

## *Articoli e Saggi*

---

### L'“avvertimento”: le “considerazioni finali” di Guido Carli\*

Fabio Merusi

Per apprezzare il ruolo che hanno avuto per un quindicennio (dal 1960 al 1975) le relazioni annuali del Governatore Carli è opportuno premettere che cosa sono giuridicamente le relazioni annuali della Banca d'Italia. Che cosa sono formalmente, per poi vedere che cosa sono diventate durante il governatorato di Carli.

Formalmente le relazioni annuali del Governatore della Banca d'Italia altro non sono che la relazione che accompagna il bilancio presentato per l'approvazione ad una assemblea di un ente pubblico associativo qual è la Banca d'Italia, trasformata nel 1936 da società per azioni ad ente pubblico associativo. Nell'immediato dopoguerra Einaudi la trasformò in un'altra cosa: in una relazione sull'andamento dell'economia nazionale e sul ruolo svolto dalla Banca d'Italia sull'andamento economico dell'annualità decorsa, nonché sulle prospettive future attraverso l'aggiunta di “considerazioni finali” che vengono effettivamente lette di fronte all'assemblea dei partecipanti alla relazione di bilancio vera e propria<sup>1</sup>. Cioè in un atto politico che, nell'intento di Einaudi, intendeva rendere pubblica l'azione della Banca d'Italia non solo come Banca centrale per quanto riguardava

---

\* Intervento con l'aggiunta di note al Convegno “Guido Carli a cento anni dalla nascita”, Università di Pisa, 28 ottobre 2014.

<sup>1</sup> Cfr., in proposito, L. GAI, *Le considerazioni finali come strumento di moral suasion. La loro incidenza sul contesto normativo ed operativo dell'attività creditizia*, Torino, 1995. Le considerazioni finali di Carli sono riassunte da G. GUARINO, *Il governatorato di Guido Carli (1960-1975). Le considerazioni finali 1960-1974*, in Fondazione Spadolini, *Governare la moneta. La Banca d'Italia da Einaudi a Ciampi*, Firenze, 2004, 85 ss. e in G. GUARINO, *La figura e l'opera di Guido Carli*, Torino, 2009. Mentre per le singole problematiche politico economiche emerse nei vari anni ai quali le “considerazioni” si riferiscono si rinvia a S. LOMBARDINI, *Carli, Baffi, Ciampi: tre governatori e un'economia*, Torino, 2005, 29 ss. Una rassegna sintetizzata delle considerazioni finali dei vari Governatori della Banca d'Italia fino al 1987 si trova in A. VALENTE (a cura di), *Da Einaudi a Ciampi. Le Considerazioni finali dei Governatori della Banca d'Italia. 1947/86*, Roma-Bari, 1990.

il governo della moneta, ma anche come organo di vigilanza (inizialmente transitorio ma fatto salvo nella “conferma” del 1948 della legge bancaria del ‘36/’38) del sistema creditizio, ma che, con Carli, mise in evidenza anche un’altra funzione: quella di elaboratore dell’indirizzo politico-economico attraverso un rapporto dialettico con il Governo e con il Parlamento. Le relazioni annuali tracciavano un consuntivo di tale rapporto dialettico e in più di un caso prospettavano quali avrebbero dovuto essere le azioni degli altri due comprimari dell’indirizzo politico-economico, l’esecutivo impersonato dal Ministero del Tesoro e il Parlamento responsabile delle leggi di spesa. Che l’indirizzo economico dovesse avvenire con il concorso necessario e determinante della Banca centrale era emerso nel secondo dopoguerra in tutti i Paesi del mondo occidentale legati al medesimo sistema monetario<sup>2</sup>, ma in Italia aveva anche un fondamento giuridico-costituzionale legittimante? A leggere i manuali di diritto pubblico dell’epoca in cui Carli cominciò ad esplicitare il proprio rapporto dialettico con gli altri due poteri dello Stato ed, in particolare, con il Tesoro, che ne era, per così dire, il rappresentante, sembrava proprio di no. E a dire la verità esistono ancora oggi manuali di diritto costituzionale che ignorano l’esistenza della Banca centrale e delle sue funzioni “costituzionali”. All’epoca la letteratura giuridica pubblicistica era pressoché interamente polarizzata sulla questione della pianificazione dell’economia. Se l’art. 41 della Costituzione prevedesse una pianificazione imperativa o solo una pianificazione per indirizzi, chiamata programmazione, e, una volta stabilito che si trattava di una programmazione, se questa dovesse essere generale, oppure settoriale, cioè suddividersi per singoli settori per “*planula*”, dal momento che l’art. 41 della Costituzione usava il plurale (“programmi e controlli”) continuando a fare quel che si era fatto dal dopoguerra in poi, riprendendo modelli già sperimentati nell’ordinamento fascista<sup>3</sup>.

E la Banca d’Italia e la politica monetaria e creditizia?

Secondo i più, la Banca d’Italia era un ente strumentale dello Stato e perciò dell’esecutivo, tanto che una legge sulla programmazione aveva addirittura previsto che fosse un organo governativo, il Comitato interministeriale sulla programmazione economica, a fissare indirizzi sui flussi di credito all’economia reale.

Se si andava alla ricerca di una “legittimazione” giuridica la dissonanza con quel che veniva descritto nelle relazioni annuali di Carli non poteva essere più totale.

<sup>2</sup> Per una esauriente ricostruzione storica delle esperienze nei principali Paesi, si rinvia a C. GIANNINI, *L’età delle banche centrali*, Bologna, 2004.

<sup>3</sup> Per cui si rinvia, anche per l’indicazione della sterminata letteratura in materia, ai classici lavori di A. PREDIERI, *Pianificazione e costituzione*, Milano, 1963 e A. PREDIERI, P. BARUCCI, M. BARTOLI, G. GIOLI, *Il programma economico 1966-70. Legge 27 luglio 1967, n. 685*, Milano, 1967, cui *adde* G. PALMA, *Economia pubblica e programmazione*, Napoli, 1980.

L'“avvertimento”: le “considerazioni finali” di Guido Carli - *The “warning”: Guido Carli's final observations*

L'importanza della figura e dell'attività di Guido Carli, Governatore della Banca d'Italia nel quindicennio 1960 – 1975, si coglie appieno solo analizzando il mutamento che Egli riuscì a imprimere al ruolo e alle funzioni dell'Istituto, attraverso lo strumento delle relazioni annuali, divenute – da semplici relazioni di bilancio dell'Ente – strumenti di analisi dell'andamento dell'economia nazionale e veicoli di moniti circa gli squilibri dell'economia e le prospettive di sviluppo della stessa. Negli anni del suo incarico, Carli dovette constatare il verificarsi di cicliche crisi economiche dovute, in larga parte, da un progressivo aumento della spesa pubblica, che il Governatore cercò di contenere a mezzo di interventi monetari correttivi. Moniti e profezie che si avverarono puntualmente, a testimonianza della lungimiranza di Carli, ma che restarono, purtroppo per l'ordinamento giuridico ed economico italiano, in buona parte inascoltati.

The importance of the figure and work of Guido Carli, Governor of the Bank of Italy in the fifteen-year period 1960 – 1975, can only be fully appreciated by understanding the change that he managed to bring to the role and functions of the Institute through his annual reports which – from simple accounting reports of the Body – became analyses of trends in the national economy and a means for giving warnings about the imbalances in the economy and about its prospects for growth. In the years he was in office, Carli had to come to terms with cyclic economic crises which were largely due to a progressive increase in public spending, and which the Governor sought to contain through corrective monetary measures. They were warnings based on predictions which invariably came true, demonstrating Carli's clear vision, but which, for the Italian legal and economic system, unfortunately remain largely ignored.

## *Articoli e Saggi*

---

# **New instruments of Control over public Corruption: the Italian Reform to restore Transparency and Accountability**

Aristide Police

Summary: 1. The most recent measures against Corruption: the first solutions in the Italian Legal System. - 1.1. Introductory remarks. - 1.2. The Proposal to fight the phenomenon of corruption in Italy. - 1.3. The proposals to increase transparency. - 1.4. The need to reform the Codes of conduct. - 1.5. The incompatibility, ineligibility and disqualification. - 1.6. The Whistleblowing: protecting and rewarding. - 1.7. Proposed remedies and gaps to be filled. - 2. The Law No. 190 of 2012 and its effects on the Regulatory System. - 2.1. New Perspectives in the fight against corruption in the law No. 190 of 2012: the international dimension of corruption and related law enforcement strategies. - 2.2. The theme of the training: the culture of integrity and ethical conduct of administrative action in a planned and integrated vision of contrast. - 2.3. Scope and effectiveness of the law No. 190 of 2012. - 2.4. The possible effects of the Law No. 190 of 2012 in the regulatory system previously in force: a) the new discipline of codes of conduct. - 2.5. Follows: b) Incompatibility and Conflict of Interest. - 2.6. Follows: c) Protection of the so-called Whistleblowers. - 2.7. Follows: d) Termination of the public contracts. - 3. The new system of Administrative Transparency after the entry into force of Legislative Decree No. 33/2013. - 3.1. The reorganization of the rules of transparency, publicity and general information by the public Authorities. - 3.2. The Program for Transparency and Integrity. - 3.3. Officials and other persons subject to the supervision on the implementation of the provisions. - 4. The Administrative Organization against Corruption. - 4.1. Offices and public Bodies in charge of preventing and fighting corruption in the public Administrations and in the public Arena. - 4.2. The Inter-Ministerial Committee and the Department of the Public Service. - 4.3. The Commission for Integrity, now National Anti Corruption Authority. - 4.4. Preventive tools to fight corruption: the National Anti-Corruption Plan (NAP). - 4.5. The Plan for Prevention of Corruption (PTPC). - 4.6. The Head of the Prevention of Corruption. - 5. Next steps for the future as a conclusion. - 5.1. How to overcome the 'culture of performance'. - 5.2. The importance of training and education. - 5.3. The need to differentiate. - 5.4. The relevance of the information. - 5.5. Transparency: towards a new perspective. - 5.6. The problems of measurement. - 5.7. The push from the bottom.

## 1. *The most recent measures against Corruption: the first solutions in the Italian Legal System.*

### 1.1. *Introductory remarks.*

The issue of corruption has now become central to the debate of recent years, since corruption is becoming more and more a widespread degeneration of the social fabric<sup>1</sup>. The phenomenon, now universally defined by experts and scholars of social sciences such as misuse of public office for the purpose of personal gain, it is not only peculiar to the Italian legal system: it is, rather, a trend shared by most of the modern administrative systems, to the point that it is now high attention to the problem also, and perhaps above all, at the international level<sup>2</sup>.

In the Italian legal language, the term corruption has so far been essentially a term criminal law, with whom he has been referred to specific offences. This restrictive meaning is consistent with the fact that the fight against corruption took place mainly at the level of criminal prosecution. There is, however, even in legal language, a broader sense of the term, which is related to the prevention of political malpractice and administrative, to operate with the proper tools of constitutional law and administrative law. In administrative law, in fact, has been elaborated a notion of corruption broader than criminal law that refers to «conduct that is a source of liability or otherwise not exposed to any sanctions, but they are unwelcome to the legal system: conflicts of interest, nepotism, cronyism, partisanship, abuse of public office, wastage»<sup>3</sup>.

The notion of “administrative” corruption leads to believe that the corruption *phenomena* concern mainly with the «need for good administration as a whole and the correctness of the relationship between Government and citizens, the fundamental requirement of democratic functioning of the State» and secondly, this concept also affects the means of protection of the principle of good public administration (Article 97 of the Italian Constitution): forms of malpractice can be contrasted

<sup>1</sup> G. DE VERGOTTINI, *Una road map contro la corruzione*, in *www.magna-carta.it*, 2012.

<sup>2</sup> J. GARDINER, *Defining Corruption*, in A. Heidenheime, M. Johnston eds., *Political Corruption. Concepts & Contexts*, New Brunswick and London, 2002; J. SVENSSON, *Eight Questions about Corruption*, in *Journal of Economic Perspectives*, n. 3, 2005; V. VISCO COMANDINI, *Profili economici della corruzione*, in F. MERLONI, L. VANDELLI eds., *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzioni e rimedi*, Firenze, 2010; S. BONFIGLIO, *La dimensione sovranazionale dell'etica pubblica*, in F. MERLONI, R. CAVALLO PERIN eds., *Al servizio della Nazione: etica e statuto dei funzionari pubblici*, Milano, 2009.

<sup>3</sup> B.G. MATTARELLA, *Recenti tendenze legislative in materia di prevenzione della corruzione*, in *Percorsi cost.*, 2012; G. FORTI, *La corruzione del pubblico amministratore. Linee di un'indagine interdisciplinare*, Milano, 1992; D. DELLA PORTA, A. VANNUCCI, *Corruzione politica e amministrazione pubblica: risorser, meccanismi, attori*, Bologna, 1994; F. PALAZZO, *Corruzione pubblica. Repressione penale e prevenzione amministrativa*, Firenze, 2011.

Nuovi strumenti di controllo sulla corruzione pubblica: la riforma italiana per ripristinare la trasparenza e la responsabilità - *New instruments of control over public corruption: the Italian Reform to Restore transparency and accountability*

Il contributo analizza la recente normativa italiana in tema di contrasto alla corruzione (l. 190/2012) e sulla trasparenza amministrativa (d.lgs. 33/2013) mostrandone le principali novità, le implicazioni sul sistema normativo e sulla organizzazione amministrativa prevalenti, e taluni profili di criticità. In particolare, si evidenzia come la lotta alla corruzione e alla illegalità debba passare non tanto per la “cultura della *performance*”, che talora emerge dalle nuove disposizioni, quanto piuttosto da una valorizzazione di elementi diversi (anch’essi presenti nella nuova normativa) quali la formazione e l’educazione dei pubblici impiegati e della società civile, e la una differenziazione delle misure adottate a seconda delle amministrazioni interessate

The paper analyses recent Italian legislation on the matter of fighting corruption (Law 190/2012) and on administrative transparency (Leg. Dec. 33/2013), describing the new principles introduced, implications on the regulatory system and administrative organisation previously in force, and a number of the critical areas. Specifically, the paper points out how the fight against corruption and illegality must be achieved not through the “culture of performance”, which occasionally emerges in the new provisions, but rather through the development of various elements (also present in the new legislation) such as the training and education of public workers and civil society, and differentiation in the measures taken, depending on the administrations involved.

## *Articoli e Saggi*

---

# The New Electricity Sector Law: Regulatory Risk versus Legal Security and the Support of Renewable Energy\*

Estanislao Arana García

Summary: 1. Introduction. - 2. Design of the New Remuneration Framework. - 3. Regulatory Change versus Legal Security: the Supreme Court up to now Considers the Successive Reforms of the Financial Regimes for Renewables to be in Accordance with the Law. - 4. Regulatory Risk as a Key Principle for Assessing the Change in the System of Remuneration for Renewable Energy in Spain: the Necessary Concretion and Development of the Principle.

### 1. *Introduction.*

The regulatory framework for the electricity sector in Spain is very changeable and unstable, and this is especially marked in the regulation of renewable energy. Since the entry into force of the Electricity Sector Law (Law 27 November 1997, no. 54), nearly 400 provisions have been issued, equivalent to approximately one every 15 days.

Basic electricity legislation has been amended 33 times by Laws or Royal Decree-Laws. This is, therefore, a sector in which certain minimum *criteria* for legislative drafting have not been complied with and in which, especially lately, there has been a truly abusive use of the Decree-Law, in particular in that it clearly endangers the fundamental right to effective judicial protection. In many cases, indeed, the use of the Law and the Decree-Law has been aimed solely at shielding against possible challenges by those directly affected by the measures taken which, in many cases, have a scope that is clearly individual, rather than the general scope which rules with the force of law<sup>1</sup> should have.

---

<sup>1</sup> On this question, please see my papers *Uso y abuso del Decreto-Ley*, in *Revista de Administración Pública*, 2013, no. 191, 337 ff. and *El Derecho a la tutela judicial efectiva como límite constitucional a las leyes singulares*, in *Dereito Público*, 2013, no. 54, 150 ff. Please also see in relation to

The latest major reform of the electricity sector has taken place with the approval of Law 26 December 2013, no. 24, which, among other things, radically alters the remuneration system for renewables<sup>2</sup>. The most significant problem that arises with this rule is that the new remuneration system applies to both new and existing facilities.

For the Government, which drafted the Law, the economic context in which this new sector reform is inserted is that of the tariff deficit that has been structurally conditioning the system for 10 years. Put very simply, the tariff deficit means that the costs associated with regulated activities and the electricity sector are higher than revenues. The accumulated debt is 26,000 million Euros according to the Explanatory Memorandum of the new Law (30,000 according to the sector<sup>3</sup>); and this is despite the fact that prices have risen 70% in the last 6 years. Moreover, with the economic crisis of recent years, power consumption has dropped considerably (3.2% inter-annually). All of these figures have led to a clear risk of failure of the electrical system.

With regard to the general financial situation of the Spanish State, the budgetary stability commitments given to the European Union by Spain, and despite the measures that have been taken since 2009 to tackle the budget deficit, has made it necessary to adopt new austerity measures. Also, as far as renewable energy is concerned, there has been an increase in hours of operation of subsidised facilities compared to initial forecasts which has indeed aggravated this deficit situation in recent times.

However, not taking appropriate measures that take into account the financial and economic reality of renewable energy in our country could mean a serious financial problem: approximately 60,000 facilities in Spain that could begin insolvency proceedings with the consequent problems for the financial sector that has around 14,000 million Euros<sup>4</sup> invested in the renewable energy sector.

---

this question J.M. DÍAZ LEMA, *El fin del privilegio de la ley singular: comentario a la STC 129/2013, de 4 de junio*, in *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 2013, no. 39, 62 ff.

<sup>2</sup> A reform which in turn derives from Royal Decree Law 13 June 2013, no. 9. The Autonomous Regions of Navarra, Murcia and Extremadura have filed appeals based on breach of the Constitution. This Law has been first implemented by Royal Decree 6 June 2014, no. 413, governing the activity of electricity generation by waste, cogeneration and renewable energy sources (see Official Gazette of Spain of 10 June 2014).

<sup>3</sup> In support of the opinion that the accumulated debt or tariff deficit clearly exceeds 30,000 million Euros, see A. ROJAS and P. MAÑUECO, *La reforma del sector eléctrico español*, in *Cuadernos de Información Económica*, 2014, no. 239, 41 ff. This work shows that in 2013 the deficit was close to 4,500 million Euros, rather less than the 5,600 million Euros deficit of 2012. This reduction has been thanks to the energy taxes in force since 1 January 2013.

<sup>4</sup> A. ROJAS and P. MAÑUECO, *La reforma del sector eléctrico español*, cit. above, state that the new funding system tries to correct the annual tariff deficit through a drastic adjustment in

La nuova disciplina del settore elettrico: “rischio normativo” v. certezza legale e sostegno alle energie rinnovabili - *The New Electricity Sector Law: Regulatory Risk versus Legal Security and the Support of Renewable Energy*

Le novità in relazione ai sistemi di incentivazione dell'energia elettrica in Spagna introdotti dalla recente legge 26 dicembre 2013, n. 24 costituiscono l'occasione per proporre riflessioni circa il difficile bilanciamento che i giudici spagnoli hanno dovuto affrontare tra la giustificazione delle modifiche dei criteri per l'assegnazione delle tariffe incentivanti operate dal legislatore e le possibili violazioni di principi e diritti essenziali dello Stato di diritto, quali la certezza del diritto ed il principio di irretroattività delle previsioni “sfavorevoli”. La soluzione proposta dai giudici si fonda sul c.d. “rischio normativo” che gli operatori sono costretti a subire ma cui lo Stato dovrebbe ricorrere con cautela e nel rispetto della tutela delle relazioni commerciali.

Developments in the energy incentive systems in Spain introduced by recent Law 26 December 2013, no. 24 provide an opportunity regarding the difficult balance that the Spanish judges have had to face between the justification of changes to the criteria for assigning incentivising tariffs applied by the legislator and possible breaches of the principles and essential of the rule of law, such as the certainty of law and principle of the retroactive application of “unfavourable” forecasts. The solution proposed by the judges is based on so-called “regulatory risk” that operators are forced to be subject to, but which the State should make use of with caution and in compliance with the safeguarding of commercial relations.

## *Articoli e Saggi*

---

### **La disciplina delle coste: prospettive giuridiche e scientifiche\***

Fabrizio Fracchia

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Protezione delle coste e diritto dell'ambiente. - 3. Il quadro normativo di riferimento e la pluralità di strumenti giuridici attivabili. - 4. Lo stato dell'arte. - 5. La rilevanza del Protocollo di Madrid.

#### 1. *Premessa.*

L'analisi giuridica dei problemi ambientali, forse ancor più di quanto accade in ordine ad altre tematiche intercettate dal diritto, richiede di partire dalla considerazione puntuale (e dalla corretta comprensione) delle caratteristiche dei problemi medesimi.

Il rilievo vale, ovviamente, anche nel settore della disciplina delle coste, tema che evoca immediatamente la "frontiera" e, forse, proprio a ciò deve il proprio fascino: nella costa, infatti, si incontrano e si confrontano terra e mare<sup>1</sup>.

Giova dunque iniziare richiamando alcuni dati<sup>2</sup>.

---

\* Relazione tenuta al XVI Convegno Annuale – Parco naturale regionale Costa Otranto – S.M. di Leuca – Bosco di Tricase Castello Spinola Caracciolo – Andrano (Lecce) 19 e 20 settembre 2014, su Gestione delle coste e sviluppo sostenibile.

<sup>1</sup> In argomento, v. N. GRECO, *La gestione integrata delle coste. Pesca, urbanistica, turismo, ambiente*, Milano, 1990.

<sup>2</sup> *Ex multis*, v. il dossier del WWF, di agosto 2014, *Cemento coast to coast: 25 anni di natura cancellata dalle più pregiate coste italiane*, consultabile al seguente indirizzo: <http://www.greenreport.it/news/urbanistica-e-territorio/italia-cemento-coast-to-coast-wwf-25-anni-trasformazione-delle-amate-sponde/#sthash.avB8el5o.dpuf>, e il rapporto di Legambiente, suddiviso per Regioni, aggiornato ad agosto 2014, *Il consumo delle aree costiere italiane* reperibile al seguente indirizzo: <http://www.legambiente.it/contenuti/articoli/atlante-fotografico-dei-paesaggi-costieri-italiani>.

Le coste italiane si sviluppano per circa 7300 km, che diventano 8300<sup>3</sup>, ove si considerino anche i tratti artificiali costruiti lungo le foci dei fiumi in corrispondenza dei porti.

Esse rappresentano circa il 13% del territorio nazionale.

Circa 300 chilometri di coste italiane sono occupati da porti e altre opere, mentre, per quanto riguarda il sistema portuale nazionale, ci sono 615 km destinati ad ospitare strutture portuali per le attività produttive e terziarie e ben 1.415 km sono occupati da porti di altro tipo.

A livello europeo<sup>4</sup>, inoltre, le coste si sviluppano per 89.000 km; nessun luogo dista più di 400 chilometri dal mare e nella fascia litoranea larga 50 km vive circa un terzo della popolazione europea dei paesi che si affacciano sul mare<sup>5</sup>.

Non richiede dimostrazioni peculiari il fatto che numerose e rilevanti siano le forme di aggressione dell'ambiente che hanno luogo in corrispondenza delle coste. L'inquinamento, il turismo, il traffico marittimo e la costruzione di opere e di abitazioni determinano una pressione antropica fortissima (quasi il 10% delle nostre coste sono artificiali e alterate dalla presenza di infrastrutture)<sup>6</sup>. A ciò si aggiunga che uno degli effetti più rilevanti del *climate change* e, in generale, dell'azione naturale nel mare, è quello dell'erosione delle coste, soprattutto là dove vi siano zone topograficamente depresse e sotto il livello del mare.

In sintesi, si è al cospetto di un'aggressione cumulativa, difficilmente riconducibile, tra l'altro, per quanto attiene a quella umana, a un centro decisionale unitario.

I danni al sistema costiero e agli habitat naturali, poi, hanno spesso caratteri di irreversibilità.

Né si può negare che la prospettiva futura sia quella di un ulteriore incremento della presenza umana.

D'altro canto, in prossimità delle coste si svolgono molteplici iniziative economiche che non possono essere eliminate, rendendo assai difficile organizzare

<sup>3</sup> V. il documento IPSRA, *Il ripristino degli ecosistemi marino-costieri e la difesa delle coste sabbiose nelle Aree protette*, disponibile al seguente indirizzo: <http://www.isprambiente.gov.it/it/pubblicazioni/rapporti/il-ripristino-degli-ecosistemi-marino-costieri-e>.

<sup>4</sup> V. il report *State of the Mediterranean Environment*, disponibile al seguente indirizzo: [http://195.97.36.231/dbases/MAPpublications/SoE/SoMMCER\\_ENG.pdf](http://195.97.36.231/dbases/MAPpublications/SoE/SoMMCER_ENG.pdf).

<sup>5</sup> Cfr. M. BREIL - M. CATENACCI - C.-M. TRAVISI, *Le zone costiere italiane: quantificazione economica degli impatti e delle misure di adattamenti*, in C. CARRARO (a cura di), *Cambiamenti climatici e strategie di adattamento in Italia*, Bologna, 2009, 235 e ss., già citati in F. FRACCHIA, *La gestione integrata delle coste*, in F. FRACCHIA - M. OCCHIENA (a cura di), *Climate change: la riposta del diritto*, Napoli, 2010, 345 e ss.

<sup>6</sup> V. Libro bianco - L'adattamento ai cambiamenti climatici: verso un quadro d'azione europeo, COM(2009)147, del 1 aprile 2009; E. BOSCOLO, *La gestione integrata delle zone costiere in Italia: prospettive e prime esperienze*, in *RQDA*, 2011, 40 e ss.

La disciplina delle coste: prospettive giuridiche e scientifiche - *The regulation of coasts: Legal and scientific points of view*

Il lavoro ha ad oggetto la protezione delle coste e il diritto dell'ambiente. Dopo aver sottolineato che i problemi che sorgono con riferimento alla gestione e alla tutela delle coste esibiscono in modo esemplare le caratteristiche tipiche delle questioni ambientali più rilevanti, viene sinteticamente delineato il complesso quadro giuridico di riferimento, osservando come molte siano le norme che si occupano (o si sono occupate) in modo settoriale di problemi relativi alle coste.

Il rilievo di fondo attiene al fatto che, al cospetto di un problema molto complesso, come è quello della gestione delle coste, la risposta del diritto appare troppo frazionata e comunque plurima: essa investe ambiti oggettuali distinti; implica l'attivazione di molteplici funzioni amministrative ispirate alla cura di svariati interessi pubblici, senza tuttavia che mai emerga l'obiettivo di garantirne una gestione unitaria; infine, essa coinvolge innumerevoli istituti giuridici e, soprattutto, amministrazioni diverse. L'ultima parte del lavoro mira a verificare gli spazi immediati di applicazione del Protocollo di Madrid, onde rafforzare il difficile percorso di penetrazione nel nostro diritto e nella nostra cultura del principio dello sviluppo sostenibile.

The paper focuses on the protection of coasts and environmental law. After pointing out that the problems relating to the management and protection of coasts have the characteristics typical of the most pressing environmental issues, the relevant complex legal framework is outlined, noting that there are many laws dealing with problems related to the coasts (or are themselves dealt with) in a sectorial way.

The main observation is that, facing a very complex problem such as coastal management, the response of the law appears to be far too fragmented and, in any case, multiple: it is delegated to areas which are objectively distinct; it implies the action of numerous administrative departments invested with taking care of a wide range of public interests, without, therefore, any possibility of ensuring a uniform management approach.; finally, it involves endless legal institutions and, most of all, different administrations.

The last part of the paper aims to analyse the immediate scope for the application of the Madrid Protocol, in order to reinforce the difficult process of inserting the principle of sustainable development into our law and culture.

## *Articoli e Saggi*

---

# Le concessioni di grandi derivazioni ad uso idroelettrico e il diritto della concorrenza nell'UE\*

Susanna Quadri

SOMMARIO: 1. Introduzione - 2. Evoluzione della disciplina delle concessioni di grandi derivazioni ad uso idroelettrico in Italia - 3. Il Decreto Bersani e la giurisprudenza della Corte Costituzionale - 4. Il diritto europeo della concorrenza sui servizi di interesse generale e la sua diversa connotazione in materia di concessioni di servizi e concessioni di beni: risvolti applicativi in tema di concessioni idroelettriche - 5. Conclusioni.

### 1. *Introduzione.*

Nel nostro paese i fiumi hanno sempre costituito una grande risorsa per la produzione di energia mediante la costruzione di imponenti centrali idroelettriche.

Per grandi derivazioni ad uso idroelettrico si intendono tutte le strutture facenti parte di centrali idroelettriche con potenza nominale media di concessione maggiore o uguale a 3 MW (Mega-Watt).

Sul territorio alpino, ricco di corsi idrici di notevole portata, sono insediate importanti derivazioni ad uso idroelettrico, patrimonio prezioso ad uso produttivo e, come tale, oggetto di interesse di un gran numero di operatori europei del settore energetico.

La chiusura del mercato italiano dell'energia, rafforzata con la nazionalizzazione del settore vigente fino all'epoca della liberalizzazione, aveva impedito l'in-

---

\* Lo studio rielabora, con lievi modifiche, il contributo apparso nel volume di M. DE FOCA-TIIS, A. MAESTRONI, *Le concessioni idroelettriche*, Torino, 2014, che raccoglie gli atti del Convegno di studi svoltosi a Milano nel mese di novembre 2013 e al quale si rinvia per approfondimenti sul tema.

sorgere di problemi legati alla concorrenza nel settore della produzione di energia idroelettrica. Con l'avvento di un mercato energetico europeo aperto imposta dal diritto dell'Unione Europea, analogamente a quanto avvenuto per tutti i servizi di interesse generale e, in particolare, in tutti i comparti del settore energetico (produzione, trasporto, distribuzione e vendita), l'interesse pubblico alla fornitura di un servizio essenziale come quello energetico (rimasto invariato e relativo ai clienti nazionali) ha trovato un forte temperamento in quello privato allo svolgimento di un'attività imprenditoriale in condizioni di libera concorrenza (appartenente a tutti gli operatori del settore, nazionali ed europei).

Peraltro, con riferimento alla produzione di energia idroelettrica, la reale apertura del mercato trova forti ostacoli, molto diversi da quelli affrontati in altri comparti energetici, in quanto legati ad interessi di natura diversa da quella meramente "oligopolistica" e, per tali ragioni, meritevoli di grande attenzione a livello giuridico.

## *2. Evoluzione della disciplina delle concessioni di grandi derivazioni ad uso idroelettrico in Italia.*

In Italia la prima norma in materia di derivazioni fu la legge n. 2248 del 20 marzo 1865, che prevedeva disposizioni in materia di opere pubbliche e disciplinava le concessioni agli artt. 132 ss. L'art. 134 conteneva, in particolare, la disciplina delle concessioni permanenti.

Con la successiva legge n. 2644 del 10 agosto 1884, che abrogava le suddette disposizioni, la materia delle concessioni idroelettriche veniva regolata agli artt. 1 ss. L'art. 5 disponeva una durata massima trentennale delle concessioni, rinnovabili per ulteriori 30 anni se non fossero insorti abusi o utilizzi non consoni della derivazione.

Il decreto luogotenenziale n. 1664 del 20 novembre 1916, che regolava le concessioni agli artt. 1 ss., fissandone una durata massima di 50 anni (art. 11), introduceva un diritto d'uso relativo alla derivazione e all'utilizzazione delle acque pubbliche, includendo tra gli aventi diritto a derivare l'acqua pubblica – oltre a coloro che detenessero un titolo legittimo e ai concessionari – «chi derivava acqua nel trentennio antecedente la Legge 2644/1884 (quindi dal 1854 al 1884)» (art. 1).

Il successivo regio decreto legge n. 2161 del 9 ottobre 1919, che consisteva in una raccolta della legislazione precedente, portando la durata massima delle concessioni di grandi derivazioni a 60 anni (art. 21), all'art. 22 stabiliva che lo Stato poteva appropriarsi con tre anni di preavviso delle opere edili e dei macchi-

Le concessioni di grandi derivazioni ad uso idroelettrico e il diritto della concorrenza nell'UE - *Concessions of large-scale diversions of water flows for hydroelectric purposes and competition law in the EU*

Dopo aver esaminato la disciplina italiana delle concessioni di grandi derivazioni ad uso idroelettrico e la giurisprudenza della Corte Costituzionale, l'articolo affronta il tema del diritto europeo della concorrenza sui servizi di interesse generale e la sua diversa connotazione in materia di concessioni di servizi e concessioni di beni, evidenziandone i risvolti applicativi in tema di concessioni idroelettriche. L'A. propende per la configurazione delle concessioni di grandi derivazioni ad uso idroelettrico come mere concessioni di beni, per la netta prevalenza assunta dallo sfruttamento del bene demaniale idrico, in funzione di un'attività volta alla produzione di energia elettrica, e regolata da un regime di libera iniziativa economica, in larga parte permeato dalle regole in materia di tutela della concorrenza

After examining Italian law regarding concessions of large-scale diversions of water flows for hydroelectric purposes and the jurisprudence of the Constitutional Court, the article tackles the theme of European competition law regarding services of public interest and its different connotation with relation to the concession of services and the concession of assets, highlighting the applicative aspects with reference to hydroelectric concessions. The Author opts for the configuration of concessions of large-scale deviations for hydroelectric purposes as mere concessions of assets, due to the clear prevalence of the exploitation of publicly owned water resources for the purpose of an activity aimed at the production of electricity, regulated by a free-market system and largely subject to rules relating to the protection of competition

## *Articoli e Saggi*

---

### ***Holding pubblica e responsabilità per attività di direzione e coordinamento\****

Silvia A. Frego Luppi

SOMMARIO: 1. Premessa: il fenomeno della holding pubblica. - 2. Responsabilità per attività di direzione e coordinamento ex art. 2497 c.c.: profili generali. - 3. Riferibilità della disciplina dell'articolo 2497 c.c. all'attività di direzione e coordinamento in caso di holding pubblica. Il modello di società-holding. - 4. (Segue) Il modello di ente pubblico-holding. - 5. Attività di direzione e coordinamento e responsabilità dell'amministratore. - 6. Attività di direzione e coordinamento tra interesse pubblico e fine di lucro. - 7. Considerazioni finali.

#### *1. Premessa: Il fenomeno della holding pubblica.*

L'esternalizzazione di funzioni amministrative e servizi pubblici mediante il ricorso al modello societario ha assunto, soprattutto a partire dagli anni '90, dimensioni rilevanti, specie a livello locale<sup>1</sup>. In misura non marginale la diffusione a livello locale delle società «pubbliche» (così definite in quanto costituite o comunque controllate da soggetti pubblici) è stata determinata dalla volontà delle amministrazioni di sottrarsi alle regole pubblicistiche, in particolare quelle vincolanti all'uso delle procedure di evidenza pubblica e quelle restrittive in materia di assunzione del personale. Le società partecipate hanno altresì costituito, come noto, uno strumento di rendita politica. Peraltro, più di recente il legislatore è intervenuto a

---

\* Il presente scritto costituisce una rielaborazione in forma scritta della relazione tenuta al Convegno presso l'Università Carlo Cattaneo su Le responsabilità degli amministratori nei gruppi societari (30 ottobre 2014).

<sup>1</sup> In termini generali, sull'intrecciarsi di pubblico e privato nel sistema amministrativo v. G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003; con riguardo al fenomeno societario v.: M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica. Il caso delle S.p.a. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome dello Stato*, Torino, 1997; M. ANTONIOLI, *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione contabile*, Milano, 2008, 77 ss.

riguardo, da un lato con disposizioni volte a estendere alle società costituite o controllate da soggetti pubblici quelle stesse regole, al fine di contrastare l'uso deviato, strumentale del modello societario<sup>2</sup>, dall'altro con norme volte a porre un argine alla espansione del modello, in particolare a livello locale<sup>3</sup>. Il punto di arrivo è, allo stato attuale, l'introduzione di politiche di razionalizzazione piuttosto che di riduzione *tout court* delle società, quali sono previste dalla legge di stabilità del 2015<sup>4</sup>.

A fronte di una pluralità di società da dirigere e coordinare, l'ente pubblico talora esercita la facoltà di avvalersi di una società-*holding* da esso costituita e inte-

<sup>2</sup> Si v. ad es. l'art. 3 c. 26 e 28 del d.lgs. n. 163 del 2006 per quel che riguarda le procedure di selezione del contraente che si applicano in caso di società che corrispondano alla figura dell'organismo di diritto pubblico; l'art. 18 del d.l. n.112 del 2008 per quel che concerne i meccanismi di selezione del personale con la previsione di moduli paraconcorsuali; l'art 1 c. 725 ss. l.n. 296 del 2007 e l'art. 23 bis c. 9, d.l. n. 112 del 2008 in tema di riduzione della composizione numerica degli organi sociali con limiti ai loro compensi; l'art. 19 c. 1 del d.l. n. 78 del 2009 conv. in l. n. 102 del 2009 concernente i limiti di incremento della spesa per il personale; l'art.147 *quater* del TUEL (testo unico degli enti locali) introdotto dal d.l. n. 174 del 2012 in tema di assoggettamento delle società partecipate a vincoli economici derivanti dal cd. patto di stabilità e di conseguenti maggiori controlli da parte degli enti pubblici partecipanti. In dottrina per una critica nei confronti dell'abuso del modello societario V. BUONOCORE, *Autonomia degli enti locali e autonomia privata: il caso delle società di capitali a partecipazione comunale*, in *Giur.comm.*, 1994, I, 33 ss.; S. SALVI, M. VILLONE, *Il costo della democrazia*, Milano, 2005.

<sup>3</sup> V. in particolare l'art. 3 c. 27 l. n. 244 del 2007 che ha disposto il divieto per le amministrazioni di costituire o partecipare direttamente o indirettamente a società che non siano strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità. Un successivo intervento di modifica della disposizione (art. 71 l. n. 69 del 2009) consente – con la cancellazione del termine indirettamente – una restrizione della portata del divieto; il d.l. n. 78 del 2010 art. 14 c. 32 e 33 che ha introdotto limiti quantitativi al ricorso al modulo societario collegati all'entità della popolazione dell'ente locale. In base all'articolo 3 c. 27 della l.n. 244 del 2007 gli enti pubblici avrebbero dovuto, entro il 31 dicembre 2010, effettuare una ricognizione delle società partecipate «strategiche» e dismettere quelle «non strategiche» entro il 31 dicembre 2013. Il termine è stato prorogato di 12 mesi dal d.l. n. 16 del 2014 conv. in l. n. 68 del 2014. Si consideri altresì l'art. 4 del d.l. n. 95 del 2012 (cd. decreto Spending Review), che – rileva la Corte dei conti sez. contr. Lombardia n. 411 del 2013 – «si inserisce in un contesto ordinamentale di restrizioni alla operatività (e ammissibilità) di società, in quanto considerate elemento di potenziale disturbo dello sviluppo di una piena ed effettiva concorrenza sul mercato». Almeno un richiamo merita la nota sentenza del Cons. Stato, Ad. plen., n. 10 del 3 giugno 2011 che sembra ritenere necessaria un'espressa autorizzazione legislativa per lo svolgimento da parte degli enti pubblici di attività d'impresa. Sul punto in chiave critica v.: F. GOISIS, *La strumentalità pubblicistica delle società a partecipazione pubblica: profili critici di diritto nazionale e comunitario e implicazioni di riparto di giurisdizione*, in *Dir.proc.amm.*, 2011, 1376; S. VALAGUZZA, *Società miste a partecipazione comunale - Ammissibilità e ambiti*, Milano, 2012, 34 ss.; cfr. per una diversa valutazione A. MAZZONI, *Limiti legali alle partecipazioni societarie di enti pubblici* in AA.VV., *Le società pubbliche*, a cura di C. IBBA, C. MALAGUTI, A. MAZZONI, Torino, 2011, 78 ss. nonché il lavoro monografico di M. DELSIGNORE, *Il contingentamento dell'iniziativa economica privata*, Milano, 2012.

<sup>4</sup> V. art. 1, commi 609-616, l. n. 190 del 23 dicembre 2014. Nella normativa si rinviene una prima applicazione di alcune delle proposte contenute nel documento elaborato dal Commissario Cottarelli incaricato della revisione della spesa (*Spending review*).

*Holding pubblica e responsabilità per attività di direzione e coordinamento -  
 Public holding companies and liability for management and coordination activities*

La diffusione delle società “pubbliche”, soprattutto a livello locale, ha comportato l’assunzione da parte del socio pubblico di un ruolo di indirizzo e coordinamento, per svolgere il quale talora si è avvalso di una società *ad hoc* da esso interamente partecipata. A fronte di tale fenomeno, centrale è la questione della riferibilità all’ente pubblico-holding o alla società-*holding*, ove costituita, dell’art. 2497, c.1, c.c. che prevede una responsabilità dell’ente o della società per attività di direzione e coordinamento. La questione viene approfondita tenendo conto del più ampio dibattito sull’applicabilità della disciplina privatistica alle società pubbliche, nonché del successivo intervento legislativo di interpretazione autentica. La conclusione in termini positivi circa la riferibilità della disposizione alle fattispecie di holding pubblica comporta l’approfondimento della portata del c. 2 che estende la responsabilità a tutti coloro che hanno partecipato al fatto illecito o ne abbiano comunque tratto vantaggio. A venire in rilievo è in specie il tema della responsabilità dell’amministratore, il quale come gestore della società può doversi misurare con direttive che non condivide. La questione diviene particolarmente delicata, quando ad essere in gioco siano da un lato l’interesse pubblico e dall’altro l’interesse imprenditoriale a cui lo stesso art. 2497 c.c. fa espresso richiamo. In assenza di norme espresse la tematica viene svolta sulla base dei principi che regolano il modello societario.

The spread of “public” companies, especially at a local level, has implied the assumption on the part of the public shareholder of a management and coordination role. To carry on this role an *ad hoc* company fully owned by the public company is incorporated. With regards to this phenomenon, a central question is the applicability of art. 2497, paragraph 1 of the civil law to the public-holding entity or to the holding company, which provides for the liability of the entity or of the company for management and coordination activities. The issue is examined taking account of the wider debate on the applicability of the rules imposed on private companies to public ones, as well as subsequent concrete legal interpretation. A positive outcome regarding the applicability of the cited provision to the case of public holding companies requires the extension of the scope of paragraph 2, which extends liability to all those involved in illegal acts or have, in any case, gained an advantage. The liability of the director is highlighted; as the manager of the company he/she must take on directives that he/she doesn’t necessarily agree with. The question becomes particularly delicate when, on the one side there is the public interest, and on the other side, business interests to which art. 2497 makes express reference. In the absence of clear rules, the matter is treated on the basis of the principles that regulate the private company model.

## *Articoli e Saggi*

---

# La razionalizzazione delle società partecipate dagli enti locali dopo la legge di stabilità 2015

Alfredo Marra

SOMMARIO: 1. La razionalizzazione delle società partecipate e il c.d. rapporto Cottarelli. - 2. Le disposizioni della legge di stabilità in tema di razionalizzazione delle società partecipate. - 3. Le società partecipate, le finalità istituzionali dell'ente e la tutela del mercato. - 4. Le società che gestiscono servizi pubblici locali - 5. Gli interrogativi che rimangono aperti.

### *1. La razionalizzazione delle società partecipate e il c.d. rapporto Cottarelli*

La razionalizzazione delle società partecipate dalle amministrazioni locali e delle partecipazioni da esse detenute è, da alcuni anni, un tema di primaria importanza nell'agenda di governo. È almeno dal 2006, infatti, che – ora in nome della tutela della concorrenza, ora del contenimento della spesa pubblica – il legislatore, sia pure in modo non sempre lineare e coerente, tenta di porre un freno all'iniziativa “imprenditoriale” degli enti locali, fissando limiti sempre più stringenti alla costituzione di nuove società e alla capacità di operare di quelle esistenti ovvero vietando di mantenere o assumere partecipazioni in società già operanti sul mercato<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Tra i principali interventi legislativi in argomento si possono qui ricordare: l'art. 13 del d.l. n. 223 del 2006 (c.d. decreto Bersani), che ha stabilito l'obbligo per le società strumentali di agire in via esclusiva nei confronti degli enti costituenti o partecipanti disponendo altresì la cessazione delle attività non consentite entro un certo termine nonché un particolare meccanismo di nullità dei contratti stipulati in violazione delle prescrizioni sopra citate; l'art. 3, comma 27, della legge finanziaria 2008 (l. n. 244 del 2007), che ha vietato a tutte le amministrazioni di costituire nuove società o acquisire o mantenere partecipazioni in società esistenti che non fossero strettamente necessarie al perseguimento delle proprie finalità istituzionali; l'art. 14, comma 32, del d.l. n. 78 del 2010, che ha posto limitazioni alla costituzione e detenzione di partecipazioni in società, collegandole all'estensione demografica degli enti locali e obbligando i comuni alla dismissione delle proprie parteci-

Tali nuove iniziative legislative, d'altra parte, costituiscono una reazione dell'ordinamento di segno esattamente opposto alle tendenze panprivatistiche in voga negli ultimi decenni. E non è un caso che tale inversione di tendenza sia avvenuta proprio nel mezzo della crisi economica, quando il ricorso incontrollato allo strumentario privatistico ha rivelato tutti i suoi limiti in termini di (in)efficienza.

In ogni caso, i tentativi di razionalizzazione delle società partecipate posti in essere sino a questo momento non hanno dato i frutti sperati se è vero, come documentano alcune stime, che dal 2008 sono state costituite più di 1250 nuove partecipate, pari a circa il 16% di quelle tuttora esistenti. Il dato è significativo e dimostra come il numero delle società partecipate invece che diminuire sia cresciuto in modo proporzionale all'evoluzione, in senso sempre più restrittivo, dei vincoli di finanza pubblica sugli Enti locali. Il ricorso sempre più massiccio allo strumento societario, cioè, ha costituito il modo per le amministrazioni locali di aggirare i limiti di spesa loro imposti dallo Stato.

La sostanziale ineffettività delle misure previste fino a questo punto e l'aggravarsi del fenomeno hanno spinto il legislatore in tempi più recenti – nel quadro di una più ampia strategia di rafforzamento del centro statale nell'attività di vigilanza finanziaria nei confronti delle autonomie locali, le cui finanze, come noto, sono per lo più derivate – ad affidare a un commissario straordinario il compito di predisporre un apposito programma di razionalizzazione delle aziende speciali, delle istituzioni e delle società direttamente o indirettamente controllate dalle amministrazioni locali<sup>2</sup>. Il programma è stato pubblicato lo scorso agosto e

---

pazioni, salvo che non si fossero verificate determinate condizioni, specificamente indicate; l'art. 4 d.l. n. 95 del 2012, con cui è stato stabilito a carico delle *società strumentali* che avessero conseguito un fatturato da prestazione di servizi nei confronti di pp.aa. superiore al 90% dell'intero fatturato l'obbligo di scioglimento o l'alienazione delle partecipazioni entro una certa data; l'art. 1, comma 568 *bis*, della legge 147 del 2013, con cui sono state previste delle agevolazioni fiscali per le amministrazioni locali e le società da esse controllate direttamente o indirettamente che avessero proceduto allo scioglimento di società controllate o all'alienazione delle partecipazioni detenute. Sebbene non direttamente relativi alla razionalizzazione delle società partecipate sono inoltre da ricordare: l'art. 23 *bis* del d.l. n. 112 del 2008 (c.d. decreto Tremonti), relativo alle forme di gestione dei servizi pubblici locali, con cui – come noto – si è cercato di rendere eccezionale il ricorso all'affidamento *in house*, quindi indirettamente marginalizzando il ricorso alle società a capitale interamente pubblico, nonché l'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011, che ha sostanzialmente riprodotto i contenuti dell'art. 23 *bis*, *medio tempore* abrogato per effetto del referendum popolare e che, proprio perché in contrasto con l'esito referendario, è stato poi dichiarato incostituzionale dalla Corte con la sentenza n. 199 del 2012. Come è facile notare da questa sia pur rapida carrellata, pressoché tutti i governi che si sono succeduti negli ultimi anni sono intervenuti su questo tema.

<sup>2</sup> V. art. 23 d.l. 24 aprile 2014 n. 66, convertito con modificazioni nella l. 23 giugno 2014 n. 89.

La razionalizzazione delle società partecipate dagli enti locali dopo la legge di stabilità 2015 - *The rationalisation of affiliated and subsidiary companies on the part of local authorities after the 2015 "stability law"*

Obiettivo dello scritto è quello di esaminare la disciplina dettata dalla legge di stabilità 2015 in tema di razionalizzazione delle società partecipate dalle amministrazioni locali e delle partecipazioni da esse detenute. L'analisi evidenzia come l'approccio del legislatore al tema si presenti in modo parzialmente diverso rispetto al passato. Almeno con riferimento alle società che gestiscono servizi pubblici locali, infatti, le nuove norme, piuttosto che stabilire rigidi divieti, offrono incentivi alle imprese che procedono ad aggregazioni e prevedono disincentivi a carico delle amministrazioni locali che intendano mantenere le gestioni in house. Nello stesso tempo, lo studio mette in luce le criticità e i problemi sottesi alla nuova disciplina, anche per quanto concerne la compatibilità di essa con l'ordinamento europeo.

The aim of the paper is to examine the rules imposed by the 2015 stability law regarding the rationalisation of affiliated and subsidiary companies by local authorities and of the equity investments held by them. The analysis demonstrates how the legislator's approach to the theme has changed compared to the past. At least with reference to the companies that manage local public services, in fact, the new regulations, rather than establishing rigid restrictions, offer incentives to companies that make aggregations and provide for disincentives for local administrations that intend to keep management in house. At the same time, the study highlights the key areas and problems implied by the new framework, also with regards to its compatibility with the European system.

## *Articoli e Saggi*

---

### ***Spending review e indebolimento del vincolo contrattuale della p.a.***

Giovanni D'Amico

SOMMARIO: 1. La “centralizzazione” della spesa della P.A.: il “modello Consip” dalla Legge Finanziaria 2000 (art. 26) alla L. 7 agosto 2012, n. 135. La nullità del contratto concluso in violazione della normativa in questione. - 2. Il diritto di recesso dai contratti validi, ma divenuti successivamente “sconvenienti”. La “precarizzazione” dei rapporti contrattuali con la p.a. - 3. L'integrazione (retroattiva) dei contratti pendenti. Conclusioni: il contratto asimmetrico per volontà della legge (un temporaneo “ritorno al passato”?)

*1. La “centralizzazione” della spesa della P.A.: il “modello Consip”: dalla Legge Finanziaria 2000 (art. 26) alla L. 7.8.2012 n. 135. La nullità del contratto concluso in violazione della normativa in questione.*

La pressante esigenza di ridurre la spesa pubblica, indotta dalla gravissima crisi finanziaria in atto ormai da diverso tempo<sup>1</sup>, ha spinto il legislatore a prevedere – tra le varie misure volte al conseguimento di tale obiettivo – un irrigidimento della normativa che, da quasi un quindicennio<sup>2</sup>, ha introdotto nel nostro sistema un modello di “centralizzazione” dell'acquisto di beni e servizi della P.A.<sup>3</sup>, noto come “modello Consip”.

---

<sup>1</sup> Sulla legislazione formatasi a seguito della crisi economica degli ultimi anni cfr., in generale, ALPA, *Appunti sulla legislazione volta a governare la crisi economica*, in *RISG (nuova serie)*, n. 5/2014, 73 ss. (ove si sottolinea che le analisi sulla crisi iniziata nel 2008 hanno riguardato sin qui soprattutto gli aspetti di natura bancaria e finanziaria, non anche i riflessi della crisi sull'ordinamento giuridico).

<sup>2</sup> L'esigenza di “centralizzare” gli acquisti della P.A. è – in realtà – assai più risalente della normativa cui alludiamo nel testo (che ne costituisce soltanto la più recente espressione), potendosi rinvenire le prime manifestazioni già nei decenni immediatamente successivi alla nascita dello Stato unitario.

<sup>3</sup> La spesa per l'acquisto di beni e servizi da parte delle pubbliche amministrazioni costituisce, notoriamente, una cospicua parte della spesa pubblica.

Si tratta – com'è noto – di un modello che ha conosciuto, nel pur breve arco di tempo che ci separa dalla sua introduzione, numerosissimi “aggiustamenti” (per lo più intervenuti in sede di approvazione della Legge finanziaria annuale, a conferma dello stretto legame con le esigenze di contenimento della spesa pubblica), nell'ambito dei quali si sono inserite talora anche delle vere e proprie “forzature”.

Ci si riferisce in particolare alle modifiche apportate all'originario “modello Consip” con l'art. 24 della l. Finanziaria 2003 (L. 27 dicembre 2002, n. 289).

L'art. 26 della l. Finanziaria 2000 (l. 23 dicembre 1999, n. 488) – cui si deve appunto l'introduzione di quel modello –, mentre poneva un vero e proprio obbligo per le amministrazioni statali (centrali e periferiche) di approvvigionarsi utilizzando le convenzioni Consip, lasciava (opportunamente) libere le altre amministrazioni pubbliche (non statali) – in alternativa al ricorso a dette “convenzioni” – di (limitarsi ad) utilizzare i «parametri di prezzo-qualità [ricavabili da esse], come limiti massimi per l'acquisto di beni e servizi comparabili» (c.d. *benchmark*)<sup>4</sup>. Proprio questa “flessibilità” aveva sancito l'iniziale successo del “modello”<sup>5</sup>, tanto da spingere il legislatore – nelle leggi finanziarie degli anni seguenti – a prevederne un'applicazione più estesa, sia dal punto di vista soggettivo che da quello oggettivo<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> In tal modo si coniugava l'obiettivo di contenimento della spesa pubblica (che era salvaguardato dal vincolo secondo cui i parametri di prezzo-qualità delle convenzioni Consip fungevano da “limite massimo”) con l'esigenza di tener conto di esigenze “locali”, in particolare con riferimento alla partecipazione alle gare delle piccole e medie imprese. Esigenza, quest'ultima, su cui avrebbero successivamente richiamato l'attenzione sia l'AGCM (v. Segnalazione AS251 del 30 gennaio 2003, *Concessionaria Servizi Informatici Pubblici – CONSIP Spa, Bandi di gara per l'approvvigionamento di beni e servizi per le amministrazioni pubbliche*, in *Bollettino settimanale* 17 febbraio 2003, n° 5) sia la Corte dei conti (v. C. conti, Sez. centrale del controllo sulla gestione delle amministrazioni dello Stato, 20 giugno 2003, n. 26 - *Il progetto degli acquisti centralizzati e la conseguente gestione dei contratti e della spesa nelle amministrazioni dello stato negli esercizi 2000-2003*, in *Foro amm.-CDS.*, 2003, 2668, con nota di BALDANZA, *Prime considerazioni della Corte dei conti sul sistema di acquisti centralizzato tramite CONSIP s.p.a.*).

<sup>5</sup> Successo determinato dagli indubbi vantaggi derivanti dalla “centralizzazione” delle procedure di scelta dei fornitori e dalla uniformità delle condizioni contrattuali regolanti la fornitura di beni e la prestazione di servizi necessari per l'attività delle P.A.

Tra questi vantaggi si segnala, in particolare, il risparmio di risorse derivante dalla circostanza che «mediante un'unica procedura di scelta del contraente centralizzata, Consip ha già provveduto ad individuare un prodotto che viene offerto a condizioni vantaggiose», il che consente di evitare che «ogni amministrazione riverifichi in sede decentrata tale offerta, svolgendo sondaggi di mercato o procedure di gara, seppur informali»: così MINGANTI, *Gli acquisti delle amministrazioni tramite convenzioni quadro: il modello Consip (L. 30 luglio 2004 n. 191 e d.P.C.M. 11 novembre 2004 n. 325)*, in *Riv.trim. Appalti*, 2005-2006, 41 dell'estratto (consultabile sul sito [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it)).

<sup>6</sup> In particolare, già con l'art. 24 della l. 448/2001 (Legge Finanziaria 2002) l'obbligo di aderire alle convenzioni Consip fu esteso a tutte le pubbliche amministrazioni diverse dagli enti locali e a tutte le società totalmente in mano pubblica.

*Spending review e indebolimento del vincolo contrattuale della p.a. - Spending review and the weakening of contractual obligation in public administration*

Nell'ambito di quella che viene ormai individuata come la «legislazione della crisi economica» si inserisce anche l'evoluzione che negli ultimi anni ha subito la normativa sulla «centralizzazione della spesa pubblica» (imperniata nel nostro attuale ordinamento giuridico sul c.d. «modello Consip»). Il contributo analizza in particolare la previsione introdotta con l'art. 1, comma 13 della L. 7.8.2012 n. 135, di conv. del d.l. 6.7.2012 n. 95 (c.d. «decreto Spending Review») che consente al contraente pubblico – con preavviso di almeno quindici giorni e previo pagamento delle prestazioni già eseguite oltre al decimo delle prestazioni non ancora eseguite – di recedere da un contratto di fornitura di beni o di servizi in precedenza validamente concluso, qualora i parametri delle convenzioni stipulate da Consip S.p.A. successivamente alla conclusione del predetto contratto siano migliorativi rispetto a quelli del contratto già in essere. L'inedito diritto di recesso così introdotto appare all'autore sistematicamente poco fondato, mentre l'indubbio «indebolimento» del vincolo contrattuale che esso determina rischia di produrre effetti negativi superiori ai (discutibili) vantaggi che dalla nuova previsione si pensava di ottenere.

The evolution of legislation in recent years towards “the centralisation of public spending” (based in our legal system on the so-called “Consip” model) comes within the sphere of what is by now referred as “legislation of the economic crisis”. The paper analyses, in particular, the provision introduced with art. 1, paragraph 13 of Law 7.8.2012 no. 135, as converted from decree law 6.7.2012 no. 95 (the so-called “Spending review decree”), which allows a public contracting party – with notice of at least fifteen days and subject to payment of the services already executed, plus a tenth of the services not yet executed – to withdraw from a contract for the supply of goods or services previously validly entered into, in the event that the parameters of the agreements entered into by Consip S.p.A. subsequent to the signing of the aforementioned contract are more favourable compared to those of the contract already in force. The newly-introduced right of withdrawal appears to the author to be systematically unjustifiable, while the inevitable “weakening” of contractual obligation as a result risks producing negative effects greater than the (debatable) advantages that the new provision seeks to obtain.

## *Articoli e Saggi*

---

### **Appalti pubblici e *clausole ecologiche*. Nuove conquiste per la «competitività non di prezzo» anche alla luce della recente disciplina europea**

Stefano Villamena

SOMMARIO: 1. Tutela dell'ambiente *attraverso* la disciplina degli appalti pubblici. Considerazioni generali e principali innovazioni alla luce della recente normativa europea sugli appalti pubblici. - 2. *Appalti e ambiente* come rapporto conflittuale. Necessità di ricercare costantemente un metodo che contemperi gli interessi in questo delicato rapporto. - 3. Profili diacronici. *Segnali* ecologico-ambientali nella disciplina sugli appalti pubblici. - 4. (*Segue*): rilevanza dell'*appropriatezza* della clausola ambientale nel senso di un equilibrato contemperamento fra esigenze diverse (tutela della concorrenza e del mercato e tutela dell'ambiente). - 5. (*Segue*): clausole ecologiche *fisse* e clausole ecologiche *flessibili*. - 6. Profili evolutivi. Nuova disciplina del 2014 nel segno di una più accentuata *sensibilità* e *specificità* in merito al rapporto «ambiente e appalti». - 7. Riflessioni conclusive e (taluni) problemi aperti.

1. *Tutela dell'ambiente attraverso la disciplina degli appalti pubblici. Considerazioni generali e principali innovazioni alla luce della recente normativa europea sugli appalti pubblici.*

Alla *tutela indiretta* del bene ambientale è dedicato questo contributo<sup>1</sup>. L'at-

---

<sup>1</sup> Sui modelli tradizionali di protezione dell'ambiente, si rinvia a: R. FERRARA, *Modelli e tecniche della tutela dell'ambiente: il valore dei principi e la forza della prassi*, in *Foro amm. TAR*, 2009, 1945 e ss. (spec. 1948-1953). Nello scritto indicato si delineano cinque modelli di tutela, ossia: «controllo sociale»; «protezione giudiziale, con particolare riferimento al processo in materia di danno all'ambiente»; «concertazione consensuale»; «controllo legislativo-amministrativo»; «leva fiscale». Segna il processo di progressiva trasformazione del diritto ambientale «da diritto eminentemente *reattivo*» («in quanto concepito per contrastare, limitare, controllare gli effetti lesivi dei fenomeni di inquinamento») «a diritto *progettuale*» («cioè finalizzato a prevenire, anticipare, indirizzare le azioni future aventi rilevanza ambientale»), P. DELL'ANNO, *Ambiente (diritto amministrativo)*,

tenzione sarà incentrata sugli strumenti di protezione del bene menzionato nella (o attraverso la) disciplina degli *appalti pubblici*<sup>2</sup>.

Si tratta di uno fra i numerosi e sfaccettati profili del complesso *scenario ambientale*<sup>3</sup>. Uno scenario che, per stessa ammissione normativa, non può prescindere dal promuovere elevati «livelli di qualità della vita» e «utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali», laddove «natura e attività umane» interferiscano fra loro<sup>4</sup>.

In questo ambito trattare della tutela *indiretta* di un bene significa affrontare un profilo per sua stessa natura *complesso*: cioè, a causa della non sempre agevole individuazione della relativa disciplina; nonché in considerazione delle problematiche connesse alla definizione della sua concreta *portata* giuridica.

Il rapporto *ambiente-appalti* (o «*Green Public Procurement*<sup>5</sup>») è a questo riguardo emblematico. Infatti, non senza difficoltà si riescono ad individuare le previsioni che puntualmente lo disciplinano<sup>6</sup>. Per altro, l'individuazione delle stesse non garantisce una agevole comprensione della loro concreta portata.

---

in P. DELL'ANNO, E. PICOZZA (diretto da), *Trattato di diritto dell'ambiente*, Vol. I, Padova, 2012, 288-289. La tutela ambientale attraverso gli strumenti che saranno analizzati in questo contributo sembra rispecchiare sia l'una che l'altra rappresentazione indicata. Infatti, laddove nel presente scritto si parla di *clausole ambientali fisse* (*infra*, par. 5), si fa riferimento ad un diritto di tipo «reattivo». Invece, laddove si parla di *clausole ambientali flessibili* ci si riferisce ad un diritto di tipo «progettuale» (*infra*, par. 5). Così nel primo caso il mancato rispetto di alcune prescrizioni prefissate dall'amministrazione, ad esempio in materia di «specifiche tecniche», comporta la *reazione* dell'amministrazione stessa nel senso di escludere il soggetto partecipante alla gara. Nel secondo caso invece sono le *migliorie* o soluzioni tecniche lasciate alla libera iniziativa dei partecipanti alla gara a favorire la *progettualità* da parte del privato.

<sup>2</sup> Si precisa che, trattando esclusivamente del tema relativo alle *clausole ecologiche negli appalti pubblici*, si prescinderà dall'analisi di una parte, pur rilevante, del Codice dei contratti pubblici del 2006 dedicata all'accertamento di compatibilità ambientale di un'opera (Capo IV, «Lavori relativi a infrastrutture strategiche e insediamenti produttivi», artt. 161 e ss.).

<sup>3</sup> Su cui, da ultimo, vedi l'ampia e sistematica analisi contenuta in R. FERRARA, M.A. SANDULLI (diretto da), *Trattato di diritto dell'ambiente*, Milano, 2014.

<sup>4</sup> Art. 2, comma 1 e art. 3 *quater*, Codice ambiente.

<sup>5</sup> La dottrina precisa che con questa espressione si intendono l'insieme degli strumenti giuridici volti a promuovere la graduale integrazione degli interessi ambientali nella disciplina legislativa degli appalti pubblici. In tema, da ultimo, G. FIDONE, *L'integrazione degli interessi ambientali nella disciplina dei contratti pubblici: il Green Public Procurement*, in G.F. CARTEI (a cura di), *Cambiamento climatico e sviluppo sostenibile*, Torino, 2013; ID., *Gli appalti verdi all'alba delle nuove direttive: verso modelli più flessibili orientati a scelte eco-efficienti*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2012, 819 e ss. Nonché, R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2012, 490 e ss. Uno studio molto dettagliato sulle varie discipline che, ad ogni livello, e con diversa efficacia giuridica, hanno regolato il tema, *ivi* compresa un'applicazione concreta relativa ad un Ente Parco, è quello di G. BELLOMO, *Il Green Public Procurement nell'ordinamento multilivello*, in *Dir. pubbl., comp. eur.*, 2008, 940 e ss.

<sup>6</sup> Si pensi, ad esempio, che il solo caso in cui il codice dell'ambiente menzionato richiama la disciplina degli appalti pubblici, utilizzandola dunque come strumento di *tutela diretta* nel sen-

Appalti pubblici e *clausole ecologiche*. Nuove conquiste per la «competitività non di prezzo» anche alla luce della recente disciplina europea - *Public tenders and ecological clauses. New achievements in «non-price competitiveness» also in the light of recent European regulations*

Il contributo analizza, anche in chiave evolutiva, l'istituto delle *clausole ecologiche* negli appalti pubblici quale strumento di tutela (indiretta) del bene ambientale.

Si tratta di un istituto tradizionale, che però subisce profonde modifiche ed assume maggiore rilevanza a seguito dell'approvazione della nuova disciplina europea in materia di contratti pubblici approvata nel 2014. Infatti, con essa si introducono importanti innovazioni, fra cui quella di maggiore rilevanza per il tema trattato è costituita dal criterio del «costo del ciclo di vita». Con tale criterio sarà possibile tener conto (nella relativa aggiudicazione del contratto) di tutti i costi legati alla «vita» di un bene oggetto d'appalto, fra cui quelli di *raccolta* e di *riciclaggio*.

Infine, il contributo segnala alcuni rischi in termini di restrizione della concorrenza legati proprio all'utilizzo delle *clausole ecologiche*. Rischi riconducibili soprattutto ad alcune carenze contenute nella stessa normativa menzionata.

The paper analyses the introduction of *ecological clauses* in public tenders, also in developmental terms, as a means for (indirect) protection of the environment.

Such clauses have long been in use, but have recently undergone profound changes and have taken on greater importance further to the approval in 2014 of new European regulations regarding public tenders. These regulations have, in fact, led to significant innovations; for instance, the greater importance given to the theme in question is represented by the idea of "life-cycle cost". With this criterion, it will be possible to take account (in the relative awarding of the contract) of all the costs associated with the "life" of an asset which is the subject matter of the tender, including the costs of *collection* and *recycling*.

Finally, the paper points out a number of risks regarding the restriction of competition with reference to the application of the *ecological clauses*. Such risks relate mainly to a number of shortcomings contained in the aforementioned legislation.

## *Articoli e Saggi*

---

# L'ordoliberalismo della Corte costituzionale? Sul ripetuto tentativo di giustificazione giurisprudenziale di un modello economico\*

Paolo Costa

SOMMARIO: 1. L'esigenza di esplicitazione giurisprudenziale della nozione di concorrenza. - 2. Dalla libera iniziativa economica alla concorrenza. - 3. Tutela istituzionale e tutela giurisdizionale. - 3.1. *Segue*. L'opzione ordoliberale. Assunti fondamentali. - 3.2. *Segue*. Profili problematici della tutela giurisdizionale del processo economico. - 4. Alcune considerazioni conclusive.

### 1. *L'esigenza di esplicitazione giurisprudenziale della nozione di concorrenza.*

Dal 2007 ad oggi, con cadenza quasi annuale, la Corte costituzionale ha avvertito l'esigenza di esplicitare la nozione di concorrenza da essa assunta ai fini delle proprie decisioni<sup>1</sup>.

Tale esplicitazione ha avuto luogo anche nel corso 2014, con la sentenza n. 104: «com'è noto, infatti, la recente giurisprudenza costituzionale ha affermato che la nozione di concorrenza “riflette quella operante in ambito comunitario e comprende: a) sia gli interventi regolatori che a titolo principale incidono sulla concorrenza, quali le misure legislative di tutela in senso proprio, che contrastano gli atti ed i comportamenti delle imprese che incidono negativamente sull'assetto concorrenziale dei mercati e che ne disciplinano le modalità di controllo, eventualmente anche di sanzione; b) sia le misure legislative di promozione, che mirano ad aprire un mercato o a consolidarne l'apertura, eliminando barriere all'en-

---

\* Dedico questo scritto al prof. Angelo Mattioni nell'occasione del suo ottantesimo compleanno.

<sup>1</sup> Si vedano, tra le altre, le sentenze nn. 430 e 401 del 2007, n. 160 del 2009, nn. 270 e 45 del 2010, n. 299 del 2012, n. 38 del 2013.

trata, riducendo o eliminando vincoli al libero esplicitarsi della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese, rimuovendo cioè, in generale, i vincoli alle modalità di esercizio delle attività economiche [...]».

Il fatto che la nozione di concorrenza non sia un concetto né un principio originariamente e propriamente giuridico<sup>2</sup> induce a pensare che le ripetute precisazioni della Corte non possano essere frettolosamente liquidate come normale continuità interpretativa, ma tradiscano piuttosto le difficoltà ingenerate dalla circostanza che uno specifico modello economico (quello appunto di concorrenza) ha ormai formalmente attinto la sfera giuspubblicistica e ne esige la relativa prescrittività. Come è stato evidenziato in dottrina trattando dell'“oggettivazione” della concorrenza, «il linguaggio stesso della Corte è sottoposto a una sorta di torsione, nella direzione dell'acquisizione di categorie d'analisi e perfino talora del piglio predittivo propri dell'economista. Nella sentenza n. 8 del 2013, quanto si è appena richiamato trova conferma nel passaggio in cui la Corte coglie, sottostante alla normativa esaminata (il d.l. n. 1 del 2012), l'ispirazione di “quelle evidenze economiche empiriche che individuano una significativa relazione fra liberalizzazioni e crescita economica, su cui poggiano anche molti interventi delle istituzioni europee”, concludendo che “è ragionevole ritenere che le politiche economiche volte ad alleggerire la regolazione, liberandola dagli oneri inutili e sproporziona-

---

<sup>2</sup> Come è noto, la formulazione della moderna teoria del mercato risale alla celebre opera di ADAM SMITH, *La ricchezza delle nazioni*. Essa, come mostrato dalle ricerche di OTTO BRUNNER (*La “casa come complesso” e l'antica “economica” europea*, in O. BRUNNER, *Per una nuova storia costituzionale e sociale*, in *Vita e pensiero*, Milano, 2000), si colloca appunto nello snodo epocale tra premodernità e modernità e segna una discontinuità rispetto all'antica *oikonomia* (il sapere pratico dell'amministrazione della “casa nel suo complesso”, dell'ordine domestico quale primo ed originario livello della costituzione sociale), trovando piuttosto la propria preistoria nella cosiddetta crematistica. Quest'ultima, diversamente dall'*oikonomia*, era già nell'antichità gravata da una sorta di sospetto etico, che la rendeva pienamente accettabile solo funzionalmente alla sussistenza dell'*oikos* (cfr. ARISTOTELE, *Politica*, Libro I, § 8 e 9). Tale pregiudizio etico appare rafforzato dall'affermarsi della Cristianità, dacché notoriamente questa, almeno fino all'avvento dell'etica protestante (su cui si sono soffermate le celebri pagine di MAX WEBER, *L'etica protestante e lo spirito del capitalismo*), considera sfavorevolmente la speculazione. Così, ad esempio, recita la massima attribuita a Sant'Ambrogio a proposito degli accaparratori di derrate: *captans anonam maledictus in plebe sit*. Tale pregiudizio probabilmente si spinge sino alle soglie della modernità e sue appaiono le tracce ancora rinvenibili nelle opere di celebri giuristi (cfr., ad esempio, a proposito del monopolio, P. FARINACCI, H. DE FEDERICIS, *Opera criminalia: fragmentorum variarum quaestionum et communium opinionum criminalium pars secunda*, parte II, §§ 282 ss.). È proprio su questo punto che si registra lo scarto rispetto alla moderna teoria economica della concorrenza. Nell'idea premoderna dell'ordine sociale, ancora fortemente intrisa di principi di giustizia trascendente, la speculazione ingiustificata è considerata un atto di ingiustizia del singolo speculatore. Nell'idea moderna di libero mercato, essa diviene invece una oggettiva causa di inefficienza di un sistema economico complessivamente considerato: a questa altezza del pensiero economico diviene possibile iniziare a parlare di libera concorrenza nel senso in cui oggi viene intesa.

L'ordoliberalismo della Corte costituzionale? Sul ripetuto tentativo di giustificazione giurisprudenziale di un modello economico - *The "ordoliberalism" of the Constitutional Court? On the repeated attempts at jurisprudential justification of an economic model*

In più occasioni la Corte costituzionale ha avvertito l'esigenza di esplicitare la nozione di concorrenza da essa assunta ai fini delle proprie decisioni. Quello di concorrenza non è un concetto o un principio originariamente e propriamente giuridico, appartenendo piuttosto alla formulazione della moderna teoria del mercato. Ciò induce a pensare che le ripetute precisazioni della Corte tradiscano le difficoltà ingenerate dalla circostanza che uno specifico modello economico ha ormai formalmente attinguto la sfera del diritto positivo e ne esige la relativa prescrittività. Il presente articolo intende soffermarsi brevemente su tali difficoltà, più per individuarle che per trovarne una soddisfacente soluzione.

The Constitutional Court has felt on a number of occasions the need to express its notion of competition in reaching its decisions. Competition is not a concept or principle with a legal origin or nature; rather, it relates to the modern theory of the market. As a result, the repeated clarifications of the Court reflect the difficulties inherent in a specific economic model that has by now formally penetrated the sphere of positive law and needs to be duly regulated by it. This article intends to briefly outline these difficulties, with the aim of identifying them rather than finding a satisfactory solution to them.

## *Articoli e Saggi*

---

# La relatività del tempo (amministrativo): la validità del provvedimento tardivo e la tutela risarcitoria (e indennitaria) tra esigenze di tutela del privato e perseguimento dell'interesse pubblico

Scilla Vernile

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi sulla validità degli atti amministrativi tardivi e delimitazione dell'ambito della ricerca. - 2. La presumibile durata del procedimento: il termine di conclusione. - 3. L'indennizzo per le attività di rilievo economico. I limiti di un intervento settoriale e legato al mero superamento del termine. - 4.1. Il danno da ritardo. In particolare la questione della spettanza del bene finale. - 4.2. Il *quantum* del risarcimento - 5. Il tempo dell'interesse pubblico.

1. *Cenni introduttivi sulla validità degli atti amministrativi tardivi e delimitazione dell'ambito della ricerca.*

La necessità di un'azione amministrativa tempestiva costituisce certamente un valore condiviso. Per tale ragione, nel 1990, con l'adozione della legge generale sul procedimento amministrativo, il legislatore ha stabilito un termine finale, applicabile in via residuale nel caso in cui le amministrazioni non dispongano diversamente, per garantire che i procedimenti avviati siano sempre portati a conclusione entro un termine puntualmente individuato.

A partire dall'entrata in vigore della l. 7 agosto 1990, n. 241, dunque, qualsiasi procedimento deve essere concluso, se non diversamente previsto, entro il termine generale (inizialmente e anche oggi, a seguito di diverse riforme) fissato in trenta giorni dall'art. 2.

Nonostante la chiarezza della disposizione normativa, nella pratica si registrano innumerevoli casi di violazione. Trascurando in questa sede le ipotesi più gravi di procedimenti mai conclusi, sovente le amministrazioni, pur giungendo all'adozione del provvedimento finale, non si curano di osservare il termine

applicabile a quel dato procedimento<sup>1</sup> per legge ovvero perché stabilito dalle stesse amministrazioni sempre, però, entro i limiti fissati dalla l. 241 (si v. par. 2).

Nelle ipotesi prospettate la funzione amministrativa viene esercitata, ma al di fuori dei limiti temporali imposti dall'ordinamento. Si è soliti, infatti, parlare di azione amministrativa tardiva, proprio a indicare che il procedimento è stato sì portato a termine mediante l'adozione di un provvedimento espresso, ma in ritardo. In tali casi non si pone un vero e proprio problema di inerzia o, meglio, si presuppone che l'eventuale inerzia sia stata superata mediante l'esperimento di uno dei mezzi di tutela predisposti dall'ordinamento (sostituzione procedimentale e/o ricorso avverso il silenzio) ovvero che l'amministrazione abbia adottato spontaneamente il provvedimento, seppure dopo la scadenza del termine.

Il presente lavoro tralascerà, allora, lo studio – pure connesso – dell'inerzia in sé, concentrandosi in maniera pressoché esclusiva sulle ipotesi in cui sussista un provvedimento tardivo. D'altra parte, anche il semplice ritardo delle pubbliche amministrazioni pone diverse questioni all'attenzione degli interpreti.

Per prima cosa, infatti, ci si è interrogati sulla persistenza del potere a seguito della scadenza infruttuosa del termine, ossia sulla possibilità di adottare un provvedimento tardivo, e, poi, sul regime di validità di quest'ultimo, posto che, per definizione, esso è adottato in violazione di legge. E invero, l'art. 2 impone di terminare il procedimento entro trenta giorni ovvero nel diverso termine applicabile, per cui l'amministrazione non può condurre procedimenti temporalmente illimitati e ciò non soltanto per rispettare il principio di buon andamento e i criteri di economicità, efficacia ed efficienza, ma anche – e soprattutto – per osservare una precisa prescrizione normativa, conformemente al principio di legalità che governa l'azione amministrativa.

Al primo quesito si è risposto, in maniera quasi unanime, che la scadenza infruttuosa del termine non determina l'estinzione del potere, persistendo la necessità che l'amministrazione emani un provvedimento formale affinché si producano gli effetti giuridici voluti<sup>2</sup>. Interpretazione che, peraltro, sembra suffragata dal dato normativo contenuto all'interno del codice del processo amministrativo. Il quinto comma dell'art. 117, rubricato «Ricorsi avverso il silenzio», consente, infatti, di impugnare mediante lo strumento dei motivi aggiunti il provvedimento tardivo eventualmente adottato nel corso del giudizio. Nel momento in cui si riconosce una forma di tutela avverso l'atto pervenuto successivamente alla

---

<sup>1</sup> Si v. R. ROTIGLIANO, *Profili risarcitori dell'omesso o ritardato esercizio della funzione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2007, 747.

<sup>2</sup> Così A. TRAVI, *Silenzio-assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, Padova, 1985, per il quale la decorrenza infruttuosa del termine non comporta la definizione del procedimento, il quale deve sempre essere concluso con un provvedimento che rimane infungibile perché si configurino determinati effetti giuridici.

La relatività del tempo (amministrativo): la validità del provvedimento tardivo e la tutela risarcitoria (e indennitaria) tra esigenze di tutela del privato e perseguimento dell'interesse pubblico - *The relativity of (administrative) time: the validity of delayed measures and compensation (and indemnity) claims, taking account of the requirements for private protection and the public interest*

Il contributo affronta il tema dell'azione amministrativa tardiva, intercettando la questione della validità dei provvedimenti adottati a seguito della scadenza infruttuosa del termine di conclusione del procedimento e concentrandosi sugli strumenti che l'ordinamento mette a disposizione del privato che abbia subito un pregiudizio a causa del ritardo nella conclusione del procedimento. A tal proposito, saranno esaminati, da un lato, l'istituto dell'indennizzo da ritardo previsto per le attività di rilievo economico, evidenziandone le criticità derivanti dalla portata settoriale della disciplina e dal presupposto applicativo della mera violazione del termine, dall'altro, la disciplina della responsabilità per danno da ritardo, con particolare attenzione ai profili legati alla necessità o meno della spettanza del bene finale per riconoscere la tutela risarcitoria e alla determinazione dell'ammontare del risarcimento. L'intero tema sarà, tuttavia, affrontato nell'ottica del perseguimento dell'interesse pubblico alla tempestività e al buon andamento dell'azione amministrativa, piuttosto che dal punto di vista dell'effettività della tutela del privato.

The paper tackles the theme of delayed administrative action, dealing with the question of the validity of measures adopted after the fruitless expiry of a deadline for the conclusion of proceedings, and concentrating on the instruments that the legal system makes available to the private individual or entity that has suffered injury as a result of a delay in the conclusion of the proceedings. In this regard, the concept of a "delay indemnity" prescribed for economically significant businesses shall be examined on the one hand, highlighting the problems deriving from the sectoral scope of the regulations and from conditions for the application of mere violation of the term, and on the other hand, the regulation of liability for damage caused by the delay, with particular attention to the elements relating to whether or not final awarding is necessary, in order to recognize compensatory protection and to determine any amount of compensation. The entire theme, however, is dealt with from the point of view of acting in the public interest with regards to punctuality and the proper functioning of the administrative system, rather than from the point of view of the effective protection of the private individual or entity.

## *Articoli e Saggi*

---

# The impact of “better regulation” on the American and Italian administration

Maria Sole Porpora

SOMMARIO: 1. Introduction. - 2. The institutional implications of Regulatory Impact Analysis. - 3. The Regulatory Impact Analysis in the Italian and American legal systems. - 4. The Impact Analysis in Italy: political control and symbolic policies. - 5. Control and efficiency in the American legal system. - 6. The current state of play of RIA in Italy and in the United States. - 7. Future reforms.- 8. Italy: a new, old perspective. - 9. Improving independent regulation in the United States. - 10. Conclusions.

### 1. *Introduction.*

The implementation of better regulation tools currently seems to be the mantra of national governments and international institutions. Namely, the instrument of Regulatory Impact Analysis (RIA)<sup>1</sup> have expanded from the American legal system to the majority of OECD Countries<sup>2</sup> – including Italy – and European Union<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Scholars have broadly investigated the different aspects and implications of RIA. For an overall approach see, above all, A. NATALINI, F. SARPI E G. VESPERINI (ed. by), *L'analisi d'impatto della regolazione. Il caso delle Autorità indipendenti*, Roma, 2013; M. DE BENEDETTO, M. MARTELLI, N. RANGONE, *La qualità delle regole*, Bologna, 2011; R. BALDWIN, M. CAVE, M. LODGE, *Understanding regulation: theory, strategy, and practice*, Oxford University Press, 2011. For a comparative approach, see M. MARTELLI, *L'AIR in chiave comparata*, in A. NATALINI, G. TIBERI (a cura di), *La tela di Penelope. Primo rapporto Astrid sulla semplificazione legislativa e burocratica*, Bologna, 2010.

<sup>2</sup> According to a 2009 OECD enquiry, the 90% of OECD Countries have introduced RIA in their legal systems. (OECD, *Regulatory Impact Analysis: a tool for policy coherence*, Paris, 2009).

<sup>3</sup> On the implementation of RIA in different legal frameworks, see O. FRITSCH, C.M. RADAELLI, L. SCHREFLER, A. RENDA, *Comparing the content of regulatory impact assessments in the UK and the EU*, in *Public Money & Management*, 2013, Vol. 33, Issue 6; E. MELLONI, *Dieci anni di Impact Assessment della Commissione Europea. Come funziona, a cosa serve e a chi serve*, in *Rivis-*

Although RIA has been implemented by governments in rather diversified ways – so that we cannot assume that a single model of RIA exists – it has constantly originated from challenges brought by the Regulatory State. The decline of economic interventionism and the failure of primary legislation to accomplish the task of implementing the social policies of the Welfare State increased the tasks of the bureaucracy and pushed the governments towards policies of better regulation. Moreover, the attention to the quality of laws and regulations has affected the activity of independent authorities too, connecting the issue of better regulation with those of the trade-off between political accountability and neutrality of the regulator, transparency and administrative efficiency<sup>4</sup>. It follows that the rules relating to the methods of Impact Assessment are able to affect the decision-making process both from the procedural and institutional point of view. The reforms that might occur, therefore, are the sign of a change that entails

---

*ta Italiana di Politiche Pubbliche*, n. 3/2012, 419-449; F. DE FRANCESCO, C.M. RADAELLI, V.E. TROEGER, *Implementing regulatory innovations in Europe: the case of impact assessment*, in *Journal of European Public Policy*, 2011, 1-21; A. NATALINI, F. SARPI, *L'insostenibile leggerezza dell'Air*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2009, n. 3, 229 ss.; E. CHITI, *European Agencies' Rulemaking: Powers, Procedures and Assessment*, in *European Law Journal*, 2013, Vol. 19, n. 1, 93-110; A.C. MEUWESE, *Impact Assessment in EU Lawmaking*, Kluwer Law International, 2008; C.M. RADAELLI, *Does regulatory impact assessment make institutions think?*, Paper presented to the conference «Governing the European Union: Policy instruments in a multi-level polity», Paris, 21-22 Giugno 2007.

<sup>4</sup> There is a broad scientific literature on RIA and Independent Authorities. Above all, see G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1997, 645 ss.; S. CASSESE, C. FRANCHINI (ed. by), *I garanti delle regole. Le autorità indipendenti*, Bologna, 1996; S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 2012; M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005; M. D'ALBERTI - A. PAJNO (ed. by), *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, 2010; G. NAPOLITANO, *La rinascita della regolazione per autorità indipendenti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 3, 2012; G. NAPOLITANO, A. ZOPPINI, *Le autorità al tempo della crisi*, Bologna, 2009; ID, *La regolazione indipendente e la garanzia dei privati*, in G. GITTI (ed. by), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2006, 125 ss. G. NAPOLITANO, *Il sistema di regolazione indipendente*, in C. DE VINCENZI, A. VIGNERI (ed. by), *Le virtù della concorrenza. Regolazione e mercato nei servizi di pubblica utilità*, Bologna, 2006; F. MERUSI, M. PASSARO, *Le autorità indipendenti*, Bologna, 2011; NATALINI, F. SARPI, G. VESPERINI (ed. by) *L'analisi di impatto della regolazione*, cit.; N. RANGONE, *Autorità indipendenti e AIR*, in M. D'ALBERTI, A. PAJNO (ed. by), *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, 2010, 135-152; N. RANGONE, *Impatto delle analisi delle regolazioni sul procedimento, l'organizzazione e l'indipendenza delle Autorità*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 2006, n. 153-154, 79 ss.; N. RANGONE, *Un nuovo modo di regolare: l'Air - Analisi di impatto della regolazione*, in P.G. TORRANI, S. MARZIOTTI (ed. by), *Le Autorità indipendenti a 10 anni dalla loro istituzione*, Milano, 2006, 452 ss.; M. BENEDETTI, *L'Air nelle Autorità indipendenti: lo «stato dell'arte» del dibattito scientifico*, on [www.osservatorioair.it](http://www.osservatorioair.it), aprile 2010; J. TORRITI, L. LO SCHIAVO, E. FUMAGALLI, *L'Air nella pratica di una Autorità indipendente: L'esperienza dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas di applicazione dell'Air alla regolazione della qualità del Servizio*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2009, n. 2, 285-321.

L'impatto della *better regulation* sull'amministrazione americana e italiana - *The impact of "better regulation" on the American and the Italian administration*

L'Analisi di Impatto della Regolazione (AIR), è uno strumento di *better regulation* che assolve a molteplici, non sempre palesi, funzioni. Essa può evidenziare la ragionevolezza della misura, contribuire alla riforma dell'amministrazione in via effettiva o solo apparente e, soprattutto, permettere alla classe politica di influenzare indirettamente l'operato dell'esecutivo. Pertanto, negli Stati Uniti le Autorità Indipendenti sono esenti dall'obbligo di effettuare l'AIR mentre in Italia, essendovi una disciplina puntuale solo per gli atti del Governo, esse si autoregolano sulla materia. Recentemente si è tentato, per il primo ordinamento, di estendere l'AIR alle Autorità Indipendenti, mentre, nel nostro, di migliorare la disciplina esistente. Quale impatto hanno tali annunciate riforme sul piano dei rapporti tra politica e amministrazione e della ragionevolezza delle policy? Sebbene entrambi gli ordinamenti perseguano fini di innalzamento della ragionevolezza delle decisioni amministrative, gli Stati Uniti sembrano bilanciare correttamente l'esigenza di sottoporre ad AIR gli atti delle Autorità con quello di preservarne l'indipendenza; al contrario è più accentuata in Italia la dimensione legata al controllo politico della burocrazia e, allo stesso tempo, all'introduzione solo apparente di riforme sostanziali in grado di cambiare lo status quo attuale

Regulation Impact Analysis (RIA) is a tool for *better regulation* which performs multiple (and not always obvious) functions. It may highlight the reasonableness of a measure, contribute to administrative reform by concrete or apparent means and, most of all, allow the ruling class to indirectly influence the actions of the executive. In the United States Independent Authorities are free of the obligation to carry out RIAs while in Italy, since regulations only apply to Government actions, they are self-regulating on the matter. Recently attempts have been made in the USA to extend the RIA to Independent Authorities, and in Italy to improve the current framework. What impact have these announced reforms had on relations between politics and administrations, and on the reasonableness of policies? Although both legal systems are seeking to improve the reasonableness of administrative decisions, the United States seem to be correctly balancing the need to submit the actions of Authorities to RIA with that of preserving their independence; in contrast, the political control of bureaucracy and, at the same time, the only apparent introduction of substantial reforms able to change the current status quo, is more accentuated in Italy.