

Articoli e Saggi

Legistica, AIR e VIR: tecnica legislativa, effetti invalidanti e diritti dei cittadini*

Fabrizio Fracchia

SOMMARIO: 1. Premessa e delimitazione del tema. – 2. Il primo nucleo di regole attinenti alla tecnica legislativa, alla correttezza formale e alla qualità dell'enunciato linguistico. – 3. Cenni al problema della tecnica di redazione linguistica in relazione agli atti comunitari. – 4. Un problema specifico: la comparazione nella fase di definizione dei contenuti di un testo normativo. – 5. Dalla tecnica di redazione alla valutazione di impatto (il secondo nucleo di regole attinenti alla tecnica legislativa). – 6. Cenni al contesto italiano. – 7. Alcune considerazioni di sintesi. – 8. Ancora sulla funzione di legittimazione. – 9. Un differente carattere comune: tecniche di legislazione e *policies*. – 10. Ancora sul carattere invalidante della violazione delle norme. – 11. Qualcosa si muove: alcuni esempi di rilevanza indiretta delle prescrizioni sulla tecnica legislativa. Il rilievo invalidante e i diritti dei cittadini.

1. Premessa e delimitazione del tema.

La “tecnica legislativa”, formula non priva di incertezze definitorie, costituisce un ambito tematico dotato di una rilevanza pratica indubitabile e che, al contempo, e non solo negli ultimi anni¹, ha acquisito la dignità di problema di sicuro

* Il presente lavoro è il frutto della rielaborazione della Relazione tenuta al Parlamento de la Comunidad Autónoma de Andalucía il 29 gennaio 2015.

¹ La dottrina (con una frequenza tale da esentarci, in questa sede, dall'onere di fornire ulteriori citazioni) ricorda come celebri autori, quali Montesquieu, Thomas Moore e Filangieri, sottolineassero la rilevanza della qualità delle leggi. Da ultimo, in generale, v. M. DE BENEDETTO, M. MARTELLI, N. RANGONE, *La qualità delle regole*, Bologna, 2011; N. RANGONE, *The Quality of Regulation. The Myth and Reality of Good Regulation Tools* (January 1, 2012). *Italian Journal of Public Law*, vol. 4, issue 1/2012; P. PERLINGERI (a cura di), *Sulle tecniche di redazione normative nel sistema democratico*, Napoli, 2010; V. CAIANIELLO, *Il drafting delle leggi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Riv. trim. sc. amm.*, 1999, 15 ss.; M. AINIS, *Una finestra sulla qualità delle leggi*, in *Rassegna parlamentare*, 1998, 184 ss.; R. DICKMANN, *Il drafting come metodo della normazione*, in S. TRAVERSA – A. CASU (a cura di), *Il Parlamento nella transizione*, Milano, 1998, 281 ss.; ID.,

interesse per la dottrina, anche come conseguenza della crescente attenzione che le istituzioni, ai vari livelli, hanno mostrato verso le questioni della *Better Lawmaking*, della *Better Regulation* e della *Smart Regulation* (allargando dunque il campo rispetto all'angolo visuale delle sole fonti legislative).

Nell'ambito di questo scritto, con la formula "tecnica legislativa" si intende fare riferimento a un settore di attività (una tecnica, appunto) che risponde a due gruppi di regole².

Da un lato vengono in evidenza quelle relative alla qualità del testo, le quali, in sostanza, "guidano" la trasformazione di una idea in un enunciato linguistico corretto, chiaro e comprensibile³ (*Better Lawmaking* o legistica formale⁴).

D'altro lato, vi sono poi le regole, che concernono più da vicino la sostanza, relative alla valutazione *ex ante* ed *ex post* dell'efficacia o dell'impatto degli atti pubblici normativi (*Better Regulation*).

Questa delimitazione di campo, pur se abbastanza arbitraria (la valutazione *ex post*, ad esempio, per definizione non può incidere sulla redazione dell'atto i cui effetti sono valutati: essa però rileva, come si dirà, in una prospettiva di ciclo di vita complessivo della produzione normativa), comporta una conseguenza immediata: il presente lavoro non si occuperà di altre regole che hanno ad oggetto sot-

Procedimento legislativo e coordinamento delle fonti, Padova, 1997; A. FALZEA, *Drafting legislativo e formazione delle regole giuridiche*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 579 ss.; U. ZAMPETTI, *Tecniche legislative e procedure parlamentari*, in *Rassegna parlamentare*, 1998, 163 ss.; G. FORTUNATO, *Manuale di tecnica legislativa*, Milano, 1994; V. ITALIA, *La fabbrica delle leggi*, Milano, 1994; V. FROSINI, *Le parole del diritto e le sue trasformazioni linguistiche*, in *Riv. trim. dir. e proc. civile*, 1993, 423 ss.; S. BARTOLE (a cura di); *Lezioni di tecnica legislativa*, Padova, 1988; A. CERRI, *Tecnica legislativa e giurisprudenza della Corte costituzionale*, in A. GIULIANI – N. PICARDI (a cura di), *L'educazione giuridica*, V, Napoli, 1987, 3 ss.; A. CUSMANO, *Tecnica legislativa: esperienze nazionali e regionali*, in *Le regioni*, 1985, 256 ss.; R. GUASTINI, *Questioni di tecnica legislativa*, in *Le regioni*, 1985, 221 ss.; F. CARNELUTTI, *A proposito della proposta di fondazione di una scienza della legislazione*, in *Il diritto dell'economia*, 1960, 823.

² In generale, sul tema, e con una prospettiva più ampia (l'Autore si riferisce anche all'analisi delle procedure), v. G. U. RESCIGNO, *Tecnica legislativa*, voce dell'*Enc. Giuridica*, XXX, Roma, 1993, 1 ss.

³ In generale, v. *Manuale di stile*, a cura di A. FIORITTO, Dipartimento della Funzione Pubblica, Bologna, 1997.

⁴ G. U. RESCIGNO, *Dal rapporto Giannini alla proposta di manuale unificato per la redazione di testi normativi, adottata dalla conferenza dei presidenti dei consigli regionali*, in *Foro it.*, 1993, V, 34 ss., propone di usare l'espressione (un neologismo) "legistica" per la redazione dell'atto, chiarendo che essa rientra nel novero delle tecniche legislative (al plurale): il momento unificante sarebbe rappresentato dal riferimento alla legge. Come si dirà nel corso del lavoro, tuttavia, a tacere del fatto che i problemi si pongono anche per tutte le altre fonti, non sembra che le tecniche legislative diverse dalla legistica si riferiscano unicamente alla legge, ben potendo riguardare le *policies* che non si sono tradotte in fonti legislative.

Logistica, AIR e VIR: tecnica legislativa, effetti invalidanti e diritti dei cittadini -
Logistics, AIR and VIR: legislative techniques, invalidating effects and citizens' rights

Il lavoro esamina le regole attinenti alla tecnica legislativa, alla correttezza formale e alla qualità dell'enunciato linguistico. Dopo alcuni cenni al problema della tecnica di redazione linguistica in relazione agli atti comunitari e alla comparazione nella fase di definizione dei contenuti di un testo normativo, si sofferma sulla tendenza a porre l'accento non tanto sulla tecnica di redazione, quanto sulla valutazione di impatto, guardando soprattutto all'esperienza italiana di Vir e Air.

La parte finale dell'articolo è volto a verificare entro quali limiti la violazione di tali norme può avere carattere invalidante.

The work examines the rules concerning legislative technique, formal correctness and the quality of the language used. After a brief review of the problem of the language used in European Community laws and comparison of the contents of a legislative text currently in the definition phase, the work focuses on the tendency to emphasise not so much the technique of preparation, but rather the assessment of impact, looking particularly at the Italian experience of VIR and AIR. The final part of the article aims to assess up to what point the breach of these laws can be said to have an invalidating character.

Articoli e Saggi

Note introduttive sulla disciplina dei contratti attivi della pubblica amministrazione*

Giuseppe Manfredi

SOMMARIO: 1. I confini della nozione. – 2. Le regole e i principi applicabili: la legge e il regolamento di contabilità dello Stato come disciplina generale dei contratti attivi. – 3. Le deroghe alla legge e al regolamento di contabilità, in particolare riguardo alle sponsorizzazioni attive. – 4. Contratti attivi e principi del codice dei contratti. – 5. Prospettive di riforma?

1. I confini della nozione.

Quando ci si occupa della disciplina dei contratti attivi delle pubbliche amministrazioni la prima questione da considerare è l'esatta delimitazione dei confini della nozione.

Si potrebbe pensare che questi confini sono assolutamente pacifici e scontati, perché vengono individuati già nella legge di contabilità dello Stato *ex r.d. n. 2440 del 1923*.

Dato che questa legge – ovviamente – è stata dettata per finalità contabilistiche, il testo dell'art. 3 (per com'è stato riscritto dal d.P.R. n. 627 del 1972) pone «una distinzione che si fonda sull'effetto immediato (del contratto) sul bilancio finanziario dell'ente»¹, perché nel primo comma fa riferimento ai contratti «dai quali derivi un'entrata», e nel secondo ai contratti «dai quali derivi una spesa».

* Testo rivisto e aggiornato dell'introduzione al seminario *I contratti attivi delle p.a. tra norme di contabilità e diritto europeo*, Milano, Università Bocconi, 30 aprile 2015.

¹ A. BUSCEMA, S. BUSCEMA, *I contratti della pubblica amministrazione*, in *Trattato Santaniello*, VII, Padova, 1994, 61; nello stesso senso, tra i tanti, G. ROEHRSEN DI CAMMERATA, *I contratti della pubblica amministrazione*, Bologna, 1967, 38: ove peraltro l'a. riferisce anche le critiche alla distinzione in parola di chi sostiene che pure i contratti attivi possono avere un effetto mediato passivo, perché «alla fine producono una diminuzione permanente del patrimonio dello Stato (onde sostanzialmente sono passivi)», ma le respinge rilevando che l'art.3 della legge di contabilità testualmente ha riguardo solo all'effetto immediato del contratto. Sulla genesi del r.d. n. 2440 del 1923 v.

E così individua in modo chiaro e netto rispettivamente i contratti attivi e i contratti passivi, e detta modalità di affidamento diverse per gli uni e per gli altri, ove prevede che i primi «debbono essere preceduti da pubblici incanti, salvo che per particolari ragioni, delle quali dovrà farsi menzione nel decreto di approvazione del contratto, e limitatamente ai casi da determinare con il regolamento, l'amministrazione non intenda far ricorso alla licitazione ovvero nei casi di necessità alla trattativa privata».

Mentre prevede che i secondi «debbono essere preceduti da gare mediante pubblico incanto o licitazione privata, a giudizio discrezionale dell'amministrazione».

Detto incidentalmente, prima della riscrittura degli anni settanta dell'art. 3 della legge, la distinzione tra contratti attivi e passivi non aveva il rilievo che ha assunto in seguito, perché il testo originario di questa disposizione dettava regole unitarie per entrambe le tipologie di contratti, ove disponeva che «tutti i contratti dai quali derivi una entrata od una spesa per lo Stato debbono essere preceduti da pubblici incanti, a meno che, per particolari ragioni, delle quali dovrà farsi menzione nel decreto di approvazione del contratto, e limitatamente ai casi da determinarsi nel regolamento, l'amministrazione non ritenga preferibile la privata licitazione».

In realtà la questione è un poco più articolata, dato che in quello che potremmo considerare il diritto vivente della materia la nozione in parola non riguarda solo ed esclusivamente quelli che tradizionalmente vengono considerati contratti di diritto privato, e quindi i contratti di vendita o di locazione di beni pubblici, *et similia*.

Infatti la giurisprudenza della Corte dei conti almeno dalla fine degli anni novanta dello scorso secolo afferma che la preferenza per l'affidamento tramite pubblici incanti di cui al comma 1 dell'art.3 della legge n. 2440 trova applicazione anche riguardo all'affidamento delle concessioni di beni pubblici².

E così in sostanza riconduce alla nozione di contratto attivo anche una figura che in passato la dottrina considerava sicuramente estranea ai contratti di diritto privato, ossia la concessione di beni pubblici: la quale, come noto, veniva ritenuta correlata a poteri pubblicistici, e ricostruita secondo schemi unilateralistici e provvedimentali, oppure secondo lo schema della concessione – contratto³.

M.S. GIANNINI, *Origine e caratteristiche della normativa contabile del 1923-1924*, ora in *Id.*, *Scritti*, VIII, Milano, 2006, 797 ss.

² R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2012, 123 e nt. 28: ivi anche i riferimenti all'orientamento della giurisprudenza della Corte dei Conti di cui si dice nel testo – confermati da ultimo anche dalla sentenza della sez. giur. Lazio n. 833/2011, che può leggersi in *cortedeiconti.it*.

³ Sulle ricostruzioni dottrinali tradizionali delle concessioni v., da ultimo, F. FRACCHIA, *Concessione amministrativa*, in *Enc. dir., Annali*, I, Milano 2007, 250 e ss., e *cf.* almeno anche M.

Note introduttive sulla disciplina dei contratti attivi della pubblica amministrazione - *Introductory notes on the regulation of income-generating contracts in the public administration system*

Lo scritto è inteso a fornire alcune coordinate generali in ordine alla disciplina dei contratti attivi della pubblica amministrazione. A tal fine tratta in primo luogo la questione dei confini della nozione di contratti attivi, per passare poi a quella dell'ambito di applicazione della disciplina generale recata dalla legge e dal regolamento di contabilità dello Stato, e a quella della applicabilità o meno ai contratti in parola di principi che si evincono dal codice dei contratti pubblici del 2006, e conclude con alcune considerazioni sulla opportunità o meno di riformare la disciplina del 1923-1924.

The paper aims to give some general guidance on the regulation of “income-generating contracts” in the public administration system. For this purpose it first tackles the question of the confines of the notion of income-generating contracts, then moves on to the application of the general regulations laid down by law and State accounting regulations, and whether they may be applied to the contracts based on the Code of Public Contracts of 2006. The work concludes with a number of considerations on the appropriateness of reforming the regulation of 1923-1924.

Articoli e Saggi

Unificazione amministrativa e intervento pubblico nell'economia

Maurizio Cafagno, Francesco Manganaro*

SOMMARIO: 1. Premessa di metodo; a) Limitazioni di campo; b) La struttura del discorso: l'amministrazione pubblica tra regole e mercato. – 2. Profilo storico: a) Il difficile rapporto tra diritto ed economia; b) Lo sviluppo storico dell'intervento pubblico nell'economia in Italia. – 3. Profili critici e ricostruttivi: l'amministrazione come attore economico: a) Imparzialità, efficienza e mercato unico; b) Procedure competitive; c) Il gap tra diritto interno e diritto europeo; d) *In house providing*, imprese pubbliche, società miste; e) Considerazioni conclusive. – 4. Profili critici e ricostruttivi: l'oggetto della regolazione: a) Il fuggevole oggetto dello Stato regolatore; b) L'anomia giuridica dell'economia globale; c) La regolazione del mercato unico europeo; d) La settorializzazione della disciplina regolatoria a livello nazionale; e) Considerazioni conclusive. – 5. Note riassuntive.

1. *Premessa di metodo.*

a) Limitazioni di campo.

Gli allegati alla l. n. 2248 del 1865 non recavano uno spazio dedicato alla materia dell'intervento pubblico in economia, anche se la dottrina ha rilevato che, a dispetto del vuoto, all'epoca fu avvertita prepotente, se non addirittura prioritaria, la preoccupazione di costituire un mercato nazionale¹.

* Nella stesura del lavoro, frutto di una riflessione condivisa, Maurizio Cafagno ha redatto le sezioni I e III, Francesco Manganaro le sezioni II e IV.

¹ S. CASSESE, *Governare gli italiani*, Bologna, 2014, cap. 2; ID., *L'Italia: una società senza Stato?* Bologna, 2012, cap. I; G. NAPOLITANO, *Le norme di unificazione economica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2011, 97 ss.; per un inquadramento di storia economica generale, tra i molti lavori reperibili in materia, P. CIOCCA, *Centocinquanta'anni: per una 'teoria della storia economica' d'Italia*, in *Riv. di storia econ.*, 2012, 1, 9 ss.; ID., *Ricchi per sempre? Una storia economica d'Italia (1796-2005)*, Torino, 2007; E. FELICE, *Ascesa e declino. Storia economica d'Italia*, Bologna, 2015; F. FORTE, *L'economia italiana dal risorgimento a oggi. 1861-2011*, Siena., 2011; A. GRAZIANI, *Lo sviluppo dell'e-*

Tornando a pensare oggi ai rapporti tra unificazione amministrativa e intervento pubblico nell'economia e riparametrando la riflessione al più ristretto e contiguo intervallo temporale prescelto dall'impostazione dei lavori convegnistici, la domanda che ci siamo posti è se e come l'amministrazione pubblica si sia trasformata e quali spinte unificanti o disgreganti abbia subito per effetto dell'adesione alla Comunità europea e, di conseguenza, per effetto della condivisione dell'obiettivo di contribuire alla creazione di un mercato unico non più circoscritto ai confini del Paese, ma europeo.

In altri termini, ci siamo chiesti quali ricadute abbiano interessato l'amministrazione pubblica italiana, nel passaggio dall'obiettivo di creare uno Stato e un mercato nazionale a quello di partecipare alla creazione di un mercato unico sovranazionale.

È superfluo notare che praticamente tutte le aree tematiche abitualmente incluse nella caleidoscopica disciplina del diritto pubblico dell'economia sono state investite dalla questione, aree davvero troppo numerose e troppo dense perché il programma di lavoro comune potesse ambire all'organicità e alla completezza.

Con questa consapevolezza, l'approfondimento si è mosso all'interno di più circoscritte coordinate, in parte segnate dai criteri di ripartizione della ricerca concordati e condivisi con gli altri gruppi, in parte espressione di scelte e preferenze degli studiosi che hanno aderito all'iniziativa.

Cadono entro il perimetro delle analisi che abbiamo condiviso sei aree tematiche, all'interno di ciascuna delle quali hanno operato e si sono raccordati sei sotto-gruppi.

La prima area, di taglio più generale, è dedicata a «Il diritto dell'economia tra unificazione dei mercati e globalizzazione»²; la seconda sezione ha per titolo «Indirizzo e disciplina dei mercati: dalla pianificazione alla regolazione»³; la ter-

conomia italiana. Dalla ricostruzione alla moneta europea, Torino, 2000; V. ZAMAGNI, *Introduzione alla storia economica d'Italia*, Bologna, 2008; tra i lavori dedicati specificamente all'argomento che ha impegnato il gruppo di ricerca, F. MERUSI, *La disciplina pubblica delle attività economiche nei 150 anni dall'Unità d'Italia*, in AA.VV. *Il contributo del diritto amministrativo in 150 anni di Unità d'Italia*, a cura di M. SPASIANO, Napoli, 2012, 185 ss.

² Essa include il contributo di Eugenio Picozza, *Il diritto dell'economia: strumento di unificazione*; il lavoro di Giulio Napolitano, *L'unificazione amministrativa del mercato: la storia italiana e l'esperienza europea*.

³ Qui trovano collocazione i lavori di Paolo Lazzara, *La funzione regolatoria, regime, contenuti e natura giuridica*; Maria De Benedetto, *La qualità della funzione regolatoria: ieri, oggi e domani*; Eugenio Bruti Liberati, *Politica di concorrenza e politica industriale tra unità e differenziazione*; Domenico Siclari, *La regolazione bancaria e dei mercati finanziari: dalla 'neutralizzazione' dell'indirizzo politico sul mercato alla devoluzione sovranazionale delle funzioni*; Marco Sica, *Diritto all'informazione e certezza del diritto nei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione*.

Unificazione amministrativa e intervento pubblico nell'economia - *Administrative Unification and Public Economic Intervention*

Nel contesto della unificazione amministrativa e dell'intervento pubblico nell'economia, gli Autori analizzano le ricadute che hanno interessato l'amministrazione pubblica italiana, nel passaggio dall'obiettivo di creare uno Stato e un mercato nazionale a quello di partecipare alla creazione di un mercato unico sovra-nazionale. L'analisi è condotta mediante una ricostruzione storica propeudeutica all'esame di alcuni profili problematici, desunti dagli elaborati del gruppo di lavoro delle sei aree tematiche. La analisi, quindi, mette in evidenza come la determinazione di regole di condotta non sempre conduce agli effetti sperati a causa della peculiare natura del mercato, concludendo con l'avvertimento che l'unico rimedio resta l'evoluzione costante che ha bisogno di continui interventi, soprattutto al fine di qualificare in maniera professionale amministrazioni che intervengono in ambito economico.

Within the context of administrative unification and public intervention in the economy, the Authors analyse the effects that have concerned the Italian public administration, in the shift from the aim to create a state and a national market to that of taking part in the creation of a single and super-national market. The analysis is carried out through a historical reconstruction with a view to the examination of a number of problematic profiles, taken from the production of the workgroup on the six thematic areas. Thus, the analysis highlights how the determination of rules of conduct does not always lead to the desired outcome due to the peculiar nature of the market, concluding with a warning that the only remedy remains constant evolution which calls for constant interventions, especially with the aim of qualifying those administrations that intervene in the economic arena in professional terms.

Articoli e Saggi

Principio di legalità ed attività di diritto privato delle amministrazioni pubbliche

Francesco Astone, Francesco Martines*

SOMMARIO: Sezione I – 1. L'attività di diritto privato delle amministrazioni pubbliche. – 2. Garanzie e regole comuni nella dimensione funzionale dell'attività e legalità amministrativa. – 3. Forme pubblicistiche e strumenti privatistici nell'esercizio del potere amministrativo. – 4. Funzione di amministrazione e forme tecniche del suo esercizio. – Sezione II – 5. Attività di diritto privato delle P.A. e modelli civilistici di azione. – 6. Soggetti privati e azione amministrativa.

Sezione I

1. L'attività di diritto privato delle amministrazioni pubbliche.

Secondo due tradizionali insegnamenti l'attività di diritto privato della pubblica amministrazione (P.A.) comprende due fattispecie fondamentali:

- quella che Antonio Amorth chiama «attività amministrativa di diritto privato»¹, ovvero l'esercizio dell'azione amministrativa da parte delle P.A. attraverso gli strumenti privatistici;

- quella che Guido Zanobini definisce «esercizio privato di pubbliche funzioni»², ovvero l'azione amministrativa, o comunque di rilevanza giuspubblicistica, posta in essere da soggetti formalmente privati (società, enti, ecc.).

* Francesco Astone è professore ordinario di diritto amministrativo nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Messina; Francesco Martines è ricercatore di diritto amministrativo nel Dipartimento di Scienze Politiche e Giuridiche dell'Università degli Studi di Messina. Il presente contributo è frutto del lavoro comune dei due autori; ciò nondimeno la stesura della sezione I è da attribuire a Francesco Astone; la stesura della sezione II a Francesco Martines.

¹ A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti all'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1938, 456 e in *Scritti di Antonio Amorth*, Milano, I, 1999.

² G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1920, vol. II, parte III.

Con riguardo alla prima fattispecie sono diversi i settori dell'azione pubblica affidati alla gestione tramite strumenti privatistici regolati da norme di matrice civilistica; a titolo meramente esemplificativo i beni pubblici, il pubblico impiego, gli appalti, i servizi pubblici.

L'evoluzione che ha interessato questa fattispecie è stata caratterizzata da un dato comune che – credo – vada rinvenuto nel processo osmotico attraverso il quale, per un verso, la disciplina di origine gius-privatistica si è arricchita di elementi tipici del diritto amministrativo (si pensi ai più recenti interventi legislativi, molti dei quali sulla spinta dei vincoli comunitari, volti ad ancorare le norme di taglio civilistico alle garanzie proprie del diritto pubblico) e – per altro verso (quello che maggiormente interessa l'odierna riflessione) –, il diritto amministrativo ha assorbito al proprio interno principi e regole tipicamente privatistici.

In tal senso appare emblematica la rilevanza che, nel contesto dei generali principi pubblicistici (buon andamento, imparzialità, ragionevolezza, proporzionalità), hanno assunto valori di matrice civilistica quali la buona fede, la diligenza, la correttezza nei rapporti contrattuali e pre-contrattuali.

Passando all'altra fattispecie, riconducibile al macro sistema dell'attività amministrativa di diritto privato, va segnalato che – dopo un progressivo aumento della casistica di attività amministrativa erogata da soggetti formalmente privatistici in nome soprattutto dell'obiettivo di snellimento della burocrazia – negli ultimi anni il legislatore (probabilmente indotto anche dall'orientamento rigoroso assunto dalla giurisprudenza della Corte dei Conti, del Consiglio di Stato e della Corte costituzionale³) ha progressivamente ridotto gli spazi per l'esternalizzazione di funzioni pubbliche a soggetti privati ponendo limiti stringenti di natura giuridica e finanziaria legati prioritariamente alla tutela della libera concorrenza.

Da ultimo, invero, si segnalano fermi interventi legislativi destinati ad ostacolare il ricorso a tali strumenti in quanto ritenuti i contesti ideali per il proliferare di comportamenti corruttivi ed illeciti (come nel caso della l. 190/2012).

Fermo il quadro attuale (tutt'altro che statico e coerente, piuttosto costantemente in evoluzione e – per così dire – non sempre in armonia con se stesso), occorre allora chiedersi quale ruolo assume il principio di legalità cui, per tradizione, è ancorato l'esercizio del potere amministrativo.

I dati normativi di riferimento sono piuttosto scarni. Ad es., per effetto dell'entrata in vigore dell'art. 1, comma 37, della l. 190/2012, oggi, l'art. 1, comma 1 *ter*, della l. 241/90 recita testualmente: «I soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei criteri e dei principi di

³ Si citano, fra le pronunce più significative, Corte cost., 8 maggio 2009, n. 148; Cons. Stato, ad plen. 3 giugno 2011, n. 10.

Principio di legalità ed attività di diritto privato delle amministrazioni pubbliche - *The Principle of legality and the activities of private law of the public administration*

L'articolo esamina il rilievo che il principio di legalità assume nell'attività di diritto privato delle pubbliche amministrazioni. Il processo di progressiva osmosi tra diritto amministrativo e diritto privato viene, in particolare, indagato nella prospettiva della imprescindibile sottoposizione di tutta l'attività amministrativa al parametro della legalità, inteso come fattore di costante adeguamento del sistema ai principi sanciti dalla Carta costituzionale. In quest'ottica sono presi in considerazione gli spunti offerti dalla recente legislazione, la quale per l'appunto riflette l'evoluzione dell'ordinamento verso un regime di piena e trasversale applicazione del suddetto principio.

The paper aims to examine the importance that the rule of law takes in the private law activity of the public administration. The progressive osmosis between administrative and private law is investigated in relation to the subjection of the whole administrative activity to the rule of law, considered as factor of constant adjustment of the legal system to the principles laid down by the Constitution. In this view the recent legislation is taken into account, which precisely reflects the evolution of the legal system towards a full implementation of the rule of law.

Articoli e Saggi

Contratti pubblici: stabilità del rapporto e interessi pubblici*

Annalaura Giannelli

SOMMARIO: 1. Premessa metodologica. – 2. La concezione strumentale della concorrenza – 3. La rivoluzione pro-concorrenziale. – 4. L'epoca del disincanto: le logiche iper-rigoriste si incrinano alla prova della crisi economica. – 5. Le direttive europee del 2014: verso una nuova sintesi tra logica contabilistica e logica pro-concorrenziale. – 6. Le riforme in atto. Conclusioni e spunti *de jure condendo*.

1. *Premessa metodologica.*

Il tema della stabilità dei contratti pubblici – inteso come modificabilità o immutabilità del contenuto negoziale in fase post-aggiudicazione – è un tema tradizionale, molto arato dalla giurisprudenza¹. Lo stesso legislatore ha effettuato plurimi interventi in questo ambito, spesso – ma non sempre – ispirati dall'esigenza di recepire le sollecitazioni provenienti dall'ordinamento europeo.

Né il diritto positivo né la giurisprudenza hanno, tuttavia, assoggettato il fenomeno della revisione delle pattuizioni pubbliche a regole certe e di univoca interpretazione.

* Il presente contributo consiste nella rielaborazione della relazione svolta il 24 giugno 2015 presso l'Università L. Bocconi, nell'ambito del seminario, svoltosi nell'ambito dell'Osservatorio sui contratti pubblici, intitolato «*Contratti della p.a. è solo Questione di concorrenza?*». Il testo è stato licenziato poco prima dell'emanazione del d. lgs. 50/2016, che pertanto non viene in questa sede esaminato.

¹ Minore attenzione alle tematiche in esame è stata, invece, riservata dalla dottrina. Si segnalano, tuttavia, le importanti eccezioni rappresentate da: A. BENEDETTI, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, Torino, 1999; M. COMBA, *L'esecuzione di opere pubbliche. Con cenni di diritto comparato*, Torino, 2012; R. CAVALLO PERIN – G.M. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2010, 325 ss.; A. MASSERA, *Lo Stato che contratta e che si accorda*, Pisa, 2011. Sia consentito, infine, rinviare anche a A. GIANNELLI, *Esecuzione e rinegoziazione degli appalti pubblici*, Napoli, 2012.

Ciò, a ben vedere, non può stupire. Basti, in proposito, porre mente a tre circostanze.

La prima concerne la non prevedibilità del contenuto delle modifiche astrattamente apponibili, le quali possono interessare i profili temporali della durata del rapporto negoziale, ovvero l'entità del corrispettivo economico a carico della stazione appaltante pubblica, ovvero ancora le caratteristiche tecniche della prestazione appaltata (dalla cui variazione, a sua volta, può derivare un'alterazione, in aumento o in diminuzione, del prezzo corrisposto dalla stazione appaltante).

La seconda riguarda la matrice unilaterale ovvero pazzia della modifica di volta in volta esaminata. Le revisioni imposte dalla parte pubblica pongono, infatti, problemi non identici a quelli che, invece, accompagnano la realtà della rinegoziazione.

La terza circostanza, infine, concerne il carattere eterogeneo delle procedure esperibili per la selezione del contraente privato. La maggiore o minore concorrenzialità della procedura di aggiudicazione esperita è, infatti, una variabile che non può essere trascurata nella disamina inerente il grado di revisionabilità dei contratti pubblici. È intuitivo, del resto, come la rinegoziazione di un contratto aggiudicato con procedura aperta ponga problemi molto più significativi della rinegoziazione di un contratto aggiudicato senza gara (ossia aggiudicato mediante quella che, fino al recepimento delle direttive UE del 2014, è la procedura negoziata senza bando). Ancora di tutt'altra natura appaiono i profili inerenti la centralizzazione degli acquisti, da cui scaturiscono peculiari problematiche, come quelle della revisionabilità "coatta" (ma sul punto cfr. *infra*) degli acquisti autonomi a fini di adeguamento alle (migliori) condizioni assicurate da sopravvenute convenzioni Consip.

L'elenco delle variabili da considerare, in una riflessione sulla stabilità dei contratti pubblici, potrebbe proseguire. Quel che, però, preme in questa sede soprattutto rilevare è il carattere estremamente eterogeneo del fenomeno in analisi, il quale si presenta refrattario ad ogni catalogazione, proprio a causa del sovrapporsi delle variabili di cui si è appena riferito.

A fronte di tale complessità le strade che si dischiudono, per l'interprete chiamato a confrontarsi con il tema in questione, sono essenzialmente due. Quella, che potremmo definire "impressionista", della descrizione del fenomeno con pennellate veloci, volte a comporre un quadro d'insieme "affollato" di figure, inevitabilmente prive di contorni netti e lineari. E quella, più analitica, dell'individuazione di un preciso sotto-tema, ossia di uno specifico angolo prospettico attraverso cui esaminare il problema della stabilità/instabilità delle pattuizioni, operando una selezione – talora piuttosto drastica – tra i molteplici risvolti del fenomeno indagato.

In questa sede l'opzione metodologica accolta è la seconda. Il tema della stabilità/instabilità dei contratti pubblici verrà di seguito trattato come componente

Contratti pubblici: stabilità del rapporto e interessi pubblici - *Public contracts: stability of the relationship and public interests*

Il contributo esamina la fase di esecuzione del contratto pubblico, concentrandosi, in particolare, sul tema della revisionabilità del contenuto negoziabile in fase post-aggiudicazione. Le modifiche apposte dopo la conclusione della fase di gara pongono una serie di interrogativi, che per lo più si appuntano sul loro potenziale impatto anticoncorrenziale. Di contro, l'idea dell'assoluta intangibilità del contenuto negoziabile in fase post-aggiudicazione rischia di compromettere l'economicità della contrattazione pubblica, impedendo l'adeguamento delle obbligazioni alle sopravvenute e non sempre prevedibili esigenze della committenza pubblica. In questo delicato crinale si colloca il problema della stabilità dei rapporti negoziabili pubblici, il quale evidentemente assume una peculiare centralità in tempi di crisi economica. I processi di riforma in atto testimoniano la crescente sensibilità del legislatore, europeo e nazionale, nei confronti del tema in questione. Rispetto ad esso, tuttavia, non sembrano praticabili soluzioni generali e astratte. Di qui la necessità di cimentarsi con una ricostruzione teorica del fenomeno, sulla scorta della quale effettuare la valutazione in concreto sulla effettiva antigiuridicità della singola fattispecie modificativa di volta in volta considerata.

The paper examines the execution phase of a public contracts, concentrating in particular on the theme of the revisability of contents negotiated in the post-award phase. The modifications made after the conclusion of the tender phase pose a series of questions, which mainly regard their potential anti-competitive impact. On the other hand, the idea of the absolute intangibility of the negotiated content in the post-award phase risks compromising the cost of public procurement, preventing the adjustment of obligations in the face of changing and not always predictable requirements of the public customer. In this delicate situation there is the problem of the stability of public contractual relationships, which is particularly important in times of economic crisis. Current processes of reform demonstrate the growing awareness of the legislator, both at a European and national level, with respect to the theme in hand. In this regard, however, there don't seem to be any practicable solutions, either general or abstract. At this point, it is necessary to concentrate on a theoretical reconstruction of the phenomenon, on the basis of which a concrete assessment may be made of the effective unlawfulness of individual cases of amendment considered on each occasion.

Articoli e Saggi

Lo strano caso degli impegni AEEGSI. Un paradosso normativo?

Giovanni Barozzi Reggiani*

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive – 2. Gli impegni dell'AEEGSI – 3. Il raffronto con gli impegni dell'AGCM. – 4. Il paradosso normativo: gli impegni AGCM servirebbero all'AEEGSI? – 5. Conclusioni.

1. *Considerazioni introduttive.*

Sia consentito allo scrivente aprire il presente contributo con un'immagine: quella di due abiti di pregevolissima fattura, confezionati a regola d'arte dalle mani di abili sarti, ma spediti, dal garzone di bottega, a causa di un errore nell'individuazione degli indirizzi, ai clienti sbagliati. Così l'uno si ritrova con un abito di alta sartoria che non è in grado di indossare, perché troppo stretto per le sue forme; l'altro, con un vestito altrettanto raffinato, ma adatto a vestire una persona di qualche taglia in più.

Per porre rimedio alla situazione occorre, evidentemente, un ulteriore intervento di sartoria, che tagli, sistemi e accorci ove necessario, al fine di garantire la piena vestibilità di abiti che, in mancanza di detto intervento, non potrebbero essere sfruttati e sfoggiati nel pieno delle loro potenzialità.

È una metafora che vorrebbe spiegare lo “strano caso” degli impegni dell'Autorità per l'Energia elettrica, il Gas e il Servizio idrico (AEEGSI), istituti suscettibili di produrre un grande e positivo impatto sull'*enforcement* dell'Autorità e sulla stessa regolazione di settori assai sensibili, come (appunto) quelli del gas, dell'energia e dei servizi idrici, ma che non riescono ancora – a quattro anni dalla loro introduzione nel nostro ordinamento – ad affermarsi pienamente, a livello di prassi, anche a causa delle disposizioni normativo-regolamentari che ne disciplinano il relativo procedimento¹.

* L'Autore è titolare di contratto di collaborazione coordinata e continuativa con l'Autorità per l'energia elettrica il gas e il sistema idrico. Le considerazioni del presente contributo sono espresse esclusivamente a titolo personale e non coinvolgono né impegnano l'Istituzione di appartenenza.

¹ Mentre copiosa è la letteratura in materia di Autorità Garante della Concorrenza e impegni *antitrust* (fra i tanti contributi si citano, per brevità, quelli di A. POLICE, *Tutela della concorren-*

Le maglie procedimentali risultano, in effetti, troppo strette per consentire all'Autorità di instaurare con le imprese e i soggetti regolati una fase di dialogo che appare imprescindibile in relazione alla tipologia di attività svolta, al sistema di *enforcement* dell'AEEGSI e alla natura e alle caratteristiche dell'istituto degli impegni.

La necessità di un ripensamento e di una revisione delle disposizioni normative che regolano la procedura si appalesa con ancor maggior chiarezza se dette disposizioni vengono paragonate a quelle disciplinanti gli impegni dell'Autorità garante della concorrenza e del Mercato (AGCM)².

Da detto raffronto emerge infatti nitidamente un diverso grado di flessibilità delle due strutture procedimentali: decisamente più significativo quello relativo agli impegni AGCM, nell'ambito del quale vi sono ampi margini di "trattativa"³, tra imprese e Autorità, per la ricerca e l'individuazione di un punto di equilibrio che risulti soddisfacente tanto per la parte privata quanto per quella pubblica

za e pubblici poteri: profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust, Giappichelli, Torino, 2007; di M. DE BENEDETTO, *L'autorità garante della concorrenza e del mercato: organizzazione, poteri, funzioni*, Il Mulino, Bologna, 2000; di P. FATTORI – M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2010; di C. LEONE, *Gli impegni nei procedimenti antitrust*, Giuffrè, Milano, 2012, nonché la fondamentale opera collettanea curata da C. RABITTI BEDOGNI e P. BARUCCI *20 anni di antitrust*, Giappichelli, Torino, 2010) non si rinvergono opere che abbiano affrontato in modo organico lo studio di poteri e organizzazione dell'Autorità per l'Energia Elettrica, il Gas e il Servizio Idrico. In materia si segnalano tuttavia contributi concernenti singoli aspetti e problematiche concernenti la vita e le funzioni dell'Autorità; fra questi ricordo il contributo di M. PASSARO, *Le sanzioni dell'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas (AEEG)*, in M. FRATINI (a cura di) *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, Cedam, Padova, 2011, 957 ss.; dello stesso M. PASSARO, *La strategia del resiliente: le sanzioni dell'AEEGSI tra illecito "regolatorio" e illecito "comunitario"*, in M. MIDIRI – S. ANTONIAZZI (a cura di), *Servizi pubblici locali e regolazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, 37 ss.; di L. DI BONA, *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto: modelli di eteronomia negoziale nei settori dell'energia elettrica e del gas*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008, e mi permetto di annoverare G. BAROZZI REGGIANI, *Gli impegni dell'Antitrust e dell'Autorità energia: un raffronto*, in M. MIDIRI – S. ANTONIAZZI (a cura di), *Servizi pubblici locali e regolazione, cit.*, 117-136.

² V. art. 14-ter della Legge 10 ottobre 1990, n. 287.

³ L'uso di tale termine non deve stupire. La dottrina, del resto, afferma pacificamente che la Commissione svolge, appunto, delle vere e proprie trattative con le imprese «e tale *modus operandi* è stato giudicato legittimo dalla giurisprudenza europea», cfr. C. LEONE, *Gli impegni nei procedimenti antitrust, cit.*, 34. In effetti, si rinvergono negli impegni elementi simili a quelli che «caratterizzano le vicende negoziali di carattere bilaterale» (così L. DE LUCIA – N. MINERVINI, *Le decisioni con impegni nella normativa nazionale a tutela della concorrenza e dei consumatori*, in *Concorrenza e Mercato*, 2011, 537 – 538). La stessa giurisprudenza, in passato, ha affermato che «l'istituto appare concepito per fornire una rapida risposta all'interesse pubblico al mantenimento di un mercato concorrenziale, in fattispecie complesse o nuove, rispetto alle quali si appalesa opportuno raggiungere una soluzione di tipo negoziale», T.A.R. Lazio Roma Sez. I, 7 aprile 2008, n. 2902, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

Lo strano caso degli impegni AEEGSI. Un paradosso normativo? - *The strange case of the Aeegsi undertakings. A legislative paradox?*

Il presente contributo, attraverso uno studio dell'istituto degli impegni dell'AEEGSI e dell'*Authority Antitrust*, intende svolgere una riflessione, di ampio respiro, in merito agli effetti che le norme procedurali possono produrre rispetto alla funzione ed alla attività amministrativa al cui corretto (e legittimo) svolgimento sono preordinate. Dall'analisi emerge come la "forma" (il procedimento) non svolga esclusivamente una funzione "servente" nei confronti della "sostanza" (la funzione), ma costituisca coefficiente di effettività della stessa, oltre a rappresentare strumento di trasparenza e partecipazione. E ciò anche in relazione ad una funzione delicata e peculiare come quella sanzionatoria che, tramite l'istituto degli impegni - reso effettivo e appetibile (per i soggetti regolati) da congrue norme procedurali - può raccordarsi con la regolazione, finanche incidendo su di essa.

This contribution intends to offer a reflection, on a broad scale, through a study of the undertakings of the Aeegsi and of the Antitrust Authority, on the effects that procedural regulations can produce with respect to the administrative function and activity whose correct (and legitimate) operation are preordained. The analysis reveals how "form" (the procedure) does not perform an exclusively "servient" role with respect to "substance" (the function), but is a coefficient of its effectiveness, besides being an instrument of transparency and participation. This is also in relation to the delicate and particular sanctionative function which, through the setting up of the undertakings - made effective and appetising (for regulated subjects) by appropriate procedural rules - can interlink with the regulation, and even have an impact on it.

Articoli e Saggi

Profili sul recesso negli appalti di servizi e forniture

Enza Caracciolo La Grotteria

SOMMARIO: 1. Premesse. – 2. Brevi cenni sul diritto di recesso. – 3. Il contratto pubblico ed il recesso. – 4. Natura del recesso dal contratto privato e dal contratto pubblico. – 4.1 Teoria che identifica i diritti potestativi con i poteri giuridici. – 4.2 Il recesso ed il potere amministrativo. – 5. Il recesso dall'appalto di servizi e forniture e la modifica delle modalità di erogazione delle tariffe incentivanti sull'energia elettrica prodotta da impianti fotovoltaici: il problema della retroattività della legge. – 6. L'efficacia retroattiva della legge in relazione al principio di affidamento del cittadino.

1. *Premesse.*

La presente indagine trae spunto dall'analisi di recenti interventi normativi riguardanti la materia dei contratti pubblici in relazione alla problematica dell'incertezza determinata dalla retroattività della legge, alla luce dei rapporti fra privati e pubblica amministrazione.

Il d.l. 6 luglio 2012 n. 95, convertito nella l. 7 agosto 2012 n. 135, all'art. 1 comma 13, nell'ambito delle misure per la riduzione della spesa per l'acquisto di beni e servizi prevede che, nel caso in cui sussista un contratto di fornitura di beni o di servizi fra un privato e una pubblica amministrazione, il contraente pubblico possa, in qualsiasi momento (con preavviso di almeno quindici giorni), recedere dal contratto, purché i parametri delle convenzioni Consip¹, stipulate suc-

¹ F. MANGANARO, *La corruzione in Italia*, in *Foro amm.* (II), 6, 2014, 1861 secondo cui le centrali uniche di committenza costituiscono una soluzione adeguata al problema della corruzione. L'A. osserva che la prevenzione della corruzione richiede strategie che contemperino regolazione pubblicistica ed efficienza di mercato, accompagnate da controlli e sanzioni. Questo era uno degli obiettivi del d.lgs. n. 163 del 2006 (Codice dei Contratti Pubblici), che tuttavia non ha risolto tutti i problemi caratteristici della materia degli appalti, caratterizzata dalle opposte esigenze di garanzia della legalità e di rapidità nella realizzazione delle opere. Alcuni istituti introdotti dalle direttive europee, con il lodevole scopo di tutelare la concorrenza, possono essere invece utilizzati a scopi corruttivi. Tra questi primo fra tutti il subappalto, dietro cui si possono celare interessi della criminalità organizzata. Nell'ordinamento interno il subappalto era vietato, mentre ora la normativa comunitaria lo consente, seppure debba essere già dichiarato in fase di aggiudicazione. Altro profilo critico è quel-

cessivamente alla sottoscrizione del contratto (ai sensi dell'articolo 26, comma 1, della l. 23 dicembre 1999 n. 488) siano più favorevoli rispetto ai patti contrattuali. La disposizione chiarisce che si tratta di un diritto di recesso che può essere esercitato dall'amministrazione e che il mancato esercizio determina l'obbligo di comunicazione alla Corte dei Conti, ai fini del controllo successivo sul bilancio².

lo dell'avvalimento, poiché l'impresa aggiudicataria può trasferire i profitti dell'opera ad imprese che non avrebbero potuto partecipare alla gara, non avendone i requisiti tecnici o economici. Critica è pure la disciplina delle offerte anormalmente basse, che venivano automaticamente escluse nella progressiva normativa nazionale e per le quali ora la disciplina europea prevede la richiesta di chiarimenti, con il pericolo che proprio in questa fase di confronto tra amministrazione ed impresa possano intervenire elementi corruttivi. Infine, anche la disciplina del dialogo competitivo, secondo cui le imprese con certi requisiti possono trattare con l'amministrazione tutti gli aspetti dell'appalto comporta ampi rischi di corruzione, trattandosi di una vera e propria trattativa ristretta con più imprese, senza alcuna garanzia derivante dalla partecipazione anonima ad una gara. Al fine di tentare di risolvere questo problema per gli appalti di lavori, alcune Regioni hanno costituito una stazione unica appaltante che gestisce le gare di tutti i Comuni di quella regione e degli altri enti pubblici non territoriali che eventualmente vogliono aderirvi. Per l'acquisto di beni, è stata istituita una centrale di committenza nazionale, la Concessionaria servizi informativi pubblici (Consip), società interamente partecipata dal Ministero dell'Economia e delle Finanze che bandisce le gare a livello nazionale per l'acquisto di beni e servizi, con evidenti economie di scala, e tutte le amministrazioni nazionali sono tenute a rifornirsi dalle imprese individuate attraverso le gare gestite da Consip. B.G. MATTARELLA, *La politica di prevenzione della corruzione in Italia*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2, 2013; F. DI CRISTINA, *La corruzione negli appalti pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 1, 177; G.M. RACCA, *La professionalità nei contratti pubblici della sanità: centrali di committenza e accordi quadro*, in *Foro amm. CdS*, 2010, 7-8, 1727; G. DELLA CANANEA, *Un'amministrazione che costa di più e funziona peggio? Dirigenza pubblica e gestione delle risorse finanziarie*, in *Lavoro nelle p.a.* 2006, 6, 1093, secondo cui «L'adesione al metodo dell'acquirente unico non costituisce, di per sé, una deviazione rispetto ai principali sistemi amministrativi europei. Altri Paesi, di più solida tradizione, si sono avvalsi delle centrali di committenza, ora disciplinate dalle direttive nn. 2004/17 e 18 dell'Unione europea. Costituisce, invece, una nota divergente la scelta di anettere effetti vincolanti alle determinazioni raggiunte dalla centrale di committenza. La scelta si manifesta fin dalle prime disposizioni volte a ridefinire le modalità di acquisto di beni e servizi. Stabilite dalla legge finanziaria per il 2000, esse non hanno avuto soltanto un'efficacia di tipo permissivo, nel senso di consentire alle pubbliche amministrazioni di ricorrere alle convenzioni-quadro. Hanno avuto anche un'efficacia di tipo vincolante, nella misura in cui hanno reso doverosa – per le amministrazioni statali – l'adesione alle convenzioni stipulate dalla Consip; hanno configurato i relativi prezzi come prezzi massimi, non superabili; hanno imposto alle altre amministrazioni l'obbligo di utilizzarne i parametri di qualità e di prezzo per l'acquisto di beni comparabili con quelli oggetto delle convenzioni (articolo 26, comma 3, legge n. 488 del 1999)»; G. NAPOLITANO, *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, in *Riv. Soc.*, 5-6, 2006, 999 che, nell'esaminare le differenti tipologie di società pubbliche definisce la Consip come «organismo a struttura societaria», a partecipazione interamente pubblica, istituita «con unica ed esclusiva funzione di servizio per lo Stato» e operante «secondo gli indirizzi strategici stabiliti dall'Amministrazione»; M.G. DELLA SCALA, *Le società legali pubbliche*, in *Dir. amm.* 2005, 2, 391.

² S. CASSESE, *La nuova Costituzione economica*, Bari, 2000; ID., *Controllo della spesa pubblica e direzione*, in *La formazione dello Stato amministrativo*, Milano, 1974; IDEM, *Espansione e controllo della spesa pubblica: aspetti istituzionali*, in *Il Mulino*, 1983, 371; E. GUICCIARDI, *I controlli*

Profili sul recesso negli appalti di servizi e forniture - *Forms of withdrawal in service and supply contracts*

Il contributo affronta la tematica dell'incertezza che deriva dalla retroattività della legge, alla luce dei rapporti fra privati e pubblica amministrazione, traendo spunto dall'analisi di alcuni recenti interventi normativi che consentono al contraente pubblico di recedere o di modificare i patti contrattuali di un negozio, in corso di esecuzione al momento dell'entrata in vigore della legge, laddove sopravvengano certe condizioni. Tali norme esprimono la volontà del legislatore di incidere sulla caratteristica stabilità del contratto, determinando l'affermarsi di un principio di incertezza nei rapporti negoziali fra pubblica amministrazione ed imprese private. Da qui l'avvertita esigenza di delineare alcune riflessioni sulle problematiche derivanti dalla sopravvenienza di leggi con efficacia retroattiva che producano conseguenze sfavorevoli nei riguardi dei privati, alla luce del principio dell'affidamento nelle garanzie che offre la pubblica Amministrazione a tutela degli interessi pubblici e privati.

The contribution tackles that theme of the uncertainty deriving from the retroactivity of the law, in the light of relations between private enterprises and the public administration, taking its cue from an analysis of recent legislative measures that allow the public administration to withdraw or amend the contractual agreements of a contract, in course of execution when the law comes into force, if certain conditions apply. These rules express the intention of the legislator to influence the stable nature of the contract, introducing a principle of uncertainty to contractual relationships between the public administration and private enterprises. In the light of the principle of trust inherent in the guarantees that the Public Administration offers to protect public or private interests, this leads to the need to make a number of considerations regarding the problems deriving from the introduction of laws with retroactive application that entail unfavourable consequences with regards to private enterprises.

Articoli e Saggi

Il nesso di causalità nella responsabilità da danno ambientale: una rilettura sistematica alla luce della sentenza della Corte di giustizia, 4 marzo 2015, causa C-534/13

Rosamaria Iera

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il fatto. – 3. Il quadro normativo nazionale. – 4. La decisione dell'Adunanza plenaria, 25 settembre 2013, n. 21. – 5. La sentenza della Corte di giustizia e la rilevanza del principio «chi inquina paga». – 6. Il nesso di causalità nell'ambito del principio «chi inquina paga». – 7. Corollari applicativi del nesso di causalità in materia ambientale. – 8. Disciplina del nesso di causalità. – 9. Estensione e/o introduzione dei fattori interruttivi del nesso di causalità. – 10. Nesso di causalità ignoto. – 11. Considerazioni sul duplice accertamento del nesso di causalità. – 12. Conclusioni.

1. *Premessa.*

Il presente lavoro trae origine da una recente sentenza della Corte di giustizia del 4 marzo 2015, causa C-534/13¹, pronunciata in relazione ad una fattispecie riguardante l'imposizione di misure di messa in sicurezza di emergenza e di

* Ringrazio il Professore Paolo Dell'Anno per i preziosi suggerimenti.

¹ Pubblicata tra gli altri luoghi, senza pretesa di esaustività, in *Foro it.*, 2015, IV, 293 ss.; in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 2, 659 ss., con nota di E. FURIOSI; in *Resp. civ. e prev.*, 2015, 3, 951 ss.; in *Urb. e app.*, 2015, 6, 635 ss., con nota di C. CARRERA, *La corte UE (de)limita l'incidenza del diritto europeo sulla disciplina delle bonifiche*; in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2015, 186 ss., con nota di F. GRASSI, *La Corte di giustizia conferma che sul «incolpevole» non grava l'obbligo di effettuare attività di bonifica*; in *Riv. giur. ed.*, 2015, 1, 3 ss., con nota di R. LEONARDI, *La responsabilità in tema di bonifica dei siti inquinati: dal criterio soggettivo del «chi inquina paga» al criterio oggettivo del «chi è proprietario paga»?*

bonifica nei confronti dei proprietari di alcuni siti inquinati non responsabili della contaminazione².

La questione è stata deferita dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato del 25 settembre 2013, n. 21³, che, dopo aver analizzato i contrastanti orientamenti giurisprudenziali in materia⁴, ha chiesto se sia compatibile con i principi comunitari la disciplina nazionale che non prevede a carico del proprietario del

² La questione afferente l'allocazione della responsabilità e le conseguenze sul piano degli oneri di riparazione del danno ambientale si inserisce nel dibattito determinato dai problemi di coordinamento, interni al codice dell'ambiente, tra la disciplina sulle bonifiche (parte IV) e quella sul risarcimento del danno ambientale (parte VI), nonché sulla compatibilità del regime di responsabilità delineato dalla direttiva con quello inizialmente previsto dal codice dell'ambiente in sede di attuazione. In merito a quest'ultimo aspetto l'art. 3 della direttiva prevede una responsabilità di tipo oggettivo per danno causato da attività pericolose (espressamente indicate nell'allegato III della direttiva, ossia attività che, in base alla normativa comunitaria presentano un rischio potenziale o reale per la salute o per l'ambiente) e una responsabilità di tipo soggettivo per danno arrecato alla biodiversità nello svolgimento di attività non pericolose (non prevista nell'allegato III). In sede di attuazione della direttiva, ad opera del d.lgs. 152/2006, il modello di responsabilità ambientale differenziato per la tipologia di attività non è stato integralmente recepito. Difatti, il codice dell'ambiente non prevedeva un regime di responsabilità di tipo oggettivo per attività pericolose ma solo un regime di responsabilità basato sulla colpa, senza alcuna differenziazione in ragione del tipo di attività (parte VI, artt. 311-318). A ciò si aggiungevano i problemi di coordinamento tra l'art. 242, contenuto nella parte IV, che imponeva al «responsabile dell'inquinamento» l'obbligo di bonifica e le disposizioni della parte VI (artt. 298 *bis*-318) sulla responsabilità ambientale. Poiché l'obbligo di bonifica è uno strumento di risarcimento in forma specifica del danno ambientale l'art. 303, comma 1, lett. i), escludeva l'applicazione della disciplina sulla responsabilità ambientale (parte VI) «alle situazioni di inquinamento per le quali siano effettivamente avviate le procedure relative alla bonifica, o sia stata avviata o sia intervenuta bonifica dei siti nel rispetto delle norme vigenti in materia, salvo che ad esito di tale bonifica non permanga un danno ambientale». Tali discrasie hanno determinato gli interventi di censura della Commissione europea prima nel 2008 e poi nel 2012. A seguito della procedura di infrazione n. 2007/4679 il legislatore ha emanato il d.l. 25 settembre 2009, n. 135, conv. in l. 20 novembre 2009, n. 166, (GU 24 novembre 2009, n. 274), il cui art. 5 *bis* modificava il titolo VI del d.lgs. 152/2006 non introducendo il differenziato regime di responsabilità oggettiva. Ne è conseguita una nuova procedura di infrazione, la n. 2011/2053, che ha portato all'emanazione della l. 6 agosto 2013, n. 97 (GU 20 agosto 2013, n. 1949) con la quale è stato adeguato il sistema di responsabilità del codice dell'ambiente a quello della direttiva comunitaria – prevedendo un regime differenziato di responsabilità oggettiva per le attività professionali – ed è stato abrogato l'art. 303, comma 1, lett. i). Per un commento alla novella legislativa si v. P. DELL'ANNO, *La novella legislativa (l.n. 177/2009) sulla parte sesta del d.lgs. 152/2006 e la pregiudiziale amministrativa in materia di risarcimento del danno ambientale*, in *Corr. giur.*, 2010, 11, 1528 ss.

³ Cons. Stato, Ad. plen., 25 settembre 2013, n. 21, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 4, 365 ss., con nota di G. SABATO, *Le misure di messa in sicurezza e la bonifica a carico del proprietario incolpevole? Parola alla Corte di Giustizia*; in *Giurisd. amm.*, 2013, 53 ss.; in *Foro amm. - CDS*, 2013, 2296 ss.; in *Riv. giur. ed.*, 2013, I, 835 ss.; in *Riv. amm.*, 2013, 715 ss.

⁴ Gli orientamenti giurisprudenziali qui richiamati verranno specificati *infra*.

Il nesso di causalità nella responsabilità da danno ambientale: una rilettura sistematica alla luce della sentenza della Corte di giustizia, 4 marzo 2015, causa C-534/13 - *The causal link in environmental damage liability: a systematic review in the light of the sentence of the Court of Justice, 4 March 2015, case C-534/13*

Il lavoro esamina il quadro normativo nazionale e comunitario in materia di bonifica dei siti inquinati, di misure impositive nei confronti del proprietario (colpevole o incolpevole) dell'area inquinata e ripercorre i principali orientamenti della giurisprudenza nazionale e comunitaria sul giudizio di responsabilità a carico di quest'ultimo.

Si evidenziano, in particolare, l'importanza del nesso causale nell'ambito del giudizio di responsabilità e gli aspetti che, in relazione al nesso, sono tutt'ora in ombra nella Direttiva 35/2004/CE (c.d. direttiva ambiente) e nella giurisprudenza nazionale e comunitaria, vagliando possibili margini di intervento del legislatore anche alla luce dei principi di divieto di gold planting e di non arretramento della tutela ambientale.

The work examines the national and EC legal framework regarding the rehabilitation of polluted sites, enforcement action against the owner (guilty or innocent) of the polluted area, and it describes the general orientation of national and European courts concerning the judgement of the owner's liability.

The importance of the causal link in the judgement of liability and aspects which (in relation to this link) are still largely ignored in Directive 35/2004/EC (the so-called environment directive) and in national and EC law, is highlighted, suggesting possible scope for action on the part of the legislator, also in the light of the principles of the prohibition of 'gold planting' and the promotion of environmental protection.

Articoli e Saggi

La revoca dei provvedimenti amministrativi nella recente legislazione di semplificazione

Giuseppe C. Salerno

SOMMARIO: 1. La revoca nella legislazione del 2005. – 2. I consolidati orientamenti assunti dal 2005 dalla giurisprudenza predominante. – 3. I rilievi critici della dottrina. – 4. Le recenti novelle del legislatore ordinario alla disciplina dell'autotutela amministrativa e, in particolare, all'esercizio del potere di revoca degli atti amministrativi. – 5. Il tentativo di limitazione dei presupposti di ammissibilità per l'esercizio del potere di revoca. – 6. Alcune contraddizioni e incongruenze nella novella del 2014 e la individuazione dell'unico limite allo *jus poenitendi*. – 7. La persistente incompatibilità costituzionale e comunitaria della previsione dello *jus poenitendi*. – 8. Esercizio del potere di revoca e regole *extra legem latae* in giurisprudenza: la revoca come strumento ordinario di revisione del rapporto amministrativo. – 9. Conclusioni.

1. *La revoca nella legislazione del 2005.*

L'istituto della revoca degli atti amministrativi è stato disciplinato, in via generale, dal legislatore del 2005 con la previsione normativa – più volte novellata negli anni successivi – dell'art. 21-*quinquies* della l. 7 agosto 1990, n. 241 che costituisce ora il fondamento (di diritto positivo) del potere di revoca. Il legislatore italiano, con la previsione dell'art. 21-*quinquies*, commi 1 e 1-*bis* della riferita legge, codificando il potere di revoca, ha esplicitamente disciplinato i presupposti (o le condizioni o fatti costitutivi del potere) a cui alternativamente si lega l'esercizio del potere di revoca dei provvedimenti amministrativi ad efficacia durevole, prevedendo che per «sopravvenuti motivi di pubblico interesse», ovvero «nel caso di mutamento della situazione di fatto» o, infine, nell'ipotesi di «nuova valutazione dell'interesse pubblico originario» il provvedimento amministrativo ad efficacia durevole può essere revocato da parte dell'organo che lo ha emanato o da altro organo previsto dalla legge. In particolare, con il riconoscimento in linea generale

dello *jus poenitendi* a beneficio dell'amministrazione, è stato essenzialmente previsto che non è mai in discussione (e, quindi, sotto tale profilo, non trova limiti di sorta) la possibilità per la P.A. di far ricorso all'esercizio del potere di revoca¹, risultando – come è stato acutamente osservato – «sempre» ammissibile².

L'esegesi testuale dell'art. 21-*quinquies* l. n. 241/1990 rende agevole rilevare che nulla è stato previsto dal legislatore del 2005 per quanto concerne sia i limiti alla revocabilità degli atti, sia in ordine alla tutela della stabilità sostanziale degli atti e del rapporto amministrativo che ne deriva, con particolare riguardo ai provvedimenti attributivi di vantaggi economici. Inoltre, nulla è stato previsto quanto all'accertamento del fatto; alla valutazione comparativa degli interessi in gioco; al rispetto del legittimo e ragionevole affidamento del destinatario del provvedimento di revoca; alla partecipazione procedimentale e alla conseguente motivazione del provvedimento di revoca, fermo restando che si applicano anche al procedimento di revoca le garanzie previste in generale dalla l. n. 241.

Ora, se le tre essenziali garanzie del cd. «diritto ad una buona amministrazione» sono l'informazione, la partecipazione e la motivazione non può non apparire privo di una certa rilevanza e singolarità che in tema di esercizio del potere di revoca – per la natura stessa del potere, ampiamente suscettivo *ex se* di ledere le posizioni legittimamente acquisite dai terzi – il legislatore non abbia mai (nelle sue peraltro molteplici novelle) avvertito l'opportunità, e forse la necessità, di soffermarsi sulla disciplina di tali fondamentali garanzie.

E così è ancora oggi dopo la novella del 2014 in tema di revoca e quella del 2015 sulla disciplina dell'autotutela amministrativa, su cui tra breve ci soffermeremo.

Ciò non sembra coerente con il semplice rilievo che il provvedimento (nel caso in esame, di revoca) costituisce solo l'occasione per un accertamento in maniera paritaria (come ha insegnato F. Benvenuti già dagli anni '70), e quindi completo, del modo di essere del rapporto giuridico tra privato e amministrazione.

Se le due direttrici fondamentali della l. n. 241/1990 sono la garanzia procedurale in ordine all'esercizio del potere amministrativo e il risultato da conseguire (revisione del rapporto amministrativo), il legislatore del 2014 in tema di revoca (e del 2015) si sofferma solo su quest'ultima direttrice.

¹ In dottrina, cfr. R. VILLATA – M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, in *Sistema del diritto amministrativo italiano* (diretto da F.C. SCOCA – F.A. ROVERSI MONACO – G. MORBIDELLI), Milano, 2006, 587.

² Così è stato sintetizzato da B. MATTARELLA, *Il provvedimento amministrativo*, in *Gior. dir. amm.*, 2005, 478. Per l'analisi dei presupposti per l'esercizio del potere di revoca e delle connotazioni salienti proprie dell'istituto ci permettiamo di fare rinvio a G.C. SALERNO, *La revoca dei provvedimenti amministrativi ed i principi della funzione*, Torino, 2014, 69.

La revoca dei provvedimenti amministrativi nella recente legislazione di semplificazione - *The Revocation of administrative measures in the recent legislation to favour simplification*

Il contributo, esaminando le modifiche legislative intervenute, pone in luce i rilievi critici emersi in dottrina e gli orientamenti assunti dalla giurisprudenza dominante; per poi valutare criticamente il tentativo del legislatore di circoscrivere i presupposti a cui si riconnette l'esercizio di tale potere. Vengono così in rilievo le contraddizioni desumibili dal testo legislativo, i limiti posti all'esercizio della revoca e la persistente incompatibilità dello *jus poenitendi* con i principi desumibili dall'ordinamento comunitario e la configurazione del potere di revoca quale strumento ordinario di revisione del rapporto amministrativo.

The paper, examining the legislative amendments made, highlights the critical elements that emerged from the doctrine and the lines taken by the dominant jurisprudence. It goes on to critically evaluate the legislator's attempt to circumscribe the area within which the exercise of such power may be attributed. Hence, the contradiction inferable from the legislative text, the limits placed on the exercise of revocation and the persistent incompatibility of the *jus poenitendi* with the principles inferable by the legal order of the EU and the configuration of the power of revocation as an ordinary tool for the revision of administrative relationships emerge.

Articoli e Saggi

Sul capitale della Banca d'Italia

Francesca Pluchino

SOMMARIO: 1. Introduzione: brevi cenni storici sulla nascita della Banca d'Italia e la fine dell'azionariato privato. – 2. La trasformazione in ente di diritto pubblico della Banca d'Italia e il conseguente rimborso agli ex azionisti della società per azioni Banca d'Italia nel 1936. – 3. Confronto internazionale. – 4. La rivalutazione del capitale della Banca d'Italia - D.L. 133/2013 convertito in Legge n. 5 del 2014. – 5. Conclusioni.

1. Introduzione: brevi cenni storici sulla nascita della Banca d'Italia e la fine dell'azionariato privato.

All'inizio del XIX secolo, quasi ovunque in Europa, le banche di emissione¹, come tutte le società anonime², traevano da privati cittadini il capitale di rischio.

Nessuna era in grado di fare da sé e nessuna per molti anni poteva prescindere da essi. Ancor meno lo poteva la banca di sconto e di emissione che apriva i suoi sportelli – in ogni luogo e a lungo in concorrenza con banchieri – negoziati-

¹ Sulla banca di emissione esiste un'ampia bibliografia, tra cui: T. CANOVAI, *Le banche di emissione in Italia. Saggio storico critico*, Casa editrice Italiana, Roma, 1912; G. DI NARDI, *Le banche di emissione in Italia nel secolo XIX*, UTET, Torino 1953, L. CONTE, *La Banca Nazionale. Formazione e attività di una banca di emissione, 1843-1861*, ESI, Napoli, 1990; P. PECORARI, *La fabbrica dei soldi. Istituti di emissione e questione bancaria in Italia, 1861-1913*, Pàtron, Bologna, 1994; A. POLSI, *Stato e Banca Centrale in Italia. Il governo della moneta e del sistema bancario dall'Ottocento a oggi*, Laterza, Roma-Bari, 2001.

² Mezzo di trasformazione dell'economia e di mobilitazione delle risorse private, l'Istituto della società anonima – equivalente della società per azioni nel linguaggio del legislatore ottocentesco – costituisce, a osservarlo con gli occhi di banchieri, capitalisti e negozianti interessati a mettere a frutto denari e idee in un paese povero di occasioni d'investimento, un'opportunità da non perdere. Cfr. R. SCATAMACCHIA, *Azioni e Azionisti il lungo ottocento della Banca d'Italia*, Laterza, Roma-Bari, 2008.

ti, cambiavalute e prestatori locali – in un'Italia da costruire come entità statale e come sistema creditizio.

Alla vigilia dell'unificazione le società anonime esistenti nella penisola erano poche in numero, scarse in capitale e lente in progresso; e ancora nei tre successivi decenni, lontane dai livelli raggiunti dalle corrispondenti realtà straniere³.

Complici un ordinamento giuridico inadatto a un durevole sviluppo delle società anonime, un tardivo processo di industrializzazione e un ristretto mercato del credito – causa ed effetto dell'ineguagliato favore dei risparmiatori per i titoli di stato a discapito di altri tipi di investimento – fino alla Grande Guerra l'universo societario non mostrò segni di dinamismo⁴.

All'interno di questo scenario si colloca e si snoda la vicenda dell'azionariato Banca d'Italia in età liberale.

Dalla metà del XIX secolo alle soglie del XX la Banca di Genova, poi Banca Nazionale degli Stati Sardi, poi Banca Nazionale del Regno d'Italia, poi Banca d'Italia, fu la più ricca azienda a capitale italiano; e ancora nel 1910, nonostante le svalutazioni del 1895 e la riduzione di capitale, fu capace di detenere il 40% dei capitali bancari nazionali e, sola in Europa, a reggere il confronto con la maggiore delle banche centrali europee, la Banca d'Inghilterra.

Nello stesso tempo fu anche l'azienda con il titolo dal valore unitario più alto (pari a un nominale di 1.000 Lire equivalente di 6 milioni di Lire circa a metà ottocento) e l'unica a poter aprire uno stabilimento in ogni capoluogo del Regno.

³ Per una panoramica internazionale: A. MADDISON, *Monitoring the World Economy, 1820-1992*, OECD, Paris, 1995; B.R. MITCHEL, *International Historical Statistics: Europe, 1750-2000*, Palgrave, London V, 2003; D. DEMARCO, *Banche e credito in Italia nell'età del Risorgimento: 1750-1880*, in *Società italiana degli storici dell'economia*, 1988, 335-385; C. BERMOND, *Una rassegna del pensiero degli storici dell'economia su banche e credito negli Stati preunitari e nell'Italia liberale, 1815-1926*, in *Rivista di storia finanziaria*, 2002, 7-51; A. POLSI, *Alle origini del capitalismo italiano. Stato, banche e banchieri dopo l'Unità*, Einaudi, Torino, 1993.

⁴ Uniche realtà rilevanti, grazie soprattutto all'apporto di capitale straniero, le banche commerciali sorte nel 1863 – Società generale di credito mobiliare cap. 50 milioni (100.000 az. da 500 Lire) e Banca di credito italiano capitale 60 milioni (120.000 azioni da 500 Lire) – e le società ferroviarie – Società Italiana per le Strade Ferrate Meridionali (cap. 100 milioni sino al 1871, poi 130) e Società Italiana per le Strade Ferrate del Mediterraneo (sorta nel 1885 con cap. 135 milioni). Al 1906 le Meridionali avevano un capitale di 260 milioni i.v., e le Mediterranee di 180 milioni i.v. Sulla capitalizzazione cfr. *Notizie statistiche sulle società italiane per azioni* pubblicate dall'Assonime ed i *Bollettini mensili di statistica* pubblicati dall'ISTAT. Quanto alle altre banche di emissione e di credito mobiliare, al 1914 tra Comit, Credit, Società Bancaria Italiana e Banco di Roma solo quest'ultimo aveva un capitale superiore a quello Banca d'Italia (200 milioni di Lire i.v. contro 180 i.v.). Alla stessa data, scarti considerevoli emergono anche dal raffronto con società industriali (minerarie, opere agrarie, enologiche, tessili, preparazioni dei concimi, costruzioni navali, arti tipografiche, industria del gas, costruzioni pubbliche e private, per l'esercizio del commercio, bagni, teatri), di assicurazioni e di trasporti.

Sul capitale della Banca d'Italia - *About Bank of Italy capital*

Il presente articolo, partendo da una sintesi storica sulla nascita della Banca d'Italia, mette a confronto la metodologia utilizzata nella valutazione delle quote della Banca d'Italia nel 1936 – a seguito della trasformazione della medesima in ente pubblico e il conseguente rimborso degli ex azionisti della società per azioni Banca d'Italia – con la metodologia utilizzata nella rivalutazione del capitale della stessa – a seguito dell'approvazione del d.l. 133/2013 convertito in l. n. 5/2014.

Nel contributo viene analizzato, inoltre, l'assetto proprietario della Banca Centrale italiana nella nuova configurazione in un raffronto internazionale, risultando essere minoritario, ma non eccezionale. Nelle conclusioni vengono messe in evidenza le incongruenze della metodologia utilizzata nel 2013/2014 e le possibili alternative che potevano essere utilizzate.

This paper, starting with a historical overview of the birth of the Bank of Italy, compares the methodology of the valuation of shares for the Bank of Italy in 1936 – following its transformation into a public entity and the resulting refund of the former shareholders of the stock holding company – with the methodology used in the revaluation of its capital – following approval of law decree 133/2013 converted into law n. 5/2014.

Additionally, the ownership of the Italian Central Bank will be analysed, under its new configuration comparing it internationally, showing it be in a minority, but not unusual.

In the conclusion, inconsistencies in the methodology used during 2013/2014 will be highlighted and the possible alternatives which could be applied.