

**LA GLOBALIZZAZIONE DEI CONTRATTI  
DELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI**

**REPORT ITALIA**

*(Dicembre 2013)*

**Prof.ssa Hilde CAROLI CASAVOLA**

---

**INDICE**

**1. LA DISCIPLINA GLOBALE DEI CONTRATTI DELLE PUBBLICHE  
AMMINISTRAZIONI**

*1.1 Le regole del commercio internazionale*

*1.2 La disciplina dello sviluppo*

*1.3 La disciplina della cooperazione transfrontaliera, degli investimenti e  
anticorruzione*

**2. COSTANTI E DIFFERENZE FRA I REGIMI EMERGENTI**

**3. LE RECIPROCHE INTERAZIONI E GLI INNESTI DEL REGIME  
GLOBALE CON LA DISCIPLINA NAZIONALE**

*3.1 La discontinuità funzionale*

*3.2 Il concorso di regole nazionali e globali*

*3.3 I profili istituzionali*

**4. SITI DI INTERESSE**

## **1. LA DISCIPLINA GLOBALE DEI CONTRATTI DELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI**

I contratti delle pubbliche amministrazioni sono soggetti con sempre maggiore frequenza a regole e *standard* elaborati al di fuori dell'ambito nazionale.

Oltre quaranta complessi normativi globali sono stabiliti da organizzazioni, enti non statali e trattati internazionali. Tali complessi normativi hanno ad oggetto il commercio, lo sviluppo, la cooperazione, gli investimenti e il riciclaggio, e comportano, dunque, una globalizzazione della disciplina dei contratti con la pubblica amministrazione.

Nella pluralità dei regolatori sopranazionali si distinguono – per la rilevanza della propria attività – l'Organizzazione mondiale del commercio (Omc), con i suoi *panel* e il *Dispute Settlement Body* (Dsb), la Banca mondiale, con le interne *Sanctions Committees*, l'Ocse per la Convenzione sulla lotta alla corruzione dei funzionari pubblici stranieri nelle transazioni commerciali internazionali, il Centro internazionale per la risoluzione delle controversie in materia di investimenti internazionali (Cirdi; *International Centre for Settlement of Investment Disputes*) e il *Canadian International Trade Tribunal* (Citt). L'attività di tali organismi insieme a quella statale (sancita da accordi bilaterali e plurilaterali) caratterizza da oltre un decennio quella presente come « an era of unprecedented diffusion of sophisticated public procurement regimes on a global scale ».<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> J.J. Schwartz, *On Globalization and Government Procurement*, in *Public Procurement. The Continuing Revolution*, S. Arrowsmith, M. Trybus (eds), Kluwer Law International, The Hague, 2003, 23 ss., spec. 44.

Per quali ragioni nascono e si affermano regole e *standard* globali? Quali caratteristiche distinguono questi complessi normativi dai regimi tradizionali? Quali ricadute ha la disciplina globale su quelle nazionali e, in particolare, sull'ordinamento italiano?

Le risposte a tali domande possono ricavarsi attraverso, innanzitutto, un'indagine sull'origine storica e sui differenti *background* culturali dei complessi regolativi in oggetto; in secondo luogo, l'esame in particolare delle regole e degli *standard* dettati dall'organismo o discendenti dall'atto regolativo; in terzo luogo, lo studio dei casi di concreta applicazione, delle pronunce degli organi di riesame e del sistema di *compliance*; infine, il confronto con il diritto nazionale, la valutazione della "tenuta" dell'impostazione tradizionale *ivi* accolta e la considerazione di analoghe esperienze settoriali di regolazione ultrastatale.

### ***1.1 Le regole del commercio internazionale***

L'"apertura" delle relazioni contrattuali dei pubblici poteri negli ultimi tre lustri si verifica per alcuni concorrenti motivi. Le amministrazioni e i soggetti pubblici sono sempre più spesso indotti a negoziare contratti con operatori stranieri dalla prospettiva di realizzare un vantaggio economico consistente, rispetto alle condizioni normalmente praticate dai soggetti interni all'ordinamento. Le aumentate possibilità di circolazione e di scambio delle merci e dei servizi, e il largo impiego di nuove tecnologie (informatiche, di comunicazione e altre) incentivano la ricerca di occasioni di profitto e di risparmio di costi anche da parte degli operatori economici di settori tradizionalmente oggetto di politiche stataliste o protezionistiche.

Nella globalizzazione o "internazionalizzazione" della disciplina dei contratti della pubblica amministrazione<sup>2</sup> un ruolo significativo è giocato dalla disciplina

---

<sup>2</sup> INTERNAZIONALIZZAZIONE E GLOBALIZZAZIONE DEI CONTRATTI: J.B. Auby, *L'internationalisation du droit des contrats publics*, in *Droit administratif*, agosto-settembre 2003, 5-10, e ID., *La globalisation, le droit et l'États*,

dell'Organizzazione mondiale del commercio-OMC. Nell'ambito di tale organizzazione l'impegno statunitense postbellico a favore dell'espansione della competitiva industria nazionale sui mercati stranieri (soprattutto quello europeo) determinò l'adozione del *Government Procurement Agreement-GPA* (nel 1994)<sup>3</sup>. Esso disciplina i contratti di importanza economica non marginale (superiori a c.d. soglie di valore) e di potenziale interesse per tutti gli operatori economici dei settori di attività amministrativa rilevanti.

---

Paris, Montchrestien, 2003, 37 ss.; J.I. Schwarz, *On Globalization and Government Procurement*, in *Public Procurement. The Continuing Revolution*, S. Arrowsmith, M. Trybus (eds), Kluwer Law International, The Hague, 2003, 23 ss.; nell'ambito degli studi internazionalistici, M. Weil, *Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier*, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1960, II, 101 ss., spec. 189 ss.; A. Reich, *International Public Procurement Law: The Evolution of International Regimes on Public Purchasing*, London, Kluwer Law International, 1999; si vd. inoltre P. Trepte, *Regulating procurement: understanding the ends and means of public procurement regulation*, Oxford - New York, Oxford University Press, 2004; H. Caroli Casavola, *L'internazionalizzazione della disciplina dei contratti delle pubbliche amministrazioni*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2006, 187-226; Id., *Internationalizing Public Procurement Law: Conflicting Global Standards for Public Procurement*, in *Global Jurist, Advances*, Vol. 6, n. 3, 2006, 1- 30; Id., *Global Rules for Public Procurement*, in *Droit comparé des Contrats Publics /Comparative Law on Public Contracts*, diretto da R. Noguellou, U. Stelkens, 1<sup>st</sup> Part, Bruxelles, Bruylant, 2010, 27-61; Id., *L'appalto pubblico e la globalizzazione*, in *Trattato dei contratti*, C. Franchini (ed), Torino, Utet, 2010, 63-105.

<sup>3</sup> Più volte modificato, fino all'ultimo testo adottato nel dicembre 2011 (GPA/112, 16 dicembre 2011), l'Accordo è periodicamente aggiornato e adeguato ai moderni sviluppi tecnologici per favorire la maggior adesione degli stati ancora non firmatari (sono firmatari appena quattordici stati, oltre all'Ue e i suoi ventisette Stati membri).

**SUL GPA:** S. Arrowsmith, *Government Procurement in the WTO*, The Hague, Kluwer Law International, 2003; S. Arrowsmith, R. Anderson (eds), *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*, Oxford University Press, Oxford, 2011; M. Dischendorfer, *The Existence and Development of Multilateral Rules on Government Procurement under the Framework of the WTO*, in *Public Procurement Law Review*, 2000, n. 9, 1; S.J. Evenett, B.M. Hoekman, *The WTO And Government Procurement. Critical Perspectives on the Global Trading System and the WTO Series*, Edward Elgar, 2006; A. Gelbrich, *Regulation of Government Procurement within the WTO. Procurement Policies and Multilateral Trade Rules*, Paperback, 2008.

---

Il GPA è uno strumento strategico del diritto dell'economia internazionale per due motivi: mira a promuovere la più ampia concorrenza fra le imprese nelle procedure di conclusione dei contratti dei soggetti pubblici e assicura il rispetto di un nucleo di principi e garanzie procedurali basilari nelle attività contrattuali delle amministrazioni pubbliche, anche sub-statali, di paesi con tradizioni giuridiche molto diverse.

È fondato sulla regola del trattamento nazionale e non discriminatorio (art. III) e impone vincoli procedurali relativi, fra l'altro, alle specifiche tecniche, a requisiti generali di pubblicità, informazione, trasparenza e *openness* (accesso alle gare). In base ad essi, ogni operatore può presentare offerte (*open tendering*) o partecipare ad una selezione (*selective tendering*) per l'aggiudicazione, con la possibilità, solo in via eccezionale, per casi espressamente previsti, di negoziare il contratto in esclusiva o concorrendo con pochi offerenti preselezionati (*limited tendering*).

A seguito delle modifiche adottate nel 2011, l'Accordo annovera anche finalità di contrasto alla corruzione (vd. il richiamo alla convenzione ONU al VI considerando) e di promozione dell'integrità degli appalti come condizione di efficiente ed efficace gestione delle risorse pubbliche (art. IV, co. 4), estendendo ad essa i tradizionali obiettivi – essenzialmente economici – del criterio del *value for money*. Ciò rappresenta un *unicum* nel complesso degli accordi dell'OMC<sup>4</sup>.

Per la sua natura plurilaterale, il GPA si applica soltanto ai paesi firmatari e a condizione di «mutual reciprocity». L'accordo vincola, dunque, ciascun paese firmatario a rispettare le obbligazioni assunte nei confronti delle altre parti, a seguito di negoziazioni bilaterali. La misura delle obbligazioni reciprocamente assunte deve, tuttavia, essere equilibrata e non produrre posizioni contrattuali ineguali. Il valore economico delle offerte

---

<sup>4</sup> R.D. Anderson, W.E. Kovacic e A.C. Müller, *Ensuring integrity and competition in public procurement markets: a dual challenge for good governance*, in *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*, cit., 681-718 ss.

reciproche fra i paesi negoziatori è spesso stabilito con l'ausilio delle grandi società di consulenza internazionali.

Interventi regolatori nazionali di favore e di svantaggio per determinati gruppi di operatori economici, potenziali contraenti delle amministrazioni, si pongono in contrasto con le regole GPA.

Valgano, in proposito, due esempi fra le controversie sottoposte all'esame dei *Panel* dell'OMC. Il primo è quello dell'appalto per la costruzione di un sistema satellitare in Giappone. In tal caso, l'amministrazione aveva adottato *standard* tecnici favorevoli per le imprese giapponesi e che escludevano di fatto dal procedimento quelle straniere. Dato che il Paese aveva aderito al GPA, l'amministrazione giapponese ha poi assunto la decisione in applicazione delle regole sovranazionali. Il secondo esempio è offerto dalla legislazione del Massachusetts che, allo scopo di contrastare la violazione del divieto di lavoro forzato in Birmania (l'attuale Myanmar), stabiliva una penale per le imprese contraenti con la pubblica amministrazione, quando esse svolgessero attività economiche in Birmania. In questo caso, la legislazione nazionale è stata disapplicata dal giudice interno (la Corte suprema degli Stati Uniti) prima che sulla questione si pronunciasse il *Dispute Settlement Body* dell'OMC.

Tre sono i principali problemi connessi al GPA.

Il primo è la determinazione dell'ambito soggettivo di applicazione. Manca, infatti, una chiara definizione dei soggetti che possono sottrarsi alla disciplina e sono frequenti i rimandi dell'Accordo alle discipline nazionali (nell'individuare, ad esempio, la natura giuridica dell'appaltante). Ciò ha avuto effetti inattesi: enti non indicati negli allegati all'Accordo sono stati, ad esempio, ritenuti, dai Panel, soggetti alla sua applicazione in quanto "*associated*" ad un altro indicato nel GPA. Vale a dire quando l'ente partecipa della personalità giuridica dell'amministrazione inclusa nell'elenco e quando il primo agisce per conto del secondo (rapporto *principal-agent*). La scelta dell'ordinamento statale di

distinguere i soggetti giuridici è, in tal caso, ignorata alla stregua di un *escamotage* formale<sup>5</sup>.

Il secondo problema è che all'Accordo «mancano gli artigli». La misura di *compliance* alle regole sovranazionali risulta fortemente limitata da una serie di elementi strutturali: la capacità degli stati di incidere sull'ambito discrezionale di scelta dei contraenti delle amministrazioni; l'intrinseca problematicità di rimedi che operino retroattivamente, come la ripetizione delle somme legittimamente pagate all'appaltatore come corrispettivo della prestazione; l'esclusione di compensazioni finanziarie per i concorrenti ingiustamente esclusi dalle procedure già concluse, a causa della difficile valutazione economica; la scarsa pratica del ricorso ad un organo nazionale. Il meccanismo sovranazionale di risoluzione delle controversie è, inoltre, complesso, costoso e dagli esiti prevedibili.

Il maggior vantaggio dell'adesione all'Accordo è rappresentato, invece, dall'estensione di un nucleo di principi e di un minimo *standard* procedimentale ai contratti delle amministrazioni di Paesi ad ogni latitudine del globo, con tradizioni giuridiche e livelli di sviluppo economico molto diversi. La partecipazione al sistema di negoziazioni bilaterali (e di conseguenza, alle reciproche "concessioni" di apertura dei mercati nazionali) e la garanzia dell'applicazione di forme di tutela basilari – che discendono dall'incardinamento nel sistema OMC – sono condizioni favorevoli ad attrarre offerenti stranieri. In questa prospettiva va, altresì, inquadrata la distanza dal diritto UE<sup>6</sup>: il sistema

---

<sup>5</sup> Caso *Korea Airport*, WT/DSB/M/84 del 19 giugno 2000, Relazione del Panel, par. 7.59.

<sup>6</sup> Per una disamina approfondita del rapporto fra i due sistemi di regolazione degli appalti pubblici, H. Caroli Casavola, *The WTO and the EU: Exploring the Relationship between Public Procurement Regulatory Systems*, in *Global Administrative Law and EU Administrative Law*, E. Chiti e B.G. Mattarella (eds), Springer, 2011, 293-320; Id., *L'Omc, l'Ue e i contratti delle amministrazioni: il rapporto fra sistemi regolativi sovranazionali e globali*, in

OMC e l'adesione al GPA operano efficacemente a favore dell'adozione e dell'applicazione di quel nucleo essenziale di regole e *standard* procedurali e di tutela, pure riconosciuto dalla disciplina comunitaria, ben oltre i confini dell'Unione europea, negli ordinamenti nazionali di Paesi orientali e sudamericani con economie in forte sviluppo e crescenti opportunità commerciali nei settori d'attività pubblica.

Il GPA costituisce, inoltre, la principale fonte regolativa di riferimento di una cinquantina di accordi regionali (bilaterali o multilaterali) di libero commercio, stipulati fra paesi anche non confinanti, legati da comuni intenti politici, da interessi economici e/o da elementi di affinità culturale<sup>7</sup>. Di questi, venti recano una disciplina articolata della materia che se, per un verso, può non favorire – per i profili di differenziazione dal GPA – l'integrazione in un sistema globale, per l'altro, offre l'occasione di sperimentare soluzioni inedite, funzionali alla selezione e al progressivo consolidamento di una disciplina settoriale omogenea<sup>8</sup>. In particolare, con riferimento al Nafta va, infine, segnalata l'incisiva azione del Canadian International Trade Tribunal-CITT, un *independent quasi-judicial body*. Istituito nel 1994, tale organismo è stato il principale artefice di una radicale trasformazione del sistema e della politica degli appalti pubblici canadesi assicurando

---

*Sistemi regolatori globali e diritto europeo*, S. Battini, E. Chiti, G. Della Cananea, C. Franchini, B.G. Mattarella (eds), Milano, Giuffrè, 47-79.

<sup>7</sup> Si pensi agli accordi fra le ex-colonie britanniche; su tale specifico significato dell'aggettivo "regionale", S. Cho, *Breaking the Barrier between Regionalism and Multilateralism: A New Perspective on Trade Regionalism*, in *Harvard International Law Journal*, 2000, 419 ss.

<sup>8</sup> **ACCORDI REGIONALI E GPA**, R. Anderson, A.C. Müller, K. Osei-Lah, J. Pardo de León, P. Pelletier, *Government Procurement Provisions in Regional Trade Agreement A Stepping Stone to GPA Accession?*, in *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*, S. Arrowsmith, R. Anderson (eds), Oxford University Press, Oxford, 2011, 561-656.



effettiva tutela alle imprese nazionali e non, contro le decisioni adottate dalle autorità domestiche in violazione del GPA e del NAFTA<sup>9</sup>.

### ***1.2. La disciplina dello sviluppo***

Fra le istituzioni internazionali attive nella cooperazione allo sviluppo, la Banca mondiale ha elaborato nel tempo un corpo di regole autonomo sugli appalti delle pubbliche amministrazioni. Si tratta delle *Procurement Guidelines*<sup>10</sup> adottate nel 1964 e applicate ai contratti collegati ai progetti di investimento in paesi cd. ad economia debole.

Tale regime, più volte modificato, riflette le caratteristiche dei progetti in prevalenza finanziati e lo stato evolutivo degli ordinamenti giuridici dei Paesi beneficiari. Se nel secolo scorso, infatti, l'Organizzazione puntava soprattutto su progetti infrastrutturali e industriali di larga scala, ora finanzia progetti sociali, di sviluppo rurale, di contrasto della povertà e su scala ridotta. Di conseguenza, il regime dei controlli che per questi ultimi in passato era

---

<sup>9</sup> **SUL CITT:** A. Reich, *Government Procurement and Bid Challenging in Canada after Free Trade Agreement*, in *Canadian Business Law Journal*, vol. 18, 1991, 195-244; A. van Dyk, *Recent Changes in Canadian Government's Contracting Policy*, in *Public Procurement Law Review*, n. 7, 1998, 110; B. Ann, C. Allen, *Unintended Consequences: Procurement Policy and the Canadian International Trade Tribunal (Citt)*, in *Advancing Public Procurement: Practices, Innovation and Knowledge-sharing*, eds. G. Piga and K.V. Thai, PrAcademic Press, Boca Raton, 2007, 304.

<sup>10</sup> **SULLE GUIDELINES FOR PROCUREMENT UNDER IBRD LOANS AND IDA CREDITS:** W. Debevoise, C. Yukins, *Assessing the World Bank's Proposed Revision of Its Procurement Guidelines*, in *The Government Contractor*, 2010, vol. 52, n. 21; M. de Castro Meireles, *The World Bank Procurement Regulations: A Critical Analysis of the Enforcement Mechanisms and of the Secondary Policies in Financed Projects*, University of Nottingham, 2006; R. Hunja, *Recent Revisions to the World Bank's Procurement and Consultants Selection Guidelines*, in *Public Procurement Law Review*, 1997, n. 6, 217; T. Tucker, *A Critical Analysis of the Procurement Procedures of the World Bank*, in S. Arrowsmith, A. Davies (eds), *Public Procurement: Global Revolution*, The Hague, Kluwer Law International, 1998, 139.

blando – trattandosi di un controllo preventivo non applicato a negozi giuridici di limitata consistenza economica – in anni recenti è cambiato: sono state introdotte misure più pervasive e soprattutto si sono intensificati i controlli successivi alla stipulazione dei contratti da parte delle autorità locali dei paesi finanziati.

Sebbene si tratti di *soft-law*, il regime risulta di fatto vincolante per le autorità appaltanti dei paesi finanziati. L'unica alternativa per questi è fra acconsentire a rispettare le *Guidelines* o vedersi negato il finanziamento.

Come il Gpa, le *Guidelines* individuano nella concorrenza un principio giuridico di fondamentale importanza per l'attività contrattuale delle amministrazioni. In alcuni casi, tuttavia, il regime regolativo avvantaggia le imprese dei Paesi che concorrono al finanziamento o quelle dei Paesi beneficiari, attraverso sistemi di preferenze<sup>11</sup>. Sono questi i casi in cui la concorrenza incontra il limite degli obiettivi istituzionali della Banca mondiale<sup>12</sup>.

Le regole dello sviluppo includono previsioni sulle specifiche tecniche, con preferenza per quelle internazionali, garanzie di trasparenza sia nella fase informativa pre-

---

<sup>11</sup> Sul principio di non discriminazione nelle *Guidelines*, F. Weiss, D. Kalogeras, *The Principle of Non-discrimination in Procurement for Development Assistance*, in *Public Procurement Law Review*, n. 1, 2005, 1-14. Sui "tied aid": G. Cataldi, *Gli aiuti c.d. «legati»: questioni aperte fra diritto allo sviluppo e obblighi internazionali ed europei in tema di concorrenza*, in *Problemi e tendenze del diritto internazionale dell'economia*, A. Ligustro, G. Sacerdoti (eds), cit., p. 3 ss.; con riferimento all'Omc, S. Arrowsmith, A. La Chimia, *Addressing Tied Aid. Towards a More Development-Oriented WTO?*, in *Journal of Int.al Economic Law*, 2009, n. 12, p. 707 ss.

<sup>12</sup> Il regime dettato dalle Linee-guida è incentrato sulla regola dell'*International Competitive Bidding* -Icb (il metodo previsto alla parte II, par. 2.1-2.68), mentre, in via di eccezione, fra gli *Other Methods of Procurement* (parte III, par. 3.1-3.17) si annoverano la *National Competitive Bidding* -Ncb (par. 1.4), la *Limited International Bidding* -Lib (par. 3.2) e altre procedure ristrette, come nel caso del cd. *shopping* e *direct contracting*.

---

gara, in funzione di pubblicità e partecipazione<sup>13</sup>, sia nella procedura di aggiudicazione e successivamente, in funzione del pari trattamento. Sono altresì previste regole di condotta e di etica professionale in funzione anti-corruzione.

Manca, invece, un giudice indipendente o organismi centrali competenti a risolvere le controversie. I meccanismi di contestazione sono poco evoluti, limitati a forme di reclamo ad organi interni alla Banca e non comportano l'informazione né del direttore esecutivo competente per il paese membro, né di altre istituzioni internazionali erogatrici di finanziamenti allo sviluppo. La tutela da irregolarità e abusi non assegna ai concorrenti alle gare alcun ruolo attivo nel procedimento e consiste quasi esclusivamente nel sindacato giurisdizionale domestico. In paesi a economia debole, quest'ultimo può rappresentare una soluzione poco efficace a causa di situazioni di diffusa corruzione nazionale e finisce per diventare, comunque, una variante fondamentale nei calcoli degli investitori.

Non si danno garanzie generali di tutela cautelare e sanzioni economiche sono comminate – dal Department of Institutional Integrity – soltanto per i casi di frode, corruzione e collusione. In ordine a queste ultime si pone, peraltro, il problema della facile elusività attraverso modifiche del nome, della sede, della ragione sociale e altro. Scelte opportunistiche dello stesso tipo sono adottate anche dalle imprese multinazionali per avvantaggiarsi dei sistemi di preferenze nell'aggiudicazione di contratti delle amministrazioni dei paesi in via di sviluppo.

In tal senso, parametri e regole largamente condivisi – come quelli sottoscritti dagli oltre centotrenta paesi aderenti alla *Paris Declaration on Aid Effectiveness* – costituiscono lo strumento più efficace per favorire la convergenza degli ordinamenti nazionali e lo

---

<sup>13</sup> **DIRITTO DELLO SVILUPPO E PRINCIPIO DI PARTECIPAZIONE:** I.D. Bunn, *The Right to Development and International Economic Law. Legal and Moral Dimensions*, Oxford, 2012; sul primo in generale, P. Dann, *Entwicklungsverwaltungsrecht*, Tubinga, 2011.

sviluppo di quelli meno evoluti verso il rispetto di un nucleo di principi fondamentali comuni al diritto dello sviluppo.

In questa prospettiva, la Banca mondiale ha di recente avviato (aprile 2012) un ampio programma di consultazioni pubbliche per la ridefinizione delle proprie procedure e la regolazione contrattuale<sup>14</sup>. L'iniziativa conferma, in definitiva, l'importanza del ruolo promotore di riforme interne dell'Organizzazione nei confronti dei paesi finanziariamente dipendenti dal sistema della cooperazione internazionale.

### ***1.3 La disciplina della cooperazione transfrontaliera, degli investimenti e anticorruzione***

Un folto gruppo di accordi e convenzioni sopranazionali è all'origine di un regime precipuamente qualificato dai rapporti economici transfrontalieri, di investimento e a rischio di corruzione internazionale.

I primi sono accordi per la tutela ambientale, relativi a fenomeni non localizzabili entro i confini statali (cambiamenti climatici, inondazioni e catastrofi naturali, altro). Dal rapporto di interdipendenza fra le collettività separate dal confine è in questi casi originata una proficua cooperazione regolativa: la Convenzione di Madrid del 1980<sup>15</sup> ha costituito il

---

<sup>14</sup> Si vedano i resoconti sul *Procurement Policy Review*, periodicamente pubblicati al sito <http://consultations.worldbank.org/consultation/procurement-policy-review-consultations>.

<sup>15</sup> **LA COOPERAZIONE TRANSFRONTALIERA:** P.M. Dupuy, *La coopération régionale transfrontalière et le droit international*, in *A.F.D.I.*, vol. 23, 1977, 838; M. Perez Gonzales, *La coopération interregionale et sa possible couverture conventionnelle*, in Aa. Vv., *Le droit appliqué à la coopération interrégionale en Europe*, Parigi, 1995, 103; R. Seerden, *The public international law character of transfrontier agreements between decentralized*

*framework* di numerosi accordi conclusi alla fine del secolo scorso e nei primi anni Duemila<sup>16</sup>. Firmatari di tali accordi sono enti pubblici e privati infrastatali, privi della capacità di diritto internazionale<sup>17</sup>. Essi assumono la responsabilità anche finanziaria degli impegni derivanti dall'accordo, in via esclusiva; dunque, senza alcun coinvolgimento degli stati di appartenenza. Il regime dei contratti è in molti casi, un *mix* di discipline nazionali, sovranazionali e basilari misure procedurali (relative alla pubblicità e alla concorrenza delle procedure di aggiudicazione) ed ha nella disciplina convenzionale il suo confine naturale. Dipende da questa, fra l'altro, l'individuazione del giudice competente a decidere le controversie<sup>18</sup>.

Le tracce del fenomeno nel diritto pretorio sono comunque poche. Fra le più importanti, la pronuncia della Corte di giustizia sul caso *Secap*.<sup>19</sup> Essa è valsa a definire i

---

*authorities*, in *Leiden J. Int'l L.*, n. 5, 1992, 187 ss.; M. Vidal, *Accountability and judicial review in the case of local transfrontier co-operation*, Global Administrative Law Seminar Working Paper, giugno 2006.

<sup>16</sup> Se ne contano almeno undici, fra cui l'Accordo di Bayonne (fra Francia e Spagna, del 10 marzo 1995), quello di Karlsruhe (fra Francia, Germania, Lussemburgo e Svizzera, del 23 gennaio 1996), quello di Brussels (fra Francia e Belgio, del 16 settembre 2002), la Convenzione del Benelux (stipulata fra Lussemburgo, Olanda e Belgio, il 12 settembre 1986), l'accordo-quadro fra Italia e Austria (del 27 gennaio 1993), gli accordi di Isselburg-Anholt (fra Olanda e Germania, del 23 maggio 1991), di Roma (fra Italia e Francia, del 26 novembre 1993) e di Valencia (fra Spagna e Portogallo, dell'ottobre 2003), nonché gli accordi-quadro fra Italia e Svizzera (del 24 febbraio 1993), fra Finlandia e Russia (del 20 gennaio 1992) e fra la regione della Vallonia, la comunità belga di lingua tedesca, la regione del Nord-Reno Westfalia e del Palatinato del Reno (dell'8 marzo 1996).

<sup>17</sup> S. Bariatti, *L'accordo nel sistema delle fonti e il diritto dei trattati*, in *Istituzioni di diritto internazionale*, S.M. Carbone, R. Luzzatto (eds), A. Santa Maria, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 2003, 82; G. Burdeau, *Les accords conclus entre autorités administratives ou organismes publics de pays différents*, in *Mélanges Reuters*, Paris, 1981, 103.

<sup>18</sup> Si veda il caso *Tegos*, deciso dal Conseil d'Etat il 19 novembre 1999, sent. n. 183648.

<sup>19</sup> C. giust. Ce 15 maggio 2008, *Secap e Santorso*, in causa C-147/06, proc. riun. C-147/06 e C-148/06. Fra le pronunce precedenti, C. giust. Ce *Commissione v. Irlanda*, 13 novembre 2007, in causa C-507/03, e C. giust. Ce 29 novembre 2007, in causa C-119/06.

---

caratteri di transfrontalità e certezza che rendono l'interesse pubblico all'aggiudicazione del contratto, meritevole di tutela per il diritto comunitario a prescindere dalla dimensione nazionale. Tali caratteri rappresentano, dunque, anche i limiti necessari al potere delle autorità sub-statali e locali di adottare regole contrattuali diverse da quelle nazionali. La denazionalizzazione dell'interesse pubblico fa il paio con la sua crescente de-localizzazione in funzione pro-concorrenziale. Le garanzie del diritto comunitario sono qui realizzate attraverso una giurisprudenza costituzionale particolarmente attenta all'apertura dei mercati nazionali<sup>20</sup>.

Venendo ai rapporti internazionali di investimento, il regime risale alla Convenzione di Washington del 1965 e costituisce un sistema del tutto autonomo dagli ordinamenti nazionali<sup>21</sup>. Con i suoi quasi duemila accordi attuativi, si tratta del regime di gran lunga più rodato<sup>22</sup>. Tali accordi regolano i rapporti fra l'investitore straniero e lo Stato in cui l'investimento è realizzato (generalmente, stati in via di sviluppo). La Convenzione fornisce una copertura internazionale generale per tali accordi e attribuisce al Centro internazionale per il regolamento delle controversie da investimento (Cirdi o Tribunale Icsid) la competenza a decidere le dispute fra i contraenti. La relativa clausola fissa garanzie giuridiche sui rimedi e per le ipotesi di modifica della disciplina nazionale del paese in cui

---

<sup>20</sup> Sentt. C. cost. n. 207 del 2001 e n. 440 del 2006.

<sup>21</sup> **CONVENZIONE DI WASHINGTON:** G. Sacerdoti, *La Convenzione di Washington del 1965 per la soluzione delle controversie fra Stati e nazionali di altri Stati in materia di investimenti*, in *Riv. dir. internaz. priv. process.*, 1969, 614 ss.; A. Giardina, *La legge regolatrice dei contratti di investimento nel sistema ICSID*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n. 4, 1982, 677 ss.; P. Bernardini, *Le prime esperienze arbitrali del Centro internazionale per il regolamento delle controversie relative agli investimenti*, in *Riv. dir. internaz. priv. process.*, 1981, 29 ss., spec. 33.

<sup>22</sup> **GIURISPRUDENZA ICSID:** L. Lankarani El-Zein, *Les contrats d'État à l'épreuve du droit international*, Bruxelles, 2001, e *ivi* B. Stern, *Préface*, IX ss.; più di recente, S. Schill, *Contracting with Foreigners: International Investment Law Implications*, in *Droit comparé des Contrats Publics - Comparative Law on Public Contracts*, R. Noguellou, U. Stelkens (eds), Brüssel, 2010, 63 ss.

l'investimento è realizzato. La distanza dal diritto internazionale si misura in rapporto al connubio di diritto nazionale e principi di diritto internazionale settoriali, valido per le fattispecie di mancata comune determinazione delle parti del diritto da applicare alle controversie<sup>23</sup>. Le decisioni arbitrali del Tribunale divengono vincolanti in virtù e a seguito della comune determinazione delle parti dell'accordo. Le decisioni rilevanti nei rapporti con contraenti pubblici e disponibili attraverso i canali informatici rappresentano una minoranza<sup>24</sup> ed hanno perlopiù ad oggetto contratti di sviluppo economico e concessioni o contratti di pubblico servizio.

I problemi più ricorrenti posti all'attenzione del Tribunale concernono la determinazione della giurisdizione e l'ammissibilità della controversia. Il primo implica la definizione di *foreign investment* ("contratto di investimento estero o internazionale"): essa trova, nella giurisprudenza Icsid, interpretazione estensiva, includendo, fra l'altro, i diritti di natura economica derivanti da contratti di esecuzione di opere (decisione *Salini-Marocco*)<sup>25</sup>. I giudici hanno elaborato, in proposito, un apposito *test*, fondato sulla valutazione di cinque parametri di rilevanza del contratto d'investimento internazionale ai fini della giurisdizione Icsid. Il secondo problema è collegato alla difficile distinzione fra vicende dell'accordo bilaterale e vicende del contratto. In rapporto ad esse, infatti, il soggetto pubblico può giocare un duplice ruolo: esercitare un potere sovrano o agire come un normale contraente. Ciò presenta significative ricadute sul piano della tutela del contraente privato in ipotesi, ad esempio, di contratti inclusivi di clausole recanti l'esclusiva giurisdizione amministrativa nazionale in ordine alle contestazioni sull'interpretazione e l'applicazione del contratto (decisione *Vivendi*). Su cosa sia un organismo pubblico, il

---

<sup>23</sup> K.V.S.K. Nathan, *Icsid Convention*, New York, 2000, 70 ss.

<sup>24</sup> La maggioranza dei casi controversi si conclude con un accordo conciliativo.

<sup>25</sup> Si vedano, inoltre, le decisioni *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, n. ARB/01/8 e 17 luglio 2003, in I.L.M., v. 42, 2003, 788, e *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, (*Stati Uniti d'America v. Italia*) in *I.C.J. Reports 1989*, 15, par. 73.

diritto sviluppato dall'Icsid evidenzia l'importanza del criterio della personalità giuridica e degli indici di autonomia. La clausola Icsid trova applicazione soprattutto nei casi di enti pubblici chiaramente indicati nel contratto d'investimento come enti distinti dallo Stato<sup>26</sup>.

Il terzo *set* di regole sopranazionali (sui contratti con le amministrazioni) persegue l'obiettivo della lotta transnazionale alla corruzione dei funzionari pubblici. Si tratta di un regime derivato dalla Convenzione Ocse del 1997<sup>27</sup> e da ultimo accolto nel nuovo testo del GPA, tramite il riconoscimento del principio di contrasto della corruzione e prevenzione dei conflitti di interesse. In linea con la Convenzione, gli ordinamenti giuridici dei principali paesi esportatori puniscono come reato la corruzione dei funzionari pubblici stranieri. Si è in tal modo superata la "variante normativa" per cui alcuni stati non perseguivano o addirittura consentivano di dedurre dalle tasse le elargizioni delle imprese nazionali ai funzionari stranieri, giustificate come spese di intermediazione o "*sponsorship*" (per rispetto di tradizioni culturali locali del paese dell'appaltante) ed è, invece, esteso l'approccio statunitense al problema (si vd. *Foreign Corrupt Practices Act-Fcpa*). In base alla Convenzione, inoltre, il reato è imputabile anche a carico delle persone giuridiche. Per evitare sanzioni, alle imprese interessate a concludere contratti con enti pubblici è richiesta l'adozione di schemi organizzativi e procedure interne atte a garantire la prevenzione di condotte corruttive. Si tratta di oneri funzionali a realizzare un interesse pubblico

---

<sup>26</sup> In proposito prevale la tendenza ad interpretare restrittivamente l'ambito di applicazione soggettivo della clausola.

<sup>27</sup> **CONVENZIONE OCSE:** C.F. Corr, J. Lawler, *Damned If You Do, Damned If You Don't? The Oecd Convention and the Globalization of Anti-Bribery Measures*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, n. 32, 1999, 1249; B. Crutchfield George e al., *The 1998 OECD Convention: an Impetus for Worldwide Changes in Attitudes Toward Corruption in Business Transactions*, in *American Business Law Journal*, 2000, 485; N.M. Rubin, *A Convergence of 1996 and 1997 Global Efforts to Curb Corruption and Bribery in International Business Transactions: The Legal Implications of the Oecd Recommendations and Convention for the United States, Germany and Switzerland*, in *American University International Law Review*, 1998, n. 14, 257; G. Sacerdoti, *The 1997 Oecd Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*, in *International Business Law Journal*, 1999, n. 1, 3-17.



transnazionale – quello a un commercio internazionale non inquinato dalla corruzione (dei funzionari) – fondamentale per accrescere le occasioni di profitto degli operatori economici privati.

I giudici italiani hanno per la prima volta ravvisato tale fattispecie di reato e applicato l'istituto della responsabilità penale d'impresa nella decisione *Enelpower*<sup>28</sup>. Tale pronuncia è valsa a riconoscere le norme sopranazionali immediatamente vincolanti e il giudice nazionale colui che ne assicura l'applicazione nei confronti di concorrenti stranieri. Gli interessi pubblici globali tutelati da tali regole si impongono agli operatori nazionali contraenti in conseguenza alla ratifica della Convenzione da parte degli Stati aderenti. Le differenze nell'attuazione nazionale non inficiano gli effetti vincolanti dell'atto sopranazionale. Spetta alle corti domestiche rendere effettivo il regime emergente, preservando il rapporto fra fonti giuridiche interne e internazionale.

Sul modello della Convenzione di Madrid, numerose iniziative regolative sono state promosse da varie organizzazioni internazionali (Onu, Oas) e hanno introdotto nella disciplina del personale pubblico addetto agli appalti, specifici principi anticorruzione e antiriciclaggio come quello di « integrity »<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> Ord. del giudice delle indagini preliminari del Tribunale di Milano, di applicazione di misura interdittiva, 28 aprile 2004, annotata da U. Draetta, *Prime sanzioni interdittive in Italia a carico di persone giuridiche per corruzione di pubblici ufficiali*, in *Dir. del comm. intern.*, 2004, 241-44, e commentata da L. Borlini, *La lotta alla corruzione internazionale: le Convenzioni dell'OCSE e delle NU, il caso Enelpower, la "tangentopoli" irachena*, in *Comunità intern.*, 2005, 75-95.

<sup>29</sup> Fra le altre, la Convenzione Inter-americana contro la corruzione, promossa dall'Organizzazione degli Stati americani (Oas, adottata il 29 marzo 1996), quella dell'Unione africana, sulla prevenzione e il contrasto alla corruzione (del 2002) e la *United Nations Convention Against Corruption-Uncac*, firmata a Merida, il 31 ottobre 2003.

## 2. COSTANTI E DIFFERENZE FRA I REGIMI EMERGENTI

Dall'esame dei quarantasei complessi normativi considerati emerge innanzitutto una novità rilevante: l'estensione considerevole del diritto dei contratti pubblici di derivazione ultrastatale.

Si tratta di un fenomeno recente, sviluppatosi soprattutto a cavallo fra i due secoli.

L'analisi sistematica delle regole e degli *standard* rilevanti evidenzia, inoltre, importanti costanti e varie differenze.

Fra le prime, innanzitutto, vi è che i complessi indicati, nel loro insieme, pongono rilevanti limiti al potere degli Stati di disciplinare la materia e di scegliere i contraenti delle amministrazioni. I dati sul volume dei contratti e il valore dei servizi interessati misurano il fenomeno nella sua realtà concreta ed evidenziano la rilevanza principalmente economica del potere in oggetto.

In secondo luogo, i complessi normativi globali discendono da atti consensuali. Per la maggior parte essi sono stati adottati in forme pattizie (accordi e convenzioni). Ciò rende i relativi regimi inclusivi, vale a dire aperti a tutti gli Stati, anche se non effettivamente parti. Accanto a vincoli di natura consensuale si registra anche il ricorso a strumenti di *soft law* (ad es. le raccomandazioni Ocse, le Linee-guida della Banca mondiale e i *Procurement Manuals* dell'Onu), manifestazione di una giuridicità più ampia di quella gerarchicamente

---

UNCAC: P. Neumann, *United Nations Procurement Regime*, Frankfurt, Lang, 2008; C.R. Yukins, *Integrating Integrity and Procurement: The United Nation Convention against Corruption and the Uncitral Model Procurement Law*, in *Public Contract Law Journal*, 2007.

ordinata della concezione positivista tradizionale<sup>30</sup>. In tali casi, il peso delle posizioni degli enti coinvolti nei processi di elaborazione e di coloro che sono soggetti all'applicazione di tali discipline varia notevolmente e può essere talora del tutto nullo. Alcuni regimi sono, invece, dettati da accordi bilaterali. Si pone, pertanto, il problema di delimitare di volta in volta l'ambito soggettivo degli effetti delle regole globali.

In terzo luogo, sebbene volti a perseguire obiettivi diversi – dal commercio, alla cooperazione allo sviluppo, gli investimenti e l'anti-corrruzione e riciclaggio –, i regimi considerati enunciano alcuni principi comuni: la concorrenza, la trasparenza, la pubblicità, l'imparzialità e la correttezza, il giusto procedimento.

Tali principi trovano applicazione in gradazione diversa secondo le finalità della disciplina. Un esempio è offerto dalle regole sulla qualificazione degli operatori concorrenti e sui presupposti di esclusione: più rigide (le prime) e minori (i secondi) nelle *Guidelines* (Bm) rispetto al GPA. Procedure competitive e aperte rivestono, infatti, per la Banca mondiale importanza relativa rispetto all'obiettivo principale della cooperazione allo sviluppo.

In quarto luogo, a fronte di un minimo comun denominatore di principi, gli atti da cui discendono i regimi considerati, pongono *standard* tecnici specifici. Il caso più significativo è rappresentato dalle deroghe alla non discriminazione e al pari trattamento dei concorrenti. Fra gli *standard* rilevanti, le specifiche tecniche hanno la caratteristica di costituire una parte del contratto generalmente predefinita dal complesso regolativo globale (cui il contratto è soggetto). Il rafforzamento del *favor* per quelle internazionali è, in tal senso, un'importante limitazione delle tendenze protezionistiche statali (alla base

---

<sup>30</sup> Sull'ampliamento della sfera della giuridicità, conseguente alla globalizzazione del diritto, si vedano le riflessioni di S. Cassese, *Eclissi o rinascita del diritto?*, e di G.U. Rescigno, *Pluralità di ordinamenti ed espansione della giuridicità*, in *Fine del diritto?*, P. Rossi (ed), Bologna, 2009, rispettivamente a 29 ss. e 81 ss.

dell'adozione di specifiche nazionali) accentuatesi in conseguenza della crisi economica degli ultimi anni<sup>31</sup>.

In quinto luogo, le disposizioni sostanziali e procedimentali che formano il *corpus* normativo di tali sistemi sono rivolte direttamente e producono effetti nei confronti dei cittadini e delle amministrazioni degli Stati interessati. Inoltre, l'attività posta in essere dagli organismi rilevanti – enti regolatori, comitati, funzionari pubblici, gruppi di esperti – ha natura essenzialmente amministrativa (dai procedimenti ai controlli), come pure gli strumenti impiegati nelle sue varie fasi (di regolazione, decisione e applicazione). Ciò, in particolare, apre la strada all'ipotesi della riconducibilità del fenomeno alle caratteristiche ritenute significative dalla riflessione giuridica maturata intorno al *Global administrative law*<sup>32</sup>. L'applicazione di tali complessi regolativi è riferibile ad un ambito denazionalizzato,

---

<sup>31</sup> Su crisi economica e protezionismo commerciale, di recente, F. Erixon, R. Sally, *Trade, Globalisation and Emerging Protectionism Since the Crisis*, European Center for International Political Economy Working Paper n. 2, 2010, 8, e A. Krueger, *Protectionism and the crisis*, in *The Collapse of Global Trade, Murky Protectionism, and the Crisis: Recommendations for the G20*, R. Baldwin, S. Evenett (eds), London, Centre for Economic and Policy Research, 2009, 37. Su protezionismo e appalti pubblici, da ultimo, J. Linarelli, *Global Procurement Law in Times of Crisis: New Buy American Policies and Options in the WTO Legal System*, in *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*, cit., 773 ss., G.C. Hufbauer, J.J. Schott, *Buy American: Bad for Jobs, Worse for Reputation*, Peterson Institute for International Economics Policy Brief No. PB09-2 (2009), S.L. Schooner, C.R. Yukins, *Tempering "Buy American" in the Recovery Act - Steering Clear of a Trade War*, in *Government Contractor*, n. 10, 2009, 78, e Id., *Public Procurement: Focus on People, Value for Money and Systemic Integrity, not Protectionism*, in *The Collapse of Global Trade, Murky Protectionism, and the Crisis: Recommendations for the G20*, cit., 87-92.

<sup>32</sup> L'inquadramento teorico del GAL si deve a S. Cassese, *Il diritto amministrativo globale: una introduzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, n. 3, 657, S. Cassese, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, Einaudi, 2009, 20-22, B. Kingsbury, N. Krisch e R. Stewart, *The Emergence of Global Administrative Law*, in *Law & Contemporary Problems*, 2005, vol. 68, n. 3/4, 15-61, spec. 20.

individuato a prescindere, dunque, dal territorio degli Stati. Essa, infine, si impone in molti casi anche contro la volontà degli Stati stessi, in virtù di meccanismi di *enforcement*.

Le differenze maggiori, d'altro canto, attengono soprattutto all'ambito applicativo e alle caratteristiche e all'efficacia di tali meccanismi. Quanto al primo, la fisionomia e il novero dei soggetti pubblici tenuti a rispettare le regole globali cambia secondo i complessi normativi: si pensi, in proposito, agli elenchi di autorità appaltanti tassativamente indicate negli allegati al GPA. Quanto alle seconde, in alcuni casi opera un giudice appositamente costituito (come il Tribunale Icsid e il *Dispute Settlement Body* dell'OMC), in altri, a rendere effettivi tali regimi provvedono le corti nazionali attraverso il sindacato interno (come per le *Guidelines* e nel caso *Enelpower*). Ancora, per le ipotesi di violazione, in alcuni casi sono previste tutele cautelari, sanzioni interdittive e diritti economici al risarcimento del danno; in altri, soltanto la restituzione dei fondi erogati (come nel caso della disciplina dello sviluppo). Di conseguenza, il fenomeno appare per questo profilo frammentario, disomogeneo e non privo di contraddizioni; in tutto simile, dunque, alla manifestazione di un paradigma nuovo, ad uno stadio evolutivo ancora iniziale.

### **3. LE RECIPROCHE INTERAZIONI E GLI INNESTI DEL REGIME GLOBALE CON LA DISCIPLINA NAZIONALE**

In conseguenza alla diffusione e all'applicazione dei complessi normativi globali, la disciplina nazionale dei contratti delle pubbliche amministrazioni perde carattere di esclusività in ordine alla materia. L'impatto di questo diritto globale sugli ordinamenti nazionali si accresce nel tempo. Esso ha il merito di dettare una regolazione comune che permette – anche in virtù di una interpretazione omogenea e non più diversificata, come quella espressione del solo livello nazionale – l'estensione più ampia di principi rilevanti per il buon operato delle pubbliche amministrazioni, come la concorrenza o la trasparenza. Al contempo, è un diritto con margini di miglioramento ancora ampi.

L'apporto innovativo delle discipline domestiche è di vario segno: le regole incidono sulla modalità di ordinazione degli interessi, sul piano procedimentale, sulle forme degli atti, sui meccanismi.

### ***3.1 La discontinuità funzionale***

L'apporto innovativo del regime emergente consiste, innanzitutto, nel superamento della logica originaria del modello contrattuale nazionale. Nel nostro ordinamento, come in quello francese, la disciplina dell'evidenza pubblica e le disposizioni sulle gare erano contenute in leggi di contabilità. L'approccio normativo tradizionale perseguiva, dunque, l'obiettivo di riduzione della spesa pubblica. Si imponeva, in altri termini, l'esigenza di scegliere il contraente che offriva un prezzo più basso o la soluzione più efficace a buon prezzo.

Il diritto globale incide ora sui modelli nazionali apportando nuove esigenze, quali la tutela della concorrenza tra imprese di differente nazionalità, la promozione degli scambi commerciali, il sostegno allo sviluppo mondiale, gli investimenti internazionali e il contrasto alla corruzione. Si tratta di esigenze che uno stato non può da solo soddisfare. Occorre, invece, una concorrenza di attività di regolatori e operatori pubblici e privati diversi per nazionalità e altri caratteri (ad esempio il livello di governo).

Dalla moltiplicazione degli interessi rilevanti deriva che i poteri sono esercitati in modo discontinuo, per perseguire funzioni fra loro diverse. Il regime funzionale delle disposizioni sostanziali e procedimentali è – in altri termini – *multiple-interests*. Alcuni interessi richiedono di disapplicare norme nazionali incompatibili con quelle globali: è il caso, riferito al GPA, della rimozione dell'ostacolo al commercio internazionale della penale stabilita dell'ordinamento del Massachusetts a carico delle imprese contraenti con le amministrazioni quando esse abbiano anche interessi economici in Birmania. Altri interessi richiedono il contrario: come nel caso del *Third Fisheries Project*, un progetto per lo sviluppo del Bangladesh, finanziato dalla Banca mondiale, il cui *staff* ha dovuto disapplicare la procedura competitiva (*International Competitive Bidding*) e le regole di

qualificazione degli offerenti per raggiungere il *target* di beneficiari definito per l'intervento.

A livello globale, gli interessi nazionali risultano spesso frammentati, aggregandosi – secondo il caso – fra loro o con interessi di organismi sopranazionali e in contrasto con altri interessi nazionali. Accanto agli interessi economici “puri” si rafforzano progressivamente interessi ambientali, sociali, legati all’eguaglianza razziale e altri di carattere non-economico<sup>33</sup>. Gli interessi pubblici e collettivi possono convergere o divergere da quelli privati. Questi ultimi, infine, seguono dinamiche volte a sfruttare i “differenziali di interesse”<sup>34</sup> che emergono dalla pluralità delle regolazioni globali dei contratti.

Nel complesso, l’attrazione verso il diritto globale crea negli ordinamenti nazionali effetti di relativa armonizzazione giuridica. Gli interessi transfrontalieri organizzati, ad esempio, risultano non completamente governabili da parte di un solo Stato. Essi determinano, dunque, un progressivo slittamento dei confini fisici della sovranità nazionale, finendo per incidere sull’ultimo baluardo della concezione tradizionale dello Stato, il territorio.

---

<sup>33</sup> Sugli interessi non economici rilevanti nella regolazione della materia: A. Blüthner, *The Global Compact and the WTO “Trade ands” – Implementing Universal Value in the Globalization Process*, in *WTO-Recht und Globalisierung*, M. Nettesheim, G. G. Sander (eds), Berlino, Duncker & Humblot, 2002, 313-334; C. McCrudden, *Buying Social Justice. Equality, Government Procurement & Legal Change*, Oxford University Press, 2007; D.W. Leebron, *Linkages*, in *The Boundaries of Wto*, in *American Journal of International Law*, 2002 (96), 5.

<sup>34</sup> Si veda S. Cassese, *L’arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, 607 ss., spec. 643 ss., mentre con riferimento ai *black holes* dei regimi globali, Id., *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, Einaudi, 2009, 143.

### 3.2 Il concorso di regole nazionali e globali

L'apporto innovativo del regime emergente consiste, in secondo luogo, nel superamento dell'ordinamento nazionale come punto di riferimento esclusivo della disciplina della materia.

Considerati unitariamente, diritto nazionale e diritto globale mostrano di non essere perfettamente integrati; essi piuttosto concorrono a definire una disciplina nuova, in cui interagiscono disposizioni di diversa provenienza.

Provenienza ultrastatale hanno perlopiù strumenti specifici, come gli *standards* tecnici e i requisiti di aggiudicazione. In ordine a tali aspetti, sono i regolatori globali a determinare il contenuto contrattuale e i criteri procedurali. Un esempio significativo è offerto dagli standard Iso, Cen e Astm, in materia ambientale, di sicurezza, di qualità gestionale e di responsabilità sociale<sup>35</sup>: una consolidata giurisprudenza internazionale (Dsb dell'Omc)<sup>36</sup> e regole della Banca mondiale<sup>37</sup>, dell'Ue<sup>38</sup>, del Nafta e di vari accordi di libero

---

<sup>35</sup> **STANDARD ISO**: K. Tamm Hallström, *Organizing International Standardization: ISO and the IASC in Quest of Authority*, Cheltenham, 2004; Id., M. Boström, *Transnational Multi-stakeholder Standardization: Organizing Fragile Non-State Authority*, Cheltenham, Elgar, 2010; Roht-Arriaza, *Shifting the Point of Regulation: the International Organization for Standardization and Global Lawmaking on Trade and the Environment*, 22 *Ecology Law Quarterly*, 1995, 479 ss., spec. 486; su un caso specifico, A. Prakash, M. Potoski, *Racing to the Bottom? Trade, Environmental Governance, and ISO 14001*, in *American Journal of Political Science*, vol. 50, n. 2, aprile 2006, 351.

<sup>36</sup> Fra le controversie relative al GPA rileva il caso *Japan – Procurement of a Navigation Satellite*, WT/DS73. La vicenda è descritta da E. Clerc, *La mondialisation des marchés publics: bilan et perspectives de l'accord OMC sur les marchés publics*, in *Les marchés publics à l'aube du XXIe siècle*, Batselé et al., Bruxelles, 2000, 176-177.

<sup>37</sup> Fra gli altri, l'Iso 2859 e l'Iso 4074 si applicano agli appalti di attività di sminamento e delle forniture di prodotti sanitari (World Bank, *Landmine Clearance Projects: Task Manager's Guide*, 1° novembre 2003 (NWP 28070), e *Procurement of Health Sector Goods*, maggio 2000).



commercio pesano a favore della loro adozione nei contratti conclusi dalle amministrazioni come dai privati.

Gli stati sono spesso vincolati a non disporre diversamente e il potere discrezionale tradizionalmente riconosciuto alle amministrazioni nazionali viene eroso da limitazioni estranee al diritto interno.

In tal senso, la globalizzazione della disciplina dei contratti pubblici innesca un processo di omogeneizzazione dei contenuti giuridici a livello internazionale, con ricadute importanti sugli ordinamenti nazionali.

Così, nell'ordinamento italiano, il d.lgs. 13 aprile 2006, n. 163, Codice dei contratti pubblici, all'art. 18, esclude dall'ambito della propria applicazione i contratti «aggiudicati in base [...] alla particolare procedura di una organizzazione internazionale» (comma 1)<sup>39</sup>. Ciò equivale a dire che, ai contratti aggiudicati in base ad uno degli indicati complessi normativi globali, non si applicano le previsioni del Codice con essi incompatibili; in tali casi, infatti, il primo recede dinanzi ai secondi.

In tutti gli altri casi, recepiti i principi fondamentali sanciti a livello globale, vale la determinazione del regolatore nazionale: un esempio è fornito dalla fase esecutiva dei

---

<sup>38</sup> Sulla politica europea di delega all'European Committee for Standardization-Cen e all'European Committee for Electrotechnical Standardization-Cenelec dell'elaborazione, ove necessario, di *standard* uniformi, H. Schepel, *The Constitution of Private Governance: Product Standards in the Regulation of Integrating Markets*, Oxford, 2005, 201.

<sup>39</sup> **CODICE DEGLI APPALTI**: C. Franchini (eds.), *I contratti di appalto pubblico*, Torino, UTET, 2010; C. Franchini (eds.), *I contratti con la pubblica amministrazione*, Torino, UTET, 2007, I e II, in P. Rescigno – E. Gabrielli (eds.), *Trattato dei contratti*, Torino, UTET, 2007; M. D'Alberti, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Diritto amministrativo*, 2008, 301 ss.; M. Clarich (eds.), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2010.

contratti, che, a differenza di quella dell'evidenza pubblica, ha una limitata regolazione ultrastatale e rimane, pertanto, soggetta in prevalenza a regole interne.

Il problema è che gli ordinamenti nazionali spesso resistono al vincolo di scopo derivante dal regime sopranazionale<sup>40</sup>. In tali ipotesi, l'apporto innovativo può consistere in incidenze abbastanza imprevedute, come quelle che riguardano alcuni dispositivi istituzionali (es. nel caso *Korea Airport*).

In definitiva, non soltanto il legislatore e le amministrazioni domestiche – nel loro operare – sono tenuti a rispettare oltre a quello nazionale ed europeo, anche il diritto globale, ma nei casi di controversie, in mancanza di un giudice sopranazionale competente a deciderle, spetta ai Tribunali nazionali rendere effettive le regole e gli *standard* globali (come nel menzionato caso *Enelpower*). A tal fine, questi ultimi non possono ignorare né gli atti da cui il diritto globale discende, né – quando si dia il caso – l'interpretazione fornita dagli organismi di *international adjudication*.

Tali organismi hanno ripetutamente mostrato la tendenza ad interpretare i complessi normativi esistenti non soltanto in termini ampliativi dell'ambito della propria giurisdizione, ma altresì in modo da desumerne o elaborare nuovi criteri e regole (come negli arbitrati Icsid e nella giurisprudenza del CITT).

### ***3.3 I profili istituzionali***

Nel fenomeno dei contratti convergono tutti gli aspetti significativi della globalizzazione del diritto: l'indebolimento relativo della sovranità degli stati,

---

<sup>40</sup> In ambito europeo, si veda l'analisi di G. Vesperini, *Il vincolo europeo sui diritti amministrativi nazionali*, Milano, Giuffrè, 2011.

l'ampliamento delle fonti, il carattere orizzontale e verticale dell'interazione fra i sistemi giuridici.

Tale interazione consiste, in prevalenza, nell'operare di nuove istituzioni giuridiche, organismi indipendenti, di natura giurisdizionale, quasi-giurisdizionale o amministrativa. A queste ultime l'esercizio della funzione di tutela degli interessi globali è attribuito quasi sempre in esclusiva, al fine di evitare il condizionamento da parte di attori nazionali e locali (si pensi al Ctt e ai rischi di "cattura" delle autorità con poteri decisionali in materia). I nuovi enti approntano gli strumenti pratici di valutazione comparativa, di individuazione dell'interesse o degli interessi meritevoli di tutela e ne perseguono la soddisfazione attraverso soluzioni amministrative rispettose delle regole globali e adeguate alle specificità nazionali. Operano, così, da *trait d'union* fra sistemi consolidati ed emergenti.

Sebbene manchi un unico centro ordinatore o un sistema di raccordo organico, esistono forme di frequente cooperazione fra le istituzioni globali e fra queste e gli organi giurisdizionali e amministrativi nazionali, che rispondono a logiche di azione collettiva<sup>41</sup>. Esse si traducono in rapporti di *deference* reciproca fra enti dotati di analoghe competenze ai vari livelli di governo (sopranazionale, statale e infrastatale), ovvero in contatti attraverso canali informali nella cerchia del personale dirigente. In applicazione delle Convenzioni Ocse e Onu sono, ad esempio, istituiti appositi uffici dell'amministrazione centrale degli Stati aderenti – come il Servizio anticorruzione e trasparenza (SeAT) del Ministero per la pubblica amministrazione e l'innovazione – che rappresentano i principali interlocutori nazionali delle organizzazioni internazionali e di quelle non governative interessate a

---

<sup>41</sup> P.G. Cerny, *Globalization and the Changing Logic of Collective Action*, in *International Organization*, 1995, 49, n. 4, Autumn, 620, ora in J.A. Frieden, D.A. Lake (eds.), *International Political Economy: Perspectives on Global Power and Wealth*, London, Routledge, IV ed., 2000. Sulla *governance* nello spazio giuridico globale, S. Cassese, *The Global Polity. Global Dimensions of Democracy and the Rule of Law*, Global Law Press, Editorial Derecho Global, 2012.

monitorare i fenomeni rilevanti (quali Transparency International). È questo il caso di organismi di natura pubblica, talora dipendenti, spesso indipendenti dal governo. Negli accordi transfrontalieri si realizza e opera, invece, un vero e proprio *network* di soggetti pubblici e privati: si tratta di un complesso ibrido di organismi diversi per struttura e regolazione.

Si registrano, inoltre, interconnessioni operative non riconducibili ad alcuno specifico modello organizzativo (come la delegazione di poteri o la relazione *principal-agent*), che possono rappresentare lo stadio primordiale di un fenomeno complesso, originale e per gran parte spontaneamente improntato a dinamiche economiche.

In tale prospettiva emerge, infine, come l'impostazione pro-concorrenziale prevalente nel diritto globale confermi la sostanziale omogeneità dell'istituto del contratto nelle varie applicazioni operative e accentui, in definitiva, la tendenza al superamento degli ambiti tradizionali di riferimento negli ordinamenti interni, in particolare, la dicotomia tra diritto pubblico e diritto privato<sup>42</sup>.

---

<sup>42</sup> Valga ad esempio la nozione di appalto pubblico, ampliata a ricomprendere «tutte le fattispecie attraverso le quali i soggetti pubblici si procurano utilità in via convenzionale, rivolgendosi al mercato, comprese quelle che hanno natura diversa dai rapporti che rientrano nel contratto di appalto privato di cui al codice civile» (C. Franchini, *Intervento*, Atti dell'incontro su *La globalizzazione dei contratti delle pubbliche amministrazioni*, Roma, 26 novembre 2012, dattiloscritto, 18).

**DICOTOMIA DIRITTO PUBBLICO / DIRITTO PRIVATO:** M. Freedland, J.B. Auby, *The Public Law/Private Law Divide: Une Entente Assez Cordiale?*, Oxford, 2006; P. van Ommeslaghe, *Le droit public existe-t-il?*, in *Le droit public survivra-t-il à sa contractualisation?*, Aa.Vv., Bruylant, Bruxelles, 2006, 15 ss.; M. Fromont, *L'évolution du droit des contrats de l'administration. Différences théoriques et convergences de fait*, in *Droit comparé des Contrats Publics - Comparative Law on Public Contracts*, R. Noguellou, U. Stelkens (eds), Bruylant, Bruxelles, 2010, 263 ss.; A. Benedetti, *I contratti della pubblica amministrazione fra specialità e diritto comune*, Torino, Giappichelli, 1999; G. Napolitano, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003; N. Symchowicz, *Droit public des montages contractuels complexes*, Paris, 2003.

#### 4. SITI DI INTERESSE

[www.wto.org/english/tratop\\_e/gproc\\_e/gp\\_gpa\\_e.htm/](http://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_gpa_e.htm/) WTO Government Procurement Agreement

[www.worldbank.org/html/opr/procure/](http://www.worldbank.org/html/opr/procure/) World Bank Procurement Guidelines

[www.citt-tcce.gc.ca/](http://www.citt-tcce.gc.ca/) Canadian International Trade Tribunal International  
<http://icsid.worldbank.org/> Centre for Settlement of Investment Disputes

[www.oecd.org/](http://www.oecd.org/) Organisation for Economic Co-operation and Development

[www.oecd.org/daf/anti-bribery/oecdantibriberyconvention.htm/](http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/oecdantibriberyconvention.htm/) Oecd Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions

[www.bilaterals.org/](http://www.bilaterals.org/) Bilateral Trade Agreements

<http://rtais.wto.org/UI/PublicMaintainRTAHome.aspx/> Regional Trade Agreements Information System

[www.unodc.org/unodc/crime\\_signatures\\_corruption/html/](http://www.unodc.org/unodc/crime_signatures_corruption/html/) United Nations Convention Against Corruption

[www.avcp.it/](http://www.avcp.it/) Autorità per la vigilanza sui Contratti pubblici

[www.consip.it/](http://www.consip.it/) Consip S.p.A.

[www.planpublicprocurement.org/main/](http://www.planpublicprocurement.org/main/) Procurement law academic network

[www.contrats-publics.net/inhalte/home.asp/](http://www.contrats-publics.net/inhalte/home.asp/) Public contracts in legal globalization