

Defence procurement di materiali militari e concorrenza tra diritto comunitario e nazionale (*)

ABSTRACT: *Lo scritto ricostruisce il quadro giuridico, nazionale ed europeo, che disciplina le forniture di materiali bellici, analizzando i problemi per la concorrenza posti dall'eccezione di sicurezza nazionale, di cui all'art. 346 TFUE, soffermandosi sul regime dei beni a doppio uso e sulla controversa prassi delle compensazioni industriali. Sono, quindi, illustrati sia il «Pacchetto difesa» varato dalla Commissione europea nel 2009, con le relative misure nazionali di attuazione, sia le persistenti e non superabili criticità per l'integrazione europea in questa materia ascrivibili all'esercizio del potere estero dello Stato. Da tali premesse si trae la conclusione che, nonostante gli sforzi profusi dalla Commissione europea, in mancanza di una riforma del Trattato e di una vera integrazione militare tra gli Stati dell'Unione, non possa stabilirsi un mercato europeo dei materiali militari libero e concorrenziale.*

The paper analyzes national and EU defence procurement law and focuses on article 346 of the Treaty on the functioning of the European Union (National security exemption), which provisions are able to affect the principle of free competition. The paper consequently deals with the problems of the condition of dual use goods and the offset clauses used in international trade in arms, munitions and other war materials. It also describes, on one hand, the EU Commission 2009 Defence Pack and the Italian enforcement measures, on the other hand, the persistent and difficult to overcome criticalities deriving from State treaty making power. As a result, despite all efforts made by the EU Commission, a real internal market of warlike goods will not be possible, if the Treaty on the functioning of the European Union is not amended.

INDICE: – 1. Introduzione: le caratteristiche peculiari del mercato dei prodotti per la difesa. – 2. La tutela della concorrenza nelle pubbliche forniture e l'eccezione di sicurezza nazionale di cui all'art. 346 TFUE: a) presupposti e limiti; b) beni a «doppio uso» (c.d. *dual use*) e «compensazioni industriali» (c.d. *offsets*). – 3. Il «Pacchetto difesa» della Commissione: a) introduzione; b) la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2009/43/CE del 6 maggio 2009; c) la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2009/81/CE del 13 luglio 2009. – 4. Forniture di armamenti e potere estero dello Stato. - 5. Conclusioni e prospettive del mercato comune dei prodotti per la difesa.

1. Introduzione: le caratteristiche peculiari del mercato dei prodotti per la difesa.

1.1 In un Paese dalla solida base industriale militare come l'Italia, le forniture di materiali d'armamento sono un tema della massima importanza e sensibilità, specialmente all'indomani della ratifica, con la l. 4 ottobre 2013 n. 118, del Trattato sul commercio di armi convenzionali, adottato a New York dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 2 aprile 2013¹.

Premesso che i «clienti» di questo tipo di transazioni sono normalmente gli Stati, o al più le loro organizzazioni internazionali, ci soffermeremo sui principali problemi del *defence procurement* nell'ambito dell'Unione europea, intendendosi con questa espressione le procedure di approvvigionamento e di gestione dei programmi di acquisizione dei beni, servizi e lavori necessari all'operatività delle forze armate². In particolare, l'amministrazione della difesa, per soddisfare le proprie esigenze, può procedere sia alla loro produzione diretta (c.d. *make*), sia all'acquisto sul mercato (c.d. *buy*)³. Detti beni, servizi e lavori, poi, possono essere o «civili» o «per la difesa», rientrando in quest'ultima categoria tanto quelli prettamente

(*) **Lo scritto riprende, con marginali modifiche e integrazioni, il testo dell'omonima relazione svolta al convegno di studi «Appalti pubblici e concessioni nel nuovo diritto europeo», svoltosi in Roma, presso la sede del T.A.R. del Lazio, il 26 marzo 2014.**

¹ V. N. RONZITTI (a cura di), *Il trattato internazionale sul commercio di armi*, in *Note oss. pol. internaz.*, 2013, 42, p. 1 ss., il quale ricorda il precedente della Convenzione di Ginevra sul controllo del commercio internazionale delle armi, munizioni e dei materiali da guerra del 17 giugno 1925, mai entrata in vigore. L'art. 2 del Trattato di New York individua le seguenti categorie di «armi convenzionali»: carri armati; autoveicoli corazzati da combattimento; sistemi di artiglieria di grosso calibro; aerei da combattimento; elicotteri d'assalto; navi da guerra; missili e lanciatori di missili; armi leggere e di piccolo calibro. L'inclusione di queste ultime è particolarmente importante perché si tratta delle armi che causano il maggior numero di vittime civili e che, in precedenza, erano oggetto di disciplina soltanto nell'ambito della Convenzione e dei Protocolli ONU contro il crimine organizzato transazionale del 15 novembre 2000 e del 31 maggio 2001 (in particolare, nel quadro del Protocollo contro la fabbricazione e il traffico illeciti di armi da fuoco, loro parti e componenti e munizioni), ratificati dall'Italia con l. 16 marzo 2006 n. 146.

² N. DI LENNA, *La direttiva europea sul procurement della difesa*, in *Quaderni IAI*, 2009, 33, p. 12.

³ S. MEZZIO, *Nuove forme di procurement per la difesa*, in *Quaderni IAI*, 2005, 24, p. 5.

militari (c.d. *warlike* o *hard defence*) quanto quelli a doppio uso o strategici (c.d. *dual-use* o *soft defence*)⁴. Il *procurement* di armamenti, infine, può riguardare sia sistemi nuovi, cioè non in commercio o in uso, sia prodotti già esistenti e disponibili in tempi rapidi (c.d. acquisto *off the shelf*), risparmiando sui costi di sviluppo ma sacrificando opportunità di crescita per il sistema produttivo⁵.

Il mercato dei materiali bellici propriamente detti è caratterizzato da una struttura peculiare che si connota per l'esistenza di: barriere all'entrata, dovute agli ingenti costi di ricerca e sviluppo; difficoltà di conseguimento di economie di scala, a causa delle ridotte dimensioni produttive; monopsonio e monopolio/oligopolio statale; asimmetrie informative tra acquirente e fornitore; difficoltà di sviluppare i meccanismi concorrenziali⁶. I programmi di sviluppo di sistemi d'arma contemporanei incorporano, inoltre, un'elevata aliquota di alta tecnologia, che ha spesso positive ricadute in settori civili, come l'elettronica, l'informatica e la telematica, i trasporti, le biotecnologie e le nanotecnologie, l'osservazione della Terra⁷. Ciò li rende assai costosi e complessi, con forti rischi d'insuccesso e volumi produttivi limitati, giustificando il ruolo preponderante degli Stati come a un tempo regolatori, clienti, imprenditori e finanziatori di programmi di ricerca e sviluppo⁸.

La difesa rappresenta da sempre il cuore della sovranità e l'autosufficienza in campo militare, oltre che una necessità, è considerata questione di orgoglio e di prestigio nazionale, soprattutto dagli Stati che hanno una consistente industria bellica⁹. Il *procurement* di materiali militari, quindi, non può essere assimilato a quello di altri beni, giacché è sensibile non solo per la sicurezza di una Nazione ma anche per il suo sistema produttivo, in termini di occupazione, sviluppo tecnologico e peso politico.

Per queste ragioni gli acquisti di prodotti per la difesa sono orientati da considerazioni non solo economiche e tecnologiche, ma soprattutto politiche, dato che la possibilità di fabbricarli direttamente riveste carattere strategico per qualunque Stato¹⁰. Infatti, un'efficace preparazione militare presuppone che le fonti di approvvigionamento dei materiali d'armamento siano incondizionatamente garantite durante l'intero ciclo di vita di un sistema d'arma, dalla progettazione sino al ritiro dal servizio, in tempo di pace e di guerra; un periodo che può raggiungere anche i cinquanta anni¹¹. Ogni Stato, per garantire la sicurezza delle proprie forniture militari (c.d. *security of supply*), dispone di mezzi di pressione diretti o indiretti nei confronti delle industrie nazionali, ma non nei confronti di quelle di altri Paesi, rispetto alle quali non è configurabile alcun modo di «avocarne» in via autoritativa la gestione in caso di necessità¹². Conseguentemente, se riguardato in previsione di eventuali ostilità, l'abbandono di capacità produttive domestiche, con creazione di dipendenza

⁴ S. MEZZIO, *Nuove forme*, cit., p. 35; la nomenclatura di *hard defence* e *soft defence material* è di N. DI LENNA, *La direttiva europea*, cit., p. 20, nt. 22.

⁵ N. DI LENNA, *op. cit.*, p. 14; M. TRYBUS, *European Defence Procurement Law. International and National Procurement Systems as Models for a Liberalised Defence Procurement Market in Europe*, The Hague, 1999, p. 26; M. NONES, G. GASPARINI, A. MARRONE, *Il programma F-35 Joint Strike Fighter e l'Europa*, in *Quaderni IAI*, 2008, 31, p. 8.

⁶ S. MEZZIO, *op. cit.*, p. 5.; N. DI LENNA, *op. cit.*, p. 12.

⁷ V. Comunicazione della Commissione europea del 5 dicembre 2007 COM (2007) 764 def., p. 2, rintracciabile al link <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2007:0764:FIN:IT:PDF>. Sul tema: V.W. RUTTAN, *Is War Necessary for Economic Growth? Military Procurement and Technology Development*, Oxford, New York, 2006; G. SEGELL, *Essay on Civil-military Relations, Military-industrial relations, Weapon Procurement, and International Relations*, London, U.K., 1998.

⁸ Cfr. comunicazione della Commissione europea «Verso una politica comunitaria in materia di attrezzature militari» COM (2003) 113 def. del 13 marzo 2003, p. 8, che è liberamente consultabile al link <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2003:0113:FIN:it:PDF>; Libro Verde della Commissione europea «Gli appalti pubblici della difesa» COM (2004) 608 def. del 23 settembre 2004, p. 4 ss., reperibile al link http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/it/com/2004/com2004_0608it01.pdf; 2007 COM (2007) 764 def., cit., p. 3.

⁹ N. DI LENNA, *op. cit.*, p. 13.

¹⁰ Cfr. Libro Verde COM (2004) 608 def., *loc. cit.*

¹¹ V. Libro Verde COM, *loc. cit.* Il ciclo di vita di un'arma prevede: ricerca e sviluppo, sperimentazione, industrializzazione, produzione, riparazione, modernizzazione, modifica, logistica, ritiro e smaltimento.

¹² M. NONES, S. DI PAOLA, S. RUGGERI, *Il processo di integrazione del mercato e dell'industria della difesa in Europa*, in *Quaderni IAI*, 2003, 17, p. 22. Per la realtà italiana si pensi all'art. 43 Cost. sulla nazionalizzazione delle imprese o categorie di imprese «che abbiano carattere di preminente interesse generale». Secondo D. KEOHANE (edited by), *Towards a European Defence Market*, Paris, 2008, p. 16, la «sicurezza degli approvvigionamenti» indica la capacità di un attore (economico) a garantire la fornitura di articoli o servizi della difesa necessari per soddisfare gli impegni presi con l'attore statale (o con un altro attore privato nel caso di un subappalto).

dall'estero, è una possibile criticità e analogamente è a dirsi sotto il profilo della sicurezza delle informazioni.

In definitiva, risulta chiaro perché i mercati degli armamenti, anche in ambito intracomunitario, sono stati sempre gestiti in modo protezionistico e autarchico, con una forte riluttanza ad accettare la dipendenza da fornitori stranieri, ostacolandone i relativi produttori e disciplinando l'interscambio tra Stati membri nello stesso modo delle esportazioni verso Paesi terzi¹³. A ciò si aggiunga che gli Stati europei, per quanto uniti da grandi affinità, percepiscono le minacce esterne in modo non del tutto coincidente e mantengono priorità strategiche differenti, sol che si consideri che tra essi vi sono anche Potenze nucleari¹⁴.

Questo atteggiamento di tendenziale chiusura è stato temperato da forme di cooperazione mediante accordi intergovernativi o interministeriali *ad hoc*, nei quali trova spazio il principio del «giusto ritorno» sugli investimenti che, come vedremo in tema di «compensazioni industriali», limita l'apertura di una commessa ai soli Stati partecipanti, ripartendone la produzione secondo criteri di politica industriale¹⁵.

1.2 Il mercato europeo degli armamenti è stato profondamente modificato dalla conclusione della guerra fredda e dal radicale mutamento dello scenario di sicurezza internazionale¹⁶. Infatti, il precedente sistema bloccato, caratterizzato da una minaccia massiccia e unidirezionale, ha lasciato spazio a un contesto più dinamico, con rischi multidirezionali e multidimensionali, che richiede capacità militari sempre più basate sull'infrastruttura di comando, controllo, comunicazione e informazione, sul trasporto strategico e sulla sopravvivenza in scenari di rischio nucleare, biologico, chimico e radiologico¹⁷. La riorganizzazione delle forze armate europee si è tradotta in una contrazione della domanda di armamenti tradizionali e nella ristrutturazione di quelle industriali utili a supportarla, inducendo gli Stati a una maggior cooperazione, portata perlopiù avanti extra UE dai soli Paesi aventi un solido comparto industriale militare, e cioè tendenzialmente Francia, Germania, Regno Unito, Italia, Spagna e Svezia.

Al riguardo, può citarsi, in primo luogo, il *Western European Armaments Group* (WEAG) del 1992, evolutosi nel 1996 nella *Western European Armaments Organisation* (WEAO), organismo sussidiario dell'UEO costituito da 13 Stati europei membri della NATO. Le sue finalità erano accrescere la standardizzazione, l'interoperabilità, la cooperazione logistica e addestrativa, sviluppare una valida base industriale e tecnologica militare e allocare meglio i fondi per ricerca, sviluppo e acquisizioni¹⁸.

Parallelamente al WEAG-WEAO, con l'Accordo di Strasburgo del 12 novembre 1996, poi versato nella Convenzione di Farnborough del 9 settembre 1998, Francia, Germania, Regno Unito, Italia, Belgio e Spagna hanno fondato l'*Organisation Conjointe de Coopération en matière d'Armement* (OCCAR)¹⁹. Al nuovo soggetto è stata assegnata la gestione di programmi di cooperazione attuali o futuri, anche nazionali, per conseguire economie di scala e gestire in modo più efficiente lo sviluppo e il supporto dei sistemi d'arma²⁰.

A *latere* dell'OCCAR, i primi ministri francese, tedesco e inglese hanno convenuto, con una dichiarazione congiunta del 9 dicembre 1997, l'urgenza di ristrutturare la propria industria aerospaziale, elettronica e della difesa; a questi governi si sono aggiunti il 20 aprile 1998 quello italiano e spagnolo. Il 6 luglio 1998, Francia, Regno Unito, Germania, Italia, Spagna e Svezia hanno sottoscritto tra loro una Lettera d'intenti (*Letter of*

¹³ M. NONES, S. DI PAOLA, S. RUGGERI, *Il processo di integrazione, cit.*, p. 27.

¹⁴ N. DI LENNA, *op. cit.*, p. 43.

¹⁵ Cfr. Libro Verde *cit.*, p. 4. Sulla cooperazione internazionale nello sviluppo di sistemi d'arma e sulle sue problematiche: S.G. DI DOMENICO, *International Armament Cooperative Programs: Benefits, Liabilities, and Self-inflicted Wounds - The JSF as a Case Study*, Montgomery, AL, 2006, e di M. LORELL, J. LOWELL, *Pros and Cons of International Weapons Procurement Collaboration*, Santa Monica, CA, 1995; J. F. MISKEL, *Buying trouble? National security and reliance on foreign industry*, Lanham, MD, 1993.

¹⁶ Sui mercati europei di armi v. la monografia di A. PIETROBON, *I mercati delle armi in Europa. Una sfida al diritto dell'Unione*, Padova, 2009.

¹⁷ M. NONES, S. DI PAOLA, S. RUGGERI, *op. cit.*, p. 5.

¹⁸ M. NONES, S. DI PAOLA, S. RUGGERI, *op. cit.*, p. 14.

¹⁹ L'Italia ha ratificato e dato esecuzione alla Convenzione OCCAR con la l. 15 novembre 2000 n. 348

²⁰ M. NONES, S. DI PAOLA, S. RUGGERI, *Il processo di integrazione, cit.*, p. 15 ss., che ricorda anche le ulteriori funzioni dell'OCCAR: l'elaborazione di specifiche tecniche comuni; il coordinamento e la pianificazione di attività congiunte di ricerca; il coordinamento delle scelte nazionali relative alla base industriale e alle tecnologie comuni, oltre che degli investimenti e della sperimentazione. Gli A. sottolineano pure come nell'allegato III della convenzione OCCAR viene abbandonato il principio del «giusto ritorno», tipico delle compensazioni, in favore del *global balance*, per cui ogni Stato deve ricevere un volume di commesse corrispondente circa al proprio contributo finanziario.

Intent – LoI) per individuare le misure necessarie a integrare i rispettivi mercati della difesa e superare gli ostacoli esistenti in materia di sicurezza degli approvvigionamenti e delle informazioni, esportazioni, ricerca e sviluppo e armonizzazione requisiti militari. La LoI è stata integrata il 27 luglio 2000 da un Accordo quadro sulle misure per facilitare la ristrutturazione e il funzionamento dell'industria europea della difesa (*Framework Agreement – FA*)²¹. Il sistema LoI-FA non ha, tuttavia, inteso creare un mercato unico degli armamenti né una politica di esportazione comune, ma soltanto uno strumento d'integrazione transnazionale delle rispettive industrie militari. Un contesto retto da principi di unanimità e segretezza, riservato ai soli Stati aderenti che hanno accettato l'idea dell'interdipendenza reciproca e dell'eventuale rinuncia a capacità produttive, acconsentendo alla delocalizzazione di attività strategiche e definendone una gestione comune²².

Se la cooperazione intergovernativa è stata molto attiva, anche le istituzioni europee hanno promosso delle iniziative in questo settore; tuttavia, sino alle direttive del Parlamento europeo e del Consiglio 2009/43/CE del 6 maggio 2009 e 2009/81/CE del 13 luglio 2009, queste sono state piuttosto deboli, a causa dell'ostacolo frapposto dall'art. 346 TFUE, e sono state affidate a semplici «comunicazioni» della Commissione²³.

Queste ultime, in particolare, sono strumenti dal contenuto più vario: «oltre a quelle informative, destinate in particolare ad alimentare il dialogo tra istituzioni su temi e materie in cui si prefigura l'adozione di veri e propri atti normativi, notevole rilievo rivestono le comunicazioni [...] interpretative, volte cioè a far conoscere agli Stati ed agli operatori i diritti e gli obblighi ad essi derivanti dal diritto comunitario, in particolare alla luce degli sviluppi giurisprudenziali registratisi nel settore di cui si tratta»²⁴. In particolare, le comunicazioni «interpretative» della Commissione non hanno di per sé il valore vincolante degli atti formali di diritto derivato, ma sono «fonti culturali di diritto» e assolvono una funzione orientativa nell'ambito di un obiettivo di armonizzazione²⁵. La Commissione, infatti, non può esercitare nei riguardi delle amministrazioni dei Paesi membri poteri d'avocazione, sostituzione, annullamento o revoca ed esprime una più sfumata funzione d'indirizzo e coordinamento attraverso questi atti atipici che, pur non vincolanti *de jure* per i corpi amministrativi nazionali, dicasteriali o indipendenti, finiscono con l'esserlo *de facto*²⁶.

Il Consiglio ha, poi, istituito un'Agenzia europea per la difesa (AED) con l'azione comune 2004/551/PESC del 12 luglio 2004, modificata dall'azione comune 2008/299/PESC del 7 aprile 2008, con lo scopo di aiutare

²¹ M. NONES, S. DI PAOLA, S. RUGGERI, *op. cit.*, p. 22. L'Italia ha ratificato e dato esecuzione all'Accordo quadro con la l. 17 giugno 2003 n. 148.

²² M. NONES, S. DI PAOLA, S. RUGGERI, *op. loc. cit.*

²³ La direttiva 2009/43/CE del 6 maggio 2009 semplifica le modalità e le condizioni dei trasferimenti all'interno delle Comunità di prodotti per la difesa; la direttiva 2009/81/CE del 13 luglio 2009 coordina le procedure per l'aggiudicazione di taluni appalti di lavori, di forniture e di servizi nei settori della difesa e della sicurezza da parte delle amministrazioni aggiudicatrici/degli enti aggiudicatori, e reca modifica delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE; l'art. 346 TFUE prevede che «1. [...] a) nessuno Stato membro è tenuto a fornire informazioni la cui divulgazione sia dallo stesso considerata contraria agli interessi essenziali della propria sicurezza, b) ogni Stato membro può adottare le misure che ritenga necessarie alla tutela degli interessi essenziali della propria sicurezza e che si riferiscano alla produzione o al commercio di armi, munizioni e materiale bellico; tali misure non devono alterare le condizioni di concorrenza nel mercato comune per quanto riguarda i prodotti che non siano destinati a fini specificamente militari. 2. Il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione, può apportare modificazioni all'elenco, stabilito il 15 aprile 1958, dei prodotti cui si applicano le disposizioni del paragrafo 1, lettera b)».

²⁴ Così G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 1995, p. 101-102. Rileva, poi, L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea: Sistema istituzionale, Ordinamento, Tutela giurisdizionale, Competenze*, Giuffrè, 2007, p.151-152, che le comunicazioni più frequentemente utilizzate sono quelle «decisorie», relative a settori in cui dispone di un potere di decisione anche discrezionale (es. concorrenza e aiuti di Stato), per orientare i comportamenti di Stati o imprese.

²⁵ C. SGUBIN, *I principi del diritto comunitario tra procedimento amministrativo, attività di diritto privato della p.a. ed effettività della tutela giurisdizionale della p.a.*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2010, 1, p. 320 ss.; M. ANTONIOLI, *Comunicazioni della Commissione europea e atti amministrativi nazionali*, Milano, 2000, pp. 183, 344 ss. e *passim*, che accosta, sul piano qualificatorio, le comunicazioni ai pareri; R. SANTAGATA, *I "gruppi paritetici" nella disciplina antimonopolistica*, in *Riv. soc.*, 2003, 1, p. 254 ss.; E. PICOZZA, *Il diritto pubblico dell'economia nella prospettiva dell'integrazione europea*, Roma, 1996; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992; E. MOAVERO MILANESI, *Il nuovo regolamento CEE sul controllo delle concentrazioni fra imprese*, in *Riv. soc.*, 1990, p. 1153 ss., a p. 1189. In giurisprudenza v. Corte CE, 16 giugno 1993, causa C-325/91, in *Racc.*, p. I-3283.

²⁶ R. MANFRELOTTO, *L'amministrazione europea: l'evolversi di un modello*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2005, 3-4, p. 1179 ss., il quale conclude che le comunicazioni svolgono il ruolo di circoscrivere la discrezionalità delle amministrazioni nazionali, operando in modo simile alle circolari e contribuendo al raggiungimento degli obiettivi di armonizzazione che, non esaurendosi nella produzione delle fonti, necessita di un coordinamento anche amministrativo.

«[...] gli Stati membri nello sforzo di migliorare le capacità di difesa dell'UE nel settore della gestione delle crisi e di sostenere la PESD nel suo assetto attuale e in quello futuro»²⁷. Le missioni dell'Agenzia sono oggi disciplinate dagli artt. 42, par. 3, e 45 TUE, che le individuano nel: a) contribuire a individuare gli obiettivi di capacità militari degli Stati membri e a valutare il rispetto degli impegni in materia di capacità assunti dagli Stati membri; b) promuovere l'armonizzazione delle esigenze operative e l'adozione di metodi di acquisizione efficienti e compatibili; c) proporre progetti multilaterali per il conseguimento di obiettivi in termini di capacità militari, assicurare il coordinamento dei programmi attuati dagli Stati membri e la gestione di programmi specifici; d) sostenere la ricerca nel settore della tecnologia della difesa, coordinare e pianificare attività di ricerca congiunte e studi per delineare le soluzioni tecniche che rispondono alle esigenze operative future; e) contribuire a individuare qualsiasi misura utile per potenziare la base industriale e tecnologica della difesa e per migliorare l'efficacia delle spese militari²⁸.

In definitiva, fino all'entrata in vigore delle direttive 2009/43/CE e 2009/81/CE, il mercato europeo della difesa, frammentato su base nazionale, OCCAR e LoI-FA, è rimasto escluso dalle regole e dalle procedure comuni che disciplinano il mercato interno e ne garantiscono la concorrenza²⁹. Questa situazione era dovuta, in parte, al fatto che le direttive sugli appalti pubblici del 2004 non fornivano adeguata protezione delle informazioni sensibili e non offrivano garanzie sufficienti in materia di sicurezza dell'approvvigionamento³⁰. In altra parte, era riconducibile alla volontà degli Stati di favorire le industrie nazionali degli armamenti, sfruttando la possibilità di non applicare le norme comunitarie, consentita dall'art. 346 TFUE³¹.

1.3 Ciò premesso sui mercati dei prodotti per la difesa e sul contesto europeo, ci soffermeremo sulla c.d. «eccezione di sicurezza nazionale», di cui all'art. 346 cit., utile a giustificare la disapplicazione, da parte di uno Stato membro, delle norme a tutela della concorrenza, tra cui quelle in materia di appalti pubblici. In tale ambito, saranno affrontate le principali questioni sollevate dalla citata disposizione e concernenti il regime dei beni a doppio uso e le compensazioni industriali, assai diffuse nel commercio internazionale di armamenti. Saranno, quindi, esaminate le direttive 2009/43/CE e 2009/81/CE e i relativi decreti legislativi di recepimento, e le principali eccezioni alla loro applicazione, perlopiù riconducibili all'esercizio del potere estero, per tracciare delle conclusioni e delineare le prospettive future del settore in Europa.

2. La tutela della concorrenza nelle pubbliche forniture e l'eccezione di sicurezza nazionale di cui all'art. 346 TFUE: a) presupposti e limiti.

2.1 Lo stretto legame, a livello comunitario, tra concorrenza e disciplina dei contratti pubblici è un corollario del fatto che il confronto competitivo tra operatori garantisce l'ordinato funzionamento del mercato come libero incontro tra domanda e offerta e il miglior rapporto qualità-prezzo, favorendo così innovazione tecnologica e sviluppo delle forze produttive³². Nella sua fondamentale importanza, il concetto di concorrenza sconta, tuttavia, l'assenza di una definizione unitaria, essendo l'individuazione del suo

²⁷ Secondo l'azione comune 2004/551/PESC del Consiglio del 12 luglio 2004, l'Agenzia opera per: sviluppare le capacità di gestione delle crisi; promuovere e rafforzare la cooperazione nel settore degli armamenti; rafforzare la base industriale e tecnologica della difesa e creare un mercato comune dei materiali di difesa competitivo sul piano internazionale; potenziare l'efficacia della ricerca e della tecnologia nel settore.

²⁸ Sull'Agenzia europea della difesa v. F.C. CHANG, *European Defence Agency - Motor of Strengthening the EU's Military Capabilities?*, in *Europ. Foreign Affairs Rev.*, 2011, p. 59 ss. e p. 77 ss.; v. anche: L. CHAPPELL, P. PETROV, *The European Defence Agency and Permanent Structured Cooperation: Are We Heading Towards Another Missed Opportunity*, in *Defence Studies*, 2012, p. 44 ss. e p. 57 s.; S. BISCOP, J. COELMONT, *Permanent Structured Cooperation for Effective European Armed Forces*, in *Security Policy Brief*, March 2010; ID., *Permanent Structured Cooperation In Defence of the Obvious*, *ibidem*, June 2010; J. BÁTORA, *European Defence Agency: A Flashpoint of Institutional Logics*, in *West Europ. Politics*, 2009, p. 1075 ss., p. 1084 ss. S. BISCOP, *Permanent Structured Cooperation and the Future of the ESDP: Transformation and Integration*, in *Europ. Foreign Affairs Rev.*, 2008, p. 431 ss.

²⁹ N. DI LENNA, *op. cit.*, p. 5.

³⁰ Si tratta delle direttive del Parlamento europeo e del Consiglio 2004/17/CE e 2004/18/CE, entrambe del 31 marzo 2004, cui l'Italia ha dato attuazione con il d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163. In tema di contratti pubblici, sono recentemente intervenute anche le direttive del Parlamento europeo e del Consiglio 2014/23/UE e 2014/24/UE, entrambe del 26 febbraio 2014, la prima sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, la seconda concernente gli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE cit.

³¹ N. DI LENNA, *op. loc. cit.*

³² R. CAVALLO PERIN, G.M. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2010, 2, p. 325 ss.

significato legata alle non univoche acquisizioni della scienza economica, che rendono dubbia la portata stessa del valore che costituisce il fulcro dell'integrazione europea³³.

Nelle pubbliche forniture, la normativa europea sulla concorrenza si rivolge anzitutto alla protezione delle posizioni soggettive delle imprese, accordando così a quella dell'amministrazione una tutela soltanto riflessa rispetto al corretto funzionamento del mercato³⁴. Prima dell'avvento delle direttive sugli appalti, invece, l'idea della competizione era sì propria della disciplina nazionale sui contratti pubblici, ma si riteneva che le norme sulle gare prendessero in considerazione solo l'interesse finanziario dell'amministrazione alla minore o migliore spendita del pubblico denaro e non quello dei concorrenti³⁵. Con l'evoluzione del diritto comunitario derivato, invece, nelle procedure a evidenza pubblica il principale oggetto di garanzia è diventato «la libera circolazione dei beni e dei servizi e il gioco concorrenziale in ambito europeo», da cui deriva anche un'adeguata protezione dell'interesse pubblico «finanziario e amministrativo» perché, come detto, la concorrenza mantiene bassi i prezzi dei contratti e aumenta la qualità delle prestazioni offerte³⁶.

Se tale è, dunque, la relazione tra pubbliche gare e concorrenza, occorre particolare cautela nel ricostruire i presupposti e i limiti del potere di derogare, in nome della sicurezza nazionale, alle norme comunitarie dettate in materia di appalti cui è dedicato l'art. 346 TFUE, che ha riprodotto senza modifiche l'art. 296 TCE, il quale, a sua volta, ha ripreso l'art. 223 TCEE³⁷. Tra l'altro, l'attenzione per le problematiche della

³³ A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007, pp. 1-3. In merito al concetto di concorrenza, si rinvia alle opere di: A. SMITH, *An Inquiry onto the Nature and Causes of the Wealth of the Nations (1776)*, trad. it. *La ricchezza delle nazioni*, Torino, 1987; W. EUCKEN, *Die Grundlegend der Nationalökonomie*, Jena, 1940; ID., *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, Berna, 1952; J.M. CLARK, *Towards a Concept of Workable Competition*, in *Am. Econ. Rev.*, XXX, 2, 1940, p. 241 ss. Inoltre, quanto all'eziologia del fenomeno del mercato, secondo taluni (N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998), esso nascerebbe in modo naturale dal basso e il diritto lo rincorrerebbe per dargli un ordine, secondo altri (G. ROSSI, *Il conflitto epidemico*, Milano, 2003 e ID., *Il gioco delle regole*, Milano, 2006), invece, il mercato si identificerebbe proprio col suo statuto giuridico artificialmente creato.

³⁴ A. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili sono diritti soggettivi*, in *Dir. amm.*, 1998, p. 1 ss. e ID., *Sono risarcibili; ma perché devono essere interessi legittimi*, nota a Cass. 22 luglio 1999 n. 500, in *Foro it.*, 1999, I, 3222. Sul punto, v. anche: D. CASALINI, *Il recepimento nazionale del diritto europeo dei contratti pubblici tra autonomia regionale ed esigenze nazionali di «tutela dell'unità giuridica ed economica» dell'ordinamento*, in *Foro amm. CdS*, 2009, p. 1215 ss.; F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa*, Padova, 2000, p. 2; G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale delle pubbliche amministrazioni nella stipulazione dei contratti pubblici*, in Atti dell'incontro di studio «Conclusioni del contratto preliminare e responsabilità precontrattuale», Roma, 19-21 gennaio 2009; ID., *La responsabilità della pubblica amministrazione e il risarcimento del danno*, in R. GAROFOLI, G.M. RACCA, M. DE PALMA (a cura di), *Responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, Milano, 2003, 40 ss.; ID., *La responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, 2000, 333.

³⁵ M. D'ALBERTI, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2008, 2, p. 297 ss. Per la risalente concezione «contabile» delle gare v. S. ROMANO, *Diritto amministrativo*, Milano, 1901, p. 533 e, più recentemente, M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, I, p. 677.

³⁶ Cfr. Corte cost. 23 novembre 2007 n. 401, in *Giur. cost.*, 2007, 6, 4447 e in *Foro amm. CdS*, 2007, 11, 3026. Nello stesso senso si muovono anche: Corte cost. 20 marzo 2013 n. 46, in *Foro amm. CdS*, 2013, 9, 2285, 7 dicembre 2011 n. 328, in *Giur. cost.*, 2011, 6, 4523, 10 giugno 2011 n. 184, in *Dir. & giust. online*, 2011, 30 luglio, 11 aprile 2011 n. 123, in *Foro amm. CdS*, 2011, 10, 3055, 7 aprile 2011 n. 114, in *Giur. cost.*, 2011, 2, 1565. *Contra* la posizione di F. TRIMARCHI BANFI, *Procedure concorrenziali e regole di concorrenza nel diritto dell'Unione e nella Costituzione (All'indomani della dichiarazione di illegittimità delle norme sulla gestione dei servizi pubblici economici)*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2012, 5, p. 723 ss., che rileva come la normativa comunitaria sugli appalti pubblici avrebbe come specifica finalità, più che le regole di concorrenza di cui agli artt. 81 ss. TFUE, la garanzia della non discriminazione delle imprese secondo la nazionalità, del diritto di stabilimento e della libertà di prestazione dei servizi, di cui agli artt. 18, 49 e 56 TFUE. Sul punto, v. anche Corte CE 10 novembre 1998, C-360/96, in <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61996CJ0360:IT:PDF>, per la quale «il coordinamento a livello comunitario delle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici di servizi è diretto ad eliminare gli ostacoli alla libera prestazione dei servizi ed a proteggere, quindi, gli interessi degli operatori economici stabiliti in uno Stato membro che intendano offrire beni o servizi alle amministrazioni aggiudicatrici stabilite in un altro Stato membro».

³⁷ L'art. 346 TFUE, il cui testo è già stato riportato alla nota n. 23, va, poi, coordinato con le disposizioni dei successivi artt. 347-348. In particolare, ai sensi dell'art. 347 TFUE «Gli Stati membri si consultano al fine di prendere di comune accordo le disposizioni necessarie ad evitare che il funzionamento del mercato interno abbia a risentire delle misure che uno Stato membro può essere indotto a prendere nell'eventualità di gravi agitazioni interne che turbino l'ordine pubblico, in caso di guerra o di grave tensione internazionale che costituisca una minaccia di guerra ovvero per far fronte agli impegni da esso assunti ai fini del mantenimento della pace e della sicurezza internazionale». Il successivo

sicurezza è un dato immanente all'intero ordinamento dell'Unione europea, non limitato alle «regole concorrenza» del titolo VII, capo I, TFUE. Al riguardo possono citarsi sia l'esenzione dalle norme sulla valutazione d'impatto ambientale (VIA), ove pregiudizievoli per le esigenze della difesa, sia la giurisprudenza sul Trattato CEEA per cui «l'assenza nel detto Trattato di qualsiasi deroga che fissi le modalità secondo le quali gli Stati membri sarebbero autorizzati ad invocare ed a proteggere tali interessi essenziali permette di concludere che le attività che rientrano nel settore militare sfuggono all'ambito di applicazione del Trattato»³⁸. Le necessità della sicurezza nazionale degli Stati membri possono, quindi, determinare fratture rispetto al funzionamento del mercato interno, collidendo con tutti gli istituti sulla promozione e la tutela della concorrenza, come il divieto di aiuti di Stato, le norme su concentrazioni e fusioni, accordi tra imprese e, per quanto d'interesse oggi, la disciplina sui contratti pubblici³⁹.

2.2 L'ampia latitudine del perimetro dell'art. 346 cit. deriva direttamente dalla sua collocazione tra le disposizioni finali del trattato, che ne estende la portata all'intero ordinamento dell'Unione e a qualsivoglia norma di diritto derivato possa rilevare per le sue finalità⁴⁰. Il par. 1 della disposizione in esame identifica due diverse «clausole di salvaguardia» che autorizzano gli Stati a disapplicare la disciplina a tutela della concorrenza sulla base di considerazioni di natura extra-economica⁴¹.

La prima fattispecie, rubricata alla lett. a), consente ai governi di non adempiere gli obblighi di leale cooperazione con la Commissione, di cui all'art. 4 TUE, al fine di tutelare le informazioni coperte da segreto e cioè che, se divulgate, potrebbero compromettere gli interessi essenziali della sicurezza, anche interna dello Stato membro, in un'accezione più estesa della sola difesa militare⁴². Infatti, l'ipotesi contemplata dalla lett. a), non contenendo alcun riferimento ai materiali d'armamento, ben può coprire anche gli appalti relativi ad attrezzature non aventi natura e fini puramente militari, come i beni a doppio uso⁴³.

art. 348 dispone che: «Quando delle misure adottate nei casi contemplati dagli articoli 346 e 347 abbiano per effetto di alterare le condizioni di concorrenza nel mercato interno, la Commissione esamina con lo Stato interessato le condizioni alle quali tali misure possono essere rese conformi alle norme sancite dai trattati. In deroga alla procedura di cui agli articoli 258 e 259, la Commissione o qualsiasi Stato membro può ricorrere direttamente alla Corte di giustizia, ove ritenga che un altro Stato membro faccia un uso abusivo dei poteri contemplati dagli articoli 346 e 347. La Corte di giustizia giudica a porte chiuse».

³⁸ R. BARATTA, *L'eccezione di sicurezza nazionale e i «defence procurement» nell'Unione europea*, in *Studi integr. eur.*, 2008, 1, p. 75, che, quanto al primo profilo, ricorda l'art. 1, par. 4, della direttiva 85/337/CEE del Consiglio, del 27 giugno 1985, concernente la valutazione dell'impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati; N. DI LENNA, *op. cit.*, p. 18. Quanto al secondo, cita Corte UE, 9 marzo 2006 C-65/04, in *Racc.*, 2006, p. I-2239 ss. e 12 aprile 2005 C-61/03, *ibidem*, 2005, p. I-2477 e ss.

³⁹ R. BARATTA, *L'eccezione di sicurezza nazionale*, *cit.*, p. 81-82; N. DI LENNA, *op. cit.*, p. 17.

⁴⁰ N. DI LENNA, *op. cit.*, p. 29.

⁴¹ F. SCIAUDONE, *Misure di salvaguardia nel settore della difesa e regole di concorrenza*, in *Dir. Un. eur.*, 3, 2000, p. 587 ss., per il quale solo gli Stati e non anche le imprese possono invocare l'art. 346 TFUE. Sull'eccezione di sicurezza nazionale v. anche: A. PIERINI, *Appalti nel settore della difesa: condizioni per l'esenzione dalle regole del mercato comune*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2012, 4, p. 1703 ss.; E. AALTO, *Interpretations of Article 296*, in D. KEOHANE (edited by), *Towards a European Defence Market*, *cit.*, 13 ss.; G. GASPARINI, *Il mercato europeo della difesa: normative e sviluppi*, Roma, 2005; R. MONACO, *L'art. 296 TCE e la regolamentazione dei mercati della difesa*, Roma, 2004; F. SCIAUDONE, *Misure di salvaguardia nel settore della difesa e regole di concorrenza*, in *Dir. Un. eur.*, 3, 2000, p. 587 ss.; J.M. GUÉHENNO, *La Commission européenne, adversaire ou alliée de l'industrie de défense européenne*, in *Rev. aff. eur.*, n. 433, novembre-dicembre 1999, p. 671; O. LHOEST, *La production et le commerce d'armes, et l'article 223 du traité instituant la Communauté européenne*, in *Rev. Belge Droit Int.*, 1993, 1, p. 176; J. VERHOEVEN, *Article 223*, in *Traité instituant la CEE, Commentaire article par article*, Paris, 1992, p. 1395 ss.; G. GORI, *sub art. 223*, in R. QUADRI, R. MONACO, A. TRABUCCHI, *Commentario al Trattato CEE*, Milano, 1965, p. 1626 ss.

⁴² R. BARATTA, *op. cit.*, p. 77; F. SCIAUDONE, *Misure di salvaguardia*, *loc. cit.*; N. DI LENNA, *op. cit.*, p. 22. Ai sensi dell'art. 4, comma 3, TUE, «In virtù del principio di leale cooperazione, l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai trattati. Gli Stati membri adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione. Gli Stati membri facilitano all'Unione l'adempimento dei suoi compiti e si astengono da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione».

⁴³ N. DI LENNA, *op. cit.*, p. 23. Sulla portata della prerogativa di cui alla lett. a) si sono profilati due diversi approcci: da un lato, si è ritenuto che lo Stato possa rifiutare solo le informazioni che ineriscono i prodotti contenuti nella lista individuata con la decisione del 1958 (G. GORI, *sub art. 223, cit.*, p. 1631); dall'altro, si è ritenuto che possano essere riservate tutte le informazioni che lo Stato membro valuti discrezionalmente come rilevanti per la propria sicurezza (D. CAMPBELL (a cura di), *The Law of the European Community*, Salzburg, 1998, 5, punto 6-216.80).

La seconda eccezione (c.d. *Military equipment exemption*), di cui alla lett. b), concerne, invece, l'introduzione delle «misure» nazionali ritenute necessarie alla tutela degli interessi essenziali della propria sicurezza in tema di produzione o commercio di «armi, munizioni e materiale bellico», come individuati dall'elenco approvato dal Consiglio con decisione del 15 aprile 1958, purché «non alterino le condizioni di concorrenza nel mercato comune per i prodotti non destinati a fini specificamente militari»⁴⁴. L'elenco in parola è stato redatto in un'epoca ormai risalente, non è stato mai aggiornato né integralmente pubblicato e solleva la questione della sua persistente attualità e della possibilità d'integrazione in via interpretativa, posto che la sola non inclusione di un bene in detta lista non pare sufficiente a comportarne la qualificazione come materiale non bellico⁴⁵. Detta possibilità, peraltro, sembra doversi ammettere anche sulla base del fatto che l'elenco prevede una categoria residuale intitolata «altri equipaggiamenti e materiali», che permette l'inserimento di prodotti originariamente non censiti e che priva l'enumerazione del carattere di tassatività⁴⁶. In ogni modo, la citata lett. b) comporta che le «misure» nazionali possono consistere nell'utilizzo di procedure d'appalto in tutto o in parte diverse da quelle individuate a livello comunitario⁴⁷.

Se tali sono le possibilità offerte dall'art. 346 cit., allora la difficoltà posta da detta disposizione consiste nella ricerca di un ragionevole equilibrio tra la protezione degli interessi essenziali della sicurezza nazionale e l'applicazione delle regole del mercato interno, affinché su di esso si realizzi un'effettiva concorrenza⁴⁸. Sul punto, fermo restando che esiste certamente un «nucleo intangibile» di potere statale in materia di sicurezza e difesa, ricostruibile come limite all'operatività degli obblighi comunitari, può controversarsi se l'art. 346 TFUE sottragga in radice l'intero settore della produzione e del commercio di materiali bellici al diritto comunitario, per ribadire la spettanza all'esclusiva sovranità statale, ovvero se lo ve lo includa comunque, salvo le eventuali deroghe puntualmente previste⁴⁹. Ove si acceda alla prima tesi, lo Stato membro potrebbe limitarsi a invocare l'eccezione di sicurezza nazionale per sottrarre unilateralmente una

⁴⁴ L'elenco di attrezzature concepite, sviluppate e prodotte a fini specificamente militari, adottato dal Consiglio con decisione 255/58 del 15 aprile 1958, si riferisce alle sole armi, munizioni e altri materiali bellici ivi enumerati, comprese non solo le armi convenzionali ma anche quelle concepite per l'uso dell'energia nucleare, chimiche, biologiche, le apparecchiature elettroniche e i *computer* militari, o altre attrezzature come il tessuto per fabbricare i paracadute e i macchinari per la purificazione dell'acqua. La lista deriva dalla *Munitions List* elaborata dal *Coordinating Committee for Multilateral Export Controls* (CoCom), la struttura creata dalle Potenze del blocco occidentale durante la guerra fredda per controllare le esportazioni di armi e tecnologie militari, che prevedeva un elenco di materiali d'armamento (la *Munitions List* per l'appunto) e una di beni a duplice uso (l'*Industrial List*), quest'ultima recepita nell'elenco comune di cui al reg. CE n. 1334/2000 del 22 giugno 2000, che istituisce un regime comunitario di controllo delle esportazioni di prodotti e tecnologie a duplice uso. Sul CoCom v. M. MASTANDUNO, *Economic containment: CoCom and the politics of East-West trade*, Ithaca, N.Y., 1992. L'elenco del Consiglio è stato lungamente sottratto al pubblico dominio e nella 285ª riunione del Comitato dei rappresentanti permanenti degli Stati membri (Coreper) del 17-19 luglio 1963 si decise che esso, pur continuando a restare riservato, potesse essere richiesto al proprio governo da coloro che vi avessero un valido interesse (Cfr. F. SCIAUDONE, sub Art. 296, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004, p. 1315 ss.). In ogni modo, l'elenco è stato pubblicato per estratto nella Gazzetta ufficiale delle Comunità europee C 364 E del 20 dicembre 2001, p. 85-86, e nel documento del Consiglio n. 14538/4/08 del 26 novembre 2008, che può essere consultato nella sua versione in lingua inglese al link: <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&t=PDF&gc=true&sc=false&f=ST%2014538%202008%20REV%204&r=http%3A%2F%2Fregister.consilium.europa.eu%2Fpd%2Fen%2F08%2Fst14%2Fst14538-re04.en08.pdf>. Si segnala che l'enumerazione in discorso non è l'unica esistente per i materiali d'armamento nel diritto comunitario, dovendosi sul punto ricordare l'«Elenco comune delle attrezzature militari dell'Unione europea», da ultimo aggiornato dal Consiglio il 27 febbraio 2012, che concerne le attrezzature contemplate dalla posizione comune 2008/944/PESC del Consiglio, dell'8 dicembre 2008, che definisce norme comuni per il controllo delle esportazioni di tecnologia e attrezzature militari. L'elenco di sistemi d'arma ed altri materiali da ultimo citato è consultabile al link: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2012:085:0001:0036:IT:PDF>.

⁴⁵ N. DI LENNA, *op. cit.*, p. 24; R. BARATTA, *op. cit.*, p. 79 ss., il quale esprime pure l'avviso che, nella logica originaria del 1958, l'inclusione nella lista di un certo bene equivaleva a «una sorta di presunzione *iuris et de iure* di per sé esclusiva dell'applicazione della normativa comunitaria». In linea con quanto osservato da N. DI LENNA, *op. cit.*, p. 27, non sembra potersi dubitare del valore giuridico della decisione del 1958, essendo a tal fine indifferente il dato della pubblicazione, posto che le decisioni non adottate in base al procedimento di co-decisione entrano in vigore con la notificazione ai loro destinatari e non con la pubblicazione in Gazzetta ufficiale.

⁴⁶ N. DI LENNA, *op. cit.*, p. 27; K. EIKENBERG, *Article 296 (ex 223) E.C. and External Trade in Strategic Goods*, in *Eur. Law Rev.*, 2000, 25, p. 128-129.

⁴⁷ S. MEZZIO, *op. cit.*, p. 7.

⁴⁸ R. BARATTA, *op. cit.*, p. 77; N. DI LENNA, *op. cit.*, p. 22 e 32.

⁴⁹ R. BARATTA, *op. cit.*, p. 82, 87 e 91; N. DI LENNA, *op. cit.*, p. 32.

data fattispecie al diritto comunitario; nel secondo caso, invece, le norme europee in tema di concorrenza sarebbero presuntivamente applicabili, salvo che lo Stato non dimostri che, in concreto, ciò rappresenta un rischio per gli interessi essenziali della propria sicurezza⁵⁰.

Questa seconda impostazione è quella seguita dalle istituzioni comunitarie e vede nell'art. 346 TFUE una norma attributiva di due specifici poteri discrezionali, ampi ma non illimitati: quello di non divulgare informazioni pregiudizievoli e quello di adottare tutte le misure necessarie a proteggere i più volte citati gli interessi essenziali, limitatamente ai soli beni indicati e a condizione che ciò non influisca sui mercati di altri prodotti non aventi finalità prettamente militari⁵¹. In quest'ordine d'idee, l'acquisto di materiali d'armamento è sottoposto in linea di principio al diritto comunitario e la riconciliazione tra l'interesse dello Stato e quello dell'Unione non può essere ricercata a priori nell'astratta prevalenza dell'uno o dell'altro, ma va stabilita caso per caso, in relazione alle circostanze contingenti. Tutto ciò nella convinzione che la massima apertura del settore alla concorrenza sarebbe assai vantaggiosa per gli stessi Stati, che potrebbero ottimizzare le scarse risorse disponibili per il *procurement* militare, oltre che per l'Unione, rafforzandone la base industriale e tecnologica, senza la quale nemmeno la politica di sicurezza e difesa comune (PESD) è credibile.

2.3 Al pari di ogni altra eccezione ai principi fondanti dell'Unione, la possibilità di derogare alle norme sulla concorrenza, e segnatamente sugli appalti, comporta il rischio che gli Stati possano abusare di questa facoltà per coltivare politiche protezionistiche, specialmente di fronte a un concetto indeterminato qual è quello di «sicurezza nazionale». Infatti, l'identificazione degli interessi essenziali della sicurezza è operazione avente natura squisitamente politica, non può essere cristallizzata in formule predeterminate e assume contorni mobili e funzionali⁵². Partendo dal presupposto che tutti i beni utilizzati a fini di difesa sono posti al servizio dei predetti interessi essenziali, gli Stati sono stati propensi a interpretare in modo indulgente la lett. b) citata come una deroga applicabile in modo generale ed automatico, escludendo così a priori tutti i materiali *hard defence* dalla soggezione alle norme del trattato⁵³.

Per queste ragioni, la Commissione, in data 7 dicembre 2006, ha emanato una comunicazione interpretativa sulle modalità applicative dell'art. 346 TFUE agli appalti pubblici della difesa banditi dagli Stati membri sul mercato comune⁵⁴. Con l'occasione, la Commissione ha definitivamente respinto la tesi della sicurezza nazionale come oggetto di un dominio riservato degli Stati, escludendo che la relativa eccezione sia una riserva generale e automatica e affermando al contempo che la sua applicazione è valutabile dalle istituzioni preposte al controllo sull'applicazione del diritto comunitario⁵⁵.

Per quanto attiene al *defence procurement*, l'ampia possibilità di deroga consentita dall'art. 346, par. 1, lett. b), TFUE non riguarda più, ormai, la sola disciplina generale sugli appalti pubblici di cui alle direttive del Parlamento europeo e del Consiglio 2004/17/CE e 2004/18/CE del 31 marzo 2004, dato che con la direttiva 2009/81/CE è operante un regime specifico per il settore della difesa e sicurezza. In ogni caso, posto che tutti gli atti di diritto derivato sono espressione di principi e obiettivi fondamentali del mercato interno, la possibilità di sottrarsi per ragioni di sicurezza nazionale «tocca l'essenza della Comunità europea»⁵⁶.

Sul punto, la Commissione ha rilevato che la fattispecie di esenzione prevista dalla citata lett. b) va interpretata restrittivamente, riguardando ipotesi eccezionali e chiaramente delimitate ai prodotti individuati nell'elenco del 15 aprile 1958, il quale, peraltro, si articola su una nomenclatura elastica che consente di recepire gli sviluppi nella tecnologia degli armamenti⁵⁷. Non è poi sufficiente che una fornitura si riferisca alle attrezzature in esame, dovendo lo Stato dimostrare che la singola deroga non eccede i limiti posti dal Trattato ed è effettivamente necessaria per la tutela degli interessi «essenziali» della propria sicurezza,

⁵⁰ R. BARATTA, *op. loc. cit.*; N. DI LENNA, *op. loc. cit.*

⁵¹ R. BARATTA, *op. cit.*, p. 83 ss.

⁵² N. DI LENNA, *op. cit.*, p. 28.

⁵³ N. DI LENNA, *op. loc. cit.*; D. KEOHANE, *The EU and Armaments Cooperation*, London, 2002, p. 17; M. TRYBUS, *On the Application of the E.C. Treaty to Armaments*, in *Eur. Law Rev.*, 2000, XXV, 6, p. 665.

⁵⁴ Si tratta della comunicazione 7 dicembre 2006 COM (2006) 779 def., disponibile su <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2006:0779:FIN:IT:PDF>; v. anche il Libro verde *cit.*, p. 6.

⁵⁵ N. DI LENNA, *op. cit.*, p. 43.

⁵⁶ Cfr. la comunicazione COM (2006) 779 def. *cit.*, p. 5.

⁵⁷ Corte CE, 15 dicembre 2009 C-284/05, in *Racc.*, 2009, p. I-11705, 16 settembre 1999 C-414/97, in *Racc.*, 1999, p. I-5585, 28 marzo 1995 C-324/93, in *Foro amm.*, 1995, 1807, 3 maggio 1994 C-328/92, in *Racc.*, 1994, p. I-1569, 4 ottobre 1991 C-367/89, *ibidem*, 1991, p. 4627, 15 maggio 1986 C-222/84, *ibidem*, 1986, p. 1651; Tribunale CE, 30 settembre 2003 T-26/01, *ibidem*, 2003, p. II-3951. In dottrina, v. F. SCIAUDONE, *op. loc. cit.*; N. DI LENNA, *op. loc. cit.*

essendovi sul punto una discrezionalità ampia ma non assoluta⁵⁸. Ogni Stato, dunque, ha l'onere di provare che l'applicazione delle norme comunitarie, e cioè della direttiva 2009/81/CE, è una minaccia per i predetti interessi essenziali, senza che questi possano essere tralattivamente richiamati, né invocati riferimenti generali di tipo geografico, politico, storico. È infatti necessario che sia data evidenza di una valutazione comparativa tra l'interesse europeo all'apertura del mercato degli armamenti e quello statale che vi si oppone per motivi di sicurezza nazionale⁵⁹. In ogni modo, la Corte di giustizia, pur attribuendosi la possibilità di sindacare il comportamento degli Stati, è sempre stata molto cauta ed ha riconosciuto come sproporzionate le sole misure statali manifestamente inappropriate allo scopo⁶⁰.

Quanto al ruolo della Commissione, il fatto che possa chiedere ai governi le informazioni utili per provare che l'eccezione invocata è necessaria non significa che le sia consentito ottenere dati e notizie secretabili ai sensi dell'art. 346, par. 1, lett. a) TFUE; il che, ovviamente, indebolisce molto la sua funzione di vigilanza sull'applicazione dell'eccezione di sicurezza nazionale sul mercato delle pubbliche forniture⁶¹.

Così illustrati i presupposti e i limiti dell'art. 346 TFUE, ci soffermeremo ora sui suoi principali problemi applicativi, consistenti nel regime dei beni a doppio uso e nell'ammissibilità delle compensazioni industriali.

Segue: b) beni a «doppio uso» (c.d. *dual use*) e «compensazioni industriali» (c.d. *offsets*)

2.4. L'art. 346, par. 1, lett. b), si rivolge alle sole attrezzature concepite, sviluppate e prodotte a fini specificamente militari, ponendo la questione della possibilità di includervi anche quelle di cui vi siano applicazioni civili largamente simili e che siano qualificabili, quindi, come a doppio uso.

Al riguardo, la giurisprudenza comunitaria ha stabilito che l'eccezione di sicurezza nazionale non è invocabile «per giustificare una deroga alle regole sulle gare di appalto in occasione dell'acquisto di materiale con vocazione civile certa e finalità militare eventuale»⁶². Infatti, se è vero che uno Stato membro «può adottare le misure che ritenga necessarie alla tutela degli interessi essenziali della propria sicurezza e che si riferiscano alla produzione o al commercio di armi, munizioni e materiale bellico», è altrettanto vero che queste «non devono alterare le condizioni di concorrenza nel mercato comune per quanto riguarda i prodotti che non siano destinati a fini specificamente militari»⁶³. Pertanto, la deroga alle libertà fondamentali garantite dai Trattati è consentita laddove si tratti di acquisto di equipaggiamento che, «sebbene destinato a fini specificamente militari, presenta altresì possibilità di applicazioni civili largamente simili, unicamente quando tale materiale, per le proprie caratteristiche, può essere considerato come specialmente progettato e sviluppato, anche in conseguenza di modifiche sostanziali, per i suddetti fini»⁶⁴.

Nel caso di acquisto di equipaggiamenti la cui finalità militare sia dubbia, non giustificano una deroga alle ordinarie procedure di gara, *ex art.* 346 TFUE, né esigenze di segretezza, posto che la «necessità di prevedere un obbligo di riservatezza non impedisce affatto il ricorso alla procedura di gara per l'attribuzione di un

⁵⁸ Corte CE, 8 aprile 2008 C-337/05, in *Giust. civ.*, 2008, 5, I, p. 1089, 11 marzo 2003 C-186/01, in *Racc.*, 2003, p. I-2479, 13 luglio 2000 C-423/98, *ibidem*, 2000, p. I-5965, 11 gennaio 2000 C-285/98, *ibidem*, 2000, p. I-69, 26 ottobre 1999 C-273/97, *ibidem*, 1999, p. I-7403, 16 settembre 1999 C-414/97, *cit.*

⁵⁹ N. DI LENNA, *op. cit.*, p. 41; Corte CE, 15 dicembre 2009 C-284/05, *cit.*

⁶⁰ N. DI LENNA, *op. cit.*, p. 31; E. AALTO, *Interpretations of Article 296*, *cit.*, p. 27; Corte UE 16 settembre 1999 C-414/97 *cit.*

⁶¹ N. DI LENNA, *op. cit.*, p. 42.

⁶² Corte CE, 7 giugno 2012 C-615/10, in *Foro amm. CdS*, 2012, 6, p. 1464, 8 aprile 2008 C-337/05, *cit.* La sentenza 7 giugno 2012 C-615/10 è stata annotata da A. PIERINI, *Appalti nel settore della difesa*, *cit.*, p. 1703 ss., il quale osserva che «La ragione della deroga suddetta risiede nella considerazione per cui nel settore della difesa, la disciplina degli appalti pubblici di fornitura deve tenere conto delle peculiarità del medesimo settore, in cui vengono in rilievo non solamente fattori di ordine economico e tecnologico ma anche e soprattutto ragioni attinenti alla tutela dell'interesse alla sicurezza nazionale o comunque connesse all'esercizio della sovranità statale, quali quelle in cui prevalgono valutazioni di politica internazionale. Tuttavia, l'ampiezza della deroga e la definizione sintetica e generica dei suoi presupposti e condizioni hanno stimolato atteggiamenti opportunistici da parte degli stati che, ancorando in modo strumentale un contratto alle esigenze di tutela di detti interessi essenziali, hanno utilizzato la deroga per il perseguimento di interessi diversi, di natura industriale ed economica, rispetto a quelli posti a fondamento della clausola. Il problema riguarda soprattutto i beni *dual use*».

⁶³ Corte CE, 8 aprile 2008 C-337/05, *cit.*

⁶⁴ Corte CE, 7 giugno 2012 C-615/10, *cit.*

appalto», né motivazioni di ordine tecnico, dato che, nel sistema della direttiva 2004/18/CE, la procedura negoziata non è ammessa ove si tratti di acquisire determinate specificità tecniche⁶⁵.

Pur non essendo suscettibili nel perimetro applicativo dell'art. 346, par. 1, lett. b), TFUE, i prodotti a duplice uso, compresi il *software* e le tecnologie, non sono equiparati dal diritto comunitario ai beni puramente civili, dato che sono sottoposti a un sistema di controllo sulle relative esportazioni, oggi disciplinato dal regolamento (CE) n. 1334/2000 del Consiglio, del 22 giugno 2000, che ha sostituito il regolamento (CE) n. 3381/94 del Consiglio, del 19 dicembre 1994, e la decisione 94/942/PESC, anch'essa del 19 dicembre 1994⁶⁶. Nel caso dei beni strategici, l'interesse comunitario all'integrazione economica va temperato con quello statale a perseguire le politiche ritenute necessarie per la propria sicurezza anche nei confronti degli altri Paesi membri, dato che mediante i controlli all'esportazione possono prevenirsi fenomeni di «deviazione di traffico» (o «triangolazione») ed evitare così la loro riesportazione in Stati terzi indesiderati⁶⁷.

2.5 Nel commercio internazionale di armamenti, le compensazioni industriali (c.d. *offsets*) sono contratti o clausole negoziali che impongono al venditore condizioni tali da consentire all'acquirente di recuperare in tutto o in parte il prezzo della fornitura⁶⁸. In concreto, tale effetto avviene tramite la creazione

⁶⁵ Corte CE, 8 aprile 2008 C-337/05, *cit.* Sulla stessa vicenda, riguardante la fornitura mediante trattativa privata di elicotteri Agusta ai corpi armati dello Stato italiano, si era espressa anche la giurisprudenza nazionale (v. Cons. Stato, sez. IV, 10 giugno 2005 n. 3068, in *Serv. pubbl. e app.*, 2005, 4, p. 872), che aveva riconosciuto la legittimità della secretazione della fornitura di velivoli predisposti per un uso sia civile sia militare, ai sensi dell'art. 296 par. 1 lett. a) Tratt. CE e dell'art. 4, comma 1, lett. c), d.lgs. 24 luglio 1992 n. 358, essendo impossibile scindere, senza pregiudizio per la sicurezza nazionale, l'oggetto della fornitura, sottoponendo a evidenza pubblica le sole parti non strumentali all'impiego militare. Il Consiglio di Stato aveva, poi, affermato la legittimità del ricorso alla trattativa privata per l'acquisto di tali beni a doppio uso, sulla base del principio per cui «la concorrenza non può essere considerata il bene primario e assoluto ma si presta a recedere quando la piena ed efficace realizzazione di interessi preminenti, come la sicurezza nazionale, impongono l'esclusione di talune attività dall'accesso, aperto e competitivo alla contrattazione pubblica degli operatori di mercato».

⁶⁶ La problematica dei controlli all'esportazione di prodotti *dual use* riguarda in particolare alcuni settori industriali civili: nucleare, chimico, biologico, farmaceutico, spaziale e aeronautico, informatico e telematico. Sul regime dei beni *dual use*, v.: Corte CE, 14 gennaio 1997, C-124/95, in *Racc.* 1997, p. I-81 ss.; 17 ottobre 1995, C-70/94, in *Racc.*, 1995, p. I-3189 ss., con nota di A. SANTINI, *Disciplina delle esportazioni di beni a duplice uso*, in *Dir. com. sc. int.*, 1996, p. 509 ss.; 17 ottobre 1995, C-83/94, in *Racc.* 1995, p. I-3231 ss.

⁶⁷ D. BALIANI, *Il regime comunitario dei controlli sulle esportazioni di beni a doppio uso*, in *Dir. U.E.*, 2, 2002, p. 265 ss., il quale ricorda che il regime di controllo del 1994, era preposto a consentire la libera circolazione di tali prodotti, creando «un pericoloso precedente di "inquinamento" di una politica comune sopranazionale mediante un atto squisitamente intergovernativo». Infatti, il regolamento (CE) n. 3381/94 del Consiglio, del 19 dicembre 1994, adottato sulla base delle competenze comunitarie in tema di politica commerciale, istituiva un sistema uniforme di rilascio di autorizzazioni all'esportazione, mala decisione 94/942/PESC, del 19 dicembre 1994 provvedeva a stilare gli elenchi dei beni, delle destinazioni e dei criteri per il rilascio delle autorizzazioni stesse (In argomento v. anche P. KOUTRAKOS, *Exports of Dual-use Goods Under the Law of the European Union*, in *Europ. Law Rev.*, 1998, p. 235 ss.). Invece, il regolamento n. 1334/2000 del Consiglio, del 22 giugno 2000, al fine di consentire agli Stati di rispettare gli impegni assunti a livello internazionale in tema di non proliferazione, integra al proprio interno gli elenchi di beni e tecnologie sottoposti ai controlli amministrativi e i criteri per il rilascio delle licenze, superando il precedente dualismo. In merito alla circolazione dei beni strategici, l'Intesa di Wassenaar (*Wassenaar Arrangement*) del 12 luglio 1996 ha istituito un regime multilaterale di controllo delle esportazioni di armi convenzionali e di beni e tecnologie a duplice uso, al fine di proteggere la sicurezza e la stabilità internazionale dai rischi connessi all'accumulo destabilizzante di questo tipo di materiali. L'Intesa ha sostituito il precedente CoCom, al pari del quale prevede due liste, quella dei materiali d'armamento (*Munitions List*) e quella dei beni a duplice impiego (*Dual Use List*), rispetto alle quali gli Stati membri si sono accordati per svolgere controlli coordinati sulle relative esportazioni. Sull'Intesa di Wassenaar v. W.A. Secretariat, *Wassenaar Arrangement on Export Controls for Conventional Arms and Dual-Use Goods and Technologies. Initial Elements, Purposes Guidelines and Procedures*, Vienna, 2007, in www.wassenaar.org. Sul punto v. anche C. HOELSCHER, H.M. WOLFFGANG, *The Wassenaar Arrangement between International Trade, Non Proliferation and Export Controls*, in *Journ. World Trade*, 1998, p. 45 ss.

⁶⁸ A.R. UNGARO, *Le compensazioni industriali nel mercato della difesa e il caso indiano*, in *Quaderni IAI*, 2012, 4, p. 21-24, ricorda che gli *offsets* si esprimano concretamente in accordi di co-produzione, licenze di produzione, subappalti, assistenza al credito, trasferimento di *know-how* e investimenti diretti esteri. In tema di compensazioni, v. anche i contributi di: W.E. JONES, *The Value of Military Industrial Offsets*, in *DISAM Journ.*, Winter, 2001-2002; S. MARTIN, *The Economics of Offsets: Defense Procurement and Countertrade*, 1996; P. HALL, S. MARKOWSKI, *On the normality and abnormality of offsets obligations*, in *Def. and Peace Econ.*, 5, 1994; D. TODD, *Defence Industries. A Global Perspective*, London-New York, 1988.

di occupazione, il sostegno alla base produttiva o il trasferimento di tecnologie, cioè affidando parte della commessa alle imprese dello Stato acquirente, imponendo così la localizzazione sul suo territorio di talune attività economiche. Questo tipo di pattuizioni rientra tra le pratiche di scambio compensative note come *countertrade*, generalmente utilizzate da Paesi importatori con problemi valutari o di bilancia dei pagamenti, in cui l'oggetto delle obbligazioni delle parti è un reciproco flusso di beni e/o servizi e in cui il denaro assume un ruolo eventuale e comunque marginale⁶⁹.

Nelle scienze economiche, il giudizio sugli *offsets* è controverso: taluni li giudicano negativamente, considerandoli una causa d'imperfezione o fallimento del mercato della difesa, che porta ad allocazione inefficiente di risorse; altri li considerano una valida politica di stimolo per l'occupazione⁷⁰. Riguardo ai materiali bellici, la prassi delle compensazioni assolve due funzioni, dato che, per un verso, nel Paese importatore incrementa il consenso sulle commesse militari, giacché ne costituisce la ricaduta positiva sul sistema produttivo, per altro verso, rafforza i legami con lo Stato esportatore, posto che le Nazioni che commerciano in armi tendono ad allinearsi tra loro anche politicamente, economicamente e diplomaticamente⁷¹. Le compensazioni caratterizzano le transazioni *off the shelf* e possono essere «dirette», se si riferiscono a beni e servizi inclusi nel programma di armamento (es. trasferimento di tecnologie, produzione e licenza di produzione) o «indirette», se coinvolgono utilità diverse, anche di tipo civile (e.g. investimenti diretti esteri).

In seno all'Organizzazione mondiale per il commercio (OMC), la definizione delle compensazioni industriali è contenuta nella nota n. 7 dell'art. 16 dell'Accordo sugli appalti pubblici (*Government Procurement Agreement* – GPA), che costituisce l'allegato n. 4 del Trattato di Marrakech del 15 aprile 1994, ratificato con l. 29 dicembre 1994 n. 747⁷². Tuttavia, ai sensi del successivo art. 23 del GPA, le forniture di armi, munizioni o materiale bellico e l'utilizzo degli *offsets* in tale ambito sono esclusi dall'Accordo⁷³.

Nel diritto europeo, invece, è opinione consolidata che la creazione di un mercato unico delle attrezzature militari, basato sul principio di equa concorrenza, dovrebbe rendere inutile il ricorso alle compensazioni. Gli *offsets*, invero, possono distorcere e ostacolare il funzionamento e l'integrazione dei vari mercati nazionali dei materiali militari, giacché falsano il processo di aggiudicazione delle gare d'appalto. Infatti, l'amministrazione tenderà a valutare il contratto facendo riferimento anche al pacchetto di compensazioni, invece di considerare esclusivamente il prezzo e le caratteristiche tecniche qualitative del bene⁷⁴. Ai fini dell'applicazione dell'eccezione di sicurezza nazionale, invece, nessun interesse diverso da quello essenziale alla difesa può essere addotto a sostegno di una deroga ex art. 346, par. 1, lett. b), TFUE; pertanto, essendo vietata ogni alterazione della concorrenza sul mercato comune di prodotti non destinati specificamente alla difesa, gli *offsets* indiretti, soprattutto di natura civile, sono inammissibili. Al contrario, le compensazioni

⁶⁹ Sul *countertrade* v. OECD, *Countertrade: Developing Country practices*, Paris, 1985; F. DICK, *The Countertrade Handbook*, Cambridge, 1987; A. FRIGNANI, *Countertrade*, in *Dig. disc. priv. sez. comm.*, IV, Torino, 1989, p. 192 ss., ID. *Il diritto del commercio internazionale*, Milano, 1986, p. 186 ss.; P. BERNARDINI, *Il "countertrade": da strumento di politica commerciale a nuova tecnica del commercio internazionale*, in *Dir. comm. int.*, 1987, p. 89 ss.; G.C. MARCHESI, *Il Countertrade e le sue tecniche*, Milano, 1988; L. VALLE, *Il Countertrade*, in F. GALGANO (diretto da), *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, II, Torino, 1995, p. 1215 ss.; A. FOGLIO, *Countertrade e commercio estero*, Milano, 1996; O. CAGNASSO, *La permuta*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, III, Torino, 2000, p. 800; O. CAGNASSO, G. COTTINO, *Contratti commerciali*, Torino, 2009, p. 257 ss.; C. PORZIO, *Gli scambi in compensazione: tipologie e servizi bancari di supporto*, in *Riv. dir. valut. econ. az.*, 1988, p. 112 ss.

⁷⁰ Contrari alle compensazioni industriali sono: L. WAYNE, *A Well-Kept Military Secret*, *The New York Times*, February, 2003; B. UDIS, K.E. MASKUS, *Offsets as industrial policy: lesson from aerospace*, in *Def. and Peace Econ.*, 2, 1991, p. 151-164; G.T. HAMMOND, *Countertrade, Offsets and Barter in International Political Economy*, New York, 1990; favorevoli R.A. BITZINGER, *The Modern Defense Industry: Political, Economic, and Technological Issues*, Westport Conn., October, 2009; R.L. WALTER, *The use of offsets in FMS*, *op. cit.*, p. 1.

⁷¹ A. R. UNGARO, *Le compensazioni industriali*, *cit.*, p. 26, che riferisce sul punto la riflessione di D.L. KREMER, B. SAIN, *Offsets in Weapon System Sales: A Case Study of the Korean Fighter Program*, *Air Force Inst. of Tech.*, September, 1992.

⁷² In particolare, le Parti contraenti dell'accordo sugli appalti pubblici si sono impegnate a fornire un trattamento non discriminatorio e pari a quello nazionale alle merci, ai servizi e ai fornitori degli altri Paesi firmatari, garantendo attraverso procedure dettagliate la reale possibilità di concorrere all'aggiudicazione di tali appalti.

⁷³ La nota 7 dell'art. XVI del GPA definisce le compensazioni come «measures used to encourage local development or improve the balance-of-payments accounts by means of domestic content, licensing of technology, investment requirements, counter-trade or similar requirements». Sul punto, v. N. DI LENNA, *op. cit.*, p. 17.

⁷⁴ A.R. UNGARO, *op. cit.*, p. 44.

militari dirette trovano copertura nel dettato dell'art. 346 cit., dato che sono giustificabili in relazione alla cura degli interessi essenziali della sicurezza, con riguardo alla sicurezza degli approvvigionamenti. Infatti, l'esigenza di garantire la certezza delle forniture durante tutto il ciclo di vita di un sistema d'arma, specialmente in tempo di guerra, comporta che lo Stato debba mantenere un certo grado d'indipendenza dall'estero, che ben può implicare la localizzazione sul proprio territorio di parte della produzione⁷⁵.

3. Il «Pacchetto difesa» della Commissione: a) introduzione

3.1 Nonostante l'art. 346 TFUE costituisca un ostacolo serio e permanente a qualunque progetto di reale integrazione dei mercati nazionali dei materiali d'armamento, le istituzioni dell'Unione europea si sono costantemente adoperate per raggiungere quest'obiettivo.

In particolare, la spinta verso un mercato comune dei prodotti per la difesa ha mosso i primi passi alla fine della guerra fredda, con le comunicazioni della Commissione del 24 gennaio 1996 «Le sfide cui deve far fronte l'industria europea legata al settore della difesa: contributo per un'azione a livello europeo» e del 4 dicembre 1997 «Attuazione della strategia dell'Unione in materia di industria connessa con la difesa»⁷⁶. A queste prime iniziative, volte a stimolare la riflessione sulle criticità economiche e politiche del comparto produttivo militare e a lamentare la mancanza di una «identità europea in materia di sicurezza e di difesa», si è aggiunta la comunicazione del 13 marzo 2003 «Verso una politica comunitaria in materia di attrezzature militari»⁷⁷. In tale documento, la Commissione ha preso atto della circostanza che «le questioni del commercio e della produzione degli armamenti si trovano al punto di intersezione tra politica della difesa e politica industriale» e che «la vasta applicazione dell'art. 296 del trattato CE ha comportato una frammentazione dei mercati e delle industrie a livello nazionale». La Commissione ha ammonito sul rischio che, in prospettiva, l'Europa possa «essere ridotta al rango di subfornitore dei grandi appaltatori diretti statunitensi».

La comunicazione del 13 marzo 2003 ha aperto la strada al successivo Libro verde «Gli appalti pubblici della difesa» del 23 settembre 2004, che ha prefigurato la definizione di una serie di norme poi introdotte con la direttiva 2009/81/CE⁷⁸. Anche il Parlamento europeo, nella propria risoluzione sul predetto Libro verde, datata 17 novembre 2005, aveva chiesto alla Commissione di elaborare una direttiva che tenesse conto in particolar modo degli interessi degli Stati membri in materia di sicurezza⁷⁹.

⁷⁵ A.R. UNGARO, *op. cit.*, p. 48-49.

⁷⁶ La comunicazione della Commissione del 24 gennaio 1996 COM (96) 10 def. è disponibile al link <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:1996:0010:FIN:IT:PDF>; la comunicazione della Commissione del 4 dicembre 1997 COM (97) 583 def. può essere consultata al link <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:1997:0583:FIN:IT:PDF>.

⁷⁷ La comunicazione della Commissione del 13 marzo 2003 COM (2003) 113 def. si trova al link: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2003:0113:FIN:it:PDF>.

⁷⁸ Il Libro verde è un'azione preposta a contribuire alla progressiva costruzione di un mercato europeo di equipaggiamenti per la difesa più trasparente e aperto, economicamente più efficace, nel rispetto delle specificità di settore. In esso si prefigurano sia un'azione volta a chiarire il quadro giuridico esistente (la comunicazione interpretativa del 7 dicembre 2006), sia in nuove regole specifiche del settore della difesa adatte alle sue caratteristiche particolari (*i.e.* le direttive 2009/43/CE e, soprattutto, 2009/81/CE). Il Libro verde ha osservato che le regolamentazioni nazionali prevedono per gli appalti della difesa deroghe che frappongono difficoltà di vario genere ai fornitori non nazionali, concernenti in particolare: il ricorso preferenziale a procedure negoziate con aggiudicazione in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa; le modalità di pubblicazione dei bandi di gara; le specifiche tecniche, spesso basate su norme non omogenee, i criteri di selezione con i riferimenti alla segretezza e alla sicurezza di approvvigionamento. Sempre il Libro verde si sofferma sulla frequente utilizzazione di accordi intergovernativi per lo sviluppo di programmi di armamento in cooperazione, come la LoI-FA e l'OCCAR.

⁷⁹ Nella propria risoluzione del 17 novembre 2005 2005/2030 (INI), che è reperibile al link <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2005-0440+0+DOC+XML+V0//IT>, il Parlamento europeo ha convenuto sul fatto che l'art. 10 della direttiva 2004/18/CE fa salvo l'art. 296 Tratt. CE, il quale, contrariamente alla prassi in uso presso gli Stati, non costituisce una deroga generale e automatica, potendo essere applicato solo in caso di stretta necessità e previa giustificazione caso per caso, con esclusione dei beni a doppio uso. Parimenti, il Parlamento ha riconosciuto che il mercato dei prodotti per la difesa ha delle peculiarità che ne hanno determinato la segmentazione in altrettanti mercati nazionali, sui quali la concorrenza non è assicurata per l'operare del meccanismo delle compensazioni. Infine, il Parlamento europeo esprime l'avviso per cui un mercato europeo della difesa ridurrebbe i costi della spesa militare e aumenterebbe l'efficacia della produzione.

La Commissione, tuttavia, prima di varare le direttive sugli appalti in materia di difesa e sicurezza e sul trasferimento intracomunitario di materiali d'armamento, oltre alla ricordata comunicazione interpretativa sull'art. 296 TCE del 7 dicembre 2006, ha adottato un'altra comunicazione il 5 dicembre 2007, intitolata «Una strategia per l'industria europea della difesa più forte e competitiva». Essa affronta i temi in esame dal punto di vista della politica industriale e unitamente alle proposte di direttive sulla semplificazione dei trasferimenti intracomunitari di materiali d'armamento e sul coordinamento delle procedure di aggiudicazione, poi adottate, costituisce il «Pacchetto difesa» della Commissione⁸⁰.

L'assunto alla base dell'iniziativa in commento è che la credibilità della politica europea di difesa dipende anche dal rafforzamento della base industriale e tecnologica del settore, riponendosi un'incondizionata fiducia nella libera concorrenza come strumento di miglioramento dell'efficienza del mercato e di tutela dell'innovazione, puntando ad applicarla ai mercati europei di armi⁸¹. Ciò pur nella consapevolezza delle loro innegabili specificità, come l'esistenza in ogni Stato membro di un solo cliente, gli ingenti investimenti necessari per sviluppare sistemi d'arma altamente sofisticati e idonei a contrastare le attuali minacce complesse, il bisogno imperativo per le forze armate di garantire la continuità delle forniture a lungo termine⁸².

Complessivamente, il cammino tracciato nel corso degli anni tende, nei limiti imposti dalle disposizioni del trattato, a ridimensionare le specificità del settore della difesa, nel rispetto del vincolo per cui le politiche di sicurezza e difesa rientrano tra le prerogative sovrane degli Stati membri. Il risultato finale degli sforzi profusi in tal senso si è concretato nelle direttive del 2009, cui è dedicato il seguito di trattazione.

Segue: b) la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2009/43/CE del 6 maggio 2009

3.2 La direttiva 2009/43/CE, recepita con il d.lgs. 22 giugno 2012 n. 105, ha semplificato le modalità e le condizioni dei trasferimenti di «prodotti per la difesa» all'interno dell'Unione, nell'intento di armonizzare le disparità tra le differenti legislazioni nazionali che, oltre a distorcere la concorrenza sul mercato interno, ostacolano la circolazione di tali materiali, l'innovazione e la competitività dell'industria militare europea⁸³. Il trasferimento e il transito intracomunitario delle attrezzature militari, ancorché non direttamente attinenti all'aggiudicazione dell'appalto, rilevano ai fini dell'adempimento del contratto da parte del fornitore, sotto il profilo della sicurezza degli approvvigionamenti. Infatti, un offerente o anche l'aggiudicatario potrebbe non essere in grado di garantirla ove non sia assicurata la libertà di circolazione delle merci in oggetto o non vi sia sufficiente uniformità delle procedure e dei tempi necessari per il rilascio delle licenze di esportazione; il che rende complementari le direttive 2009/43/CE e 2009/81/CE⁸⁴.

Le linee guida comuni fornite dalla direttiva 2009/43/CE prevedono che ogni trasferimento intracomunitario di siffatti materiali sia soggetto a un'autorizzazione preventiva, valida per tutta l'Unione, consistente nel rilascio o nella pubblicazione di una «licenza di trasferimento» generale, globale o individuale da parte dello

⁸⁰ La comunicazione COM (2007) 764 def., *cit.*, sottolinea che una forte base industriale e tecnologica di difesa è un sostegno fondamentale per la politica di sicurezza e difesa comune, garantendo all'Europa autonomia e sostenibilità economica nella produzione di materiale militare. La Commissione è consapevole che la produzione per la difesa è concentrata in sei Stati membri (Germania, Francia, Regno Unito, Italia, Svezia e Spagna) e che, in generale, gli Stati tendono a fare ampio ricorso all'eccezione di sicurezza nazionale per esentare i contratti in materia di difesa dalle norme europee sugli appalti, nonostante la Corte di giustizia abbia stabilito che il ricorso a tale esenzione vada limitato a casi eccezionali, chiaramente definiti e giustificati singolarmente. La comunicazione conclude prefigurando l'adozione di due direttive, una negli appalti del settore difesa, l'altra sui trasferimenti intracomunitari di materiale bellico, al fine di contribuire alla costituzione progressiva di un mercato europeo dei materiali di difesa, in cui i fornitori stabiliti in uno Stato membro possono servire, senza restrizioni, tutti gli altri Stati membri. La proposta di direttiva sui trasferimenti intracomunitari di armamenti del 5 dicembre 2007 COM (2007) 765 def. è reperibile al link <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2007:0765:FIN:IT:PDF>; la proposta di direttiva sul coordinamento delle procedure di aggiudicazione di taluni appalti nei settori della sicurezza e della difesa del 5 dicembre 2007 COM (2007) 766 è al link <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2007:0766:FIN:IT:PDF>.

⁸¹ N. DI LENNA, *op. cit.*, p. 48.

⁸² N. DI LENNA, *op. loc. cit.*

⁸³ La direttiva 2009/43/CE riguarda i prodotti per la difesa, inclusi i loro componenti e le loro tecnologie, indicati nel già citato «Elenco comune delle attrezzature militari dell'Unione europea».

⁸⁴ N. DI LENNA, *op. cit.*, p. 65.

Stato membro dal cui territorio provengono le forniture belliche⁸⁵. Il sistema introdotto dalla direttiva non pregiudica la discrezionalità degli Stati membri nella propria politica di esportazione degli armamenti e di attuazione degli impegni internazionali assunti in tale materia per scopi di salvaguardia dei diritti dell'uomo, della pace, della sicurezza e della stabilità. La materia dell'esportazione di tecnologia e attrezzature militari, peraltro, era già stata oggetto della posizione comune 2008/944/PESC del Consiglio, dell'8 dicembre 2008, che definisce norme per il relativo controllo, attraverso l'applicazione di criteri condivisi, di meccanismi di notifica dei dinieghi all'esportazione e di consultazione, per accrescere la convergenza delle politiche nazionali di esportazione verso Stati terzi⁸⁶.

Per effetto della direttiva 2009/43/CE, quindi, quanto ai beni d'interesse per l'amministrazione della difesa, nell'Unione europea coesistono tre regimi di circolazione differenziati: i prodotti a uso civile sono in libera circolazione intracomunitaria e sono esportabili senza restrizioni a Paesi terzi; i beni e le tecnologie a duplice uso sono in libera circolazione intracomunitaria ma sono esportabili in Stati terzi con licenza rilasciata da un Paese membro; i materiali d'armamento sono esportabili all'interno della comunità con le speciali licenze previste dalla direttiva del 2009/43/CE e verso Stati terzi secondo i dettami dei regimi nazionali.

3.3 Nel diritto interno, le disposizioni sul controllo dell'esportazione, importazione e transito dei materiali d'armamento sono poste dalla l. 9 luglio 1990 n. 185, che è stata da ultimo modificata dal d.lgs. n. 105 del 2012 per recepire i principi introdotti dalla direttiva 2009/43/CE, introducendosi una disciplina differenziata per il «trasferimento intracomunitario» di armamenti⁸⁷.

In linea generale, le operazioni di esportazione, importazione, transito, trasferimento intracomunitario, intermediazione, cessione di licenze di produzione e delocalizzazione produttiva di materiali di armamento «devono essere conformi alla politica estera e di difesa dell'Italia», oltre che coerenti con l'indicazione costituzionale relativa al ripudio della guerra come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli o come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali. A tal fine, la l. n. 185 del 1990 riserva dette attività alle sole imprese iscritte in un apposito registro, stabilendo al contempo un complesso regime autorizzatorio in cui confini esterni sono posti da un'articolata serie di divieti che riguardano sia i tipi di armamento oggetto delle transazioni, sia lo Stato di destinazione⁸⁸. Il d.lgs. n. 105 cit. è stato l'occasione per estendere la disciplina vincolistica ai casi di «delocalizzazione produttiva», ai «trasferimenti intangibili», al transito e

⁸⁵ Più in particolare: l'autorizzazione «generale» consente il trasferimento dei prodotti selezionati da ogni Stato membro a ciascun altro, a condizione che siano destinati a imprese certificate dal proprio governo o a forze armate (si tratta, quindi, di una licenza riguardante fondamentalmente i materiali meno «sensibili»); l'autorizzazione «globale» consente il trasferimento di uno specifico elenco di prodotti tra aziende appartenenti allo stesso gruppo industriale o partecipanti ad un programma intergovernativo; l'autorizzazione «individuale», simile a quella disciplinata dalla l. n. 185 cit., è limitata ad operazioni singole, che coinvolgono prodotti sensibili ovvero nei casi in cui sia necessario tutelare gli interessi essenziali della sicurezza o l'ordine pubblico.

⁸⁶ La posizione comune 2008/944/PESC del Consiglio, dell'8 dicembre 2008 è consultabile all'indirizzo <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:335:0099:0099:IT:PDF>. Detta posizione comune ha sostituito e rafforzato il preesistente «Codice di condotta europeo» sulle esportazioni di armi, adottato dal Consiglio il 5 giugno 1998 e reperibile al link: <http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/08675r2en8.pdf>.

⁸⁷ La l. 9 luglio 1990 n. 185 era già stata modificata dalla l. n. 148 del 2003; il relativo regolamento di attuazione è stato emanato con d.m. 7 gennaio 2013 n. 19. In materia, si ricorda il lavoro di C. CORSI, *La disciplina legislativa del commercio internazionale di armamenti*, in *Foro amm.*, 1991, 20, p. 2789 ss.

⁸⁸ In particolare, l'art. 1, l. n. 185 cit., vieta l'effettuazione di tali operazioni quando siano in contrasto con gli impegni internazionali dell'Italia (es. armi nucleari, biologiche e chimiche, armi idonee alla manipolazione dell'uomo e della biosfera a fini militari, mine antiuomo, bombe a grappolo), ovvero con gli interessi fondamentali della sicurezza dello Stato, della lotta contro il terrorismo e del mantenimento di buone relazioni con altri Paesi, nonché quando mancano adeguate garanzie sulla definitiva destinazione dei materiali di armamento. Inoltre, dette operazioni sono anche specificamente vietate se indirizzate verso Paesi: a) in stato di conflitto armato, in contrasto con i principi dell'art. 51 della Carta delle Nazioni Unite, fatto salvo il rispetto degli obblighi internazionali dell'Italia o le diverse deliberazioni del Consiglio dei Ministri, da adottare previo parere delle Camere; b) la cui politica contrasti con i principi dell'art. 11 Cost.; c) nei cui confronti sia stato dichiarato l'embargo totale o parziale delle forniture belliche, da parte dell'ONU, dell'UE o dell'OSCE; d) i cui governi sono responsabili di gravi violazioni delle convenzioni internazionali in materia di diritti umani, accertate dai competenti organi dell'ONU, dell'UE o del Consiglio d'Europa; e) che, ricevendo dall'Italia aiuti allo sviluppo, ai sensi della l. 26 febbraio 1987 n. 49, destinino al proprio bilancio militare risorse eccedenti le proprie esigenze di difesa del Paese, con l'ulteriore conseguenza della sospensione degli aiuti predetti, ad eccezione di quelli indirizzati alle popolazioni per disastri e calamità naturali.

all'intermediazione di armi⁸⁹. Parimenti, in presenza di informazioni classificate (alle quali cioè siano state assegnate una delle classifiche di segretezza previste dalla legge), è stato introdotto il parere vincolante del Dipartimento informazioni per la sicurezza della Presidenza del consiglio sul rilascio dell'autorizzazione all'avvio delle trattative contrattuali, dell'autorizzazione globale o individuale di trasferimento.

Segue: c) la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2009/81/CE del 13 luglio 2009

3.4 Con la direttiva 2009/81/CE, recepita dal d.lgs. 15 novembre 2011 n. 208, si consacra in un atto di diritto derivato vincolante per gli Stati una scelta ideologica di fondo e cioè che i principi e le regole alla base del processo d'integrazione economica europea (*i.e.* unione doganale, mercato comune, libertà di circolazione) sono tendenzialmente applicabili anche ai prodotti per la difesa. Questi ultimi, infatti, essendo valutabili in denaro, sono idonei a essere oggetto di transazioni commerciali e possono conseguentemente considerarsi alla stregua di una «merce»⁹⁰.

La direttiva 2009/81/CE mira a coordinare le procedure di aggiudicazione dei contratti stipulati nell'ambito della sicurezza e della difesa, tra cui anche, ma non solo, quelli aventi a oggetto armi, munizioni e altri materiali bellici individuati nella citata decisione n. 255/58 del Consiglio, per i quali è invocabile l'art. 346 TFUE⁹¹. La direttiva 2009/81/CE s'ispira in larga misura all'impostazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE e si rivolge anche al settore della sicurezza non militare, consentendo così alle forze di polizia di valersi di uno strumento giuridico più agile delle citate direttive del 2004 per acquisire quelle attrezzature ad alta tecnologia, suscettibili di impiego *dual-use*, indispensabili per il contrasto del terrorismo e della criminalità organizzata⁹². Con riguardo alle attrezzature *hard defence*, invece, la direttiva 2009/81/CE intende fornire un quadro giuridico utile a consentire agli Stati di ridurre il ricorso alla deroga di cui art. 346 cit., proponendo un *corpus* di regole di aggiudicazione adatte alle loro peculiari caratteristiche di sensibilità e complessità sotto il profilo della sicurezza degli approvvigionamenti e delle informazioni, che assumono rilievo in fase sia di aggiudicazione, sia di esecuzione. Più in particolare, la direttiva si pone l'obiettivo di armonizzare i termini di pubblicazione, le procedure di presentazione delle offerte, i criteri di selezione e di attribuzione, introducendo nel settore i principi di trasparenza, parità di trattamento e non discriminazione⁹³.

L'intervento del legislatore europeo è stato utile per evitare che, dietro l'eccezione di sicurezza nazionale, si possano pretestuosamente sottrarre all'applicazione del diritto comunitario tutti i contratti della difesa, specialmente se riguardanti equipaggiamenti non essenziali ai fini degli interessi della sicurezza. In tal senso va positivamente letto l'accostamento del *procurement* militare a quello per la sicurezza interna, considerato pure che la natura della minaccia terroristica e delle odierne crisi internazionali comporta un impiego promiscuo delle risorse civili e militari, facendo sfumare sempre più il confine tra difesa e sicurezza⁹⁴.

Prima della direttiva 2009/81/CE, gli appalti nei settori della difesa e della sicurezza rientravano nel perimetro della direttiva 2004/18/CE, rispetto alla quale erano comunque invocabili le eccezioni di cui agli artt. 30, 45, 46, 55 e 296 TCE, oltre a quella di segretezza o a quella «internazionale», di cui, rispettivamente,

⁸⁹ Ai sensi dell'art. 01, comma 1, lett. h), l. n. 185 cit. per trasferimento intangibile si intende «la trasmissione di *software* o di tecnologia effettuata mediante mezzi elettronici, telefax, telefono, posta elettronica o qualunque altro mezzo, compresa la messa a disposizione in forma elettronica di tali *software* e tecnologie al di fuori del territorio nazionale»; la lett. q) definisce delocalizzazione produttiva «il trasferimento da parte di una impresa nazionale di processi produttivi, ovvero di fasi di lavorazione, inerenti materiali d'armamento nel territorio di Paesi terzi».

⁹⁰ N. DI LENNA, *op. cit.*, p. 16. La definizione comunitaria di «merce», incentrata sul criterio della valutabilità economica, indipendentemente dal regime giuridico proprio di un bene (che potrebbe essere anche una *res extra commercium*, potendo essere compravenduto illegalmente), è stata elaborata dalla giurisprudenza comunitaria (v. Corte CE 10 dicembre 1968 C-7/68, in *Racc.*, 1968, p. 561, 30 aprile 1974 C-155/73, *ibidem*, 1974, p. 409, 23 novembre 1978 C-7/78, *ibidem*, 1978, p. 2247, 20 gennaio 1981 C-55/80 e C-57/80, *ibidem*, 1981, p. 147, 28 marzo 1995 C-324/93, *ibidem*, 1995, p. I-563).

⁹¹ Il considerando n. 10 della direttiva contiene un riferimento all'elenco del 1958, precisando che esso «è generico e va interpretato in senso lato, alla luce dell'evolvere della tecnologia e delle politiche in materia di appalti pubblici e delle esigenze militari che portano allo sviluppo di nuovi tipi di materiale», traendone la conclusione che tra i materiali militari dovrebbero rientrare anche quelli «originariamente concepiti per uso civile e successivamente adattati a fini militari e impiegati come armi, munizioni o materiale bellico».

⁹² N. DI LENNA, *op. cit.*, p. 53; comunicazione COM (2007) 764 def., *cit.*, p. 2.

⁹³ N. DI LENNA, *op. cit.*, p. 52.

⁹⁴ N. DI LENNA, *op. cit.*, p. 55.

agli artt. 14 e 15 della stessa direttiva 2004/18/CE. In concreto, gli Stati si sono sistematicamente avvalsi delle facoltà concesse dagli artt. 296 e 14 cit. per applicare esclusivamente le proprie norme nazionali, anche perché la direttiva 2004/18/CE non prendeva adeguatamente in considerazione le specifiche esigenze di sicurezza degli approvvigionamenti e di segretezza delle informazioni tipiche di questi contratti⁹⁵.

Non essendo possibile soffermarsi su tutte le disposizioni della direttiva, la nostra analisi si limiterà a quelle più significative nell'ottica della promozione di un mercato comune dei materiali per la difesa e cioè agli artt. 2, relativo all'ambito di applicazione della direttiva, 12 e 13, che ne individuano le esclusioni.

3.5 In merito al perimetro, l'art. 2 della direttiva include: gli appalti aggiudicati «nei settori della difesa e della sicurezza che hanno come oggetto la fornitura di materiale «militare» o «sensibile», e loro parti, componenti e/o sottoassiemi; i lavori, forniture e servizi direttamente legati a tali attrezzature per ognuno e tutti gli elementi del loro ciclo di vita; i lavori e servizi per fini specificatamente militari o sensibili⁹⁶. Conseguentemente, tutti gli altri contratti comunque riguardanti il settore della difesa e della sicurezza continuano a essere assoggettati alle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE.

Ancorché riguardino beni, servizi o lavori militari o sensibili, l'art. 12, lett. a), della direttiva esclude gli «appalti aggiudicati in base a norme internazionali», e cioè banditi da organizzazioni internazionali che si approvvigionano per le proprie finalità specifiche o che devono essere aggiudicati da uno Stato membro in conformità alle norme da loro dettate (es. NATO, OCCAR). Le successive lett. b) e c), escludono anche gli appalti disciplinati da «norme procedurali specifiche in base a un accordo o intesa internazionale» – dizione questa idonea a comprendere non solo i trattati ma anche le intese intergovernative o interministeriali, su cui v. *infra* § 4 – conclusi o tra uno o più Stati membri e uno o più Paesi terzi, ovvero stipulati in relazione alla presenza di truppe di stanza e concernenti imprese di uno Stato membro o di un paese terzo.

Questa seconda categoria di esclusioni, come pure quelle descritte al successivo art. 13, lett. c) – appalti aggiudicati nel quadro di un programma di cooperazione condotto congiuntamente da almeno due Stati membri per lo sviluppo di un nuovo prodotto – ed *f), sub i), ii) e iii)* – fornitura di materiali, lavori, servizi militari o sensibili «da un governo a un altro governo» – è assai rilevante perché concerne il diffuso utilizzo del potere estero (c.d. *treaty making power*) nel commercio internazionale di armamenti, che costituisce il principale canale di elusione della direttiva 2009/81/CE e rispetto a cui le istituzioni comunitarie sono impotenti. Non sono soggetti alla direttiva, quindi, accordi del tipo del programma F-35 *Joint Strike Fighter*, perché coinvolgente uno Stato extracomunitario, né quelli aggiudicati dall'OCCAR. L'esclusione di questo tipo di forniture rappresenta un'evidente criticità della direttiva, ove si consideri che il presente – e a maggior ragione il futuro – dell'industria militare è nella dimensione sopranazionale, non essendo più sostenibili, per i bilanci di medie potenze regionali come gli Stati europei, programmi solo nazionali⁹⁷.

Tra le altre ipotesi di esclusione della direttiva, infine, l'art. 13, lett. a), riguardando gli appalti che comportano la fornitura di informazioni la cui divulgazione è contraria agli interessi essenziali della sicurezza, costituisce il *trait d'union* tra la direttiva 2009/81/CE e l'art. 346, par. 1, lett. a), TFUE.

In merito ai procedimenti di aggiudicazione, negli approvvigionamenti della difesa grande rilievo riveste la procedura a trattativa privata, dal momento che spesso i materiali militari sono garantiti da private industriali che non consentono di promuovere il concorso di pubbliche offerte, avendo una sola impresa i requisiti tecnici necessari⁹⁸. Gli artt. 25 ss. della direttiva consentono di ricorrere alla procedura ristretta, a quella negoziata (con o senza pubblicazione del bando di gara), o al dialogo competitivo, ritenendosi

⁹⁵ N. DI LENNA, *op. cit.*, p. 51.

⁹⁶ L'art. 1 n. 6 della direttiva 2009/81/CE definisce come militare il «materiale specificatamente progettato o adattato per fini militari e destinato ad essere impiegato come arma, munizioni o materiale bellico»; il successivo n. 7 indica come sensibili «il materiale, lavori e servizi destinati alla sicurezza che comportano, richiedono e/o contengono informazioni classificate», dovendosi intendere come classificata (cfr. n. 8) «qualsiasi informazione o materiale, a prescindere da forma, natura o modalità di trasmissione, alla quale è stato attribuito un determinato livello di classificazione di sicurezza o un livello di protezione e che, nell'interesse della sicurezza nazionale e in conformità delle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative in vigore nello Stato membro interessato, richiede protezione contro appropriazione indebita, distruzione, rimozione, divulgazione, perdita o accesso da parte di un soggetto non autorizzato o contro qualsiasi altro tipo di pregiudizio».

⁹⁷ N. DI LENNA, *op. cit.*, p. 88-89.

⁹⁸ S. MEZZIO, *op. cit.*, p. 17.

inadeguata per le esigenze di sicurezza delle informazioni la procedura aperta⁹⁹. I criteri di aggiudicazione sono individuati nell'art. 47 nel prezzo più basso ovvero nell'offerta economicamente più vantaggiosa, da individuare sulla base di: qualità, prezzo, pregio tecnico, funzionalità, caratteristiche ambientali, costo d'utilizzazione, redditività, servizio successivo alla vendita e assistenza tecnica, data e termine di consegna o esecuzione, sicurezza dell'approvvigionamento, interoperabilità e caratteristiche operative.

3.6 In conclusione, prima della direttiva 2009/81/CE le amministrazioni della difesa potevano scegliere se applicare la normativa nazionale ovvero la direttiva 2004/18/CE, con il rischio di aggiudicare appalti di materiali, lavori e servizi militari o sensibili senza le necessarie garanzie di riservatezza delle informazioni classificate e di sicurezza degli approvvigionamenti; il che induceva gli Stati a invocare estesamente l'art. 346 TFUE, anche di là dei suoi presupposti e limiti¹⁰⁰. Con l'adozione della direttiva 2009/81/CE, gli Stati possono aggiudicare i loro contratti in materia di sicurezza e difesa alla stregua delle norme di quest'ultima, di quelle della direttiva 2004/18/CE, come pure possono continuare ad applicare l'art. 346 TFUE¹⁰¹. In quest'ultima ipotesi, decideranno se applicare la normativa nazionale, internazionale pattizia, o anche il codice di condotta europeo elaborato dall'Agenzia europea della difesa e avente natura volontaria e non vincolante, alla stregua del quale gli Stati aderenti si sono impegnati volontariamente ad aprire tutte le gare d'appalto di valore superiore a 1 milione di euro agli offerenti esteri, riportandone gli estremi su un apposito bollettino elettronico cui possono accedere tutti i potenziali fornitori¹⁰².

In ogni caso, l'esistenza della direttiva 2009/81/CE è neutrale rispetto all'ordinario sviluppo delle relazioni internazionali intrattenute dagli Stati dell'Unione in campo di cooperazione militare anche con Paesi extracomunitari, poiché non vincola ad alcuna preferenza per i prodotti militari o sensibili di origine europea, né preclude l'invito alle gare di fornitori appartenenti a Stati terzi¹⁰³.

3.7 Nel diritto nazionale, i contratti della difesa sono sempre stati retti da norme ampiamente derogatorie della disciplina generale dell'attività negoziale delle altre pubbliche amministrazioni, venendo in

⁹⁹ N. DI LENNA, *op. cit.*, p. 66. Il dialogo competitivo è una procedura alla quale qualsiasi operatore economico può chiedere di partecipare e nella quale l'amministrazione, previa selezione sulla base di un bando, avvia un dialogo con i candidati ammessi, al fine di elaborare una o più soluzioni atte a soddisfare le sue necessità e sulla base della quale o delle quali i candidati selezionati saranno invitati a presentare le offerte finali, tra le quali sarà scelta la più vantaggiosa.

¹⁰⁰ N. DI LENNA, *op. cit.*, p. 92.

¹⁰¹ A tal riguardo, in data 21 gennaio 2014, il Presidente del Consiglio dei ministri ha adottato una direttiva recante «Orientamenti e criteri per il ricorso all'art. 346 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea» (pubblicata sulla G.U. n. 87 del 14 aprile 2014), che ha sostituito l'omologa direttiva dell'11 giugno 2009, di disciplina delle modalità applicative per il ricorso all'art. 296 TCE. Le indicazioni fornite con la nuova direttiva si applicano all'affidamento dei soli contratti esclusi dal perimetro del d.lgs. n. 208 cit. e non anche a quelli secretati *ex art.* 17, d.lgs. n. 163 cit. La direttiva ribadisce, in primo luogo, che il mancato ricorso ad una procedura di evidenza pubblica per forniture, lavori o servizi nei settori della difesa e della sicurezza è consentito «unicamente nel caso in cui il ricorso a detta procedura possa compromettere interessi essenziali di sicurezza dello Stato, nel rispetto dei presupposti stabiliti dall'art. 346 TFUE». Inoltre, chiarisce gli elementi che le amministrazioni aggiudicatrici devono verificare e ponderare in relazione al singolo contratto per il quale procedere in deroga e cioè: a) quale interesse essenziale della sicurezza dello Stato si intenda tutelare; b) quale sia il legame tra detto interesse e la specifica decisione relativa all'affidamento da effettuare; c) perché la non applicazione della normativa europea sugli appalti pubblici al caso specifico sia necessaria alla tutela di un interesse essenziale della sicurezza dello Stato; d) che l'obiettivo di impedire la divulgazione di informazioni sensibili per la tutela di interessi essenziali della sicurezza dello Stato non sia conseguibile nel contesto di una procedura di evidenza pubblica; e) quando l'oggetto dell'affidamento rientri nel settore della difesa, che lo stesso sia destinato a fini specificatamente militari.

¹⁰² Nell'ambito dell'AED, i Ministri della difesa degli Stati membri hanno deciso il 21 novembre 2005 di istituire un sistema volontario e non vincolante, operativo a far data dal 1° luglio 2006, finalizzato a promuovere la concorrenza nel *procurement* della difesa, nei casi in cui è invocata l'eccezione di sicurezza nazionale di cui all'art. 346 TFUE, mediante la stesura di codice di condotta per gli appalti della difesa. A questo strumento sono poi aggiunti il codice di condotta per la catena di approvvigionamento del 15 maggio 2006, il codice di condotta sulle compensazioni del 24 ottobre 2008, in vigore dal 1° luglio 2009, e il codice di condotta sulla cooperazione e la condivisione del 19 novembre 2012. Il limite del sistema AED risiede, tuttavia, nel fatto che tutti i codici sono applicabili su base volontaria e solo se lo Stato decide di invocare l'art. 346 TFUE per derogare alla normativa comunitaria, facoltà questa sempre più residuale all'indomani dell'entrata in vigore e del recepimento della direttiva 2009/81/CE.

¹⁰³ N. DI LENNA, *op. cit.*, p. 79-80.

questione l'interesse pubblico alla sicurezza e alla difesa dello Stato, del suo territorio e dei suoi cittadini¹⁰⁴. Oltretutto, molti dei contratti rientranti in questo settore si caratterizzano, come detto, per il lungo arco temporale di esecuzione e per la presenza di un serrato controllo politico che coinvolge il Parlamento e il Presidente della Repubblica¹⁰⁵. In quest'ottica, il d.lgs. n. 208 del 2011 è l'ultima di una serie di leggi speciali che, soprattutto negli anni 70 e 80, hanno disciplinato i contratti della difesa in vista dell'ammodernamento dei mezzi in dotazione alle forze armate, oltre che del finanziamento di programmi di ricerca per l'acquisizione e la manutenzione di prodotti ad alta tecnologia¹⁰⁶. Al riguardo, non può non notarsi come la scelta di trasporre la direttiva 2009/81/CE mediante un atto normativo interno distinto dal codice dei contratti pubblici rispecchi l'impostazione seguita dallo stesso legislatore comunitario, che non è intervenuto a modificare la direttiva quadro 2004/18/CE ma si è dotato di uno strumento ulteriore¹⁰⁷.

Prima del recepimento della direttiva 2009/81/CE, il d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 dedicava agli appalti in materia di difesa e sicurezza talune disposizioni, escludendo dal proprio perimetro applicativo i contratti relativi alla produzione ed al commercio di armi, munizioni e materiale bellico, cui si riferisce anche l'art. 346 TFUE. L'odierno art. 1-bis, d.lgs. n. 163 cit., invece, include i contratti aggiudicati nei settori della difesa e sicurezza, ad eccezione dei contratti cui si applica il d.lgs. n. 208 cit. e di quelli esclusi ai sensi dell'art. 6 del medesimo d.lgs. n. 208¹⁰⁸. In particolare, l'art. 6, comma 1, cit. riprende le esenzioni di cui

¹⁰⁴ A. BALDANZA, *La difesa*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Parte spec., I, Milano, 2003, p. 303 ss., spec. p. 359-70.

¹⁰⁵ A. BALDANZA, *La difesa*, cit., p. 361.

¹⁰⁶ Al riguardo, oltre al risalente r.d. 18 novembre 1923 n. 2440 (Nuove disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato), possono ricordarsi: la l. 22 marzo 1975 n. 57 (Costruzione e ammodernamento di mezzi navali della Marina militare), il d.p.r. 5 giugno 1976 n. 1076 (Approvazione del regolamento per l'amministrazione e la contabilità degli organismi dell'Esercito, della Marina e dell'Aeronautica), la l. 16 febbraio 1977 n. 38 (Ammodernamento dei mezzi dell'Aeronautica militare), la l. 16 giugno 1977 n. 372 (Ammodernamento degli armamenti, dei materiali, delle apparecchiature e dei mezzi dell'Esercito), la l. 24 dicembre 1985 n. 808 (Interventi per lo sviluppo e l'accrescimento di competitività delle industrie operanti nel settore aeronautico), la l. 11 novembre 1986 n. 770 (Disciplina delle procedure contrattuali dello Stato per l'esecuzione di programmi di ricerca per l'acquisizione e la manutenzione di prodotti ad alta tecnologia), la l. 4 ottobre 1988 n. 436 (Norme per la semplificazione e per il controllo delle procedure previste per gli approvvigionamenti centrali della Difesa), gli artt. 5 e 9, d.l. 17 giugno 1996 n. 321, conv. nella l. 8 agosto 1996 n. 421 (Misure urgenti per le attività produttive), il d.lgs. 28 dicembre 1998 n. 496 (Razionalizzazione delle procedure contrattuali dell'Amministrazione della difesa, a norma dell'articolo 54, comma 10, della legge 27 dicembre 1997 n. 449).

¹⁰⁷ Cfr. Cons. Stato, sez. atti normativi, parere 2691/11 dell'8 luglio 2011.

¹⁰⁸ L'art. 6, d.lgs. 2011 n. 208, prevede che «1. Il presente decreto non si applica ai contratti disciplinati da: a) norme procedurali specifiche in base a un accordo o intesa internazionale conclusi tra l'Italia e uno o più paesi terzi o tra l'Italia e uno o più Stati membri e uno o più paesi terzi; b) norme procedurali specifiche in base a un accordo o intesa internazionale conclusi in relazione alla presenza di truppe di stanza e concernenti imprese stabilite nello Stato italiano o in un paese terzo; c) norme procedurali specifiche di un'organizzazione internazionale che si approvvigiona per le proprie finalità; non si applica altresì a contratti che devono essere aggiudicati da una stazione appaltante appartenente allo Stato italiano in conformità a tali norme. 2. Il presente decreto non si applica altresì ai seguenti casi: a) ai contratti nel settore della difesa, relativi alla produzione o al commercio di armi, munizioni e materiale bellico di cui all'elenco adottato dal Consiglio della Comunità europea con la decisione 255/58, che siano destinati a fini specificatamente militari e per i quali lo Stato ritiene di adottare misure necessarie alla tutela degli interessi essenziali della propria sicurezza; b) ai contratti per i quali l'applicazione delle disposizioni del presente decreto obbligherebbe lo Stato italiano a fornire informazioni la cui divulgazione è considerata contraria agli interessi essenziali della sua sicurezza, previa adozione del provvedimento di segretezza; c) ai contratti per attività *d'intelligence*; d) ai contratti aggiudicati nel quadro di un programma di cooperazione basato su ricerca e sviluppo, condotto congiuntamente dall'Italia e almeno uno Stato membro per lo sviluppo di un nuovo prodotto e, ove possibile, nelle fasi successive di tutto o parte del ciclo di vita di tale prodotto. Dopo la conclusione di un siffatto programma di cooperazione unicamente tra l'Italia e uno o altri Stati membri, gli stessi comunicano alla Commissione europea l'incidenza della quota di ricerca e sviluppo in relazione al costo globale del programma, l'accordo di ripartizione dei costi nonché, se del caso, la quota ipotizzata di acquisti per ciascuno Stato membro; e) ai contratti aggiudicati in un paese terzo, anche per commesse civili, quando le forze operano al di fuori del territorio dell'Unione, se le esigenze operative richiedono che siano conclusi con operatori economici localizzati nell'area delle operazioni; a tal fine sono considerate commesse civili i contratti diversi da quelli di cui all'articolo 2; f) ai contratti di servizi aventi per oggetto l'acquisto o la locazione, quali che siano le relative modalità finanziarie, di terreni, fabbricati esistenti o altri beni immobili o riguardanti diritti su tali beni; g) ai contratti aggiudicati dal governo italiano a un altro governo e concernenti: 1) la fornitura di materiale militare o di materiale sensibile; 2) lavori e servizi direttamente collegati a tale materiale; 3) lavori e servizi per fini specificatamente militari,

all'art. 12 della direttiva 2009/81/CE, il successivo comma 2, lett. a) e b), esclude anche le forniture per le quali lo Stato invochi l'eccezione di sicurezza nazionale di cui all'art. 346 TFUE e il comma 3 riprende il divieto di utilizzazione delle esclusioni per fini elusivi, di cui all'art. 11 della stessa direttiva.

Conseguentemente, la riferibilità o meno di un contratto alla direttiva 2009/81/CE e al d.lgs. n. 208 cit. costituisce lo spartiacque per l'applicazione del regime speciale in luogo di quello generale del codice dei contratti pubblici, dato che gli artt. 195-196, d.lgs. n. 163 cit., disciplinano proprio i contratti del settore della difesa «diversi da quelli che rientrano nel campo di applicazione del decreto legislativo di recepimento della direttiva 2009/81/CE»¹⁰⁹. Il d.lgs. n. 208 cit. è intervenuto su taluni aspetti delle procedure a evidenza pubblica in materia di sicurezza e difesa e, in particolare, sulle procedure di affidamento, escludendo la procedura aperta e affermando la possibilità di ricorrere in via generale a quella negoziata con pubblicazione del bando di gara, introducendo limitazioni all'applicazione dello *standstill period*. In aggiunta a ciò, il d.lgs. n. 208 cit. ha disciplinato i requisiti di capacità tecnico-professionale di fornitori e prestatori di servizi, le specifiche tecniche, le condizioni particolari di esecuzione del contratto e subappalto.

Il d.lgs. n. 208 cit. non ha, invece, dettato norme sugli appalti coperti da provvedimenti di segretezza, dovendosi armonizzare il suo art. 6 con l'art. 17 d.lgs. n. 163 cit.¹¹⁰. Nella sua originaria formulazione, l'art. 17 cit., in nome della protezione degli interessi essenziali della sicurezza dello Stato, prevedeva la possibilità

o lavori e servizi sensibili; *h*) ai servizi di arbitrato e di conciliazione; *i*) ai servizi finanziari, ad eccezione dei servizi assicurativi; *l*) ai contratti d'impiego; *m*) ai servizi di ricerca e sviluppo diversi da quelli i cui benefici appartengono esclusivamente all'amministrazione aggiudicatrice o ente aggiudicatore perché li usi nell'esercizio della sua attività, a condizione che la prestazione del servizio sia interamente retribuita da tale amministrazione aggiudicatrice o ente aggiudicatore. 3. Nessuna delle norme, procedure, programmi, accordi, intese o appalti menzionati ai commi 1 e 2 può essere utilizzata allo scopo di non applicare le disposizioni del presente decreto».

¹⁰⁹ Secondo l'art. 195, d.lgs. n. 163 del 2006, ai contratti nel settore della difesa diversi da quelli che rientrano nel campo di applicazione del d.lgs. n. 208 del 2001, oltre al regolamento previsto dal successivo art. 196, si applicano le previsioni del codice dei contratti pubblici relative a: principi, disposizioni comuni e contratti esclusi (parte I); programmazione, direzione ed esecuzione dei lavori (parte II, titolo III, capo I); concessione di lavori (parte II, titolo III, capo II); promotore finanziario e società di progetto (parte II, titolo III, capo III); contenzioso (parte IV); disposizioni di coordinamento, finali e transitorie (parte V); in quanto non derogate, contratti di rilevanza comunitaria e sotto soglia comunitaria (parte II, titoli I e II).

¹¹⁰ Il «segreto di Stato», eretto a presidio della sua indipendenza e integrità, si colloca al massimo livello dei segreti pubblici; la sua prima definizione risale all'art. 12, l. 24 ottobre 1977 n. 801, sostituito oggi dall'art. 39, l. 3 agosto 2007 n. 124, per il quale «1. Sono coperti dal segreto di Stato gli atti, i documenti, le notizie, le attività e ogni altra cosa la cui diffusione sia idonea a recare danno all'integrità della Repubblica, anche in relazione ad accordi internazionali, alla difesa delle istituzioni poste dalla Costituzione a suo fondamento, all'indipendenza dello Stato rispetto agli altri Stati e alle relazioni con essi, alla preparazione e alla difesa militare dello Stato. 2. Le informazioni, i documenti, gli atti, le attività, le cose e i luoghi coperti da segreto di Stato sono posti a conoscenza esclusivamente dei soggetti e delle autorità chiamati a svolgere rispetto ad essi funzioni essenziali, nei limiti e nelle parti indispensabili per l'assolvimento dei rispettivi compiti e il raggiungimento dei fini rispettivamente fissati. Tutti gli atti riguardanti il segreto di Stato devono essere conservati con accorgimenti atti ad impedirne la manipolazione, la sottrazione o la distruzione. 3. Sono coperti dal segreto di Stato le informazioni, i documenti, gli atti, le attività, le cose o i luoghi la cui conoscenza, al di fuori degli ambiti e delle sedi autorizzate, sia tale da ledere gravemente le finalità di cui al comma 1. [...] 11. In nessun caso possono essere oggetto di segreto di Stato notizie, documenti o cose relativi a fatti di terrorismo o eversivi dell'ordine costituzionale o a fatti costituenti i delitti di cui agli articoli 285, 416-bis, 416-ter e 422 del codice penale». Si tratta, quindi, di un vincolo temporalmente limitato e disposto, per ragioni eminentemente politiche, dal Presidente del Consiglio dei ministri su atti, documenti, notizie, attività, cose e luoghi, la cui divulgazione e indiscriminata conoscenza può ledere gravemente gli interessi essenziali dello Stato. In argomento, v. A.L. ESPOSITO, *La gestione dei documenti amministrativi coperti dal segreto di Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, 2, p. 499 ss.; G. CORSO, *La difesa e l'ordine pubblico*, in G. AMATO, A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico. L'azione dei pubblici poteri*, Bologna, 1997, p. 288 ss.; P. SALVATORE, *Trasparenza, dovere di comunicazione e tutela del segreto e della riservatezza*, in *Cons. St.*, 1996, 11, p. 2019; U. ROSSI MERIGHI, *Segreto di Stato: tra politica e amministrazione*, Napoli, 1994; F. CLEMENTI, A. MUSCI, *Il segreto di Stato. Dal Caso Sifar alla «giustizia negata di Ustica e Bologna». Profili giuridici e prospettive di riforma*, Roma, 1990; S. LABRIOLA, *Segreto di Stato*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, 1989, p. 1030 ss.; A. ANZON, *Segreto di Stato e Costituzione*, in *Giur. cost.* 1976, I, p. 1784 ss.; G.M. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967, p. 253 ss. Il fondamento costituzionale del segreto di Stato è stato variamente individuato negli artt. 2 (Cass. pen., sez. III, sent. 22 febbraio 1974, in *Riv. it dir. proc. pen.*, 1975, 1027), 54 Cost. (M. PISANI, *Testimonianza e segreti*, in *La testimonianza nel processo penale*, atti del convegno di studio E. De Nicola, Milano, 1974, p. 84) e 82 Cost. (G. COLLI, *Sulla validità dell'attuale disciplina legislativa del segreto di Stato*, in *Rass. parl.*, 1968, p. 263).

per le sole amministrazioni ivi indicate di derogare alle disposizioni relative alla pubblicità delle procedure di affidamento, previo esperimento di gara informale, per i soli casi in cui esistesse la necessità di adottare speciali misure di sicurezza¹¹¹. L'odierno art. 17, invece, ferma restando detta gara informale, estende a tutte le amministrazioni la possibilità di deroga alle procedure di affidamento per i contratti al cui oggetto, atti o modalità di esecuzione è attribuita una classifica di segretezza e per quelli la cui esecuzione deve essere accompagnata da speciali misure di sicurezza, in base a disposizioni legislative, regolamentari o amministrative¹¹².

3.8 Con d.p.r. 15 novembre 2012 n. 236 è stato emanato il regolamento di cui all'art. 196, comma 1, d.lgs. n. 163 cit., per la disciplina di contratti e procedure in economia non rientranti nel d.lgs. n. 208 cit. ma anche per «gli interventi da eseguire in Italia e all'estero per effetto di accordi internazionali, multilaterali o bilaterali»¹¹³. Per ciò che non è espressamente previsto dal predetto regolamento, si applicano le disposizioni del d.lgs. n. 163 cit. e del relativo regolamento di esecuzione e attuazione, adottato con d.p.r. 5 ottobre 2010 n. 207, nonché quelle in materia negoziale previste dal codice dell'ordinamento militare, di cui al d.lgs. 15 marzo 2010 n. 66, ed al relativo testo unico regolamentare emanato con d.p.r. 15 marzo 2010 n. 90.

Per quanto d'interesse, ai sensi dell'art. 93, commi 1 e 2, d.p.r. n. 236 cit., in caso di acquisto di beni e servizi esclusi dalla disciplina comunitaria sugli appalti pubblici, l'amministrazione è obbligata a motivare in modo idoneo e specifico non soltanto le «ragioni di diretta connessione della fornitura o del servizio alla tutela di interessi essenziali di sicurezza nazionale», ma anche le ulteriori condizioni rilevanti a soddisfare i «criteri interpretativi fissati dalle istituzioni dell'Unione europea». Ciò comporta che la motivazione dovrà illustrare le caratteristiche del bene che, per le peculiarità di progettazione, sviluppo o modifica sostanziale, lo rendano non equiparabile né sostituibile con applicazioni civili simili, disponibili sul mercato¹¹⁴.

4. Forniture di armamenti e potere estero dello Stato

4.1 Le manifestazioni dell'esercizio del potere estero, insieme all'eccezione di sicurezza nazionale, costituiscono le principali ipotesi di esclusione dei contratti aventi a oggetto attrezzature militari dalle norme della direttiva 2009/81/CE, oltre ad essere il più immediato veicolo di elusione della stessa. Infatti, il *treaty making power* è un attributo originario della sovranità statale che non è coercibile da parte delle istituzioni comunitarie, né gli Stati hanno devoluto scelte all'Unione nello specifico settore della difesa militare, preservando intatta la propria libertà d'azione, come testimoniato dall'art. 346 TFUE. Di seguito è, quindi, illustrata la tassonomia di accordi e intese utilizzati per il *procurement* internazionale di armamenti, della cui «politicità» si è già ampiamente detto in precedenza.

¹¹¹ Si trattava, in particolare, di forze armate e corpi di polizia, Banca d'Italia, amministrazione della giustizia e amministrazione finanziaria, relativamente alla gestione del sistema informativo della fiscalità o a particolari attività nell'ambito dei settori speciali. Nel proprio parere 3 aprile 2008 AG2-08, reperibile al link http://www.avcp.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/_Atto?ca=3937, l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici ha chiarito che l'ammissibilità della procedura derogatoria per l'affidamento di contratti secretati è condizionata all'effettiva idoneità della stessa a realizzare in concreto le misure di sicurezza, non implicando la dichiarazione di segretezza l'automatico ricorso a essa. Parimenti, ha chiarito che la segretezza di un'opera deve essere effettuata preventivamente in sede di programmazione e non in una qualsiasi delle fasi del procedimento e che la procedura informale si sostituisce *in toto* alle ordinarie procedure ad evidenza pubblica.

¹¹² La *ratio* della segretezza è fondata sulla necessità di evitare la diffusione di dati e conoscenze che possano pregiudicare il supremo interesse nazionale o altri interessi vitali per la difesa dello Stato, giustificandosi la deroga ai principi generali di pubblicità e massima partecipazione (V. delibera Avcp n. 109 del 19 dicembre 2012, in http://www.avcp.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/_Atto?ca=5289). Il provvedimento di segretezza deve essere emesso prima dell'avvio del procedimento di aggiudicazione, trovando propriamente sede in fase di programmazione (Cfr. parere Avcp n. AG2-2008 del 3 aprile 2008, *cit.*; Cons. Stato, sez. IV, 6 ottobre 2004 n. 6491, in *Cons. St.*, 2004, I, 2073). Il giudizio di segretezza, poi, spetta esclusivamente al Ministro, in quanto le valutazioni di merito riguardanti motivi di sicurezza e riservatezza attengono alla sfera politica e non a quella amministrativa (Cfr. Corte conti, delibera n. 1/2008/P del 7 febbraio 2008, consultabile al link http://www.corteconti.it/export/sites/portalecdc/_documenti/controllo/sez_legittimita/2008/Delibera_n._1_2008_P.pdf).

¹¹³ H. CAROLI CASAVOLA, *Gli appalti del Ministero della difesa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 11, p. 1034 ss. Il d.p.r. 15 novembre 2012 n. 236 sostituisce il capitolato generale d'oneri, la normativa secondaria di settore su servizi e forniture e la precedente disciplina dell'attività contrattuale del Genio militare, distingue lavori pubblici, servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria, forniture e servizi.

¹¹⁴ H. CAROLI CASAVOLA, *Gli appalti*, *loc. cit.*

Nell'ordinamento italiano coesistono tre tipi di accordi internazionali e *in primis* quelli indicati dall'art. 80 Cost., tra cui, per quanto di odierno interesse, «i trattati internazionali che sono di natura politica [...] o importano oneri alle finanze o modificazioni di leggi», che richiedono una legge di autorizzazione alla ratifica e la ratifica del Capo dello Stato¹¹⁵. A essi si aggiungono sia quelli che, pur non rientrando *ratione materiae* nell'art. 80 cit., sono comunque stipulati «in forma solenne», mediante ratifica del Presidente della Repubblica, sia quelli conclusi «in forma semplificata», che cioè entrano in vigore con la sola sottoscrizione da parte degli organi dell'Esecutivo «debitamente autorizzati», anche nella forma dello scambio di note aventi il medesimo contenuto, senza alcuna ratifica o controllo presidenziale¹¹⁶.

La figura dell'accordo in forma semplificata non è formalmente legittimata da alcuna disposizione costituzionale, che sembra anzi alludere alla ratifica come unico modo di assunzione di obblighi internazionali pattizi, e si fonda su una prassi risalente al periodo monarchico, confermata anche in epoca repubblicana¹¹⁷. L'esistenza di questo tipo di trattati comporta il rischio che il Governo possa aggirare le competenze delle Camere, incidendo su contenuti riservati al Parlamento; pertanto, sono consentiti al di fuori delle ipotesi indicate dall'art. 80 Cost. e, in particolare, in merito alla copertura finanziaria, la legge di autorizzazione alla ratifica è necessaria soltanto se si tratti di oneri aggiuntivi rispetto a quelli già coperti dagli stanziamenti vigenti¹¹⁸. Gli accordi in forma semplificata sono generalmente impiegati per i trattati

¹¹⁵ Nel sottolineare che la bibliografia costituzionalistica ed internazionalistica sul punto è vastissima, si rinvia, per un quadro di sintesi, alla complessiva trattazione, densa di riferimenti storici, politici e culturali, di A. CASSESE, *Diritto internazionale*, Bologna, 2013; ID., sub art. 80, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. La formazione delle leggi*, II, Bologna-Roma, 1979, p. 181 ss.

¹¹⁶ N. RONZITTI, *Introduzione al diritto internazionale*, Torino, 2013, p. 229 ss. Tuttavia, secondo L. FERRARI BRAVO, *Lezioni di diritto internazionale*, Napoli, 1992, p. 122, l'espressione di «trattato in forma semplificata» sarebbe «da deplorare perché non ha significato giuridico ed anche sul piano pratico è fuorviante». L'art. 80 Cost. dispone che «Le Camere autorizzano con legge la ratifica dei trattati internazionali che sono di natura politica, o prevedono arbitrati o regolamenti giudiziari, o importano variazioni del territorio od oneri alle finanze o modificazioni di leggi». Ai sensi dell'art. 12 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 23 maggio 1969, ratificata con l. 12 febbraio 1974 n. 112, gli accordi in forma semplificata acquistano efficacia al momento della sottoscrizione oppure per effetto di uno scambio di note. Sono «debitamente autorizzati» alla firma i soli «plenipotenziari», cioè gli organi investiti dei «pieni poteri» a impegnare la responsabilità internazionale dello Stato in conformità alle procedure previste dall'ordinamento nazionale. Conseguentemente, nel caso di stipulazione in forma semplificata, la sottoscrizione del plenipotenziario non assolve la sola tradizionale funzione di autenticare il testo ma vale anche a esprimere il consenso dello Stato a obbligarci. Dal punto di vista del diritto interno, l'art. 2, comma 3, lett. h), l. 23 agosto 1988 n. 400, ha previsto la deliberazione del Consiglio dei ministri sulle «linee di indirizzo in tema di politica internazionale e comunitaria» e sui «progetti dei trattati e degli accordi internazionali, comunque denominati, di natura politica o militare», recuperando in tal modo una certa responsabilità collegiale anche per gli strumenti conclusi in forma semplificata, che precedentemente erano sottratti al coinvolgimento collegiale del Governo, essendo sottoscritti dal solo Presidente del consiglio o dal Ministro degli affari esteri (V. ONIDA, *Compendio di diritto costituzionale*, Milano, 2011, p. 305)

¹¹⁷ V. ONIDA, *Compendio*, loc. cit. Per il periodo monarchico v. D. DONATI, *I trattati internazionali nel diritto costituzionale*, Torino, 1906. La costituzionalità dei trattati in forma semplificata è stata desunta ora da una consuetudine costituzionale, ora da una delega implicita del Capo dello Stato agli organi dell'Esecutivo, ora da un'interpretazione sistematica degli artt. 80 e 87, comma 8, Cost., da cui si ricava che il Costituente ha inteso riservare la forma solenne ai soli accordi più rilevanti. A favore della teoria della consuetudine costituzionale: R. MONACO, *La ratifica dei trattati internazionali nel quadro costituzionale italiano*, in *Riv. dir. int.*, 1968, p. 641 ss.; S. MARCHISIO, *Sulla competenza del Governo a stipulare in forma semplificata i trattati internazionali*, *ibidem*, 1975, p. 533 ss.; sostiene la tesi della delega implicita M. GIULIANO, T. SCOVAZZI, T. TREVES, *Diritto internazionale*, Milano, 1991, p. 569-571; fautore dell'interpretazione sistematica è, invece, B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 2010, p. 76.

¹¹⁸ A. SINAGRA, P. BARGIACCHI, *Lezioni di diritto internazionale pubblico*, Milano, 2009, p. 242 ss. V. ONIDA, *Compendio*, cit., p. 305; S. BARIATTI, *L'accordo nel sistema delle fonti e il diritto dei trattati*, in S.M. CARBONE, R. LUZZATTO, A. SANTA MARIA (a cura di), *Istituzioni di diritto internazionale*, Torino, 2006, p. 94; G. GAJA, *Il limite del rispetto degli "obblighi internazionali": un parametro definito solo parzialmente*, in *Riv. dir. int.*, 2008, p. 136 ss. Sugli accordi in forma semplificata: A. SERVEDIO, *Gli accordi in forma semplificata e i soggetti di diritto internazionale*, in *Rass. Arma arab.*, 2001, 2, p. 43 ss.; F. CORTESE, *Gli accordi internazionali in forma semplificata nel diritto italiano*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1977, p. 24 ss.; M. UDINA, *Gli accordi internazionali in forma semplificata e la Costituzione italiana*, in *Studi in onore di Guido Zanobini*, Milano, 1962, IV, p. 467 ss. Sul tema del rispetto delle disposizioni costituzionali nella stipula dei trattati v.: U. VILLANI, *Attuazione dei trattati che riguardano la mutua difesa e prevedono l'uso della forza*, in *Riv. coop. giur. int.*, 2003, 13, p. 11 ss.; A. BERNARDINI, *La sovranità popolare violata nei processi normativi internazionali ed europei*, Napoli, 2001; G. CARUSO, *Forme di controllo parlamentare diverse*

bilaterali o nelle organizzazioni internazionali, per le decisioni relative al funzionamento delle istituzioni o alla nomina degli organi, e comprendono essenzialmente gli atti esecutivi di precedenti accordi precettivi, regolarmente entrati in vigore, e quelli di natura puramente amministrativa o tecnica¹¹⁹. Gli obblighi assunti mediante tali trattati limitano comunque, ai sensi dell'art. 117, comma 1, Cost., la potestà legislativa, che «è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali», dato che sono pubblicati nella Raccolta ufficiale degli atti normativi della Repubblica Italiana, ai sensi degli artt. 4 e 9, l. 11 dicembre 1984 n. 839¹²⁰.

4.2 I rapporti internazionali non sono gestiti in via esclusiva dal Ministro degli affari esteri in rappresentanza dello Stato: anche altre amministrazioni, tra cui il Ministero della difesa, sono solite concludere intese di natura tecnica con istituzioni estere omologhe. Queste intese «interministeriali e tecniche» non sono accordi internazionali, neppure in forma semplificata, e fanno «sorgere impegni di collaborazione tecnico-amministrativa e, in via subordinata, di natura politica esclusivamente tra le singole amministrazioni stipulanti»¹²¹. A differenza dei trattati che, anche se stipulati in forma semplificata, per la firma richiedono il rilascio da parte del Ministero degli affari esteri dei «pieni poteri», le intese in discorso sono subordinate a un semplice nulla osta, che prende in esame la natura dell'atto e la sua compatibilità col quadro normativo di riferimento nazionale e comunitario¹²². L'attività internazionale del Ministero della difesa, in particolare, comprende, accordi quadro di cooperazione nel *procurement* militare; *memoranda* finalizzati a programmi di sistemi d'arma o di ricerca; intese tecniche attuative dei *memoranda* finalizzati ai predetti programmi (c.d. «*Project Arrangements*» o «*Technical Arrangements*»); *memoranda* di scambio di personale tecnico¹²³.

Gli accordi quadro di cooperazione nel settore del *procurement* militare enunciano l'intendimento di cooperare con Nazioni alleate o amiche nel settore dell'acquisizione di beni e servizi, individuandone le relative aree (es. ricerca, sviluppo, scambio personale, ecc.) e prevedendo le forme di coinvolgimento dei rispettivi comparti industriali¹²⁴. Stante l'evidente contenuto politico, tali strumenti sono conclusi o in forma solenne ai sensi dell'art. 80 Cost. o, in ambito NATO/UE, tendenzialmente tramite intese interministeriali e

dall'autorizzazione alla ratifica riguardo ad impegni internazionali assunti dall'Italia in materia militare, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1986, p. 693 ss.; A. CASSESE, sub art. 80, loc. cit.

¹¹⁹ N. RONZITTI, *Introduzione*, loc. cit. A. SINAGRA, P. BARGIACCHI, *Lezioni*, loc. cit.; S.M. CABRONE, R. LUZZATTO, A. SANTA MARIA, *Istituzioni di diritto internazionale*, Torino, 2006, p. 86.

¹²⁰ F. VISMARA, *Il rispetto degli obblighi internazionali nell'art. 117, primo comma, della Costituzione*, in *Scritti in memoria di Alessandra Concaro*, Milano, 2012, p. 860. Con riferimento alla pubblicità degli accordi internazionali, è nota la tesi per la quale l'ordinamento costituzionale sconoscerebbe del tutto i trattati segreti, contenendo sul punto un divieto implicito (P. FOIS, *Il trattato segreto nel sistema degli accordi internazionali*, in *Riv. dir. int.*, 1990, 809 ss.). Tuttavia, la segretezza sembra ammissibile in materie diverse da quelle contemplate dall'art. 80 Cost., e quindi anche in relazione agli accordi stipulati in forma semplificata (oltre che, a maggior ragione, alle «intese interministeriali e tecniche» che neppure costituiscono propriamente dei trattati), in virtù del combinato disposto gli artt. 1 e 39, l. n. 124 del 2007, 4 e 9, l. 11 dicembre 1984 n. 839 (M. GIULIANO, T. SCOVAZZI, T. TREVES, *Diritto internazionale*, cit., p. 573. Peraltro, in relazione alle materie di cui all'art. 80 Cost., vi è chi ammette la possibilità di clausole segrete, ad esempio in un «accordo quadro dal quale sia omessa la disciplina delle parti più strettamente tecnico militari che potranno formare oggetto di alcune clausole segrete» (L. CHIEFFI, *Il valore costituzionale della pace. Tra decisioni dell'apparato e partecipazione popolare*, Napoli, 1990, p. 220. Sul punto, v. anche M. FRANCHINI, *La potestà estera*, in G. SANTANIELLO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, XXII, Padova, 1992, p. 217 ss.).

¹²¹ N. RONZITTI, *op. loc. cit.*, che cita al riguardo la circolare del Ministero degli affari esteri 3 marzo 2008 n. 4. In tali atti, sovente i ministeri degli Stati contraenti, nel quadro della propria autonomia, individuano programmi di azione congiunti nei settori di competenza, dai quali non nascono vincoli giuridici ma soltanto impegni politici.

¹²² Ciò in quanto le intese interministeriali e tecniche non impegnano la responsabilità internazionale della Repubblica, né possono contenere clausole tipiche di accordi internazionali (es. regolamenti giudiziari o arbitrati per soluzione delle controversie)

¹²³ Per l'attività internazionale del Ministero della difesa, v. le indicazioni contenute nella «Linee guida relative agli aspetti amministrativi/negoziali in materia di accordi intergovernativi e di intese tecniche non governative», approvate dal Segretariato generale della difesa il 15 febbraio 2008 n. SGD-G-015 e disponibili al link: http://www.difesa.it/SGD-DNA/Appfondimenti/Direttive/Documents/45945_SGDG015.pdf.

¹²⁴ Al tal fine, dettano solitamente una dettagliata disciplina dell'attività svolta congiuntamente che include l'istituzione di comitati bilaterali, i profili di tutela del segreto e della sicurezza industriale e che può contenere anche previsioni sulle modalità di risoluzione delle eventuali controversie e sul risarcimento dei danni, oltre che sullo *status* del personale. Detti accordi rimandano poi a intese applicative di livello inferiore la regolamentazione di aspetti di maggior dettaglio e l'attuazione delle concrete attività di cooperazione.

tecniche, salvo talune eccezioni. Infatti, ove sia enunciato il principio della legge dello Stato di bandiera, che deroga la giurisdizione Paese ove transitano o stazionano truppe straniere, è necessario ricorrere a una modifica di legge, e quindi alla forma solenne di cui all'art. 80 Cost., dato che il principio di territorialità della legge ha valenza generale¹²⁵.

I *memoranda* di cooperazione finalizzati a programmi di sistemi d'arma o di ricerca, le relative intese tecniche attuative e i *memoranda* di scambio di personale tecnico non richiedono la forza legale di un atto internazionalmente vincolante e vengono così stipulati in forma interministeriale. Ove siano previsti oneri finanziari, la relativa indicazione costituisce un mero impegno di carattere politico a reperire le risorse necessarie al programma, le quali, ove non gravino sugli ordinari stanziamenti di bilancio, richiedono che l'accordo sia stipulato in forma solenne, ai sensi dell'art. 80 Cost.

4.3 Quale esempio di cooperazione, può citarsi il *Memorandum* d'intesa, stipulato in forma semplificata tra il governo italiano e quello statunitense, sul reciproco *procurement* per la difesa del 20 ottobre 2008, che ha sostituito il precedente *Memorandum* sulla reciproca cooperazione in materia di ricerca, sviluppo, produzione e approvvigionamento dell'equipaggiamento della difesa datato 11 settembre 1978¹²⁶.

L'accordo, in armonia con le leggi, i regolamenti, le linee di politica e gli obblighi internazionali di ciascuno Stato, persegue la reciproca apertura dei mercati di prodotti per la difesa e lo scambio delle relative tecnologie, per razionalizzare la spesa militare e «stabilire giuste ed eque opportunità per l'industria di ciascun Paese di partecipare ai programmi di approvvigionamento delle forze armate dell'altro Paese». In estrema sintesi, i governi contraenti si sono impegnati a rimuovere gli ostacoli all'acquisizione o alla co-produzione dei beni prodotti nell'altro Paese, assicurando agli operatori economici dell'altro Paese un «trattamento non meno favorevole di quello accordato alle imprese industriali nazionali». Italia e Stati Uniti si sono, altresì, impegnati ad appianare eventuali controversie mediante consultazione con impegno a non devolverle a istanze giurisdizionali. Le parti hanno pure concordato di discutere «misure atte a limitare gli effetti negativi che gli accordi di compensazione hanno sulla base industriale di difesa di ciascun Paese».

Peraltro, gli Stati Uniti intrattengono con Paesi e organizzazioni internazionali alleati varie forme di cooperazione nel campo del *procurement* per la difesa e segnatamente le *Foreign Military Sales* (FMS), il *Foreign Military Financing* (FMF) e l'*Excess Defense Articles* (EDA)¹²⁷. A tali programmi governativi si aggiungono, poi, le *Direct Commercial Sales* (DCS) delle imprese americane¹²⁸.

¹²⁵ Questa è la soluzione individuata per le cooperazioni con Stati NATO dal Trattato di Londra del 19 giugno 1951 – noto come NATO SoFA (*Status of Forces Agreement*) – ratificato dall'Italia con l. 30 novembre 1955 n. 1335 che, temperando il principio della sovranità territoriale, prevede l'applicazione della giurisdizione dello Stato di bandiera ad alcune fattispecie penali commesse dai militari stranieri. In seguito, tale assetto è stato esteso ai Paesi membri della *Partnership for Peace* NATO dal Trattato di Bruxelles del 19 giugno 1995 – conosciuto come NATO PfP SoFA – ratificato dall'Italia con l. 30 giugno 1998 n. 229. Nel caso in cui non ci si limiti a prevedere la consultazione tra le Parti quale modalità di risoluzione delle controversie, l'eventuale contenzioso sarebbe radicato avanti ai giudici locali, a meno che non si inserisca, specialmente per la proprietà intellettuale degli armamenti o delle loro componenti, una clausola compromissoria, la cui presenza richiede la forma solenne *ex art. 80 Cost.*

¹²⁶ Il *Memorandum* d'intesa tra Italia e Stati Uniti d'America del 20 ottobre 2008 è liberamente consultabile al link <http://www.difesa.it/SGD-DNA/Staff/Reparti/III/Documents/MoUITUSAReciprocoProcurementperlaDifesa2.pdf>.

¹²⁷ Le *Foreign Military Sales* (FMS) sono una forma di cooperazione in materia di sicurezza e difesa prevista dall'*Arms Export Control Act* promulgato il 30 giugno 1976 (Pub. L. 94-239, 90 Stat. 729, che è reperibile al link <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/STATUTE-90/pdf/STATUTE-90-Pg729.pdf>.) e dal *Foreign Military Sales Act* promulgato il 22 ottobre 1968 (Pub. L. 90-629, 82 Stat. 1320-2, che può essere consultato al link <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/STATUTE-82/pdf/STATUTE-82-Pg1320-2.pdf>.) e costituiscono un fondamentale strumento di politica estera per il governo statunitense, dato che consentono di stabilire un rapporto di lungo periodo con l'amministrazione americana. Quest'ultima, in particolare, può fornire prodotti e servizi per la difesa a Paesi esteri e organizzazioni internazionali a condizioni concordate in una *Letter of Offer and Acceptance* (LOA) e il cui prezzo può essere corrisposto con fondi propri dei destinatari o con l'assistenza economica degli Stati Uniti stessi. Le FMS sono, quindi, forniture *Government to Government* (Gov-to-Gov) che traggono fondamento in accordi internazionali e in cui il governo americano acquista *off the shelf* beni e servizi militari per conto di un Paese terzo, utilizzando le procedure previste per le proprie forze armate e seguendo la commessa in ogni fase. Le FMS consentono di realizzare economie di scala garantendo un pacchetto di fornitura completo, assicurano la piena interoperabilità con l'esercito, la marina o l'aeronautica USA, ma possono non essere in grado di soddisfare requisiti non standard o non disponibili presso di esse. Accanto alle FMS, l'*Arms Export Control Act* prevede anche il programma *Foreign Military Financing* (FMF) quale ulteriore forma di cooperazione militare e consistente nel finanziamento, mediante un prestito diretto o la prestazione di

5. Conclusioni e prospettive del mercato comune dei prodotti per la difesa.

5.1 Il 2 ottobre 2012, la Commissione ha rassegnato al Parlamento europeo e al Consiglio la propria relazione sul recepimento della direttiva 2009/81/CE, dando atto che la maggior parte degli Stati membri ha operato correttamente, perlopiù attuando anche le norme non obbligatorie in materia di subappalto, che mirano ad accrescere la concorrenza nella catena di fornitura¹²⁹.

La Commissione, nel considerare che gli appalti della difesa sono soggetti alle norme del mercato interno, ha ribadito il proprio impegno futuro per il superamento della prassi delle compensazioni economiche, rispetto alle quali la direttiva 2009/81/CE non ha espressamente posto una preclusione¹³⁰. Le compensazioni, in particolare, sono viste come «misure restrittive che vanno contro i principi fondamentali del trattato», che «attuano una discriminazione contro gli operatori economici, i beni e i servizi provenienti da altri Stati membri, ostacolando la libera circolazione dei beni e dei servizi»¹³¹. Conseguentemente, il diritto comunitario può tollerarle solo nei limiti in cui siano giustificabili sulla base di una deroga prevista dal trattato e, in particolare, in virtù dell' art. 346, par. 1, lett. b), TFUE, ove siano in concreto necessarie per la tutela degli interessi essenziali di sicurezza di uno Stato membro¹³².

5.2 Nella sua comunicazione del 24 luglio 2013 «Verso un settore della difesa e della sicurezza più concorrenziale ed efficiente», la Commissione, nel dare atto che la difesa è al centro della sovranità nazionale e che le decisioni riguardanti le capacità militari sono prerogativa esclusiva degli Stati membri, ha precisato la propria futura strategia d'azione per questo comparto produttivo¹³³. Al riguardo, ha rimarcato, da un lato, gli effetti della crisi della spesa pubblica sui bilanci pubblici e sull'industria militare e, dall'altro, le criticità connesse al *trend* di crescita dei costi dei moderni sistemi d'arma, dovuta alla maggiore complessità tecnologica, alla riduzione dei volumi di produzione e al ridimensionamento delle forze armate degli Stati, che l'instaurazione di un mercato unico dei materiali bellici potrebbe superare¹³⁴.

una garanzia, dell'acquisto di prodotti e servizi per la difesa di fabbricazione americana da parte di Stati stranieri e organizzazioni internazionali. Infine, pur trattandosi di *procurement* di materiali di seconda mano, può ricordarsi il programma *Excess Defense Articles* (EDA), disciplinato dal *Foreign Assistance Act* promulgato il 4 settembre 1961 (Pub. L. 87-195, 75 Stat. 424-2, reperibile al link <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/STATUTE-75/pdf/STATUTE-75-Pg424-2.pdf>.) e dall'*Arms Export Control Act*, al fine di trasferire a governi stranieri e organizzazioni internazionali ed a prezzo di favore, a seconda delle loro condizioni, equipaggiamenti militari USA dichiarati in *surplus*.

¹²⁸ Sull'argomento v. S. MEZZIO, *op. cit.*, p. 29 ss. Mediante le *Direct Commercial Sales* (DCS), prodotti e servizi per la difesa di origine americana possono essere direttamente forniti a governi esteri e organizzazioni internazionali dalle imprese statunitensi, che sono autorizzate a esportarli, negoziando direttamente le condizioni con il cliente finale. Le DCS sono, quindi, contratti di appalto in cui il ruolo del governo americano è limitato alla sola concessione della licenza d'esportazione.

¹²⁹ Cfr. la comunicazione della Commissione 2 ottobre 2012 COM (2012) 565 def. «Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sul recepimento della direttiva 2009/81/CE sugli appalti nei settori della difesa e della sicurezza», al link: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0565:FIN:IT:PDF>. Per quanto concerne l'Italia, ai sensi dell'art. 27 d.lgs. n. 208 cit., le stazioni appaltanti possono chiedere ai concorrenti di subappaltare a terzi una quota del contratto non superiore al trenta per cento del suo valore qualora risultino aggiudicatari, utilizzando procedure competitive e in conformità alle disposizioni sulla pubblicità (*i.e.* avviso di subappalto) e la selezione dei subappaltatori (trasparenza, equità, obiettività, non discriminazione) di cui ai successivi art. 29 e 30.

¹³⁰ Sul punto, v. A.R. UNGARO, *op. cit.*, p. 48. La direttiva 2009/81/CE non denuncia né vieta espressamente la prassi delle compensazioni industriali, ma esprime indicazioni e prescrizioni tali da precludere che gli *offsets* possano rientrare tra i requisiti contrattuali di un appalto o tra i suoi criteri di aggiudicazione, favorendo così concorrenza e trasparenza. In particolare, alla stregua dei considerando nn. 41 e 45, nessuna condizione di esecuzione dell'appalto può riguardare esigenze diverse da quelle connesse all'esecuzione del contratto, con la conseguenza le compensazioni indirette, militari o civili che siano, collocandosi comunque all'esterno del perimetro contenutistico della fornitura, non sono ammissibili.

¹³¹ Così la comunicazione COM (2012) 565 def., *cit.*, p. 9.

¹³² Cfr. comunicazione COM (2012) 565 def., *loc. cit.*

¹³³ La comunicazione della Commissione 24 luglio 2013 COM (2013) 542 def. «Verso un settore della difesa e della sicurezza più concorrenziale ed efficiente» è reperibile all'indirizzo *internet*: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0542:FIN:IT:PDF>.

¹³⁴ Al riguardo, la Commissione ha anche ricordato che nel 2012 l'industria militare europea ha registrato un fatturato di 96 miliardi di euro, occupando direttamente 400 mila persone e creando un indotto di ulteriori 960 mila addetti.

Sulla base di queste premesse, la Commissione ha annunciato di voler proseguire nel rafforzamento del mercato interno della difesa e della sicurezza, garantendo la piena applicazione delle direttive in parole, risolvendo le attuali distorsioni, prime tra le quali quelle indotte dalla prassi delle compensazioni¹³⁵. Si prefigura così, in primo luogo, l'adozione di provvedimenti volti a valutare la corretta applicazione della direttiva 2009/81/CE, in coordinamento con l'AED, il cui ruolo potrebbe essere rafforzato alla luce del *favor* della direttiva stessa verso le centrali di committenza, dato che la messa in comune della domanda è indispensabile per l'integrazione ed efficientamento del mercato dei materiali bellici¹³⁶.

Tre sono le aree sulle quali la Commissione interverrà, presumibilmente mediante nuove comunicazioni interpretative: le esclusioni dall'ambito applicativo della direttiva 2009/81/CE, le compensazioni industriali e gli aiuti di Stato. Sotto il primo profilo, è noto che i programmi di cooperazione, gli appalti aggiudicati da un governo a un altro governo e quelli disciplinati da norme internazionali si prestano a eludere l'applicazione della direttiva stessa, vanificandone gli effetti. Parimenti, le pratiche di compensazione industriale sono condannate come «provvedimenti discriminatori in contrasto sia con i principi del trattato UE che con le metodologie efficaci in tema di appalti pubblici» che «non possono essere contemplati nell'ambito del mercato interno della difesa» e che devono essere eliminati¹³⁷. Infine, gli aiuti di Stato sono piuttosto frequenti in questo settore, specialmente come sovvenzioni per ricerca e sviluppo; di queste provvidenze si ribadisce l'obbligo di notifica alla Commissione, salvo che gli Stati non provino che, in concreto, l'omissione è necessaria e proporzionata ai sensi dell'art. 346 TFUE.

La Commissione, poi, pur prendendo atto che la sicurezza dell'approvvigionamento è una problematica rientrante nella sfera di responsabilità degli Stati, intende sviluppare strumenti che possano incrementarla nei rapporti tra Stati membri dell'Unione, come già avvenuto con la direttiva 2009/43/CE che, agevolando la circolazione di prodotti per la difesa nel mercato interno, facilita l'accettazione della dipendenza dall'estero per i propri approvvigionamenti militari. A tal fine, oltre a ottimizzare il regime dei trasferimenti (es. istituendo un registro centrale delle licenze generali e favorendo le *best practices*), la Commissione, con il supporto dell'AED, intende stimolare l'assunzione d'impegni politici per garantire reciprocamente la fornitura, commissionata o concordata, di materiali e servizi per la difesa¹³⁸. In aggiunta a ciò, è intenzione della Commissione sviluppare un sistema di certificazione paneuropeo per i materiali bellici, specialmente nel campo dell'aeronavigabilità militare e del munizionamento, dato che l'attuale frammentazione su base nazionale delle relative normative ne ritarda la commercializzazione e ne aumenta i costi.

5.3 Nel Consiglio europeo del 19-20 dicembre 2013 sono stati discussi i contenuti della citata comunicazione del 24 luglio 2013 e, per la prima volta dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, si è tenuto un dibattito tematico sulla difesa, preceduto da una consultazione del Segretario generale della NATO, all'esito del quale sono state individuate le azioni prioritarie da intraprendere¹³⁹.

¹³⁵ Parimenti, essa intende rafforzare la concorrenzialità della base industriale e tecnologica della difesa europea, sviluppando un'apposita politica per l'industria militare attenta anche alle esigenze delle piccole medie imprese e che sfrutti il più possibile le sinergie civili-militari. Quanto alla politica industriale, la Commissione intende favorire la cooperazione e la concorrenzialità su scala globale, sviluppando norme comuni nel settore della difesa (es. per i sistemi aerei pilotati a distanza) o ibride per applicazioni civili e militari (es. rilevamento e campionamento di eventi chimici, biologici, radiologici, nucleari ed esplosivi; requisiti di aeronavigabilità; tecnologie di comunicazione e cifratura).

¹³⁶ Nel considerando n. 23 della direttiva 2009/81/CE si afferma che le tecniche di acquisto centralizzato contribuiscono ad aumentare la concorrenza e a ottimizzare gli acquisti e che gli Stati membri «dovrebbero essere liberi di designare enti pubblici europei non soggetti alla presente direttiva, come l'Agenzia europea per la difesa, quali centrali di committenza, purché questi enti applichino a tali acquisti norme d'appalto che rispettino tutte le disposizioni della presente direttiva»; all'argomento delle centrali di committenza è dedicato l'art. 10 della stessa direttiva, che facoltizza gli Stati a farvi ricorso.

¹³⁷ Cfr. comunicazione 2013 COM (2013) 542 def., *cit.*, p. 7.

¹³⁸ Sempre sulla sicurezza degli approvvigionamenti, la Commissione ha annunciato la pubblicazione di un Libro verde sul controllo delle capacità industriali nel settore della difesa e della sicurezza, che affronterà il tema sotto il profilo dell'integrazione transnazionale della filiera produttiva di armamenti e della ricollocazione tra i diversi Stati delle relative capacità produttive. V'è, poi, la volontà di far fronte ai rischi connessi all'approvvigionamento delle materie prime essenziali per l'industria europea della difesa (es. le terre rare necessarie per applicazioni nel campo delle munizioni con guida di precisione, dei sistemi di puntamento laser, delle comunicazioni via satellite e degli aerei senza pilota), nel quadro della strategia globale dell'Unione per le materie prime.

¹³⁹ In questi termini si esprime la nota del Segretariato generale del Consiglio EUCO 217/13 CO EUR 15 CONCL 8 del 20 dicembre 2013, reperibile su: http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/it/ec/140259.pdf. Il

In linea con quanto rilevato dalla Commissione, il Consiglio ha concluso che i principali ostacoli sono, da un lato, i vincoli sempre più stretti ai bilanci statali per la difesa, che minano la capacità di sviluppare, dispiegare e sostenere le capacità militari, dall'altro, la frammentazione del mercato dei materiali bellici, che compromette la sostenibilità e la competitività a livello mondiale dell'industria europea di settore. La base industriale e tecnologica della difesa, invece, dovrebbe essere più «integrata, sostenibile, innovativa e competitiva», atteso che da essa dipendono la stessa autonomia strategica dell'Unione e la sua capacità di agire con i propri partner internazionali, primo tra i quali la NATO. Per conseguire questo obiettivo, il Consiglio europeo ha individuato quattro aree di intervento: incremento delle competenze in materia ricerca e sviluppo; armonizzazione delle norme e delle procedure di certificazione per i materiali di difesa; maggior coinvolgimento delle piccole e medie imprese nella filiera delle forniture di materiali militari; miglioramento della sicurezza degli approvvigionamenti.

5.4 Per quanto le misure annunciate da Consiglio e Commissione siano utili, è necessario essere consapevoli che nessuna di esse può sciogliere il vero nodo dell'assenza di concorrenza in Europa sul mercato delle forniture militari. Nodo che, in prima approssimazione, è identificabile nell'art. 346 TFUE, a cui gli Stati possono continuare ad appellarsi anche dopo l'entrata in vigore delle direttive 2009/81/CE e 2009/43/CE. Tuttavia, l'art. 346 TFUE è solo la cartina di tornasole della mancanza d'integrazione nel campo della difesa e sicurezza, che potrebbe raggiungersi solo a condizione di costituire delle forze armate europee, dotate di meccanismi di *procurement* comuni e prevedibilmente accentrati nell'AED. In una fase di diffusa sfiducia verso le istituzioni comunitarie, il cammino verso la creazione di un esercito europeo, che valorizzi in pieno le indicazioni dell'art. 42, comma 2, TUE, non è certo semplice, sol che si ricordi la fallimentare esperienza del Trattato di Parigi del 27 maggio 1952 per la costituzione di una Comunità europea di difesa¹⁴⁰. Su questo cammino, per il vero, vi sono stati anche dei successi, come la confluenza della UEO all'interno della UE, a far data dal 1° luglio 2011¹⁴¹. Infatti, l'art. 42, comma 7, TUE ha integrato la «clausola di difesa» dell'art. 5 del Trattato UEO, per cui «Qualora uno Stato membro subisca un'aggressione armata nel suo territorio, gli altri Stati membri sono tenuti a prestargli aiuto e assistenza con tutti i mezzi in loro possesso, in conformità dell'articolo 51 della Carta delle Nazioni Unite».

In alternativa e in subordine alla creazione di forze armate europee, sarebbe necessario avviare un dibattito sulla persistente attualità dell'art. 346 TFUE e sull'integrazione dell'OCCAR e del sistema LoI-FA in ambito comunitario, valorizzando la presenza dell'AED e prevedendo un ruolo per la Commissione europea¹⁴².

Nelle more, la Commissione, mediante comunicazioni e direttive, non potrà comunque imporre agli Stati l'apertura dei propri mercati nazionali degli armamenti, considerato che la difesa resta una prerogativa sovrana e che il *procurement* militare occupa uno spazio consistente anche nell'esercizio del potere estero. Le stesse direttive del 2009, del resto, si limitano a disincentivare il ricorso degli Stati all'eccezione di sicurezza nazionale o al potere estero ma non lo precludono. Ciò significa che, paradossalmente, l'Unione europea è oggi in grado di condurre azioni militari in ambito PESC per il tramite degli Stati, ma non dispone di strumenti volti a coordinarne veramente gli investimenti nel settore, pur essendovi diffusa consapevolezza sull'insostenibilità economica di un approccio solo nazionale¹⁴³.

Consiglio europeo, composto dai capi di Stato o di governo dei Paesi membri, dal suo presidente, dal presidente della Commissione, con la partecipazione dell'Alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza, in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona è diventato l'istituzione dell'Unione preposta alla definizione dei relativi orientamenti e priorità politiche generali.

¹⁴⁰ A mente dell'art. 42, comma 2, TUE «La politica di sicurezza e di difesa comune comprende la graduale definizione di una politica di difesa comune dell'Unione. Questa condurrà a una difesa comune quando il Consiglio europeo, deliberando all'unanimità, avrà così deciso. In questo caso, il Consiglio europeo raccomanda agli Stati membri di adottare una decisione in tal senso conformemente alle rispettive norme costituzionali».

¹⁴¹ L'UEO è stata fondata dal Trattato di Bruxelles del 17 marzo 1948, poi integrato dagli Accordi di Parigi del 23 ottobre 1954, al fine di includervi Germania e Italia. I trattati UEO. Il 31 marzo 2010, il Consiglio permanente della UEO, formato dai Rappresentanti dei Paesi firmatari, ha convenuto che, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la UEO aveva realizzato il suo ruolo storico e che, pertanto, gli Stati contraenti decidevano di porre fine al trattato istitutivo e di chiudere l'organizzazione.

¹⁴² M. NONES, S. DI PAOLA, S. RUGGERI, *Il processo di integrazione del mercato e dell'industria della difesa in Europa*, in *Quaderni IAI*, 2003, 17, p. 32 ss.

¹⁴³ S. PUGLIESE, *Il finanziamento della PESC tra tendenze all'integrazione e istanze centrifughe*, in *Dir. Un. Eur.*, 2013, 2, p. 363 ss.; A. MENON, *European Defence Policy from Lisbon to Lybia*, in *Global Politics and Strategy*, 2011, p. 75 ss. e p. 84 ss.

In definitiva, la piena consapevolezza di Unione e Paesi membri del fatto che un mercato unico dei prodotti per la difesa, con consolidamenti industriali, economie di scala e risparmi nei bilanci pubblici, migliorerebbe le capacità militari degli Stati, che potranno rifornirsi a un costo inferiore di armi più moderne e adeguate alle attuali minacce, rende il problema in esame essenzialmente politico e non giuridico. Pertanto, un mercato comune dei materiali bellici aperto al confronto competitivo potrà decollare veramente soltanto quando gli Stati avranno maturato la volontà di gestire in comune anche la difesa, centralizzando acquisti e forze armate, rappresentando ogni diversa iniziativa soltanto un *second best* comunque insoddisfacente.

Valerio TORANO