gravitano attorno<sup>17</sup>.

E ciò, con ricadute di non poco momento, non solo sui limiti del controllo giurisdizionale quanto ai contenuti dell’esercizio di tale discrezionalità, ma anche e soprattutto in termini di possibile incremento di comportamenti tipici della cosiddetta “amministrazione difensiva”<sup>18</sup> nella gestione degli appalti pubblici<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> Su tali profili, appare illuminante H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, Collezione Studi, Milano, Bompiani, 1983-2001. Secondo il filosofo, infatti, la condizione essenziale che determina e orienta l’azione conoscitivo-interpretativa è la «precomprensione», vale a dire l’insieme di pregiudizi e preconetti che testimoniano la nostra appartenenza a una tradizione e a una cultura determinate; pertanto «*colui che si pone a interpretare ha un legame con la cosa che è oggetto di trasmissione storica e ha o acquista un rapporto con la tradizione che in tale trasmissione si esprime*».

<sup>18</sup> In tal senso si rinvia al contributo di S. BATTINI, F. DECAROLIS, *L’amministrazione si difende*, in Rivista trimestrale di diritto pubblico, n. 1/2019, 293-320, ove gli autori mettono in evidenza i dati sull’interventismo della Corte dei conti con dati sulle tempistiche di indizione degli appalti di lavori pubblici, quantificando gli effetti dell’amministrazione difensiva in un settore chiave per l’economia dell’azione amministrativa. Sul punto, si segnala anche un recente studio edito dalla Scuola Nazionale dell’Amministrazione, in particolare si rimanda a S. BATTINI, F. DECAROLIS, *Indagine sull’amministrazione difensiva*, in *Formare la PA - Rapporto SNA, 2017-2020*, 263-278.

<sup>19</sup> Si tratta, peraltro, di scongiurare una concezione “securitaria” dell’appalto pubblico – caratterizzata da atteggiamenti di esasperante prudenza – in vista dell’attuazione del principio costituzionale del “buon andamento” dell’amministrazione (*melius*: dell’interesse superiore all’esecuzione del contratto pubblico per il soddisfacimento dei fini stabiliti dalla legge), che garantisce alla stazione appaltante lo spazio necessario ad effettuare le valutazioni razionali che conducono a ritenere favorevole – sulla base di fatti debitamente circostanziati – la prognosi circa l’affidabilità dell’operatore.



Nel caso affrontato dalla sentenza in commento, il Collegio, partendo dalla *ratio* dei motivi di esclusione previsti dall'art. 80 del Codice dei contratti pubblici, evidenzia che il giudizio sui gravi illeciti professionali, di cui al comma 5, lett. c) della medesima norma, è espressione di attività discrezionale da parte dell'amministrazione, cui il legislatore ha voluto riconoscere un ampio margine di apprezzamento quanto alla sussistenza del requisito di affidabilità dell'appaltatore.

Aderendo ad un orientamento consolidatosi sul punto, la giurisprudenza amministrativa ha ritenuto che, a fronte di tale discrezionalità, il sindacato che il giudice amministrativo è chiamato a compiere sulle motivazioni dei provvedimenti di esclusione (o anche di aggiudicazione), deve essere mantenuto sul piano della “*non pretestuosità*” della valutazione degli elementi di fatto compiuta dalla stazione appaltante.

In definitiva, il provvedimento di esclusione, così come quello di aggiudicazione, deve essere caratterizzato dalla “*non manifesta abnormalità, contraddittorietà o contrarietà a norme imperative di legge nella valutazione degli elementi di fatto*” e il controllo giurisdizionale sull'atto medesimo “*non può pervenire ad evidenziare una mera non condivisibilità della valutazione stessa*”.

Del resto, l'ampiezza di tale discrezionalità, si giustifica anche in considerazione della non tipicità delle cause di esclusione previste dal più volte citato art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50/2016, dovendosi al riguardo confermare il generale assunto, per cui l'elencazione dei gravi illeciti professionali rilevanti, contenuta nella norma, è da considerarsi “*meramente esemplificativa*” per come è fatto palese sia dalla possibilità della stazione appaltante di fornire la dimostrazione (dell'illecito professionale) ‘con mezzi adeguati’, sia dall'incipit della disposizione (“*Tra questi (id est, gravi illeciti professionali) rientrano: [...]*”)<sup>20</sup>.

Scendendo nel merito della questione, la sentenza ha inoltre chiarito che, seppur in assenza di provvedimenti definitivi che possano rilevare sia sul piano dell'accertamento penalistico, sia su quello civilistico e fiscale, spetta pur sempre all'amministrazione aggiudicatrice valutare autonomamente i fatti oggetto di accertamenti delle autorità giudiziarie, ovvero annotati nel casellario informatico dell'ANAC, quali indici sintomatici della non affidabilità dell'operatore economico, purché tale valutazione “*sia stata esternata mediante una adeguata motivazione che consente di cogliere e ricostruire l'iter logico – giuridico*”

<sup>20</sup> In termini, cfr. Cons. Stato, Sez. V, 3 giugno 2021, n. 4248.

*condotto dall'autorità di gara, che non evidenzia aspetti di manifesta illogicità o irragionevolezza*<sup>21</sup>.

Le questioni sollevate dalla sentenza in commento fanno riemergere, come già accennato, la problematica del ruolo assunto dalle precomprensioni sociali e dalle cosiddette massime di esperienza, tanto nell'attività legislativa di costruzione dei tipi legali generali ed astratti, quanto in quella amministrativa di accertamento della loro sussistenza nei singoli casi concreti.

Sul primo aspetto, a meno che non si ritenga che l'apparente difetto di determinatezza non sia in realtà una sorta di "delega all'interprete", per consentire all'amministrazione aggiudicatrice di tenere conto delle molteplici condizioni di variabilità dell'illecito professionale nell'applicazione della norma, soccorre il principio di legalità che impone al legislatore di porre norme che siano rispettose del dettato di cui all'art. 97 Cost., sotto il profilo del buon andamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione.

Ragion per cui le massime di esperienza di tipo socioeconomico possono anche incidere sulla redazione delle norme in materia di gravi illeciti professionali, ma a patto che non diano vita a fattispecie eccessivamente vaghe ed inafferrabili.

Sul versante dell'attività amministrativa – che in questa sede maggiormente rileva –, invece, ci si domanda se tale complesso di conoscenze sociali possa, addirittura, integrare il dettato di una data disposizione normativa, ovvero sostenere la motivazione di un provvedimento di esclusione, per esempio, che sottenda un *vulnus*, apparente, nella spiegazione del meccanismo causale tra determinati fenomeni che si intendono stigmatizzare.

In effetti, le opzioni interpretative delle norme sui motivi di esclusione dell'operatore economico, così come l'apprezzamento della idoneità delle misure di *self cleaning*, offerte dagli operatori economici sull'altare del ravvedimento, potrebbero risultare condizionate, in casi del genere, da una precomprensione del fatto, per come concretamente circostanziato, e dei valori connessi.

Di tutto ciò il supremo Collegio, nella sentenza in epigrafe, non tiene conto, limitandosi a chiarire che all'amministrazione aggiudicatrice spetterebbe anche ritenere verosimile che l'operatore economico non sia affidabile, giacché l'evidenza di determinate e pregresse vicende professionali a suo carico implica di per sé che quell'operato-

<sup>21</sup> Al riguardo, anche recentemente, cfr. TAR Lazio, ord., Sez. III, 16 settembre 2022, n. 5918; Id., Sez. V, 27 ottobre 2021, n. 7223.

re condizionerà o interferirà con la decisione pubblica di spesa per la realizzazione di certe opere o per la prestazione di determinati servizi o forniture.

Detto altrimenti: per il Consiglio di Stato, o si fornisce la prova dell'eccesso di potere che sottende la motivazione di un provvedimento escludente, ovvero si rinuncia all'affermazione della illegittimità dell'atto amministrativo, poiché le eventuali precomprensioni dell'amministrazione nella valutazione di affidabilità dell'operatore economico, eventualmente fondate anche su massime di esperienza o prognosi di condotta, valgono a supplire la mancanza degli elementi necessari per accertare che un operatore sia realmente inaffidabile.

Queste ultime, pur essendo necessarie in tali ambiti – come peraltro ha dimostrato la giurisprudenza ordinaria in altri e ristretti settori, per esempio, rispetto ai casi di relazioni ambigue tra associazioni mafiose e imprenditori, potenzialmente interpretabili o come forme di estorsione o, all'opposto, di concorso esterno in associazione mafiosa<sup>22</sup> –, devono essere sempre oggetto di attento riscontro onde evitare eccessi di potere che determinano applicazioni disomogenee, se non addirittura contraddittorie, delle norme che contribuiscono a definire ed integrare.

Per confermare la loro validità in casi come quello in esame non è sufficiente, quindi, una ricostruzione “impressionistica e puntiforme” dei fatti oggetto di valutazione, ma è necessario un vaglio analitico e completo delle effettive dinamiche di comportamento dei diversi operatori economici.

#### **4. Le recenti evoluzioni giurisprudenziali in materia di gravi illeciti professionali**

La giurisprudenza immediatamente successiva alla sentenza su citata appare di tenore leggermente diverso. Pur senza apparentemente contraddire l'assunto principale in virtù del quale la valutazione

---

<sup>22</sup> In tal senso, G. FIANDACA, C. VISCONTI (a cura di), *Scenari di Mafia. Scenari di Mafia. Orizzonte criminologico e innovazioni normative*, Torino, 2010, 552, in cui gli autori considerano proprio il fenomeno della collusione tra associazioni mafiose ed imprenditori. Al riguardo, infatti, si è evidenziato che soprattutto in territori connotati dalla pervasiva presenza di consorzierie mafiose, le indagini storico sociologiche hanno rilevato come per alcuni operatori economici la mafia rappresenti un vincolo; per altri una opportunità. Sicché, nell'evolversi di talune forme di interazione, non di rado accade che imprenditori inizialmente siano vittime di estorsione e successivamente diventino complici dei mafiosi.

sui gravi illeciti professionali rientra nella discrezionalità amministrativa, appare tuttavia mitigativa dell'ampia libertà riconosciuta in precedenza all'amministrazione, quest'ultima concepita quale autonoma misura del punto di rottura dell'affidamento nel pregresso o futuro contraente.

Lo stesso Consiglio di Stato, infatti, con una diversa e successiva decisione – pronunciata a pochi giorni di distanza dalla sentenza in commento – ha chiarito che il giudizio sull'affidabilità dell'operatore non può fondarsi sull'*id quod plerumque accidit*.<sup>23</sup>

Più precisamente, il supremo Collegio precisa che la valutazione di inaffidabilità di un operatore economico spetta, sì, unicamente all'amministrazione aggiudicatrice – la sola in grado di valutare il punto di rottura dell'affidamento nel pregresso o futuro contraente – ma non può, in nessun caso, compiersi secondo un giudizio di probabilità astratta, perché deve essere necessariamente operata in concreto, valutando il pregresso episodio, anche in relazione alla specificità del relativo contratto d'appalto.

Analogamente, la Terza Sezione del Consiglio di Stato, con un'ulteriore successiva pronuncia, tornando a perimetrare il confine tra discrezionalità amministrativa e sindacato giurisdizionale in materia di valutazione dei gravi illeciti professionali, rimarca l'inconsistenza di valutazioni che si fondino su massime di esperienza e principi generali, anche quando confluiscono in un provvedimento di aggiudicazione.<sup>24</sup>

In altri termini, è da escludere che le determinazioni dell'amministrazione aggiudicatrice si fondino su "precomprensioni" di carattere generale e ciò tanto con riferimento ad un provvedimento di esclusione di un operatore dalla procedura di gara, quanto ad un provvedimento di aggiudicazione.

In tale sentenza, convergendo con le conclusioni del giudice di prime cure, il Consiglio di Stato ha, dunque, ritenuto carente, sul piano motivazionale, il provvedimento di aggiudicazione fondato su parametri di carattere generale, come ad esempio, quello relativo alla pretesa irrilevanza degli illeciti perché commessi in epoche antecedenti la procedura di gara alla quale l'operatore aveva partecipato, ovvero per la mancanza di una sentenza di condanna, anche non definitiva.

Parimenti, i criteri che attribuiscono rilevanza al mero numero di gare aggiudicate dall'operatore economico, ovvero al fatto dell'a-

<sup>23</sup> Così, Cons. Stato, Sez. V, 27 settembre 2022, n. 8336.

<sup>24</sup> In tal senso, cfr. Cons. Stato, Sez. III, 21 ottobre 2022, n. 9015.

dozione, da parte del medesimo operatore, di misure *self-cleaning*, dimostratesi poi inadeguata a causa dall'adozione di ulteriori e successivi provvedimenti sanzionatori, non supportano adeguatamente la motivazione del provvedimento di aggiudicazione a favore di un determinato operatore economico.

Sulla scorta di tali premesse, il Consiglio di Stato ha precisato che l'amministrazione aggiudicatrice, nell'esercizio dell'attività valutativa discrezionale, deve porre attentamente le premesse di metodo, e cioè i criteri e i parametri di riferimento generale del futuro esercizio del potere valutativo<sup>25</sup>.

In definitiva, le valutazioni di non affidabilità soggettiva – così come quella di affidabilità – dell'operatore economico non possono concretarsi in alcun rigido automatismo decisionale, fondato su massime di esperienze e precomprensioni proprie della pubblica amministrazione, e, successivamente, coagularsi in giudizi preconcepiuti o calate in sillogismi che ottundano la motivazione stessa del provvedimento di ammissione o di esclusione da una procedura di gara. Altrettanto interessante, se analizzata dalla prospettiva fin qui proposta, appare l'ancor più recente sentenza del supremo Giudice Amministrativo con la quale vengono ribaditi i limiti applicativi dell'istituto del controllo giudiziario delle aziende, quanto agli effetti che la misura produce sulla partecipazione degli operatori economici alle procedure pubblicistiche, e quanto all'attività discrezionale di valutazione dell'efficacia della misura, qualificata come vincolata<sup>26</sup>. Anzitutto, il Collegio precisa che l'istituto previsto dall'art. 34-*bis* del Codice antimafia non consente all'operatore economico di ripristinare la regolarità della propria partecipazione alla gara, intervenendo con effetto sanante retroattivo tale da porre nel nulla la causa di esclusione derivata dall'essere stato destinatario di una comunicazione interdittiva antimafia emessa in fase di gara.<sup>27</sup>

<sup>25</sup> Interessante appare il passaggio della sentenza, relativamente alla valutazione dei giudizi penali pendenti in capo all'operatore economico, ritenuti dal RUP della Stazione appaltante, nella fattispecie che ha impegnato la Terza Sezione, ininfluenti sulla sola base della presunzione di non colpevolezza. Al riguardo, il Consiglio di Stato non solo ha rimarcato l'autonomia della valutazione penalistica rispetto a quella amministrativa. Ma, oltretutto, ha evidenziato come la mancanza di un accertamento definitivo può si rilevare, nella singola vicenda, allorquando sussistano, però, anche altri fattori quali, a titolo esemplificativo, l'assenza di risultanze istruttorie chiare o di provvedimenti che le abbiano valorizzate, ovvero di ulteriori elementi di riscontro.

<sup>26</sup> Cons. Stato, Sez. V, 6 ottobre 2022, n. 8558.

<sup>27</sup> In tale materia, la giurisprudenza amministrativa è più volte intervenuta a dirime-

Inoltre, proprio in considerazione della natura cautelare dell'istituto del controllo giudiziario delle aziende, e della circostanza per la quale la comunicazione interdittiva antimafia determina una particolare forma di incapacità giuridica parziale, il decreto *ex art. 34-bis* del Codice antimafia non modifica il giudizio in ordine alla sussistenza dei pericoli di infiltrazione mafiosa ma, in realtà, lo conferma implicitamente.

Stando così le cose, l'amministrazione aggiudicatrice dovrebbe adottare un provvedimento di esclusione, ovvero di revoca dell'aggiudicazione, ovvero ancora recedere dal contratto – a seconda della fase in cui interviene il provvedimento antimafia – non potendo assumere provvedimenti a contenuto diverso.

Coerentemente, i Giudici della Quinta Sezione hanno quindi respinto anche le censure relative alla dedotta violazione dell'art. 10-*bis* della legge n. 241 del 1990, tenuto conto che, nel caso di specie, trovava applicazione l'art. 21-*octies* della medesima legge, giacché la partecipazione procedimentale dell'appellante non avrebbe potuto portare ad un esito diverso da quello effettivamente verificatosi e concretatosi nell'adozione del provvedimento di revoca dell'aggiudicazione.

---

re i contrasti interpretativi derivanti dall'applicazione della disciplina, specialmente con riferimento ai rapporti tra l'intervenuta concessione del controllo giudiziario delle aziende e la fase della procedura di affidamento nella quale si trovava l'operatore economico sottoposto alla misura di cui al citato art. 34-*bis* del Codice Antimafia. Al riguardo si rinvia alla recente giurisprudenza in materia: per quanto concerne le ipotesi di partecipazione dell'operatore attinto da comunicazione interdittiva antimafia, cfr. Cons. Stato, Sez. V, 14 aprile 2022, n. 2847; per l'ipotesi dell'ottenimento da parte dell'operatore economico della misura di cui all'art. 34-*bis* del Codice antimafia successivamente alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte, si veda ancora Cons. Stato, Sez. V, 14 aprile 2022, n. 2847.

Per la diversa ipotesi di ottenimento della misura del controllo giudiziario delle aziende prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte, si veda poi Cons. Stato, Sez. V, 9 giugno 2022, n. 3606.

Infine, per le ipotesi di concessione della misura del controllo giudiziario delle aziende nelle more dell'esecuzione del contratto, cfr. Cons. Stato, Sez. V, 14 giugno 2021, n. 4619, nonché, in senso parzialmente difforme, Cons. Stato, Sez. V, 6 ottobre 2022, n. 8558 che con riferimento ad un caso analogo, in relazione ad una informazione interdittiva antimafia adottata nei confronti di una consorziata esecutrice, è tornata a ribadire il generale principio per cui il provvedimento del controllo giudiziario delle aziende non ha efficacia retroattiva e non consente all'operatore economico di ripristinare la regolarità della propria partecipazione alla gara, intervenendo come effetto sanante retroattivo tale da porre nel nulla la causa di esclusione derivata dall'essere stato destinatario di una interdittiva antimafia emessa in fase di gara.

L'argomentazione prospettata dal Collegio appare interessata ed è gravida di conseguenze sul piano della discrezionalità riconosciuta alla stazione appaltante nella valutazione del possesso dei requisiti generali da parte dell'operatore economico.

Richiamando l'articolo 21-*octies* della legge n. 241/1990, infatti, il Consiglio di Stato riconduce – nel caso di specie – la valutazione dell'efficacia della misura del controllo giudiziario delle aziende nell'alveo della discrezionalità tecnica, risultando, dunque, vincolata la natura del provvedimento che l'amministrazione adotta in casi di tal fatta.

## 5. Conclusioni

I motivi di esclusione previsti dalla vigente disciplina del Codice dei contratti pubblici – come osservato – rilevano ai fini della partecipazione degli operatori economici alle procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici in quanto, dal riscontro della loro concreta sussistenza, dipende l'ammissione dell'operatore alla gara, ovvero il diritto alla prosecuzione del contratto eventualmente già affidato. *Melius re perpensa*, in considerazione della formulazione aperta delle norme dettate in materia di esclusione dalla procedura di gara di un operatore economico, sarebbe, forse, più corretto affermare che dalla valutazione discrezionale dell'amministrazione aggiudicatrice della sussistenza o meno delle suddette cause di esclusione – spettando ad essa stabilire il punto di rottura dell'affidamento nel pregresso o futuro contraente – dipende l'ammissione dell'operatore alla gara, ovvero il diritto alla prosecuzione del contratto eventualmente già affidato.

Il *case-law* del Consiglio di Stato approfondito ha dimostrato come il carattere largamente discrezionale dell'attività di valutazione dei gravi illeciti professionali da parte della stazione appaltante, potrebbe non garantire il rispetto dei principi di parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza.

Tant'è che la immediata successiva giurisprudenza dello stesso Consiglio di Stato sembra delimitare tale discrezionalità, arrivando ad attrarla – nel richiamato caso delle valutazioni sull'efficacia della misura del controllo giudiziario delle aziende – nell'alveo della discrezionalità tecnica<sup>28</sup>.

<sup>28</sup> Non a caso la “*Relazione agli articoli e agli allegati*” dello Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici, in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n.

Le osservazioni fin qui condotte appaiono confortate non soltanto dall'evidente circostanza che, sovente, il contenzioso animato dall'applicazione dell'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50/2016 ha ad oggetto proprio l'esercizio della discrezionalità amministrativa nella valutazione della sussistenza o meno dei gravi illeciti professionali, della loro effettiva gravità, nonché del livello di efficacia delle misure di *self cleaning* eventualmente adottate dall'operatore economico, evidenziando un labile confine tra mero e legittimo esercizio della discrezionalità e valutazioni discrezionali condizionate dalla "sensibilità istituzionale" propria di ciascuna stazione appaltante.

Ma anche dalla ulteriore e interessante circostanza per la quale l'Autorità Nazionale Anticorruzione, con atto di segnalazione n. 3, approvato dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 370/2022, ha rappresentato al Governo e al Parlamento l'opportunità di modificare l'art. 80, comma 5, lett. c), *c-bis*), *c-ter*) e *c-quater*), proprio in ragione, tra le altre, della criticità rappresentata dalla mancanza di tassatività delle fattispecie ostative rientranti nella categoria dei gravi illeciti professionali.

In particolare, l'ANAC ha stigmatizzato la disciplina dettata in materia di gravi illeciti professionali per l'assenza di specificità delle ipotesi normative previste dall'art. 80 del Codice dei contratti pubblici, sia con riferimento alla classificazione delle tipologie di illeciti, sia relativamente all'individuazione dell'ambito soggettivo di applicazione, alla rilevanza delle condotte nelle gare successive, nonché alla necessità di evitare la doppia valutazione della medesima violazione<sup>29</sup>.

L'esigenza di una perimetrazione del tipo di illecito e della sua gravità, peraltro, è stata da ultimo recepita dal legislatore che ha conferito al Governo la delega in materia di contratti pubblici<sup>30</sup>.

A tal proposito, infatti, il legislatore delegante ha previsto, tra i prin-

---

78, recante "*Delega al Governo in materia di contratti pubblici*", predisposta dal Consiglio di Stato e trasmessa alla Presidenza del Consiglio dei Ministri in data 7 dicembre 2022, con riferimento all'art. 95 del nuovo testo - che ripropone in massima parte la disposizione di cui al vigente art. 80, comma 5, del Codice dei contratti pubblici in materia di gravi illeciti professionali e gli altri motivi di esclusione facoltativi - chiarisce proprio come, "*il potere demandato alla Stazione appaltante non riposa in una volizione, ma in un margine di apprezzamento della situazione concreta riconducibile al concetto di discrezionalità tecnica*".

<sup>29</sup> Così, ANAC, Atto di segnalazione n. 3/2022 cit., 5 ss.

<sup>30</sup> Il riferimento è alla legge delega 21 giugno 2022, n. 78, recante "*Delega al Governo in materia di contratti pubblici*".



cipi ed i criteri direttivi della delega, “*la razionalizzazione e semplificazione delle cause di esclusione, al fine di rendere le regole di partecipazione chiare e certe, individuando le fattispecie che configurano l’illecito professionale di cui all’articolo 57, paragrafo 4, della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014*”<sup>31</sup>.

E, infatti, lo Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici, predisposto dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato, in attuazione della Delega al Governo in materia di contratti pubblici, ha previsto una maggiore tassatività delle fattispecie di esclusione, vincolando le stazioni appaltanti nella relativa valutazione discrezionale<sup>32</sup>, anche riqualificando taluni motivi di esclusione da facoltativi a automatici<sup>33</sup>.

L’auspicio, in definitiva, è che dall’approccio applicativo e dai contrasti giurisprudenziali possa trarsi lo spunto necessario per una revisione complessiva delle norme sull’esclusione prevista dal vigente Codice dei contratti pubblici, anche al fine di evitare applicazioni eccessivamente soggettivizzanti dei motivi di esclusione dalle gare pubbliche, tali da pregiudicare il principio di legalità e buon andamento delle procedure ad evidenza pubblica, specialmente nell’attuale contesto storico, ove la ripresa “post-pandemica” dipende proprio dalla rapida e corretta gestione dei finanziamenti pubblici assicurati dal Dispositivo per la Ripresa e la Resilienza.

---

<sup>31</sup> Cfr. art. 1, comma 2, lett. n), l. n. 78/2022.

<sup>32</sup> Sul punto, cfr. anche la precedente nota n. 28.

<sup>33</sup> Al riguardo, si rinvia all’articolato dello Schema definitivo e, in particolare, alle ipotesi contemplate dall’art. 94, comma 5, dalla lett. a) alla lett. f).

