

Articoli e Saggi

L'impatto delle misure anticorruzione e della trasparenza sull'organizzazione amministrativa *

Fabrizio Fracchia

SOMMARIO: 1. Il quadro normativo, la sua complessità e la pluralità di istituti e di strumenti giuridici. Delimitazione di campo dell'analisi. - 2. Anticorruzione e modello del *risk management*: implicazioni organizzative. - 3. Trasparenza, d.lgs. 33/2013 e incidenza sull'organizzazione: l'ostensione dei profili attinenti alla condizione delle persone e l'organizzazione spiegata. - 4. La rotazione degli incarichi. - 5. Le trasformazioni del diritto amministrativo e della sua fisionomia. - 6. La complessità del problema e le criticità del sistema.

1. *Il quadro normativo, la sua complessità e la pluralità di istituti e di strumenti giuridici. Delimitazione di campo dell'analisi.*

La disciplina in materia di anticorruzione, costituita dalla l. 6 novembre 2012, n. 190¹, recante *Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*, e dalle altre fonti che sulla sua base sono state emanate (si segnalano, in particolare, il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, sulla trasparenza, e il d.lgs. 8 aprile 2013, n. 39, sull'incompatibilità), restituisce l'immagine di una struttura normativa molto complessa, caratterizzata dall'imposizione alle amministrazioni di decine di adempimenti².

* Il presente lavoro costituisce la rielaborazione della relazione tenuta al Tar Lombardia il 23 febbraio 2015 (nell'ambito degli incontri Alla ricerca del filo d'Arianna) e alla Spisa in data 28 febbraio 2015.

¹ La legge è stata emanata in attuazione dell'articolo 6 della Convenzione dell'ONU contro la corruzione siglata il 31 ottobre 2003 e ratificata dalla l. 116/2009 e degli articoli 20 e 21 della Convenzione penale sulla corruzione, fatta a Strasburgo il 27 gennaio 1999.

² In argomento, *ex multis*, v. F. MANGANARO, *Corruzione e criminalità organizzata*, in C. LA CAMERA (a cura di), *L'area grigia della 'ndrangheta*, Aracne, 2012; F. MANGANARO, A. ROMANO

D'altro canto siamo al cospetto di un problema di grande rilevanza e di significativo impatto sulla moralità, sull'economia e sull'immagine dei poteri pubblici³, sicché anche la «risposta» del diritto è proporzionalmente adeguata ed estesa.

L'ampiezza dei principi, degli istituti e delle tecniche di protezione utilizzate dipende pure dal fatto che la nozione di corruzione che il legislatore, anche sulla scorta delle indicazioni ricavabili da convenzioni internazionali⁴, ha di mira, è più estesa rispetto a quella disciplinata dal diritto penale, risolvendosi in sostanza nel fenomeno del tradimento della cosa pubblica e dell'uso dei poteri per ottenere vantaggi privati⁵.

L'analisi qui condotta avrà unicamente a oggetto le ricadute organizzative della disciplina (non verrà esaminata la disciplina penale, caratterizzata dall'introduzione di nuove fattispecie di reato⁶), tralasciando i pur assai importanti riflessi sul tema dell'attività e la completa ricostruzione del relativo ampio dibattito fiorito in dottrina in ordine al generale tema della lotta alla corruzione e alla complessità del quadro giuridico.

Molteplici sono, infatti, gli strumenti giuridici previsti dall'ordinamento, che spaziano dalla tutela del *whistleblower* alla riscrittura del codice di comporta-

TASSONE, F. SAITTA (a cura di), *Diritto amministrativo e criminalità*, Milano, 2014; *Nuove autonomie*, numero monografico 3/2014, a cura di M. IMMORDINO, N. GULLO, C. CELONE; B.G. MATTARELLA, M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013; A. DEL VECCHIO, P. SEVERINO (a cura di), *Il contrasto alla corruzione nel diritto interno e nel diritto internazionale*, Padova, 2014, in particolare 301 e ss.; R. CANTONE, F. MERLONI (a cura di), *La nuova Autorità anticorruzione*, Torino, 2015; B.G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione in Italia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 123 e ss.; F. MANGANARO, *La corruzione in Italia*, in *Foro ammin.*, 2014, 1861 e ss.

³ È sufficiente richiamare la grande quantità di studi, prodotti anche a livello internazionale, relativi al fenomeno: *ex multis*, v. *The World Bank, Helping Countries Combat Corruption*, June 1997; Greco – Gruppo di Stati contro la corruzione, *Rapporto sull'Italia*, Strasburgo, 2009; G20, *Anticorruption Plan*, 2010; Oecd, *Phase 3 Report on Implementing the Oecd Anti-Bribery Convention in Italy*, December 2011. In generale, per tutti, v. F. MANGANARO, *La corruzione in Italia*, cit., 1861 e ss., nonché F. MERLONI, L. VANDELLI, *La corruzione amministrativa*, Firenze, 2010; A. VANNUCCI, *L'infelice anomalia italiana: la corruzione come sistema*, in *Quest. giust.*, 2013, 147 e ss.; ID., *La corruzione in Italia: cause, dimensioni, effetti*, in B.G. MATTARELLA, M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione*, cit., 25 e ss.; G. MANNOZZI, *Percezione della corruzione e dinamiche politico-criminali di contenimento e repressione del fenomeno corruttivo*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2011, 459 e ss.

⁴ V., ad es., *Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions* dell'Ocse (1997).

⁵ V. il Piano Nazionale Anticorruzione del 2012, punto 2.1.

⁶ *Ex multis*, v. T. PADOVANI, *Una riforma radicale con luci ed ombre*, in *Leg. pen.*, 2013, 583 e ss.; F. CINGARI, *Sulle nuove norme penali contro la corruzione pubblica*, in *Studium iuris*, 2013, 1078 e ss. e D. PULITANÒ, *La novella in materia di corruzione*, in *Cass. pen.*, 2012, suppl. al vol. LII, 11, 2012, 3 e ss.

L'impatto delle misure anticorruzione e della trasparenza sull'organizzazione amministrativa - *The impact of anti-corruption and transparency measures regarding the administrative system*

L'articolo mira a illustrare i riflessi organizzativi della complessa disciplina posta in vista della lotta alla corruzione.

In particolare, vengono analizzate le ricadute organizzative del modello del risk management, degli istituti a presidio della trasparenza (sottolineando, tra l'altro come muti la nozione di organizzazione, che si estende fino ad abbracciare i profili attinenti alla condizione delle persone) e del meccanismo di rotazione degli incarichi.

Il lavoro, infine, s'interroga sulle trasformazioni che il diritto amministrativo e la sua fisionomia subiscono in forza di questo esteso ambito di normazione.

The paper set out to illustrate the organisational impacts of the complex regulations laid down to fight corruption. Specifically, the Author analyses the organisational effects of the risk management model, of institutions monitoring transparency (pointing out, among other things, how the notion of organisation has changed, extending as far as encompassing examples that relate to people's health and wellbeing) and the mechanism of office rotation.

Lastly, the paper discusses the transformations that administrative law and its very nature are undergoing as a result of this extended field of application of norms and regulations.

Articoli e Saggi

Diritto dell'economia: strumento di unificazione

Eugenio Picozza

SOMMARIO: 1. Premesse metodologiche. - 1.2. Metodo utilizzato. - 1.3. Il concetto di unificazione, i suoi limiti, le sue criticità. - 1.4. Il diritto dell'economia: strumento di unificazione. - 2.1 Evoluzione/involuzione della funzione di unificazione. - 2.2. La definizione di emergenza, pericolo e rischio. In particolare il rischio sistemico analizzato dal punto di vista economico-finanziario e i suoi possibili contenimenti. - 2.3. Il concetto di rischio sistemico dal punto di vista sociale e politico.

1. Premesse metodologiche.

Il tema che mi è stato assegnato e che costituisce in un certo senso l'introduzione al presente convegno – ma soprattutto al volume che ne raccoglierà gli atti –, potrebbe essere, come tutti i soggetti, trattato sotto diversi profili e con differenti metodi.

Ad esempio, secondo una tradizione molto consolidata negli studi di giurisprudenza, potrebbe essere analizzato sotto il profilo e con la metodologia propria dello storico del diritto: infatti questo metodo fu ad esempio, quasi quarant'anni fa, da me utilizzato insieme a Sabino Cassese, per studiare la storia e la tipologia delle pianificazioni amministrative ed economiche degli anni '30 del secolo scorso (Picozza E., *Vicende e procedure della programmazione economica*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da Galgano F., vol. I *La Costituzione economica*, Padova, 1977, 263 e ss.)

Un altro metodo, altrettanto valido e proficuo – oggi molto utilizzato anche a livello globale –, è quello dell'analisi economica delle fonti storiche di diritto dell'economia. Ciò infatti consentirebbe, sia da un punto di vista storico che del diritto vigente, di verificare quale sia stato e sia tuttora l'impatto del diritto dell'economia sulla realizzazione degli obiettivi di unificazione costituzionale e amministrativa del nostro Stato.

Ma ancora, utilizzando il metodo della sociologia giuridica e soprattutto quella di tipo sistemico (Luhmann), si potrebbe verificare ad esempio quale grado di interconnessioni di reti e servizi si sia ottenuto in Italia nei seguenti tre periodi fondamentali: dall'Unificazione al fascismo, durante il regime, e dalla Costituzione alla caduta della Prima Repubblica. (Luhmann N., *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale*, Bologna, 1990)

Tuttavia dichiaro apertamente che non intendo seguire alcuno di questi modelli, in parte perché non ne ho la competenza specifica, in parte perché tali metodi e tali contenuti sono stati già ampiamente utilizzati in altri saggi e contesti, nonché nei tre manuali che ho finora dedicato a questa disciplina.

1.2. Metodo utilizzato.

Dichiarata l'opzione negativa debbo consequenzialmente enunciare quella positiva, pur con tutti i limiti e le cautele che il soggetto affidato mi comporta: si tratta essenzialmente di una scelta di teoria generale del diritto, criticabile come tutte le scelte, ma che – a mio personale avviso-, ha oggi una solida base non solo nel diritto italiano ed europeo, ma anche e soprattutto nel c.d. diritto globale dell'economia.

Per conseguire tale scopo, cercherò prima di tutto di dimostrare che un diritto dell'economia si era già affacciato ed imposto (se non altro quale diritto positivo), già nella seconda metà dell'ottocento: anche se, come spesso accade per motivi di equilibrio tra poteri negli ambiti accademici, una riflessione autonoma inizia piuttosto tardi, rispetto alla realtà del fenomeno giuridico, e cioè non prima degli inizi del novecento.

I fattori che hanno cospirato contro una concezione unitaria del diritto dell'economia sono numerosi e poliformi: non possono quindi in questa sede essere neppure sommariamente riassunti. Probabilmente uno dei motivi principali che hanno costituito un ostacolo è di carattere dogmatico, e cioè il ben conosciuto metodo dell'autonomia del diritto ed in particolare del diritto pubblico imposto da Vittorio Emanuele Orlando sulla costruzione delle relative categorie giuridiche.

Un'altra causa di carattere generalissimo e non certo limitata al solo studio del diritto, è stata la tendenza alla iper specializzazione degli studi universitari e post universitari, tendenza propria della società industriale tradottasi in sede accademica nel desiderio di enfatizzare e coltivare il proprio orticello. Ed in effetti in questo ipotetico giardino i frutti del diritto pubblico dell'economia sono stati certamente molto maggiori ed evidenti, per almeno cinquant'anni, di quelli raccolti dal diritto privato dell'economia, il quale ha preso slancio – occorre ricono-

Diritto dell'economia: strumento di unificazione - *Economic law: a tool for unification*

Lo scritto intende, muovendo da premesse di teoria generale del diritto e giungendo fino alle interpretazioni dottrinali più recenti, dimostrare come il diritto dell'economia rappresenti strumento di unificazione economica e giuridica. Unificazione che si realizza non solo nell'ambito e a livello di ordinamento italiano, ma in un contesto economico – giuridico più ampio, di respiro continentale e globale.

Il diritto europeo dell'economia ha infatti contribuito a introdurre, a livello di singoli ordinamenti statali, concetti e istituti giuridici di fondamentale importanza, quali quelli di servizi di interesse generale, economico e non economico, di obblighi di servizio pubblico in senso generale o negoziale nonché la concezione di "servizio universale". Un analogo contributo deve essere riconosciuto al diritto "globale" dell'economia, cui si devono le funzioni di unificazione mediante standardizzazione nel campo delle norme specifiche e regole tecniche, l'introduzione di importanti istituti giuridici ed il sorgere di organizzazioni internazionali volte alla composizione bonaria delle controversie.

Una funzione unificatrice – quella del diritto dell'economia – che oggi deve tuttavia fare i conti con un quadro giuridico – economico globale attraversato da importanti crisi sistemiche e caratterizzato da rilevanti mutamenti sociali e da prospettive incerte; elementi – tutti – che stanno determinando una sostanziale trasformazione dei concetti fondamentali e fondanti di questa importante branca del diritto.

Starting with an introduction dealing with the general theory of economic law and moving on to more recent doctrinal interpretations, the paper intends to demonstrate how economic law is a tool for economic and juridical unification. This is a unification achieved not only in the field and level of the Italian legal system, but within a broader economic-juridical context, with a continental and global scope.

At the level of single nation systems, European law has in fact contributed to introducing juridical concepts and institutions of fundamental importance, such as those of services (both economic and otherwise) for the public good, of public service obligations in a general or contractual sense, as well as the concept of "universal service". A similar contribution must be recognised from "global" economic law, with a unifying role through standardisation in the field of specific laws and technical regulations, the introduction of important juridical institutions and the creation of international ombudsmen aimed at the amicable settlement of disputes.

Economic law's unifying function today has to take account of a global juridical-economic situation permeated by serious systemic crises and characterised by significant social changes and uncertain prospects; these are all elements leading to a substantial change in the fundamental concepts of this important branch of law.

Articoli e Saggi

A proposito di crisi finanziaria e/o economica e «sistema bancario ombra»: un «ritorno al futuro» per il diritto amministrativo? Alcune riflessioni tra giusfilosofia e giuseconomia discutendo di un libro recente*

Gian Claudio Spattini

SOMMARIO: 1. Una premessa sulla «domanda di giustizia» anche e soprattutto economica. - 2. La natura della crisi e la risposta regolatoria e istituzionale. - 3. L'analisi di Francesca Pluchino sul tentativo di regolamentazione globale della cd. «finanza ombra». - 4. Un «ritorno al futuro» per il diritto amministrativo dell'economia tra «dirigismo» e *soft law*? - 5. Brevi note critiche sul libro.

1. Una premessa sulla «domanda di giustizia» anche e soprattutto economica.

In anni a noi vicini uno dei più autorevoli filosofi morali del nostro tempo si era interrogato sull'ipotesi, sul piano della filosofia politica¹, dell'auspicabili-

* F. PLUCHINO, *Dalla banca di fatto alla banca fantasma: lo shadow banking system*, Bari, 2014, 112.

¹ Della connessione tra filosofia morale e teoria politica trattava già, anche in chiave polemica, N. MATTEUCCI, *Alla ricerca dell'ordine politico. Da Machiavelli a Tocqueville*, Bologna, 1984, spec. 9 ss. Ma cfr. ora sul punto B. WILLIAMS, *In the Beginning was the Deed. Realism and Moralism in Political Argument*, cura e *Introduzione* di G. HAWTORN, Princeton, 2005 (tr. it., *Prefazione* di S. VECA, Milano, 2007), che a sua volta dichiara di partire «da due modelli grezzi di teoria politica (o di filosofia politica: la distinzione non è qui rilevante) che si definiscono sulla base della relazione tra principi morali e pratica politica», *ivi*, 3. E dell'intreccio con il diritto ne offre ancora recente conferma L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. 1. Teoria del diritto*, Roma-Bari, 2007, 15-16, secondo cui un punto di vista assiologico sul diritto positivo è quello «della filosofia della giustizia, sia essa politica o morale, e più in generale il punto di vista della politica, che

tà e in secondo luogo della prospettiva realistica, di una giustizia definibile come «globale».

Dopo aver premesso che «il concetto di giustizia si può utilizzare per valutare molte cose differenti, dal diritto penale all'economia di mercato» (materia quest'ultima che qui solo rileva), e che il suo interesse andava «alla giustizia socio-economica, e all'interrogativo: si può realizzare questo tipo di giustizia anche su scala mondiale?», e che inoltre avrebbe trattato «quest'argomento concentrandomi sull'applicazione al mondo nel suo complesso di due questioni centrali della teoria politica tradizionale: la relazione fra giustizia e sovranità e l'ampiezza e i limiti dell'eguaglianza in quanto richiesta di giustizia»², concludeva, benché in modo non ultimativo, sulla scorta di Hobbes ma pure infine di Rawls³, positivamente sulla prima alternativa e in modo scettico sulla seconda⁴.

Insomma, la tesi «statista»⁵ di Thomas Nagel non sembra lasciare spazio che a speranze utopiche, alle quali potrebbero anche accostarsi i sempre più frequen-

guarda al diritto vigente e alle istituzioni giuridiche dei vari ordinamenti come a un prodotto storico, politico e sociale, da costruire (o demolire) e da conservare (o trasformare). Sotto questo aspetto il rapporto tra tesi e discorsi filosofico-politici e diritto positivo è di nuovo un rapporto di dover essere ad essere: tra il «dover essere etico-politico», formulato dal punto di vista assiologico esterno, e l'«essere» del diritto nel suo insieme, quale risulta descritto dai due livelli osservativi della dogmatica e della sociologia giuridica».

² Cfr. T. NAGEL, *The Problem of Global Justice*, in «*Philosophy and Public Affairs*», 33 (2), 2005, 113-47, Oxford, tr. it., *È possibile una giustizia globale?*, Roma-Bari, 2009, 5 ss. e 61 e ss.

³ Il riferimento di Nagel è rispettivamente a *Il Leviatano* e a *Una teoria della giustizia*. Ma per Rawls forse è più indicativo, in quanto fonda la questione della giustizia in una compiuta concezione politica, quello a *Political Liberalism*, 1993 (tr. it., Milano 1994). Sottolinea la relazione tra la sovranità e «il regno dei diritti» come volto filosofico nelle premesse delle dottrine liberali, G. PALOMBELLA, *È possibile una legalità globale? Il Rule of law e la governance del mondo*, Bologna, 2012, 49 ss.: dove è assente il confine positivo dei diritti posto dal «sovrano», «la giustizia non ha scudo, e non è capace di alcun filtro contro la contingenza o l'assolutezza dell'etica, ossia contro (nel famoso titolo di Carl Schmitt) la «tirannia dei valori» (che può essere, ed è stata, anche totalitaria) ... In quanto questione di filosofia politica e morale, questa opposizione è stata una parte importante dell'opera di John Rawls, innanzitutto nella sua *Teoria della giustizia* e successivamente in *Liberalismo politico*», ivi 50.

⁴ T. NAGEL, *op. ult. cit.*, 61 ss.

⁵ Definita in tal guisa da S. VECA, *La filosofia politica*, Roma-Bari, 2010, 128. A questa visione può accostarsi quella più duramente realistica di un altro grande filosofo morale, Bernard Williams, per cui, osservato che «il processo attraverso il quale la modernità accoglie altre tradizioni non eliminerà il fatto che il mondo moderno è stato una creazione europea guidata dal passato greco», nel «rifiutare la concezione progressista», afferma che «noi abbiamo bisogno di una filosofia politica, nel senso di un insieme coerente di opinioni sui modi in cui il potere dovrebbe essere esercitato nelle società moderne, come pure sulle limitazioni e gli scopi del potere stesso. Se è vero che le nostre idee etiche hanno in comune con quelle dei greci più di quanto si ritiene abitualmente, dobbiamo riconoscere che ciò è una verità non solo storica, ma anche politica, che influenza il modo in

A proposito di crisi finanziaria e/o economica e «sistema bancario ombra»: un «ritorno al futuro» per il diritto amministrativo? Alcune riflessioni tra giusfilosofia e giuseconomia discutendo di un libro recente - *Regarding the financial and/or economic crisis and the "shadow banking system": a "return to the future" for administrative law? A number of observations on philosophical and economic areas of law, discussing a recent book*

Il contributo trae spunto dalla lettura di un volume di analisi del «cd. *shadow banking system*» per allargare il discorso a tematiche come la possibilità di una «giustizia globale» anche e soprattutto nell'ambito dell'economia onde verificare l'esistenza di un nesso con le distorsioni della finanza privata.

Si è ritenuto altresì di asserire da un lato una relazione causale, benché non esclusiva, di detto «sistema» con l'attuale crisi economico-finanziaria, dall'altro la sua derivazione dal venir meno degli afflitti «moralisti» che hanno caratterizzato l'affermarsi dell'economia capitalistica pur tra le sue ricorrenti fasi di instabilità e che ha generato un aumento eccessivo delle diseguglianze sociali a sua volta fattore della recessione.

A tale proposito, affermata la perdurante necessità di un intervento pubblico sia pure in forme articolate e nuove quale la regolazione, partendo dal saggio in esame si è inteso chiarire in che misura sia la regolamentazione vigente che quella in preparazione siano in grado di porre rimedio ai guasti prodotti dalla cd «finanza ombra», pervenendo ad una valutazione quanto meno perplessa.

In conclusione, insieme ad un giudizio sul volume complessivamente positivo nonostante alcune criticità, si propone, onde contrastare, auspicabilmente con maggiore efficacia, l'eccesso non regolato del sistema finanziario, un ritorno ad un diritto amministrativo dell'economia, anche rinnovato, ma che recu-

The paper takes its cue from a volume of analyses of the so-called "shadow banking system" and then extends the discussion to themes such as the possibility of a "global justice" system also and especially in the economic field in order to verify the existence of a connection with the distortions of private finance.

On one hand, the author affirms a causal – albeit not exclusive – relationship between the above "system" and the current economic-financial crisis, and on the other hand, the disappearance of "moral" aspirations that characterised the establishment of the capitalist economy, including its recurring phases of instability and which has generated an excessive increase in social inequality, itself an element of the recession.

In this regard, having affirmed the persisting need for public action in both structured and new forms such as regulation, starting from the book under examination, the Author's aim is to understand to what extent both the regulations in force and those being planned are able to rectify the problems produced by so-called "shadow finance", and reaches a rather perplexing assessment.

In conclusion, together with an opinion on the book, which on the whole is positive despite a number of criticisms, in order to contrast the non-regulated excesses of the financial system in hopefully a more effective manner, the Au-

perì tra l'altro strumenti quali la piena discrezionalità delle banche centrali e la separazione tra istituti *retail* e quelli finalizzati alla collocazione di prodotti finanziari sofisticati.

thor proposes a return to an – albeit renewed – administrative law of the economy, but which among other things, reappraises tools such as the full discretion of central banks and the separation between retail institutes and those fielding sophisticated financial products on the open market.

Articoli e Saggi

Riflessioni sullo statuto giuridico della disabilità nell'ordinamento italiano

Domenico Siclari

SOMMARIO: 1. Premessa: la persona disabile nello scenario sovranazionale. - 2. La legislazione italiana a sostegno della persona disabile a partire dall'Unità d'Italia. - 2.1 La legge 104/1992 e la definizione dello statuto giuridico della disabilità. - 3. Principio di sussidiarietà e tutela della persona disabile: I progetti individuali. - 4. Le pretese a vantaggio del disabile e le possibili interferenze legate al condizionamento finanziario delle stesse. - 5. Conclusioni.

1. Premessa: la persona disabile nello scenario sovranazionale.

L'anamnesi del tema della disabilità e delle sfere di tutela ad essa correlate nell'assetto istituzionale positivo – da ascrivere all'alveo più generale della riflessione sui diritti umani – impone un'anamnesi preliminare fondata sugli spazi storici di mediazione e sui presupposti, che hanno consentito l'affermazione e la successiva evoluzione dello scenario normativo di settore.

Tutto ciò, al fine di operare una ricognizione – tanto in termini di ortodossia, quanto di ortoprassi – sulle precipue ricadute dell'invocato pluralismo autonomo, nonché del rinnovato intervento della società civile sul versante delle attività di interesse generale, nel novero del settore in commento¹.

In proposito, se nel corso della storia il soggetto colpito da una qualsivoglia tipologia di disabilità è stato notoriamente sottoposto all'esclusione e all'isolamento da parte del contesto sociale di appartenenza², solo a partire dagli anni

¹ Vedi in proposito, F. MANGANARO, *Fondazioni, associazioni e organizzazioni civiche*, in *Dir. amm.*, 2014, 45 ss.

² È stato, in proposito, rimarcato come «la visione tradizionale muoveva dall'assunto che le persone con menomazioni, avendo difficoltà nel compiere semplici attività della vita quotidiana,

'70 del secolo passato, in forza di una indubbia e rinnovata sensibilità sociale, si è avviato un *trend* volto a riconoscere e dare fondamento ai diritti delle persone disabili.

Siffatte considerazioni muovono dall'assunto in ragione del quale «l'uguaglianza fra gli uomini non è un effetto o una qualità della legislazione, posto che se gli uomini non sono uguali o tali non si considerano prima delle leggi, non potranno esserlo dopo che le leggi siano state fatte e manifestino il loro vigore positivo»³. In tale contesto, «gli esclusi rappresentano un problema che comprensibilmente nessuno vuole affrontare (...) perché queste persone non sono parte delle relazioni morali cui la teoria contrattualista dà origine»⁴.

Non a caso la definizione dei diritti sociali si caratterizza per «l'esistenza (o almeno la ricerca continua) di una serie di contenuti materiali, che legano (senza voler o poter cristallizzare) le varie norme e i vari principi dell'ordinamento in un'unica tensione alla giustizia»⁵, consentendo che i diritti di pochi divengano diritti di tutti⁶.

Un processo che, intrapreso in sede sovranazionale, ha coinvolto direttamente e in prima battuta l'Assemblea delle Nazioni Unite, che si è adoperata per

non fossero in grado di adempiere ai normali ruoli sociali, e che pertanto tali soggetti fossero inevitabilmente destinati a essere relegati ai margini della società (...) Secondo questa interpretazione, l'intervento richiesto dal problema doveva necessariamente consistere nella correzione della menomazione individuale ovvero, da un punto di vista giuridico, nell'assistenza» A. MARRA, *Barriere architettoniche*, in *Enc. Dir., Annali IV*, Milano, 2011, 195.

³ G. BERTI, *Immagini e suggestioni del principio di uguaglianza*, in *Scritti in memoria di L. Paladin*, I, Napoli, 2004, 184.

⁴ D. GAUTHIER, *Morals by agreement*, Oxford 1986, 18. Deve osservarsi come «La persona come tale è un tutto, un tutto aperto e generoso. A dire il vero, se la società umana fosse una società di pure persone, il bene della società e il bene di ogni persona non sarebbero che un solo e medesimo bene. Ma l'uomo è ben lungi dall'essere una pura persona; la persona umana è quella di un povero individuo materiale, d'un animale che nasce più sprovveduto di tutti gli altri animali. Se la persona come tale è un "tutto" indipendente, e ciò che vi è di più elevato in tutta la natura, la persona umana è all'infimo grado di personalità, è spoglia e miserabile; è una persona indigente e piena di bisogni» J. MARITAIN, *La persona e il bene comune*, (trad. it., M. MAZZOLANI), Brescia, 1978, 37. Tenuto conto di ciò, la filosofa e storica tedesca Arendt ha sottolineato come «L'uguaglianza non ci è data, ma è il risultato dell'organizzazione umana nella misura in cui si fa guidare dal principio di giustizia» H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo*, Torino, 1951).

⁵ F. MODUGNO, *Sulla specificità dell'interpretazione costituzionale*, in *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli 2008, 35. Non a caso, sottolinea Rawls, «ogni persona possiede un'invioleabilità fondata sulla giustizia su cui neppure il benessere della società nel suo complesso può prevalere. Per questa ragione la giustizia nega che la perdita della libertà per qualcuno possa essere giustificata da maggiori benefici goduti da altri» J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, Milano, 1991, 21.

⁶ G. CORSO, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, n. 2 del 1981, 759. Vedi, anche, N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1990, 67 e ss.; R. BELLÌ, *Libertà inviolabili e persone con disabilità*, Milano, 2000.

Riflessioni sullo statuto giuridico della disabilità nell'ordinamento italiano - *Reflections on the legal status of disability in the Italian legal system*

Il lavoro analizza l'evoluzione della disciplina in tema di tutela della disabilità nell'ordinamento italiano. Una riflessione che prende le mosse dagli apporti scaturenti dalle sedi sovranazionali e si snoda in relazione alle principali tappe che hanno connotato il diritto interno. A tal riguardo, vengono esaminate le prerogative riconosciute ai disabili, specie a partire dalla legge 104/1992, soffermandosi oltremodo sulle risultanze in termini di bilanciamento tra l'effettività della tutela dei diritti sociali dei disabili e le pressanti esigenze di equilibrio di bilancio.

The paper analyses the evolution of the area regarding the protection of disabled people in the Italian legal system. It's a reflection that starts from the contributions deriving from supranational institutions and goes on to discuss the main developments that have characterised domestic law. In this regard, the prerogatives recognised to the disabled are examined, especially deriving from Law 104/1992, focusing particularly on results in terms of balancing between the effectiveness of the safeguarding of the social rights of the disabled and the pressing need to balance finances.

Articoli e Saggi

Il nuovo volto dell'autotutela decisoria a seguito della l. 164/2014: il privato è davvero più tutelato dal pentimento dell'amministrazione?*

Giuseppe La Rosa

SOMMARIO: 1. Premesse. - 2. I presupposti di esercizio del potere di revoca a seguito delle modifiche di cui all'art. 25 l. 164/2014: considerazioni generali. - 3. L'imprevedibilità del mutamento della situazione di fatto e il principio di diligenza nell'attività amministrativa. - 4. *Segue*: Il nuovo confine tra la revoca e l'annullamento d'ufficio e le conseguenze sulla tutela del soggetto privato. - 5. La rivalutazione dell'interesse pubblico originario e il limite dei provvedimenti di autorizzazione e di attribuzione di vantaggi economici: rilievi generali. - 6. La stabilità dei provvedimenti di autorizzazione: profili applicativi. - 7. *Segue*: l'intangibilità delle autorizzazioni «tacite». - 8. La stabilità dei provvedimenti di attribuzione di vantaggi economici. - 9. Conclusioni.

1. *Premesse.*

La l. 11 novembre 2014, n. 164¹, nel convertire il d.l. 12 settembre 2014, n. 133² (c.d. "Sblocca-Italia"), ha aggiunto all'art. 25 le lett. b-*bis*, b-*ter* e b-*quater*, apportando significative modifiche agli artt. 19, 21-*quinquies* e 21-*nonies* della l. 7 agosto 1990, n. 241.

* Il presente contributo è stato ultimato prima delle modifiche apportate alla l. 7 agosto 1990, n. 241 dalla l. 7 agosto 2015, n. 124. Per tale ragione, nel testo si fa riferimento alle disposizioni normative nel testo previgente.

¹ In Suppl. ordinario 85 alla Gazz. Uff., 11 novembre 2014, n. 262.

² Recante «misure urgenti per l'apertura dei cantieri, la realizzazione delle opere pubbliche, la digitalizzazione del Paese, la semplificazione burocratica, l'emergenza del dissesto idrogeologico e per la ripresa delle attività produttive».

L'intervento legislativo ha determinato una sensibile alterazione dei contorni del potere di autotutela decisoria³, sia nella forma dell'annullamento d'ufficio che della revoca. Il presene contributo, tuttavia, è volto ad analizzare gli effetti che tale novella ha determinato sul c.d. *ius-poenitendi* dell'amministrazione e, dunque, l'analisi verrà circoscritta alle modifiche che hanno interessato l'art. 21-*quinquies* l. 241/1990. In particolare, in sostituzione delle parole da «Per sopravvenuti» fino a «pubblico originario», la l. 164/2014 ha inserito le seguenti: «Per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento o, salvo che per i provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario».

A dispetto del formale intendimento del legislatore – siccome risultante dalla rubrica dell'art. 25, recante «Misure urgenti di semplificazione amministrativa e di accelerazione delle procedure in materia di patrimonio culturale» – le modifiche in parola sembrano piuttosto finalizzate al rafforzamento della posizione del privato rispetto alle decisioni di autotutela. A tacere dei dubbi di legittimità costituzionale di siffatto intervento normativo⁴, è evidente come il legislatore intenda perseguire l'obiettivo della riduzione della litigiosità sottesa alle ipotesi di modifica unilaterale dell'assetto di interessi cristallizzato nel provvedimen-

³ L'autotutela indica due distinti fenomeni: da un lato, si parla di autotutela "esecutiva", che consiste nel potere dell'amministrazione di soddisfare da sé le proprie pretese, cioè nella circostanza secondo cui spetti direttamente al soggetto a cui si riferisce la pretesa che si intende far valere, il potere di dare diretta esecuzione alle pretese derivanti dal provvedimento amministrativo, cfr. G. LIGUGNANA, *Profili evolutivi dell'autotutela amministrativa*, Padova, 2004, 10, che ritiene che «le forme in cui si concreta l'esecuzione coattiva di provvedimenti amministrativi non contemplano l'intervento dell'autorità giurisdizionale, bensì l'espletamento della procedura esecutiva da parte della stessa amministrazione, configurandosi, così, un tipo di tutela effettuato dallo stesso soggetto cui fa capo la pretesa»; dall'altro lato, si definisce come autotutela "decisoria" il potere riconosciuto all'amministrazione di riesaminare i propri atti, provvedendo al loro annullamento, alla revoca e alla loro conferma (cfr. F. BENVENUTI, *Autotutela (dir. amm.)* (voce), in *Enc. dir.*, IV, 1959, 537).

⁴ Invero la tecnica legislativa utilizzata non sembra immune da possibili profili di incostituzionalità, per violazione dell'art. 77 Cost. Infatti, le disposizioni in parola, non previste nel testo del decreto-legge, sono state inserite in sede di conversione dalla l. 164/2014. Ora, la lettura sistematica del testo normativo sembra dimostrare come l'art. 25, introdotto in sede di conversione, manchi di consistente interrelazione funzionale con le originarie disposizioni del decreto legge, destinato per lo più a porre norme per la semplificazione amministrativa. Dunque, pare potere trovare applicazione l'orientamento del Giudice delle Leggi che, ancora recentemente, ha dichiarato l'incostituzionalità di una norma, inserita in fase di conversione di un decreto legge, a causa della «assenza di ogni nesso di interrelazione funzionale tra le disposizioni impugnate e le originarie disposizioni del decreto-legge» (Corte cost., 12 febbraio 2014, n. 32).

Il nuovo volto dell'autotutela decisoria a seguito della l. 164/2014: il privato è davvero più tutelato dal pentimento dell'amministrazione? - *The new face of "the self-protection programme of authorities" further to Law 164/2014: is the private citizen really more protected by an administration's admittance of having made a mistake?*

Il presente articolo ha ad oggetto le novità introdotte dalla l. n. 164/2014 relativamente al potere di revoca, al fine di analizzarne precipuamente le ripercussioni sulla tutela dell'affidamento dei privati.

L'introduzione della non prevedibilità del mutamento della situazione di fatto come *condicio sine qua* non per poter esercitare il potere di revoca se da un lato genera significativi dubbi applicativi, stante la mancanza di puntuali riferimenti legislativi definitivi, dall'altro, determina l'ampliamento del potere di annullamento d'ufficio, con conseguente minor tutela del privato.

I nuovi limiti allo *ius poenitendi*, peraltro, sottendono delicati profili applicativi, al punto da poterne dubitare della concreta rilevanza (si pensi alla "stabilizzazione" delle autorizzazioni tacite e al distonico confronto con gli obiettivi di stabilità finanziaria fissati a livello costituzionale).

L'Autore, quindi, conclude dichiarando che, se l'obiettivo del Legislatore era quello di rafforzare la tutela del soggetto privato ed, al contempo, di garantire la stabilità delle decisioni amministrative, questo, allo stato della normativa, non si può dire completamente raggiunto.

This article deals with the new developments introduced by Law No. 164/2014 relating to the power of revocation, with the specific aim of analysing its repercussions with regard to safeguarding the trust of private persons or legal entities.

The introduction of the unpredictability of a change in a situation as a necessary condition for it to be able to exercise the power of revocation on the one hand generates significant doubts about application due to the lack of concrete legislative references and, on the other hand, leads to the extension of the power of automatic revocation, with the consequent reduced protection of the private person/legal entity.

The new limits to *ius poenitendi*, moreover, create problems of application, to the extent of raising doubts about their concrete relevance (reference can be made to the "stabilisation" of tacit authorisations and to the contrast with the objectives of financial stability established at a constitutional level).

The Author concludes by affirming that if the aim of the Legislator was to reinforce the protection of the private person/legal entity and, at the same time, to guarantee stability in administrative decisions, this objective cannot be said to have been achieved with reference to the current state of the legislation.

Articoli e Saggi

Internet governance and the European Union: between net neutrality and the implementation of the digital single market

Stefano Montaldo

SUMMARY: 1. Introductory remarks: internet and the rush to the conquest of a modern no man's land. – 2. The governance of internet and the European Union: the single digital market and the provisions on electronic communication services as a model of (hard) governance shaped around competition and the principle of sincere cooperation. – 3. The EU approach to the international governance of internet and the relationship with the Member States. – 4. Hands-off! Net neutrality between single digital market, competition and the protection of the founding principles of internet: an attempt to support a uniform view of the internal and external European governance of the net.

1. *Introductory remarks: internet and the rush to the conquest of a modern no man's land.*

At the outset of the technological revolution fostered by internet¹, many observers enthusiastically predicted a gradual but rapid disintegration of the concept of national sovereignty². Indeed, the cyberspace was perceived as a paradigm of a borderless globalized world³, detached from the traditional role of the State

¹ F. DYSON, *The sun, the genome and the internet: tools of scientific revolutions*, New York, 1999.

² See D. JOHNSON, D. POST, *Law and borders. The rise of the law in cyberspace*, in *Stanford Law Review*, 1996, 1367.

³ Under this perspective, see the reflections on the crisis of the notion of borders expressed by sociological literature on globalization: Z. BAUMAN, *Vita liquida*, Roma-Bari, 2006; J. HABERMAS, *La galassia postnazionale*, Milano, 1999. As far as the legal approach is concerned, A.M.

and from a territorial view of law⁴. According to this approach, which was driven by highly ideological influences, the rise of internet caused three main implications. First, a post-territorial view of cyberspace⁵, as a new reality independent from the material one⁶. Secondly, an autarchic vision of the net: it was considered an autonomous and highly informal institutional context, endowed with all necessary instruments to allow for its evolution and self-regulation, despite any attempt to control or influence it⁷. Lastly, internet gave rise to libertarian and *lato sensu* anarchic ambitions, which confined the field of application of the law to the material world, being cyberspace impenetrable to formal written rules and prone to informal self-regulation⁸.

In spite of this early egalitarian impulse, the recent past of the net and the current challenges clearly highlight a diametrically opposite trend, namely a modern form of conquest by several private and public actors, whose interests are attracted by the peculiar features of internet.

This modern gold rush takes various shapes, such as, for instance, commercial exploitation of internet resources⁹, the adoption of country codes within the

FROOMKIN, *Habermas@discourse.net: Toward a Critical Theory of Cyberspace*, in *Harvard Law Review*, 2003, 749.

⁴ O. POLLICINO, M. BASSINI, *Internet law in the era of transnational law*, EUI working paper n. 2011/24 - Robert Schuman Centre for Advanced Studies, Global Governance Programme. The authors take into consideration these premises and consider influences of territoriality on the development of the net.

⁵ On the legal view of cyberspace see v. A. ODDENINO, *La governance di internet fra autoregolazione, sovranità statale e diritto internazionale*, Torino, 2008, 58.

⁶ To this regard, the first lines of John Perry Barlow's *Declaration of Independence of Cyberspace* of 8 February 1996 are emblematic: «Governments of the Industrial World, you weary giants of flesh and steel, I come from Cyberspace, the new home of Mind. On behalf of the future, I ask you of the past to leave us alone. You are not welcome among us, you have no sovereignty where we gather».

⁷ See, among others, J. GOLDSMITH, *Unilateral regulation of the Internet: a modest defense*, in *European Journal of International Law*, 2000, 135. This view reflects the technical model of development of the net, as conceived in the field of military researches and led to more promising landing places by the international scientific community, in order to allow for its exploitation for civil purposes. See M.L. MUELLER, *Ruling the Root*, Cambridge, 2002.

⁸ An important aspect is the rejection of any link with the traditional concept of property. According to Lessig, for instance, «Internet is an aberration in a property obsessed era, [a] space anyone can enter and take what she finds without the permission of a librarian or a promise to pay». See L. LESSIG, *The commons and the code*, presented at *Media convergence*, Fordham Law School Conference, New York, 9 February 1999.

⁹ To this regard, the debate on the need to protect works of art from the (quantitative and qualitative) unlimited capacity to spread contents through the net is particularly significant. Legal literature on this point is wide, see for instance G. D'AGOSTINO, *Copyright, contracts, creators: new media, new rules*, Cheltenham, 2012.

La governance di Internet e l'Unione europea: tra neutralità della rete e realizzazione del mercato unico digitale - *Internet governance and the European Union: between net neutrality and the implementation of the digital single market*

L'aspirazione universale della rete internet determina sempre nuove sfide alle categorie giuridiche tradizionali. In risposta alla de-territorializzazione della rete, gli Stati e le organizzazioni internazionali cercano di sperimentare forme di governance e regolamentazione del suo funzionamento e dei suoi contenuti. In questo contesto, l'approccio dell'Unione europea costituisce un esempio di particolare interesse, poiché accomuna due dimensioni complementari: da un lato, la prospettiva interna, legata alla realizzazione del mercato comune dei servizi di comunicazione elettronica; dall'altro lato, il contributo dell'Unione alla governance globale di internet, ben esemplificato dalla posizione espressa in occasione dei negoziati per la riforma delle International Telecommunications Regulations del 2013. Queste due dimensioni l'una imperniata sulle esigenze proprie del mercato interno, a partire dalla tutela della libera concorrenza, l'altra votata alla garanzia della neutralità della struttura ed accessibilità dei contenuti di internet, evidenziano talune discrasie. A fronte di questa difficoltà di *reductio ad unicum*, un possibile orizzonte comune è rappresentato dalla protezione dei diritti fondamentali.

The universal aspiration of internet challenges traditional legal categories. In response to the de-territorialization of the net, the States and the international organizations try to set up new forms of governance and regulation of its functioning and its resources. In this context, the approach of the European Union is a particularly interesting example, since it pairs two complementary dimensions: on the one hand, the internal perspective, linked to the implementation of the common market of electronic communication services; on the other hand, the contribution to the global governance of the net, well exemplified by the position expressed on the occasion of the 2013 negotiations on the reform of the International Telecommunications Regulations. These dimensions reveal some discrepancies between the needs underlying competition in the internal market and the guarantee of the principles the structure and openness of internet. Despite these diverging perspectives, the protection of fundamental rights represents a possible common horizon.

Articoli e Saggi

Autorità amministrative indipendenti e principio di legalità*

Antonino Mazza Labocchetta

SOMMARIO: 1. La crisi dell'intervento dei pubblici poteri nell'economia. – 2. “L'esternalizzazione” dell'attività regolatoria. - 3. Le Autorità amministrative indipendenti. Funzioni amministrative e di *regulation* e compatibilità costituzionale. - 4. Tentativi di costituzionalizzazione. - 5. Nome e principi. - 6. La questione del fondamento della *regulation*. - 7. La legittimazione procedimentale - 8. La torsione ordinamentale. - Una postilla.

1. *La crisi dell'intervento dei pubblici poteri nell'economia.*

Può sembrar curioso che l'erompere delle Autorità amministrative indipendenti in Europa coincida con la crisi dell'idea dell'intervento dei pubblici poteri nell'economia, quando, invece, nella legislazione americana della fine del XIX secolo, che ha forgiato il modello mutuato nel nostro diritto continentale, le Autorità indipendenti – le c.d. *independent agencies* – segnano, al contrario, l'ingresso del diritto pubblico nell'economia di mercato, sempre ritenuta per definizione capace di autoregolarsi.

Lo mette in evidenza autorevole dottrina¹, quando descrive la diversità di contesto in cui queste esperienze maturano.

Un contesto, quello americano, che vede le attività economiche, comprese quelle del servizio pubblico, assoggettate al diritto privato, salvo speciali e aggiuntive responsabilità, e affidate alla funzione di governo che non si identifica però

* Intervento al Seminario *Dialoghi di Diritto amministrativo oltre i confini. Il principio di legalità attenuazioni e deroghe*, Copanello, 26 giugno 2015.

¹ G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed Autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, 650.

con l'amministrazione, ma con lo *ius dicere* sulle doglianze e sulle controversie tra privati.

Diversamente accade nel diritto continentale dove, eccettuata l'esperienza della Gran Bretagna, le differenze di contesto attengono essenzialmente al fatto che le attività economiche rilevanti per l'interesse pubblico sono attratte al diritto pubblico per essere affidate direttamente allo Stato o per essere svolte secondo speciali discipline diverse dal diritto privato².

Il panorama europeo in cui si innesta il modello delle Autorità indipendenti si caratterizza, nella sua essenza, per il fatto che la funzione di governo si identifica con l'apparato amministrativo e non con lo *ius dicere*, con la conseguenza che le nuove strutture debbono integrarsi in un sistema ministeriale-burocratico rigido, di cui costituiscono un'eccezione³.

Non è strano, però, che le Autorità amministrative indipendenti si affaccino nel diritto continentale con la crisi dell'intervento pubblico nell'economia se si considera che l'idea che sta alla base del fenomeno è quella di governare in un diverso modo i mercati, specie nei settori in cui gli interessi collettivi e diffusi sono minacciati da soggetti forti. È, come vedremo, l'idea della regolazione⁴.

² G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed Autorità di garanzia*, cit., 651.

³ M. D'ALBERTI, *Autorità indipendenti (dir. amm.)*, in *Enc. giur. Treccani*, IV, Roma, 1995.

⁴ P. LAZZARA, *La funzione regolatoria: contenuto, natura e regime giuridico*, in *Atti del Convegno 1865-2015 a 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, Firenze, 15-16 ottobre 2015, in corso di stampa, osserva come, nel nostro ordinamento, sotto la spinta dell'integrazione europea e della globalizzazione degli scambi, alla «programmazione economica» si sia affiancata una forma di intervento pubblico nell'economia mediante «regolazione», collegata al progressivo allontanamento dal modello dello Stato programmatore e imprenditore del periodo *post-bellico*. L'idea alla base della regolazione è quella di correggere i fallimenti del mercato in un assetto nel quale l'intervento pubblico assume valore sussidiario; trova, tuttavia, un limite importante allorché l'azione pubblica debba spiegarsi in funzione allocativo-distributiva attraverso prestazioni amministrative. E, tuttavia – mette in guardia M. DE BENEDETTO, *La qualità della regolazione: ieri, oggi e domani*, *ivi*, i fallimenti del mercato, che hanno reso necessario l'intervento regolatorio, non di rado possono, paradossalmente, scontare gli effetti dei fallimenti della stessa regolazione, se non si costruisce un «nesso robusto» tra le regole che la costituiscono e l'impatto che intendono produrre. Donde l'esigenza della «qualità» formale e sostanziale della regolazione (la c.d. buona regolazione), che si concretizza nella «giustificazione delle regole», nella «tracciabilità degli interessi» nella «disciplina dell'istruttoria normativa». In sostanza, come efficacemente dimostra l'A., è «rilevante che ci sia modo di capire chi paga e chi trae beneficio in esito all'adozione di una certa regola soprattutto nel caso delle regole che esprimono politiche a benefici concentrati e costi diffusi».

Critica l'eccesso di regole in materia di contratti pubblici e la distorta applicazione nel nostro ordinamento della disciplina europea: F. FRACCHIA, *I contratti pubblici come strumento di accentramento*, *ivi*.

Per una visione complessiva, e di sintesi, sul rapporto tra intervento pubblico ed economia, nella quale, tra l'altro, si dipana il suo sviluppo storico e si descrive poi il ruolo dell'amministrazione quale «attore economico» nel contesto interno, europeo e globale, non si può che rinviare alla rela-

Autorità amministrative indipendenti e principio di legalità - *Independent administrative authorities and the principle of legality*

L'articolo affronta il tema del rapporto tra Autorità amministrative indipendenti e principio di legalità, e, in particolare, l'idea della regolazione, che costituisce una risposta alla crisi della legge, in-dotta, oltre che dalla progressiva de-territorializzazione degli Stati, dalla sua incapacità di rispondere adeguatamente alla rapida evoluzione della tecnica e dei mercati.

Soffermandosi poi sui tentativi di "costituzionalizzare" il fenomeno delle Autorità indipendenti, il lavoro si pone il problema del fondamento della *regulation*, per concludere nel senso che proprio la rottura del "monopolio" della legge può evitare l'implosione del sistema ormai multicentrico e condurlo negli «spazi» (non più territori) aperti da dinamiche che superano gli Stati nazionali.

The paper tackles the theme of the relationship between independent administrative authorities and the principle of legality and, in particular, the idea of regulation as a response to the crisis in law caused, besides by the gradual de-territorialisation of States, by States' inability to respond adequately to the rapid evolution of technology and the markets.

Focusing on attempts to "constitution-alise" the phenomenon of independent Authorities, the paper then raises the issue of the basis of regulation, concluding that breaking the "monopoly" of the law could avoid the implosion of the system which is by now multi-centric, and lead it to "areas" (no longer territorial) opened up by dynamics that supersede national States.

Articoli e Saggi

Nuovi profili di valutazione del contratto di concessione di vendita*

Gian Franco Simonini

SOMMARIO: 1. Struttura e funzione del contratto di concessione di vendita. - 2. Il contratto di concessione di vendita nella giurisprudenza degli Stati comunitari. - 3. Il contratto di concessione di vendita nei regolamenti sulla competenza giurisdizionale. - 4. Nuove prospettive d'esame: dalla fattispecie alla relazione commerciale. - 5. Conclusioni.

1. Struttura e funzione del contratto di concessione di vendita.

La sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea *Corman-Collins*¹ del 19 dicembre 2013 apre a nuove prospettive d'esame il contratto di concessione di vendita², utili anche al diritto comune.

Questo contratto, atipico in Italia³, presenta, in linea di massima, nel panorama europeo, la struttura del contratto quadro, caratterizzata da una parte gene-

* Questo elaborato riproduce il corso tenuto dallo scrivente alla Scuola di Specializzazione per le professioni legali nel gennaio 2015 presso l'Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.

¹ Corte di Giustizia dell'Unione europea, sentenza 19 dicembre 2013, causa n. C-9/12, *Corman-Collins c. La Maison du Whisky*, in *Raccolta*, 2013.

² La dottrina su questo contratto è molto vasta, cfr. tra gli altri: F. BORTOLOTTI, *Concessione di vendita (contratto di)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Appendice II, Torino, 1981, 222 ss.; L. DELLI PRISCOLI, *I contratti di distribuzione come categoria unitaria*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 1994, II, 799 ss.; R. PARDOLESI, *I contratti di distribuzione*, Napoli, 1979, 265; L. ZAPPATA, *Concessione di vendita e responsabilità del concedente*, in *I contratti*, 1999, 787 ss.; G. FAUCEGLIA, *La concessione di vendita*, in (a cura di) V. BUONOCORE- A. LUMINOSO, *I contratti di impresa*, Milano, 1993, 1809 ss.; O. CAGNASSO, voce *Concessione di vendita*, in *Digesto discipline privatistiche - sezione commerciale*, III, Torino, 1988, 227; *Ibidem*, *La concessione di vendita, problemi di qualificazione*, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, n. 51, 1983.

³ Per una panoramica sulla normativa riguardante il contratto di concessione di vendita negli Stati europei, cfr. *Contratto e Impresa Europa*, 2001, 818 ss. È abituale definire il contratto

rale e da una parte speciale, quest'ultima relativa ai contratti esecutivi (contratti di acquisto di beni ai fini della rivendita)⁴.

di concessione di vendita come contratto atipico o innominato, non essendovi uno schema legale nel quale incasellarlo. Non è qui il caso di approfondire il tema dell'atipicità dei contratti, giova solo notare che i contratti tipici esprimono modelli che si caratterizzano in base a consolidati interessi della vita di relazione. Il modello prescelto può essere individuato dal legislatore o dalla giurisprudenza. La qualificazione tipologica del contratto può avvenire in base alla causa di questo (v. C. M. BIANCA, *Il contratto*, 1987, 447) o all'identificazione degli elementi qualificanti del tipo (G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, 1975, ora anche ed. 2014). Questa seconda operazione presenta indubbi vantaggi, ma anche il rischio di richiedere uno sforzo classificatorio eccessivo; rimarrebbe peraltro insuperabile l'obiezione di chi ha rilevato che, in ogni caso, gli elementi da considerare si riflettono sempre sulla funzione dell'operazione (BIANCA, *Il contratto*, cit. supra). Vedremo a seguito che le regole del contratto sono, a nostro avviso, inadeguate a spiegare i comportamenti delle parti nella relazione che si instaura tra concessionario e concedente.

⁴ La dottrina e giurisprudenza francese hanno chiaramente individuato questa struttura nel contratto di concessione. Si è affermato che: «*le contrat cadre est un contrat souple répondant aux situations contractuelles complexes. Son originalité vient de ce qu'il laisse à d'autres contrats le soin de réaliser enfin l'objectif des contractants. L'on se trouve face à un contrat sophistiqué, dont la particularité première est d'instituer un ensemble contractuel hiérarchique. Le contrat cadre est un contrat innommé issu de la pratique commerciale. Cet instrument a pris forme pour répondre aux besoins des opérateurs du commerce. Il permet d'organiser et de simplifier les courants d'affaire sur le long terme. Instrument souple, il est adapté à la gestion rapide et pour une part imprévisible du commerce*», A. SAYAG, *Le Contrat-Cadre*, Paris, 1995; v. anche J. GATSI, *Le contrat cadre*, Paris, 1996, M. A. FRISON ROCHE, *Colloque sur le contrat cadre de distribution: mode de gestion des rapports de force dans les réseaux*», *Juris Classeur Périodique*, 1997, 14. Nella nostra giurisprudenza, Cass., Sez. II Civile, 26 luglio 2010, n. 17528; Cass., Sez. I, 19 febbraio 2010, n. 3990; Cass., 28 agosto 1995, n. 9035, in *Diritto fallimentare*, 1996, II, 851, ove: «*il contratto di concessione di vendita, come negozio atipico, può assumere il carattere di contratto normativo (contratto - quadro), dal quale deriva l'obbligo di stipulare successivi ed analoghi contratti e, in tale caso, il contratto in questione può anche configurarsi come un contratto di somministrazione, compatibile con la clausola di riserva della proprietà dei beni oggetto del contratto, purché essi vengano individuati nella loro singolarità nella specie (autoveicoli e ricambi d'auto) al momento della consegna*». Nei contratti di concessione di vendita la struttura del contratto quadro è tale per cui le parti, nella maggior parte dei casi, assumono immediati obblighi e non solo regolano futuri contratti che porranno in essere. Non avrebbe alcun senso un contratto di concessione di vendita automobilistico in cui il concessionario non si impegni ad acquistare le vetture dal fornitore. È ricorrente nella nostra dottrina l'affermazione che il contratto è, nel suo complesso, atipico, v. F. BORTOLOTTI, *Manuale della distribuzione*, Padova, 2007, 2. Conforme la giurisprudenza, cfr. Corte di Appello di Milano, 16 aprile 2005, ove: «*la concessione di vendita in esclusiva è caratterizzata da una preminente funzione di scambio anche se attraverso la rivendita dei prodotti forniti (patto di distribuzione) si ponga in essere anche una funzione di collaborazione. Pur presentando la concessione di vendita aspetti che la avvicinano al contratto di somministrazione, essa non è comunque inquadrabile in uno schema contrattuale tipico consistendo sul piano strutturale, in un contratto - quadro o contratto normativo, dal quale deriva l'obbligo o la facoltà di stipulare singoli contratti di compravendita ovvero l'obbligo o la facoltà di concludere contratti di puro trasferimento dei prodotti alle condizioni fissate nell'accordo quadro iniziale*». A. CALTABIANO, *Il conto corrente bancario*, Padova, 1967, rileva con parole ancora attuali, a proposito del contratto di conto corrente, che le clausole del contratto normativo entrano a far parte dei contratti esecutivi automaticamente, e ricorda che la nozione

Nuovi profili di valutazione del contratto di concessione di vendita - *New profiles for the evaluation of agency agreements*

L'Autore nel commentare la sentenza della Corte di giustizia del 19 dicembre 2013 *Corman - Collins*, si propone di indicare al Lettore una soluzione per verificare la relazione che si instaura tra un fornitore (produttore) ed un concessionario, relazione che appare, innanzi tutto, di dipendenza economica. Essa può, pertanto, essere riguardata secondo le tradizionali lenti della correttezza e buona fede o dell'abuso del diritto.

L'equilibrio ideale della relazione può poi essere osservato in altra prospettiva, mutuata dalla giurisprudenza francese: quella della relazione commerciale di durata. Tale relazione pretende la giustificazione obiettiva del recesso e vieta ad una parte di assumere iniziative inutilmente dannose verso l'altra.

Infine, ed è quella che qui ci proponiamo di illustrare, la relazione può essere valutata adottando come parametro (come modello ideale) l'agire razionale dell'impresa sul mercato. Concetto desunto dalla scienza economica ed applicato dalla giurisprudenza comunitaria.

In commenting the *Corman-Collins* sentence of the Court of Justice of 19 December 2013, the Author offers the reader a means for assessing the relationship established between a supplier (producer) and a dealer; it is a relationship which appears, most of all, to be one of economic dependence. It may, consequently, be appraised according to the traditional perspective of correctness and good faith or of the abuse of rights. The ideal balance of the relationship can be viewed from another perspective, altered by French jurisprudence: that of a long-term commercial relationship. This relationship presumes withdrawal for just cause and prohibits a party from taking actions unnecessarily damaging to the other party.

Finally, and this is the point the paper seeks to illustrate, the relationship may be assessed by adopting the rational action of the enterprise in the marketplace as a parameter (i.e. an ideal model). This is a concept deriving from economics and applied by European Community law.

Articoli e Saggi

Il diritto di accesso in materia ambientale tra normativa nazionale e sovranazionale

Luca Di Giovanni

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Le peculiarità dell'accesso ambientale nella Direttiva 90/313 e nel suo decreto attuativo n. 39/1997. - 3. L'entrata in vigore della Convenzione di Aarhus e le modifiche strutturali in materia di trasparenza. - 4. L'adeguamento del sistema normativo europeo tramite le Direttive 2003/4/CE e 2003/35/CE. - 5. L'adeguamento della disciplina nazionale ad opera del d.lgs. n. 195/2005. - 6. Il diritto di accesso descritto dal Codice dell'ambiente e le forme di pubblicità e partecipazione menzionate nel Codice dei beni culturali e del paesaggio. - 7. L'accesso «civico» come nuovo e recente diritto spettante al cittadino per mezzo del d.lgs. n. 33/2013. - 8. Rilievi conclusivi.

1. Premessa.

La pubblicità e la trasparenza dell'azione amministrativa, che si attuano tramite la motivazione del provvedimento, la partecipazione al procedimento amministrativo dei soggetti pubblici e privati, la pubblicità degli atti ed il diritto di accesso ai medesimi, rappresentano un'esigenza fondamentale degli ordinamenti democratici: un modo, cioè, tramite il quale i cittadini possono controllare l'operato dei pubblici poteri e verificare che questi siano esercitati correttamente, per l'assolvimento di fini generali e collettivi, in ossequio al principio costituzionale di legalità.

In particolare, il diritto di accesso ai documenti amministrativi costituisce lo strumento che permette meglio di soddisfare le suddette esigenze, in quanto consente, da un lato, di prendere visione degli atti prodotti dalla pubblica amministrazione nella loro interezza e, dall'altro, di rendere manifesto e comprensibile il contenuto dell'azione amministrativa.

Questo istituto, che costituisce peraltro applicazione di numerosi principi costituzionali (di buon andamento e di imparzialità, di uguaglianza, di democrazia, di sovranità popolare, di sviluppo della persona), consente la realizzazione del diritto alla conoscenza e alla informazione, capisaldi nel nostro ordinamento giuridico, perché sono prodromici ad una migliore e più proficua partecipazione del soggetto pubblico e privato alla gestione dei beni comuni.

Il diritto di accesso alle informazioni ambientali ne costituisce un chiaro esempio. Da oltre un quarto di secolo, infatti, le tematiche ambientali hanno assunto un ruolo di primaria grandezza nelle politiche nazionali e sovranazionali proprio per il valore in sé del bene ambiente, che sempre più condiziona la nostra quotidianità in relazione agli effetti distruttivi dei continui cambiamenti climatici sul territorio, ai quali, ormai, costantemente ci sottopone, nonché all'elevato tasso di inquinamento acustico e chimico che minaccia gravemente la salute umana.

L'accesso all'informazione ambientale permette al cittadino di incrementare la conoscenza ambientale e, quindi, di partecipare più attivamente e consapevolmente, a fianco delle amministrazioni, alle problematiche inerenti la sua tutela e gestione, con la primaria finalità di realizzare uno sviluppo economico sostenibile, garantendo un uso efficiente e durevole delle risorse ambientali.

L'accesso alle informazioni ambientali, tuttavia, si differenzia da quello generale menzionato nella legge n. 241/1990 (e successive modifiche) in più aspetti, a partire dal profilo della legittimazione attiva per il suo esercizio fino ad arrivare al contenuto del dato ambientale conoscibile, che non è più limitato al mero documento amministrativo, ma che viene esteso a qualsiasi informazione in materia di ambiente. Peraltro, le differenze aumentano se si considera anche il rapporto di tale diritto con le norme sulla riservatezza, laddove quest'ultime rappresentano un ostacolo di minore consistenza alla divulgazione di dati e conoscenze ambientali.

Proprio la descrizione di tali peculiarità, che consentono di ritenere in atto una progressiva frammentazione del diritto di accesso determinata dal graduale sovrapporsi delle norme sulla riservatezza e sull'accesso alle informazioni ambientali, connota la struttura del presente contributo, che affronterà il tema specifico dell'accesso alle informazioni ambientali, prestando attenzione sia alla normativa nazionale che a quella sovranazionale.

2. Le peculiarità dell'accesso ambientale nella Direttiva 90/313 e nel suo decreto attuativo n. 39/1997.

Mentre nell'ordinamento nazionale la questione dell'accesso alle informazioni ambientali era già stata oggetto di attenzione da parte del legislatore con

Il diritto di accesso in materia ambientale tra normativa nazionale e sovranazionale - *Environmental right of access with reference to national and supranational legislation*

Il presente contributo intende esaminare la normativa in materia di diritto di accesso ambientale, raffrontando i diversi modelli della trasparenza amministrativa garantiti dall'ordinamento italiano e sovranazionale a partire dalla legge n. 349/1986 e culminando, in un'ottica diacronica, nell'analisi dei contenuti del D.lgs. n. 33/2013. Per ogni modello si considerano i punti nodali, quali ad esempio l'interesse che legittima l'accesso, l'oggetto dell'accesso, i soggetti passivi, le eccezioni all'accesso, le possibilità di ricorso, evidenziandone anche le differenze con il regime della l. 241/1990.

This contribution seeks to examine the area of environmental right of access, comparing the different models of administrative transparency guaranteed by the Italian legal system and supranational regulations, starting from Law 349/1986 and finishing, in a diachronic perspective, with an analysis of the contents of Leg. Dec. 33/2013. The key areas are considered for each model, such as, for example, interests that legitimise access, passive persons or legal entities, exceptions to access and the possibility of appeals, highlighting also the differences with the regime of Law 241/1990.

Articoli e Saggi

Al posto degli uomini abbiamo sostituito i numeri e alla compassione nei confronti delle sofferenze umane abbiamo sostituito l'assillo degli equilibri contabili.

Federico Caffè

Il Principio dell'equilibrio di bilancio di cui all'art. 81 Cost. e la Corte costituzionale: un primo (complesso) approccio

Roberto Succio

SOMMARIO: 1. La crescita senza limite dell'indebitamento tra tolleranza del diritto interno e "alt" del diritto comunitario. - 2. La riforma costituzionale delle politiche di bilancio in Italia e il nuovo art. 81 Cost. - 3. Relazioni tra l'art. 81 Cost. e il sistema costituzionale nella sua unitarietà: cenni alla c.d. "spending review". - 4. L'impatto del nuovo art. 81 Cost. sul sistema tributario: Breve raffronto tra la sentenza 10 (c.d. "dieci") e la successiva sentenza n. 70 (c.d. "settanta") del 2015 della Corte costituzionale - 5. Il contesto processuale: cenni al processo costituzionale e al *dictum* della sentenza "dieci". - 6. Efficacia e modulazione temporale degli effetti della sentenza in esame. - 7. Il disposto dell'art. 136 Cost. e la cessazione di efficacia della norma incostituzionale nel giudizio "a quo". - 8. Governo degli effetti temporali delle decisioni e fondamento teorico come interesse costituzionale a evitare rimedi che siano peggiori del male. - 9. La radicale differenza rispetto al caso in questione, e la pericolosa portata innovativa (anzi imprudente) della sentenza in esame. - 10. Considerazioni più generali sulle relazioni tra i principi costituzionali e il diritto comunitario nella comune direzione di garantire l'equilibrio di bilancio: l'efficacia nel tempo delle pronunce del Giudice comunitario. - 11. Le pronunce interpretative della Corte di Giustizia in relazione con l'orientamento della Corte costituzionali: note conclusive.

* Federico Caffè, *Un economista per il nostro tempo*, a cura di G. Amari e N. Rocchi, Eddiesse, 2009, 29.

1. *La crescita senza limite dell'indebitamento tra tolleranza del diritto interno e "alt" del diritto comunitario.*

Se si esamina l'andamento del debito pubblico italiano si scoprono alcuni dati interessanti: sin dall'unificazione il nostro Paese ha avuto un rapporto debito-PIL elevatissimo, che «non ha riscontro nelle contemporanee esperienze dei maggiori Paesi industriali»¹.

Inoltre, l'esplosione del debito negli anni Ottanta e Novanta risulta imputabile anche all'illusione di poter finanziare il servizio del debito con gli alti livelli di crescita², senza allora considerare come il possibile suo decremento avrebbe potuto produrre conseguenze imprevedibilmente tragiche.

Si ignorò del tutto – colpevolmente – che l'inusuale fase di basso rapporto debito-PIL vissuta nel secondo dopoguerra fosse dovuta soprattutto al sostanziale azzeramento del valore reale dei rendimenti causato da una “violenta inflazione”³.

Certo, l'andamento dell'economia ha avuto sicuramente una notevole importanza (la crisi petrolifera del 1973, la difficoltà per un'economia avanzata di mantenere tassi di crescita elevati, lo scarso ammontare delle risorse dedicate proficuamente alla ricerca e innovazione tecnologica, i sensibili squilibri territoriali tra Nord e Sud)⁴, ma altrettanto sicuramente possiamo sostenere che i fattori istituzionali sopra riportati hanno avuto una rilevanza che non è possibile sottovalutare e alla quale è necessario porre quanto prima rimedio.

¹ A. PEDONE, *Alle origini del persistente alto livello del debito pubblico italiano*, Intervento alla Riunione Intermedia SIEP 2012 su *La gestione di elevati debiti sovrani in contesti di crisi finanziaria: quali insegnamenti dalla storia*, 2, reperibile all'indirizzo web <http://www-3.unipv.it/websiep/2012ri2.pdf>. Analoga conclusione già in Banca d'Italia, *Il debito pubblico italiano*, cit., 18.

² A. PEDONE, *Alle origini*, cit., 5.

³ A. PEDONE, *Alle origini*, loc. cit., nonché, già prima, Banca d'Italia, *Il debito pubblico italiano*, cit., 20.

⁴ Il rapporto fra crescita economica e andamento del debito pubblico era stato colto già in una caustica osservazione di Kant (*Zum ewigen Frieden. Ein Philosophischer Entwurf*, II^a ed., Königsberg, 1796 – ma già nella I^a ed. 1795 –, trad. it. a cura di G. Solari e G. Vidari, *Per la pace perpetua*, in I. KANT, *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, ed. a cura di N. Bobbio, L. Firpo, V. Mathieu, Torino, 1956, 286): «Il ricorso al credito [...] – ingegnosa invenzione fatta da un popolo commerciante in questo secolo – cioè un sistema che porti all'aumento indefinito dei debiti, senza che nel tempo stesso ciò implichi la restituzione immediata, non essendo questa richiesta da tutti i creditori contemporaneamente, costituisce una pericolosa forza finanziaria, poiché permette di accumulare un tesoro [...] e in tal quantità da superare il tesoro di tutti gli altri Stati presi insieme, e che solo potrebbe esaurirsi per la minaccia di una improvvisa diminuzione dei tributi: pericolo che però può essere ancora a lungo ritardato per il ravvivarsi del commercio e per la conseguente reazione sull'industria e sui profitti».

Il Principio dell'equilibrio di bilancio di cui all'art. 81 Cost. e la Corte costituzionale: un primo (complesso) approccio - *The principle of a balanced budget as per art. 81 of the Constitution and the Constitutional Court: an initial (complex) approach*

L'Autore esamina le conseguenze tributarie dell'introduzione nella Costituzione del nuovo testo dell'art. 81, facendo riferimento al diritto comunitario, ai vincoli giuridici e agli obiettivi di finanza pubblica che gli artt. 117 e 119 della Costituzione prevedono. Esamina quindi gli effetti sul sistema tributario delle sentenze n. 10 e 70 del 2015 della Corte costituzionale, con particolare riguardo agli effetti nel tempo di tali pronunce come disciplinati dall'art. 136 Cost. Critica quindi la posizione innovativa – priva di precedenti in termini e discutibile quanto alle conclusioni – della sentenza n. 10. Tale pronuncia, infatti, comprime le tutele del contribuente colpito da un prelievo tributario costituzionalmente illegittimo, è precedente pericolosamente autolimitante delle prerogative della Corte ed è stata sostanzialmente contraddetta dalla successiva sentenza n. 70. Ne deriva una inopportuna confusione nel sistema del diritto costituzionale tributario, che richiederà un riequilibrio e – si auspica – una rimediatazione della questione da parte del giudice costituzionale.

The Author examines the fiscal consequences of the introduction of the new text of art. 81 to the Constitution, making reference to European Community law, and to the legal obligations and objectives of public finances, laid down in arts. 117 and 119 of the Constitution. He then discusses the effects on the tax system of sentences no. 10 and 70 of 2015 of the Constitutional Court, with particular reference to the effects over time of such rulings as regulated by art. 136 of the Constitution. He criticises the innovative position – unprecedented in its terms and debatable with regard to its conclusions – of sentence No. 10. This ruling, in fact, reduces the safeguards for the taxpayer having to pay a tax which is constitutionally illegitimate and which is a dangerously self-limiting precedent of the prerogatives of the Court, and which was substantially contradicted by subsequent sentence No. 70. The result is an unfortunate confusion in the constitutional tax law system, which will require redressing and – one hopes – a rethinking of the question on the part of the constitutional judge.

Articoli e Saggi

L'autotrasporto di linea tra servizio pubblico e libertà d'impresa

Alessandro Cabianca

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. L'autotrasporto di linea come servizio pubblico. - 2.1. Le ricostruzioni teoriche del servizio pubblico: cenni. - 2.2. L'autotrasporto di linea come servizio pubblico: profili evolutivi. - 2.3. Il problema della qualificazione e dell'individuazione dei servizi "minimi". - 2.4. Segue: il regime giuridico dei servizi "aggiuntivi". - 3. L'autotrasporto di linea: dal servizio pubblico al diritto di esclusiva. - 4. L'autotrasporto di linea come libera attività d'impresa. - 4.1. I fondamenti costituzionali e la legislazione statale. - 4.2. Segue: la legislazione regionale. - 5. L'autotrasporto di linea e i mercati ad esso contigui: il noleggio di autobus con conducente. - 6. Il nodo della presenza sul mercato delle società a partecipazione pubblica. - 7. Conclusioni.

1. *Premessa.*

Con il presente lavoro s'intende proporre una riflessione sui complessi e dialettici rapporti tra servizio pubblico e libertà d'impresa e su come dietro la qualificazione di intere attività economiche come servizio pubblico si possa talvolta celare un fenomeno di "frode delle etichette", per cui segmenti di attività che ben potrebbero essere prodotti in regime di libertà d'impresa sono invece attratti ad una regime pubblicistico e monopolistico.

La particolare angolatura attraverso la quale il fenomeno sarà indagato è quella del trasporto pubblico locale, nella sua declinazione dell'autotrasporto di linea. Questa attività, infatti, evoca immediatamente il concetto di servizio pubblico¹, quasi che ci sia una perfetta sovrapposizione tra l'autotrasporto locale di

¹ Sul carattere di servizio pubblico dell'autotrasporto di linea, v. M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1995, 195; M.A. CARNEVALE VECCHI, *Trasporti in concessione*, in *Enc. Dir.*, XLIV, Milano, 1992, 1108 ss.

linea e la sottoposizione dello stesso ad un regime di doverosità in ragione delle prestazioni rese alla collettività². L'acronimo "TPL" è diventato, così, una formula di sintesi, conosciuta anche al di fuori della stretta cerchia degli addetti ai lavori, che bene esemplifica il regime giuridico di servizio pubblico a cui è sottoposto un determinato settore, incarnandone paradigmaticamente i caratteri della continuità, accessibilità, qualità, universalità e doverosità del suo esercizio. L'attenzione è stata, perciò, rivolta agli aspetti regolatori del servizio pubblico di trasporto, alla sua organizzazione e gestione, mentre minore interesse ha suscitato l'attività economica di cui il servizio pubblico costituisce l'oggetto, ossia il trasporto collettivo di persone e cose e alla possibilità per essa di essere prodotta in regime di libertà d'impresa. La necessità di erogare un servizio ad un prezzo "politico", assicurandone l'universalità ha generato un'ipotesi di "market failure", consistente nell'incapacità del mercato di sostenere i costi di erogazione e di gestione del servizio e la necessità per la pubblica autorità di assumere, regolare e finanziare lo stesso³. Ciò ha generato la tendenza alla formazione di posizioni monopolistiche che escludono la presenza di altri operatori, per cui la competizione andrebbe garantita per assicurare il mercato ad un unico gestore, piuttosto che per espletare il servizio all'interno del mercato⁴. Seguendo questa impostazione, che identifica il TPL con il servizio pubblico e quest'ultimo con l'area sottoposta al diritto di esclusiva, l'unico modo in cui la libertà d'impresa potrebbe trovare esplicazione sarebbe quello della concorrenza "per il mercato", ossia un sistema di concorrenza "regolata", nella quale la pubblica autorità attribuisce un diritto di esclusiva per un periodo determinato all'esito di una gara aperta e trasparente⁵.

La descritta equivalenza concettuale non appare, tuttavia, del tutto appagante e deve confrontarsi non solo con i dati emergenti dal diritto positivo, ma

² A. BRANCASI, *L'autotrasporto di linea tra regolazione dell'attività economica e servizio pubblico*, in *Liberalizzazione del trasporto terrestre e servizi pubblici economici*, a cura di A. BRANCASI, Bologna, 2003, 105.

³ Per una trattazione comparatistica della materia, v. F. RAMELLA, *Quale politica per il trasporto collettivo locale*, in *Riv. dir. fin.*, 2002, 2, 203 ss.; E. MOSTACCI, G. ROMEO, *La regolamentazione del trasporto pubblico locale in Europa: un'analisi comparata*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2007, 2, 944 ss.

⁴ In tal senso, C. ROSSANO, in *Prefazione a C. IAIONE, La regolazione del trasporto pubblico locale, bus e taxi alla fermata delle liberalizzazioni*, Napoli, 2008, XXIII. Secondo M. MAZZARINO, *Regolazione dei trasporti e Authority*, in *Munus*, 2, 2013, 258, il sistema del *tendering* o *franchise bidding* – ossia della concorrenza "per" l'accesso al mercato – è uno degli strumenti per migliorare il sistema regolatorio in termini di efficienza sociale, che si configura come una forma di concorrenza tra monopolisti *potenziali* per l'aggiudicazione di un mercato di monopolio.

⁵ Peraltro, la gara costituisce soltanto una delle modalità di affidamento del servizio. Infatti, l'articolo 5, par. 2, 4, 5 e 6 del Regolamento (CE) 1370/2007, consente alle autorità competenti di autoprodurre i servizi di TPL, di affidarli *in house* e di aggiudicare direttamente i contratti "sotto-soglia" e in caso d'emergenza.

L'autotrasporto di linea tra servizio pubblico e libertà d'impresa - *Scheduled road transport, public services and free enterprise*

Il contributo propone una riflessione sui problematici rapporti tra servizio pubblico e libertà d'impresa e su come dietro la qualificazione di intere attività economiche come servizio pubblico si possa nascondere un fenomeno di "frode delle etichette", per cui segmenti di attività che potrebbero essere prodotti in regime di libertà d'impresa sono sottoposti ad una regime pubblicistico e monopolistico. L'angolatura attraverso la quale il fenomeno è analizzato è quella dell'autotrasporto di linea, che a partire dal dopoguerra è sottoposto alla regolazione del servizio pubblico, ma per il quale si scorgono significativi ambiti nei quali la libertà d'impresa può trovare applicazione.

The paper offers a reflection on the problematic relation between public services and free enterprise and on how the qualification of entire economic activities as a public service can conceal a phenomenon of "false labelling", as a result of which segments of activities that could be carried out as part of a free enterprise system are subjected to a public-controlled and monopolistic regime. The area through which the phenomenon is analysed is scheduled road transport which, since World War II, has been subject to regulation as a public service, yet for which there are significant areas in which free enterprise may be applied.

Articoli e Saggi

Note fondamentali sul *Project Finance* nei paesi latinoamericani: un'analisi del diritto brasiliano

Rodrigo Pironti Aguirre de Castro

SOMMARIO: 1. Il *Project Finance*. - 2. Differenze tra *Project Finance* e *Corporate Finance*. - 3. Separazione dell'operazione. - 4. Incentivo finanziario. - 5. Il finanziamento generato dall'operazione. - 6. Rete collegata di contratti. - 7. Classificazione dei *Project Finance* con riferimento al tipo di garanzia offerta dai promotori: *non recourse*, *full recourse* e *limited recourse*. - 8. Classificazione dei *Project Finance* sulla base dei rapporti contrattuali instaurati tra il concedente e il concessionario. - 9. Il *Project Finance* nelle società miste pubblico-private: un'analisi nel diritto brasiliano.

1. Il *Project Finance*.

L'esperienza del *Project Finance* si è sviluppata inizialmente nel Regno Unito, fin dall'inizio del 1970. Con l'approvazione del PURPA (*Public Utility Regulatory Policy Act*, o Legge di Politica di Regolamentazione di Servizi Pubblici), nel 1978, essa ha poi ricevuto impulso negli Stati Uniti.¹

In Brasile, l'istituto è stato introdotto gradualmente nel momento aureo delle privatizzazioni (1990-2000), in seguito alla constatazione dei buoni risultati che questa tecnica finanziamento aveva prodotto nell'esperienza estera.

Il progresso economico e sociale del Paese dipendeva dai miglioramenti nel settore delle costruzioni e dalla realizzazione delle infrastrutture nelle diverse aree del trasporto (areoporti, ferrovie, autostrade, porti), nei settori della generazione di energia (termoelettriche, impianti idroelettrici, di generazione di energia eolica e solare), nel sistema di sanità pubblica (fognature e depurazione dell'acqua) e delle telecomunicazioni (telefonia fissa, mobile e a banda larga).

¹ J.D. FINNERTY, *Project Finance roengenharia financeira baseada em ativos*, Traduzione: Bazan Tecnologia e Linguística, Carlos Henrique Triechmann; supervisor Eduardo Fortuna. Rio de Janeiro, 1999, 5.

Per altro verso, la progressiva riduzione degli interventi economici statali in quei settori ha obbligato gli investitori privati a rivedere le proprie strategie operative ed imprenditoriali e li ha spinti a immaginare opzioni differenti.

Il *Project Finance* si presentava come un'alternativa attraverso cui gli investitori, privati o pubblici, potevano valutare in modo preciso i rischi implicati dallo sviluppo di un determinato investimento imprenditoriale – così come potevano definirne il corrispettivo ritorno – avendo come garanzia principale la realizzazione di un flusso di cassa predefinito.

Tuttavia, non si tratta di un istituto di facile applicazione. Come molto opportunamente mostra José Virgilio Lopes Enei, la finanza di progetto ha condiviso il destino di una serie di altri istituti di diritto commerciale: nato nella pratica del commercio, ridiventata oggetto di studio del diritto². Diventa quindi imprescindibile per la completa comprensione dell'istituto la sua analisi secondo due prospettive distinte, quella economica e quella giuridica.

Volendo teorizzare la finanza di progetto da un punto di vista strettamente economico, si può ricordare la definizione di Enei: «[...] il *Project Finance* è una tecnica di sostegno finanziario, attraverso la quale, da una parte, l'imprenditore può raccogliere fondi per realizzare un progetto senza esporre il suo patrimonio totale o una parte di esso, o per esporsi in misura minore all'indebitamento proveniente dal finanziamento e, dall'altra parte, il finanziatore esterno può concedergli un prestito vincolato allo sviluppo di determinati progetti, basandosi essenzialmente sulla loro capacità di generare entrate e attivi legati al progetto, come fonti primarie del pagamento»³.

Partendo da una prospettiva giuridica, invece, il *Project Finance* può essere definito come: «[...] una rete di contratti collegati che, comportando rischi per le diverse parti coinvolte, ha come obiettivo che l'imprenditore-patrocinatore, o la società da esso costituita, attiri risorse per lo sviluppo di un'impresa isolata, offrendo come garanzia ai creditori, in modo esclusivo e preponderante, i ricavi e i beni della stessa impresa finanziata»⁴.

Si tratta, quindi, di una tecnica finanziaria basata sulla previsione della capacità di un progetto di generare un flusso di cassa, che diviene la principale fonte di risorse per l'adempimento degli impegni assunti nei confronti degli agenti finanziatori.

² J.V.L. ENEI, *Project Finance rofinanciamento com foco em empreendimentos (parcerias público-privadas, leveraged buy-outs e outras figuras afins)*, São Paulo, 2007, 15-16.

³ J.V.L. ENEI, *op. cit.*, 38.

⁴ J.V.L. ENEI, *op. cit.*, 38-39.

Note fondamentali sul *Project Finance* nei paesi latinoamericani: un'analisi del diritto brasiliano - *Key notes on Project Finance in Latin-American countries: an analysis of Brazilian law*

L'autore prende in esame, entro una visione di insieme, le caratteristiche della finanza di progetto quale istituto di "importazione" nel diritto brasiliano a partire dalla seconda metà degli anni '90 sulla base di esperienze estere. Prima che oggetto di disciplina giuridica, la finanza di progetto risulta una tecnica elaborata nella prassi commerciale con la finalità di consentire il finanziamento di singoli progetti sulla base dei rispettivi ritorni finanziari, sovente in coincidenza con la riduzione degli investimenti pubblici diretti in settori quali le grandi opere, i trasporti e l'energia. La finanza di progetto presuppone la separazione dell'operazione finanziata attraverso una preventiva e complessa allocazione dei rischi tra i molteplici soggetti coinvolti (promotori e finanziatori), mediante una pluralità di contratti, collegati tra loro, nonché attraverso la possibile costituzione di entità giuridiche autonome. L'autore osserva in conclusione come l'adattamento di istituti disciplinati negli originari ordinamenti di common law entro cornici giuridiche dinamiche e flessibili abbia richiesto, al fine di cogliere nel settore pubblico le opportunità del *project finance*, il superamento interno di difficoltà dovute alla mancanza di una disciplina specifica dei rapporti giuridici e finanziari tra le amministrazioni e i soggetti privati coinvolti.

Within a general overview, the author examines the characteristics of project finance as an "importation" system in Brazilian law, starting from the second half of the 1990s, on the basis of foreign experiences. Rather than a legal discipline, project finance is a technique developed in commercial practice with the aim of allowing the financing of single projects on the basis of respective financial returns, often coinciding with a reduction in public investment in large-scale public works, transport and energy projects. Project finance assumes the separation of the operation financed through a prior complex allocation of the risks among the various entities involved (promoters and financial backers), by means of a series of linked contracts, as well as through the incorporation of autonomous legal entities. In conclusion, the author observes how the use of methods regulated in the ordinary legal systems of common law, within dynamic and flexible juridical frameworks, for the purpose of taking advantage of project finance opportunities in the public sector, has made it necessary to overcome internal difficulties due to the lack of a specific regulation of the legal relationships between administrations and the private entities involved.