

Articoli e Saggi

Le banche pubbliche fra privatizzazione e ricapitalizzazione. Alle origini delle “cadute” del sistema bancario italiano *

Fabio Merusi

SOMMARIO: 1. Come si provvede a privatizzare, con una procedura del tutto originale, le banche pubbliche. – 2. La proposta di Banca Italia e la risposta del legislatore: una legge di autorizzazione ai diretti interessati. – 3. La “ricapitalizzazione” nei titoli delle due leggi, delegante e delegata. Il messaggio di Basilea: fine della banca di intermediazione fra risparmio e credito. Il ruolo del capitale nella “nuova” banca universale. – 4. La ricapitalizzazione degli enti pubblici creditizi privatizzati “per natura” a corto di capitale: una procedura aperta. La ricapitalizzazione “imperfetta” all’origine della crisi del sistema creditizio italiano dopo l’insorgere della crisi economica.

1. Come si provvede a privatizzare, con una procedura del tutto originale, le banche pubbliche.

Ormai è passato molto tempo dalla privatizzazione delle banche pubbliche, tanto che molti non ricordano più come e perché siano state privatizzate. Per rinfrescare la memoria non serve neppure fare ricorso ad una raccolta normativa sulle privatizzazioni di imprese pubbliche. Infatti, chiunque sia interessato al fenomeno italiano della privatizzazione delle imprese pubbliche noterà subito che nel Codice delle privatizzazioni nazionali e locali redatto da Franco Bonelli nel 2001, e divenuto da subito una sorta di *vademecum* essenziale ed insostituibile per gli studi in materia di privatizzazione di imprese pubbliche, la privatizzazione delle banche pubbliche non c’è¹. C’è solo la vendita della partecipazione dello Sta-

* Il presente lavoro riproduce con qualche variazione e l’aggiunta di note esplicative la relazione presentata al Convegno organizzato dalla Fondazione CESIFIN, “Le privatizzazioni tra ragion pura e ragion pratica (una rilettura attraverso i percorsi di Franco Bonelli)”, Firenze, 18 gennaio 2017.

¹ Cfr. F. BONELLI, *Il codice delle privatizzazioni nazionali e locali*, Milano, 2001,

to in una società bancaria derivante da una banca da sempre pubblica, il Banco di Napoli.

Come mai questa assenza delle banche pubbliche da un codice delle privatizzazioni delle imprese pubbliche?

Perché la privatizzazione delle banche pubbliche è avvenuta in maniera diversa da ogni altra privatizzazione.

In una maniera singolare, e quasi certamente unica nel panorama comparato delle privatizzazioni (come è confermato da una rassegna “mondiale” di privatizzazioni elaborata da KPMG Peat Marwick e da Business International²), la privatizzazione delle banche pubbliche (praticamente di quasi tutte le banche esistenti in Italia prima del 1990), ha avuto, almeno giuridicamente, una storia a sé.

Vediamo i tratti essenziali di questa storia particolare.

Tutto cominciò con una direttiva comunitaria che minacciava di trasformare anche il mercato creditizio italiano in un mercato concorrenziale.

Che fare con le banche italiane che erano tutte, in varie forme, pubbliche e perciò “naturalmente” inadatte ad affrontare il mare aperto di un mercato concorrenziale?

Per rispondere alla sfida europea la Banca d'Italia costituì una commissione di studio per affrontare il problema, constatato che chi avrebbe dovuto risolverlo (il legislatore e il Governo dell'epoca) non sembravano consapevoli di quel che stava per succedere al sistema economico nazionale. La Commissione di studio presso la Banca d'Italia fu perciò incaricata di «affrontare il problema a legislazione invariata».

Vediamo come la Commissione affrontò questa missione che si rivelerà impossibile.

Il miglior strumento inventato dall'economia capitalistica per gestire un'impresa è, com'è noto, la società per azioni, ma nel nostro caso quasi tutte le banche erano gestite da enti pubblici che operavano in una economia amministrata. All'epoca era difficile pensare che il legislatore potesse trasformarle in società per azioni e privatizzarle almeno formalmente, se non ancora sostanzialmente. Si temeva che un Parlamento dotato di poteri assembleari illimitati come quello italiano, nel quale predominava il potere di una pluralità di partiti non solo di governo che estendevano la loro influenza su ogni tipo di ente pubblico, e perciò anche sugli enti pubblici creditizi, ben difficilmente potesse accedere all'idea di privatizzare anche solo formalmente le banche pubbliche o che, se anche lo avesse fatto, non manomettesse poi con la sua onnipotenza legislativa il modello della società per azioni compromettendone la funzionalità, e perciò la competitività, in un mercato concorrenziale che doveva necessariamente sostituire, di lì a poco,

² *Privatizzazioni in Europa e in America latina: esperienze a confronto*, s.d., ma 1992.

Le banche pubbliche fra privatizzazione e ricapitalizzazione. Alle origini delle “cadute” del sistema bancario italiano

La privatizzazione delle banche pubbliche è avvenuta in Italia secondo una procedura che non ha eguali in diritto comparato e che ha segnato il passaggio dal modello della banca intermediatrice del risparmio col credito a quello della “banca universale”, abilitata ad ogni operazione finanziaria. In particolare, il legislatore italiano ha “autorizzato” gli enti pubblici creditizi a privatizzarsi e a dotarsi altresì di capitale idoneo ad esercitare l’attività d’impresa finanziaria in un mercato concorrenziale, introducendo il metodo del “fai da te” della privatizzazione e anche della “ricapitalizzazione” con esiti, all’evidenza, variegati.

Public banks: between privatisation and recapitalisation. At the origins of the ‘fall’ of the Italian banking system

The privatisation of public banks took place in Italy on the basis of a procedure that has no equals in comparative law and which marked the passage from the model of the intermediary savings bank with credit to that of the ‘universal bank’, able to perform all kinds of financial operations. In particular, the Italian legislator ‘authorised’ the public credit bodies to privatise and take on board the capital necessary to practise as financial businesses on the open market, introducing the ‘do-it-yourself’ method of privatisation and ‘recapitalisation’, with what would appear to be somewhat varied outcomes.

Articoli e Saggi

Responsabilità e giurisdizione nelle società pubbliche dopo il Testo unico*

Carlo Ibba

SOMMARIO: 1. L'evoluzione giurisprudenziale in ordine alla giurisdizione sulle azioni di responsabilità. – 2. I principi della legge-delega e le previsioni dello schema di decreto legislativo. – 3. Le previsioni del testo unico. – 3.1. Le innovazioni introdotte nell'art. 12, secondo comma. – 3.2. Alla ricerca del significato dell'art. 12, primo comma: responsabilità amministrativo-contabile e società *in house*. – 3.3. (*segue*) la responsabilità amministrativo-contabile «nei limiti della quota di partecipazione pubblica». – 3.4. L'interpretazione preferibile. – 4. Problemi di tutela delle risorse pubbliche e loro possibili soluzioni. La legittimazione surrogatoria del Pubblico ministero contabile. – 5. Responsabilità amministrativo-contabile e principio di proporzionalità delle deroghe alla disciplina privatistica.– *Postilla*.

1. *L'evoluzione giurisprudenziale in ordine alla giurisdizione sulle azioni di responsabilità.*

Fra i meriti del Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (d. lgs. 19 agosto 2016, n. 175) non credo proprio che potrà annoverarsi quello di aver risolto l'ormai risalente problema della giurisdizione sulle azioni di responsabilità dei componenti degli organi sociali.

Sul punto, infatti, è stata dettata una disposizione a dir poco tutt'altro che chiara, la cui contraddittorietà ha già dato luogo, in pochi mesi, ad una molteplicità di interpretazioni, con soluzioni in qualche caso radicalmente contrapposte. Da questo punto di vista il così detto decreto correttivo (d. lgs. 16 giugno 2017, n. 100), che si è astenuto dall'intervenire sulla questione, ha rappresentato senz'altro un'occasione persa.

* Il lavoro, con gli opportuni adattamenti, comparirà nel volume *Le società a partecipazione pubblica - Commentario tematico ai decreti legislativi 175/2016 e 100/2017*, diretto da C. IBBA e I. DEMURO, Zanichelli, di prossima pubblicazione.

Ciò è particolarmente grave in quanto la soluzione di quel problema o, almeno, alcune delle soluzioni proposte non sono neutre e si riflettono su aspetti sostanziali della disciplina, incidendo sensibilmente sulla protezione (o non protezione) dei vari interessi coinvolti.

Che sia così era emerso molto bene nell'acceso dibattito sviluppatosi anteriormente alla così detta legge Madia, dibattito che – dopo anni di grandi contrasti – aveva registrato dal dicembre 2009 in poi il consolidamento della giurisprudenza di legittimità su una soluzione ben definita.

Mi sembra dunque opportuno, prima di addentrarci nella non facile esegesi delle disposizioni dettate dal testo unico, muovere da una sintesi dell'evoluzione giurisprudenziale sul punto.

Fino ai primi anni 2000 era pacifico e scontato, in giurisprudenza come in dottrina, che gli amministratori di società a partecipazione pubblica fossero soggetti alle azioni di responsabilità previste nel codice civile, esercitabili davanti al giudice ordinario, e non all'azione di responsabilità erariale.

Ciò benché negli anni precedenti si fosse manifestata con chiarezza, sia nella legislazione che nella giurisprudenza, la tendenza a espandere il raggio d'azione della giurisdizione della Corte dei conti¹. Basti ricordare che questa, originariamente prevista dal regio decreto n. 2440/1923 per i soli dipendenti dello Stato, a seguito di svariati interventi legislativi era stata estesa ai dipendenti di enti locali e di altri enti pubblici.

Ma ancor più significativo, ai nostri fini, si sarebbe rivelato il superamento di quel consolidato indirizzo della giurisprudenza di legittimità che in relazione agli amministratori e ai dipendenti di enti pubblici economici – sulla base di una distinzione pur non sempre agevole – affidava al giudice contabile il giudizio sugli illeciti compiuti nell'esercizio di funzioni pubbliche e al giudice ordinario, invece, quello sugli illeciti realizzati nel compimento di atti d'impresa, come tali retti dal diritto privato; superamento dovuto a Cass. S.U., ord. 22 dicembre 2003, n. 19667, che per la prima volta affermò la soggezione a responsabilità amministrativa degli amministratori di enti pubblici economici anche in relazione all'attività puramente imprenditoriale².

¹ Come ben risulta dall'*excursus* storico tratteggiato da F.G. SCOCA, *Fondamento storico ed ordinamento generale della giurisdizione della Corte dei conti in materia di responsabilità amministrativa*, in *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, Milano, 2006, 37 ss.

² La motivazione dell'ordinanza, molto ricca anche se forse non altrettanto lineare, ricostruisce l'evoluzione verificatasi in ordine alle nozioni stesse di Pubblica Amministrazione e di attività amministrativa, con il sempre più frequente utilizzo di forme organizzative e/o di modalità d'azione privatistiche; e sottolinea poi il parallelo evolversi della normativa riguardante la Corte dei Conti e le sue competenze, dando particolare risalto all'art. 1, ult. co., l. 14 gennaio 1994, n. 20, secondo cui «la Corte dei Conti giudica sulla responsabilità amministrativa degli amministratori e dipendenti pubblici anche quando il danno sia stato cagionato ad amministrazioni o enti diversi da quelli di appartenenza».

Responsabilità e giurisdizione nelle società pubbliche dopo il testo unico

Il lavoro ripercorre l'evoluzione giurisprudenziale sul problema del riparto di giurisdizione, fra giudice civile e giudice contabile, in ordine alla responsabilità degli amministratori di società a partecipazione pubblica. Illustra poi la disciplina introdotta dall'art. 12 d.lgs. 175/2016, evidenziandone le criticità e prospettando le possibili soluzioni interpretative.

Responsibility and jurisdiction in public companies after the Consolidated Law

The work traces the jurisprudential evolution of the issue of the splitting up of the jurisdiction, between the civil judge and the accounting officer, with regard to the responsibility of administrators of publicly owned companies. It then outlines the discipline introduced by art. 12 of the Legislative Degree 175/2016, highlighting critical points and examining possible interpretative solutions.

Articoli e Saggi

La regolazione economica dei porti e degli aeroporti, tra fallimenti del mercato e fallimenti della regolazione*

Francesco Follieri

SOMMARIO: 1. La regolazione e i suoi fallimenti. – 2. Il mercato degli scali e il mercato nello scalo. – 3. Il mercato degli scali. La regolazione propriamente infrastrutturale. – 4. Il mercato nello scalo. – 4.1. La regolazione delle operazioni portuali e dei servizi di assistenza a terra. – 5. Conclusioni.

1. *La regolazione e i suoi fallimenti.*

«Regolazione» è un termine fortemente ambiguo¹. È ambiguo perché è una «translitterazione» dall'inglese «*regulation*» a cui, però, corrisponde in italiano (come in francese e in tedesco) l'area semantica di due vocaboli: «regolazione» e «regolamentazione»². Inoltre, «regolazione» è tanto l'atto del regolare quanto il prodotto di quell'atto³. Ad aggravare questa ambiguità concorre poi la riflessione giuridica: spesso ne cerca una connotazione strettamente giuridica, ma «rego-

* Il presente articolo è un'evoluzione, corredata di note e aggiornata ai successivi interventi legislativi, della relazione tenuta al Convegno *Il sistema dei trasporti tra innovazione infrastrutturale e riforma del servizio pubblico*, Roma, 21-22 gennaio 2016.

¹ È un'affermazione condivisa praticamente da chiunque si cimenti con la nozione di regolazione. Cfr. per tutti: R. BALDWIN, C. SCOTT, C. HOOD, *A Reader on Regulation*, Oxford, 1998, 2, secondo cui a «regolazione» corrisponde una moltitudine di definizioni «*not reducible to some platonic essence or single concept*».

² Lo rileva, fra gli altri, G. MARCOU, *Esiste una nozione giuridica di regolazione?*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2006, 14. Tanto che la parola «*regulation*» negli atti giuridici dell'UE viene tradotta in italiano (come in francese o in tedesco) indifferentemente come «regolazione» o «regolamentazione»: cfr. la direttiva 2002/21 o la direttiva 2003/53.

³ Con una precedenza per l'atto del regolare. In inglese, secondo il *Collins Dictionary* on-line (<http://www.collinsdictionary.com/dictionary>), «*regulation*» è «*The act or process of regulating*», ma anche «*A rule, principle, or condition that governs procedure or behaviour*»; in italiano cfr., fra le altre, le voci «regolazione» in *Vocabolario Treccani*, Roma, 2003, 1446 e in G. DEVOTO, G.C. OLI, *Vocabolario illustrato della lingua italiana*, Milano, 1980, XV ristampa, vol. II, 754.

lazione» è un concetto di analisi economica del diritto⁴. Manca in sostanza ogni genere di convenzione linguistica (generale o specialistica) su che cosa si può denotare con il termine «regolazione»⁵. Si deve allora fornire una nozione di regolazione, valida almeno ai fini di questo scritto.

A) Secondo una nozione lata⁶, per «regolazione» si intende «*the diverse set of instruments by which governments set requirements in enterprises and citizens*»⁷. Tale nozione può essere intesa in maniera oltremodo estensiva, tanto da far rientrare nella regolazione tutte le norme, di qualunque natura, prodotte dai pubblici poteri in qualunque settore: dal diritto penale agli incentivi per le imprese, dal diritto tributario alla disciplina della concorrenza, dal diritto del lavoro a quello dell'ambiente⁸. In questa accezione, «regolazione» coincide con «posizione di norme giuridiche» oppure con «norme giuridiche», a seconda che si guardi all'atto o al suo prodotto. Così inteso, dunque, il termine «regolazione» è un mero anglicismo, ininfluenza sul bagaglio concettuale di qualunque scienza, inclusa l'economia⁹.

⁴ Questa è, a quanto pare, anche la conclusione di G. MARCOU, *Esiste una nozione giuridica di regolazione?*, cit., 30, quando afferma che la regolazione «riflette cambiamenti di maggiore importanza nel sistema economico, ma i cambiamenti nell'ambito giuridico sono più modesti [...] e insistono piuttosto sugli aspetti istituzionali e procedurali che sulle nozioni giuridiche fondamentali».

⁵ Cfr. V. PAMPANIN, *Contributo a una definizione della regolazione (caratteri distintivi e ambito di pertinenza)*, in *Dir. econ.*, 2010, 114, il quale cita l'intervento di J.L. AUTIN, *À la recherche d'une définition juridique de la regulation*, al convegno *Il modello europeo di regolazione. Atti della giornata di studio in memoria del prof. Salvatore Cattaneo* i cui atti sono stati pubblicati a cura di P. CHIRULLI, R. MICCÙ (Napoli, 2011).

⁶ Si tralascia in questa sede il problema di semantica generale, su cui si vedano per tutti A. LA SPINA, G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000, 24, e L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, 2002, 22 ss.

⁷ OCSE, *Report on Regulatory Reform*, Parigi, 1997. Sulla stessa lunghezza d'onda è il *Final Report del Mandelkern Group on Better Regulation* del 13 novembre 2001 che nel «glossario» allegato definisce «*regulation*» come «*Legislation and other forms of binding action by public authorities to implement public policy*».

Tale nozione lata è quella sostanzialmente accolta anche dalla legislazione italiana sull'analisi di impatto della regolazione (che, però, impiega «regolazione» e «regolamentazione» come sinonimi), sul punto N. GRECO, *Consistenza, articolazione e ambiguità della regolazione*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 2004, par. 9.3; N. RANGONE, *La categoria della regolazione economica e l'impatto sui destinatari*, in <http://sna.gov.it/www.sspa.it/wp-content/uploads/2010/04/categoriaregolazioneecon.pdf>, 2010, 4 ss.

La medesima lata nozione di «regolazione» è presupposta dal *Progetto di accordo interistituzionale relativo all'inquadramento delle agenzie europee di regolazione*, presentato dalla Commissione al Parlamento europeo del 25 febbraio 2005, COM/2005/59, quando al par. 7.1. (rubricato «La nozione di regolazione») vi si afferma: «bisogna distinguere le attività di «regolazione» dalla «regolamentazione», ossia l'adozione di norme giuridiche vincolanti di portata generale. Effettivamente le attività di regolazione non comportano necessariamente l'adozione di atti normativi. Esse possono ricorrere anche ad altre misure di incentivo, quali la co-regolazione, l'auto-regolazione, le raccomandazioni, il ricorso all'autorità scientifica, la costituzione di reti e la convergenza di buone pratiche, la valutazione dell'applicazione e dell'attuazione delle norme, ecc.», laddove, però, nella regolazione è compreso anche l'insieme di quelle prescrizioni di fonte privata o mista pubblico-privata (escluso, invece, dalla nozione OCSE e del Gruppo di Mandelkern, oltre che da moltissimi studiosi che si sono misurati sul tema).

⁸ È l'interpretazione che di questa definizione forniscono M. D'ALBERTI, G. TESAURO (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000, 171, nonché L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, cit., 32 ss. (sebbene al fine di criticarla).

⁹ Cfr. L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, cit., 34. Gli economisti, infatti, distinguono la regolazione dalle altre norme giuridiche: ad esempio, un conto sono le norme giuridiche necessarie per

La regolazione economica dei porti e degli aeroporti, tra fallimenti del mercato e fallimenti della regolazione

Prendendo le mosse dalla nozione di 'regolazione in senso stretto' (ossia intendendo per 'regolazione' la disciplina giuridica di un solo mercato, che modifica l'orizzonte delle alternative degli operatori di quel mercato, emanata da un soggetto estraneo al mercato e finalizzata a rimediare ai o ad evitare i fallimenti del mercato oppure ad attuare valori di cui il mercato non si preoccupa), lo scritto analizza la vigente regolazione del mercato degli scali (cioè del mercato degli approdi) e del mercato negli scali (cioè del mercato dei servizi prestati all'interno degli scali), portuali e aeroportuali. Nonostante porti e aeroporti siano per molti versi simili, la regolazione dei porti è molto diversa da quella degli aeroporti (sia sul versante della regolazione dell'infrastruttura, sia per quanto riguarda la regolazione dei servizi prestati all'interno dello scalo), per via del diverso modello di gestione (pubblicistico per i porti, privatistico per gli aeroporti). Il che lascia emergere che la regolazione delle infrastrutture dipende anche dal modello di gestione dell'infrastruttura. Tuttavia gli esiti della regolazione e la performance economica dei relativi mercati si rivelano insoddisfacenti in entrambi i modelli, principalmente perché la gestione pubblica (cui i porti sono soggetti) è strutturalmente inefficiente, mentre la gestione privata degli aeroporti è inefficiente per via dell'assenza di pressione competitiva (reale o simulata tramite una regolazione adeguata).

The economic regulation of ports and airports, from market failures to regulatory failures

Assuming the notion of 'regulation in the strict sense' (i.e. legal provisions: (i) concerning one market only, (ii) modifying the range of actions conceded to the operators in that market, (iii) set forth by an entity external to the market, and (iv) designed to remedy or avoid market failures or pursue values which the market does not take care of), the paper analyses the current regulation of the infrastructure market (i.e. the market of the use of ports and airports) and the market within the infrastructure (i.e. the market of services provided in ports and airports). Although ports and airports are similar for many reasons, the infrastructure regulation and the regulation of the services provided within the infrastructure regarding ports is very different from the regulation of airports, due to the management model of the infrastructure (which is public for ports and private for airports). That shows that infrastructure regulation also depends on the management model of the infrastructure (whether public or private). The results of the regulation and performance of the relevant markets are nonetheless unsatisfactory, both in ports and airports, basically because of the structural inefficiency of public management and the inefficiency of the private management without competitive pressure (or the simulation of competitive pressure through proper regulation).

Articoli e Saggi

La fisionomia politica del paesaggio

Renato Rolli

SOMMARIO: 1. Dalla “teoria della cristallizzazione o pietrificazione” dei beni meritevoli di tutela alla concezione “dinamica” del paesaggio. – 2. La *primauté* del valore estetico-culturale. – 3. La connessione della tutela paesaggistica con quella ambientale. – 4. La valenza percettiva (estetico-identitaria) del paesaggio. – 5. Cenni comparati.

1. *Dalla “teoria della cristallizzazione o pietrificazione” dei beni meritevoli di tutela alla concezione “dinamica” del paesaggio.*

Sino agli anni '70 il Giudice delle leggi ha individuato i beni meritevoli di tutela, ai sensi dell'art. 9 Cost., con la teoria della “cristallizzazione” o della “pietrificazione”¹.

¹ Sul punto, A. PREDIERI, *Paesaggio*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981. Sulla «teoria della cristallizzazione o pietrificazione», invece, in dottrina, G. VIVOLI, *Prime riflessioni sulla tutela del paesaggio alla luce del nuovo Codice dei beni culturali e sul paesaggio* (D.Lgs. n. 42/2004), in *AmbienteDiritto.it*, su www.ambientediritto.it, 2004. Nei primi decenni della Repubblica ci si richiamò «al criterio esegetico della “pietrificazione”» per interpretare l'espressione «paesaggio», di cui all'art. 9 Cost., «limitandola alle bellezze naturali – a ciò che quindi è solo bello da vedere –, dovendosi ritenere tale l'intento dei costituenti». Si rinvia, inoltre, a A. PREDIERI, *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio*, in Id., *Urbanistica, tutela del paesaggio, espropriazione*, Milano, 1969, 3; F. MERUSI, *Commentario all'art. 9 Cost.*, in AA.VV., *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna, 1975, spec. 434; A. CROSETTI, *Paesaggio*, in *Dig. disc. pubbl.*, XV, Torino, 2008, 542; G. SEVERINI, *Commento all'art. 9 della Costituzione*, in AA.VV., *Codice di edilizia e urbanistica*, a cura di S. BATTINI, L. CASINI, G. VESPERINI, C. VITALE, Torino, 2013, 30; R. ROLLI, D. SICLARI, *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Roma, 2015; Id. (a cura di), *Management e valorizzazione del patrimonio culturale locale. Dimensione assiologica, giuridica e relazionale*, Milano, 2012; L.R. PERFETTI, *Premesse alle nozioni giuridiche di ambiente e paesaggio*, in AA.VV. *Diritto al paesaggio e diritto del paesaggio*, a cura di W. CORTESE, Napoli, 2008; G.F. CARTEI, *Il paesaggio*, in AA.VV., *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, Parte speciale, tomo II, Milano, 2003, 2113; A.M. SANDULLI, *La tutela del paesaggio nella Costituzione*, in *Riv. giur. edil.*, 1967, II, 69 ed in Id., *Scritti giuridici*, II, Napoli, 1990, spec. 292; M. IMMORDINO, *Paesaggio* (tutela del), in *Dig. disc. pubbl.*, X, Torino, 1995, 572; Id., *Paesaggio*, in AA.VV., *Annuario delle Autonomie Locali*, 1988, a cura di S. CASSESE; C. BARBATI, *Il paesaggio come realtà etico-culturale*, in *Diritto al paesaggio e diritto del paesaggio*, cit., 31; Id., *Vincolo paesaggistico e regime dei beni*, Padova, 1991; G.F. CARTEI, *La disciplina del paesaggio tra conservazione e fruizione programmata*, Torino, 1995.

Tuttavia, già il legislatore pre-repubblicano aveva recepito la concezione estetica del paesaggio. Infatti, la legge sulla «Protezione delle bellezze naturali» – n. 1497/1939 – tutelava anche la «bellezza naturale» e la «non comune bellezza», in quanto di «notevole interesse pubblico» e apprezzava, inoltre, il «valore estetico», esprimendosi in termini figurativi, e non giuridici, di «quadri naturali»²: un'idea di paesaggio improntata, dunque, su una concezione estetizzante³.

Simile rappresentazione del bello di natura, ancor prima, era stata accolta dal legislatore del 1922, con la legge n. 778⁴, su cui, naturalmente, la Corte costituzionale non ha mai potuto esercitare il suo scrutinio.

Difatti, trattandosi di un tempo antecedente alla Costituzione del '48, non si sarebbe potuto intendere il bello di natura se non in senso puramente estetico ed il paesaggio stesso come sinonimo e con il significato di panorama, vale a dire di veduta⁵.

L'estetica non può che cogliere il bello – naturale – e, pertanto, ciò che è percepibile ai sensi, alla vista in particolare e la cui fruizione si traduce in un miglioramento della qualità della vita, che dev'essere accessibile a tutti ed è interesse di tutti.

² Nello specifico, l'art. 1 della l. 1497/1939 così individuava il suo ambito di applicazione: «Sono soggette alla presente legge a causa del loro notevole interesse pubblico: 1. le cose immobili che hanno cospicui caratteri di bellezza naturale o di singolarità geologica; 2. le ville, i giardini e i parchi che, non contemplati dalle leggi per la tutela delle cose d'interesse artistico o storico, si distinguono per la loro non comune bellezza; 3. i complessi di cose immobili che compongono un caratteristico aspetto avente valore estetico e tradizionale; 4. le bellezze panoramiche considerate come quadri naturali e così pure quei punti di vista o di belvedere, accessibili al pubblico, dai quali si goda lo spettacolo di quelle bellezze». Per un approfondimento, si rinvia a T. TEMPESTA, *Il valore del paesaggio rurale*, in T. TEMPESTA, M. THIENE, *Percezione e valore del paesaggio*, Franco Angeli, Milano, 2006, 9. Ma anche L. CARAVAGGI, *Paesaggi di paesaggi*, Meltemi Editore, Roma, 2001, che osserva come il paesaggio della legge 1497 del 1939 fosse asservito ad un preciso progetto politico di regime nella logica di Bottai, che si ritrova in G. BOTTAI, *La politica delle arti. Scritti 1918-1943*, a cura di A. MASI, Editalia, Roma, 2009, nonché in V. CAZZATO, S. CASSESE, G. BASILE, *Istituzioni e politiche culturali in Italia negli anni Trenta*, Vol. 2, Roma, Istituto poligrafico e Zecca dello Stato, 2001, part. 614 ss.; M. IMMORDINO, *Paesaggio cit.*, 573.

³ Sul punto, M.C. ZERBI, *Paesaggio, un archivio culturale nell'approccio politico-legislativo*, in M. RONZA, M. MAUTONE, *Patrimonio culturale e paesaggio. Un approccio di filiera per la progettualità territoriale*, Roma, 2010, 46; R. FATTIBILE, *L'evoluzione del concetto di paesaggio tra norme e giurisprudenza costituzionale: dalla cristallizzazione all'identità*, in www.federalismi.it, 2016.

⁴ Cfr., anche a riguardo, M.C. ZERBI, *ibidem*. Inoltre, l'allora Ministro della pubblica istruzione riconosceva attraverso tale norma nella difesa delle bellezze naturali un interesse artistico che «s'identifica con l'interesse posto a fondamento delle leggi protettrici dei monumenti e della proprietà artistica e letteraria», così B. CROCE, *Relazione del Ministro della P.I. all'11 giugno 1922, n. 778*, in *Storia e legislazione dei beni culturali e ambientali*, a cura di A. MANZI, Udine, 1988, 212. Tuttavia, il legislatore del 1909, nella legge 20 giugno, n. 364, interveniva sulle cose di interesse artistico e storico.

⁵ Sul punto, L. MORI, *Laboratorio "Paesaggio, panorama e belvedere: Sardegna, una terrazza sulla città di Trento"*, in www.academia.edu, 2; D. SICLARI, *Il valore dei beni culturali nell'epoca globale. Ovvero per una globalizzazione che non sommerga le culture locali*, Reggio Calabria, 2013; S. AMOROSINO, *Introduzione al diritto del paesaggio*, Bari, 2010; P. MARZARO, *L'amministrazione del paesaggio. Profili critici ricostruttivi di un sistema complesso*, Torino, 2011; ID., *Epistemologie del paesaggio: natura e limiti del potere di valutazione delle amministrazioni*, in *Dir. pubbl.*, 2014, 843; M. VITTA, *Il paesaggio. Una storia fra natura e architettura*, Torino, 2005; C. TOSCO, *Il paesaggio come storia*, Bologna, 2007; ID., *I beni culturali. Storia, tutela e valorizzazione*, Bologna, 2014.

La fisionomia politica del paesaggio

Il saggio si sofferma sulle concezioni del paesaggio, inteso in una prospettiva storico-costituzionale. Le costanti evoluzioni che si sono registrate nella legislazione ordinaria e nella giurisprudenza costituzionale, sono utilissimi indicatori che evidenziano i cambiamenti avutisi nelle elaborazioni del concetto di paesaggio e della relativa tutela. Il concreto apporto delle fonti internazionali testimonia ulteriormente la valenza di pubblico interesse che si può riconnettere alla salvaguardia paesaggistica, così come testimoniato anche dalla legislazione comparata.

The political physiognomy of the landscape

The essay focuses on the concepts of the landscape, from a historical-constitutional prospective. The constant evolutions that have taken place in ordinary legislation and in constitutional jurisprudence are very useful indicators that highlight the changes that have occurred in the elaborations of the concept of landscape and its relative protection. The concrete contribution of international sources further testifies to the valence of public interest which may be reconnected to the safeguarding of landscape, as testified also by comparative legislation.

Articoli e Saggi

Il problema giuridico ed economico delle concessioni d'uso dei beni culturali*

Antonio Leo Tarasco

SOMMARIO: 1. Concessioni di beni culturali pubblici e redditività. – 2. Analisi delle singole fattispecie. – 3. Le problematiche economiche. – 3.1. La determinazione dei canoni concessori: quali criteri e quali introiti? – 3.2. Le concessioni d'uso dei beni culturali-immagini. – 3.3. Le concessioni d'uso dei beni culturali-spazi. – 4. I problemi contabili dei canoni concessori. – 5. Canoni concessori e introiti dei servizi aggiuntivi: distinzione e rapporti. – 6. Profili organizzativi. – 6.1. Chi determina i canoni concessori? – 6.2. Chi controlla il rispetto dell'applicazione dei canoni concessori? – 7. Il problema dell'uso di immagini di beni culturali all'interno di marchi commerciali. – 8. I prestiti per mostre o esposizioni: riconducibilità alla disciplina delle concessioni e conseguenti effetti giuridici ed economici.

1. *Concessioni di beni culturali pubblici e redditività.*

Il tema delle concessioni di uso dei beni culturali rappresenta un'area di mediocre interesse investigativo per gli studiosi. Eppure, la scarsa attenzione della dottrina¹ e i rari interventi della giurisprudenza² sono inversamente proporzio-

* Il saggio riproduce parte del capitolo sesto del volume di A. L. TARASCO, *Il patrimonio culturale. Modelli di gestione e finanza pubblica*, Editoriale scientifica, Napoli, 2017, 183-238.

¹ Basti pensare allo scarso spazio dedicato nella manualistica più diffusa, ed in ogni caso dal prevalente punto di vista giuridico, senza alcun riferimento alle implicazioni contabili ed economiche: si veda, ad esempio, C. BARBATI, M. CAMELLI, G. SCIULLO, *Diritto e gestione dei beni culturali*, Il Mulino, 2011, 103; nessun cenno, invece, tanto in M. AINIS, M. FIORILLO, *L'ordinamento della cultura. Manuale di legislazione dei beni culturali*, Giuffrè, Milano, 2008, quanto in G. VOLPE, *Manuale di diritto dei beni culturali. Storia e attualità*, III ed., Cedam, Padova, 2013.

A dispetto della abbondante produzione dottrinale in materia di concessioni di lavori pubblici e di servizi pubblici nel settore dei beni culturali, i contributi dottrinali specificamente dedicati alle concessioni d'uso dei beni culturali sono assai rari e limitati essenzialmente a: E. SBARBARO, *Codice dei beni culturali e diritto d'autore: recenti evoluzioni nella valorizzazione e nella fruizione del patrimonio culturale*, in *Riv. Dir. Industriale*, n. 2/2016, 63 ss.; A. TUMICELLI, *L'immagine del bene culturale*, *ivi*, n. 1/2014; M. BROCCA, *La disciplina d'uso dei beni culturali*, *ivi*, n. 2/2006.

² Tar Toscana, 22 ottobre 2013, n. 1473, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

nali all'applicazione dell'istituto nella prassi amministrativa realizzata dai diversi enti pubblici consegnatari di beni del patrimonio culturale che ricorrono agli istituti disciplinati dagli articoli 106 e 107 Codice dei beni culturali e del paesaggio (d'ora in avanti, Codice) sia per esigenze strettamente legate alla valorizzazione dei beni (art. 106) che per necessità di carattere pratico-economico (art. 107).

Al contrario, l'interesse verso l'approfondimento della tematica risiede nei seguenti e non trascurabili profili.

In primo luogo, stante l'inalienabilità del demanio culturale (che a sua volta ricomprende la massima parte del patrimonio culturale offerto alla fruizione pubblica), la concessione dei beni culturali realizzata secondo il combinato disposto degli articoli 106 e 57-*bis* del Codice può rappresentare un serio ed equilibrato punto di mediazione tra riserva della proprietà pubblica e sollecitazione dell'iniziativa economica privata, secondo il mai applicato modello della sussidiarietà orizzontale (art. 118, comma 4, Cost.) e di alcuni trascurati principi del Codice (articoli 6, comma 3, e 111, comma 4, del Codice³): la scarsità delle risorse economiche e la fisiologica incapacità degli enti pubblici di amministrarle secondo canoni realmente aziendalistici (che, presi sul serio, implicherebbero scelte radicali con un costo reputazionale che nessun rappresentante politico o alto dirigente ha inteso o intenderà sostenere mai) in uno con la vastità del patrimonio culturale pubblico (sono 2927 gli istituti e luoghi della cultura pubblici aperti al pubblico⁴) impediscono che le Amministrazioni pubbliche possano garantire la cura ottimale del patrimonio culturale nel ciclo tutela-fruizione-valorizzazione. Attesi tali vincoli dimensionali, finanziari e funzionali, l'unica alternativa ragionevole ad una improduttiva ed insistente riserva pubblica nella gestione del patrimonio culturale e, nel contempo, rispettosa della demanialità (e del suo attributo più importante: l'inalienabilità) è rappresentata dalla concessione dell'uso dei beni culturali a terzi soggetti, indipendentemente dalla natura giuridica di questi, con conseguente mantenimento della proprietà pubblica dei beni.

In linea generale, infatti, attraverso l'istituto concessorio ed il connesso trasferimento delle facoltà di godimento ed utilizzazione di beni demaniali culturali da parte di terzi soggetti privati si concretizza quell'indifferenza del soggetto gestore del patrimonio pubblico di cui parla la più avvertita dottrina: come è stato condivisibilmente affermato, proprietà soggettivamente pubblica e pubblica destinazione sono ormai poste non come elementi necessariamente congiunti ma in combinazione funzionale con l'utilizzazione economica dei beni da parte

³ I quali dispongono, rispettivamente, che *“la Repubblica favorisce e sostiene la partecipazione dei soggetti privati, singoli o associati, alla valorizzazione del patrimonio culturale”* e che *“la valorizzazione ad iniziativa privata è attività socialmente utile e ne è riconosciuta la finalità di solidarietà sociale”*.

⁴ Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo, *Minicife della cultura 2014*, Gangemi editore, Roma, 2015, 4.

Il problema giuridico ed economico delle concessioni d'uso dei beni culturali

Il tema delle concessioni d'uso dei beni culturali è stato assai raramente esplorato dalla dottrina e dalla giurisprudenza, ed in ogni caso sempre e comunque in un'ottica strettamente procedimentale, senza alcuna riflessione sui suoi risvolti economici e contabili. L'autore analizza l'istituto alla luce del criterio di redditività del patrimonio culturale, distinguendo sul piano giuridico ed economico le problematiche a seconda che si tratti di concessione materiale di beni culturali ovvero di concessione della riproduzione delle immagini dei beni culturali di cui agli articoli 106 ss., d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42. In particolare, nonostante l'elevata potenzialità del settore delle riproduzioni d'immagini di beni culturali, in considerazione della scarsa remuneratività effettiva delle concessioni d'uso del patrimonio culturale statale (che rendono percentuali che non superano il 2 per cento degli introiti complessivi derivanti dalla gestione del patrimonio culturale statale), l'autore propone di istituire un'Autorità di controllo sugli usi delle riproduzioni delle immagini dei beni culturali in grado di tutelare la proprietà culturale pubblica allo stesso modo in cui la Società italiana autori ed editori (S.I.A.E.) tutela la proprietà intellettuale privata. Nello scritto vengono affrontati anche i problemi economici dei marchi commerciali che utilizzino immagini dei beni culturali nonché dei c.d. prestiti di beni culturali e della loro riconducibilità al più ampio istituto concessorio, in considerazione della natura demaniale dei beni culturali pubblici.

The juridical and economic issue of the concession of use of cultural heritage

The theme of the concession of use of cultural heritage has very rarely been explored by the doctrine and by jurisprudence, and where it has been, it is still always from a strictly procedural stance, without any reflection on its economic and accounting repercussions. The author analyses the institution in the light of the criterion of profitability of cultural heritage, on the juridical and economic level distinguishing the issues on the basis of whether we are dealing with the material concession of cultural heritage itself or the concession of reproductions of the images of cultural heritage as described in articles 106 ss, legal decree dated 22 January 2004, No. 42. In particular, despite the high potential within the sector for the reproduction of imagery of cultural heritage, considering the scarce actual remunerativity of the concessions of use of the state cultural heritage (which produce a share that does not go beyond two per cent of the overall income from the management of state's cultural heritage), the author proposes the establishment of a watchdog authority for the use of the reproductions of imagery of cultural heritage, capable of protecting public cultural property in the same way that the Società Italiana Autori ed Editori (S.I.A.E.) protects private intellectual property. The work also deals with the economic issues of brands using images taken from cultural heritage, as well as the so-called loans of cultural heritage and their traceability to the broader concessionary institution, in consideration of the state propriety nature of public cultural heritage.

Articoli e Saggi

Quale libertà di impresa per l'assegnatario del servizio postale? Riflessioni sull'attuale modello di regolazione nel segmento dell'industria del recapito

Stefania Pedrabissi

SOMMARIO: 1. Premesse. – 2. L'affermazione comunitaria della nozione giuridica di servizio universale. – 3. La libera concorrenza come valore (non) assoluto dell'Unione Europea... – 3.1. (segue) e la promozione dei diritti sociali. – 4. Il servizio postale universale nella disciplina comunitaria: le incertezze normative e la soluzione del fondo di compensazione. – 5. La disciplina nazionale del servizio postale universale. – 6. Criticità del settore postale. – 7. Riflessioni finali.

1. *Premesse.*

I recenti «provvedimenti» di chiusura adottati da Poste Italiane S.p.A. su tutto il territorio nazionale – al fine di contenere i costi di gestione e, pertanto, sopprimere quegli uffici postali dislocati in località che, per l'esiguo numero di utenti, per le difficili condizioni geografiche delle località medesime, determinano una gestione antieconomica – offrono un prezioso spunto per affrontare il tema centrale del servizio postale universale e dell'ambito della libertà d'impresa, sub specie di libertà di organizzazione, riconoscibile a Poste Italiane S.p.A. (PI)¹.

In particolare appare utile riflettere sulle scelte di gestione della rete, adottate dall'*incumbent*, al fine di poter comprendere se e in che misura PI possa compiere, in piena autonomia, valutazioni squisitamente imprenditoriali qua-

¹ Con riferimento agli anni 2015-2016 si vedano gli elenchi predisposti da PI degli uffici postali e delle strutture di recapito che non garantiscono condizioni di equilibrio economico, unitamente al piano di intervento per la razionalizzazione della gestione degli uffici postali ed al contratto di Programma 2009-2011 sottoscritto dal Ministero dello Sviluppo Economico e Poste Italiane S.p.A. In data 16 dicembre 2014 PI ha presentato un nuovo Piano Strategico a copertura degli anni 2015-2019. Le scelte programmatiche di razionalizzazione delle sedi, ossia un a serie di note di chiusura su tutto il territorio, sono state adottate dall'*incumbent* alle luce dei dati contenuti in detti elenchi.

li la decisione di sopprimere quegli uffici postali «di ridotto e scarso utilizzo» che determinano una gestione antieconomica dei medesimi.

Comprendere, altresì, se l'autonomia imprenditoriale della Società di recapito nazionale possa essere in qualche modo limitata dalla funzione svolta dalla stessa PI, quale *incumbent* del servizio universale². Funzione che potrebbe costituire un limite ontologico alla capacità di autodeterminarsi in una logica puramente privatistica.

Comprendere, da ultimo, il ruolo di tutti gli *stakeholders* operanti nel segmento postale, chiamati ad affrontare la non facile sfida del mercato del servizio di recapito nell'era digitale.

La cornice di questo scritto è, pertanto, costituita da un lato dall'attribuzione *ex lege* in capo a Poste Italiane S.p.A. del servizio universale; dall'altro dall'attuale sistema di regolazione del segmento dell'industria del recapito, forse non (più) congruo ad un mercato liberalizzato³.

Quanto al primo profilo, l'affidamento per legge genera una serie di importanti obblighi di servizio, unitamente al riconoscimento di poteri che spettano all'*incumbent* al fine di assolvere la specifica «missione»⁴ ad esso attribuita.

² Il servizio universale è disciplinato dall'art. 3 del d. lgs. 22 luglio 1999, n. 261, recante attuazione della direttiva 97/67/CE in materia di regole comuni per lo sviluppo del mercato interno dei servizi postali comunitari e per il miglioramento del servizio, così come modificato dal d. lgs. 30 marzo 2011, n. 58, che prevede: «1. È assicurata la fornitura del servizio universale e delle prestazioni in esso ricomprese di qualità determinata, da fornire permanentemente in tutti i punti del territorio nazionale, incluse le situazioni particolari delle isole minori e delle zone rurali e montane, a prezzi accessibili all'utenza. 2. Il servizio universale, incluso quello transfrontaliero, comprende: I) la raccolta, il trasporto, lo smistamento e la distribuzione degli invii postali fino a 2 kg; II) la raccolta, il trasporto, lo smistamento e la distribuzione dei pacchi postali fino a 20 kg; III) i servizi relativi agli invii raccomandati e agli invii assicurati». Il fornitore del servizio universale garantisce per almeno 5 giorni a settimana: a) una raccolta; b) una distribuzione al domicilio di ogni persona fisica o giuridica o, in via di deroga, alle condizioni stabilite dall'autorità di regolamentazione in installazioni appropriate.

³ Per un inquadramento generale del tema, oltre a quelli che saranno citati nel testo, si v.: M. RAMAJOLI, *Liberalizzazioni: una lettura giuridica*, in questa *Rivista*, vol. 25, 2012, 3, 79, 507 ss.: «Infatti la liberalizzazione è un processo e l'equilibrio tra libertà e autorità è in continua evoluzione (cfr. S. CASSESE, *Quattro paradossi sui rapporti tra poteri pubblici ed autonomie private*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 389 ss.). Sicuramente il più importante ambito di liberalizzazioni, per dimensioni e per impatto economico e sociale, è quello che interessa i servizi d'interesse economico generale (comunicazioni elettroniche, energia e gas, trasporti e poste)». Con particolare riferimento alla necessaria distinzione tra diritto ed economia cfr. F. FRACCHIA, *Il diritto dell'economia alla ricerca di un suo spazio nell'era della globalizzazione*, in questa *Rivista*, vol. 25, 77, 2012, 1, 77, 11 ss.

⁴ Il concetto di «missione», ossia di un obiettivo da realizzare strettamente connesso al ruolo sociale del servizio, è introdotto dall'art. 106 del TFUE, II comma, laddove prevede un'eccezione alle regole della concorrenza proprie del libero mercato, stabilendo che: «le imprese incaricate della gestione dei servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi dell'Unione».

Quale libertà di impresa per l'assegnatario del servizio postale? Riflessioni sull'attuale modello di regolazione nel segmento dell'industria del recapito

I recenti provvedimenti di chiusura adottati da Poste Italiane S.p.A. su tutto il territorio nazionale, al fine di sopprimere quegli uffici postali di scarso rendimento economico, offrono un interessante strumento per riflettere sul tema centrale del Servizio postale universale e dell'ambito della libertà d'impresa, sub specie di libertà di organizzazione, riconoscibile a Poste Italiane S.p.A. Lo scritto, si pone il triplice obiettivo di: I) evidenziare le complessità giuridiche che da sempre accompagnano il processo di liberalizzazione del mercato postale nel contesto comunitario e nazionale; II) mettere in luce i problemi sottesi al riconoscimento, in capo all'incumbent, di una vera e propria autonomia imprenditoriale; III) di riflettere sul futuro del mercato dell'industria del recapito.

What company freedom should be granted to the assignee of the postal service? Reflections on the current model of regulation in the segment of the home delivery market

The recent closure procedures adopted by Poste Italiane SpA throughout the national territory, in order to suppress those post offices deemed economically underperforming, offer an interesting tool with which to reflect on the central theme of the universal postal service and the scope of free enterprise, a sub-species of freedom of organisation, recognisable at Poste Italiane SpA. The essays sets itself the triple objective of: I) highlighting the legal complexity that always accompanies the process of liberalisation of the postal market at local and national levels; II) highlighting the problems underlying the acknowledgement to the incumbent of any real entrepreneurial autonomy; III) reflecting on the future of the home delivery market.

Articoli e Saggi

Il soccorso istruttorio nel nuovo Codice degli appalti: *pre e post* D.Lgs. n. 56 del 2017

Paolo Provenzano

SOMMARIO: 1. Sulla crescente rilevanza del dovere di soccorso istruttorio: dalle origini al D.Lgs. n. 50 del 2016. – 2. Sui limiti che incontra il libero dispiegarsi del dovere di soccorso istruttorio. – 3. Sul diverso trattamento riservato alle «irregolarità essenziali» e alle «irregolarità formali» nell'originaria formulazione del comma 9 dell'art. 83 del D.Lgs. n. 50 del 2016. – 4. Sulla sanzione pecuniaria prevista nei casi di «irregolarità essenziali» dall'originaria formulazione del comma 9 dell'art. 83 del D.Lgs. n. 50 del 2016. – 5. Sulla parziale incostituzionalità dell'originaria formulazione dell'art. 83, comma 9, del D.Lgs. n. 50 del 2016. – 6. Sulle modifiche apportate dal «correttivo» al comma 9 dell'art. 83 del D.Lgs. n. 50 del 2016.

1. *Sulla crescente rilevanza del dovere di soccorso istruttorio: dalle origini al D.Lgs. n. 50 del 2016.*

Pur affondando le sue radici nel diritto amministrativo generale¹, è nel diritto-

¹ L'istituto del soccorso istruttorio trova, infatti, fondamento normativo in ben due norme della l. n. 241 del 1990. Ci si riferisce, da un lato, all'art. 6, comma 1, lett. b), della l. n. 241 del 1990 (per il quale il Responsabile del procedimento «può chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erronee o incomplete»), dall'altro, all'art. 10-*bis* della medesima l. n. 241 del 1990 (il quale, a sua volta, prevede che «nei procedimenti ad istanza di parte il responsabile del procedimento o l'autorità competente, prima della formale adozione di un provvedimento negativo, comunica tempestivamente agli istanti i motivi che ostano all'accoglimento della domanda»). Sulle analogie tra quanto prescritto dalle predette previsioni della l. n. 241 del 1990 e l'istituto in esame si rinvia a M. OCCHIENA, H. GARUZZO, *Documenti e informazioni complementari*, in *Trattato sui contratti pubblici*, (diretto da) M.A. SANDULLI, N. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI, Milano, 2008, vol. II, 1594 ss.; F. APERIO BELLA, *Soccorso istruttorio*, in *www.lamministrativista.it*, 1; A. MANZI, *Il soccorso istruttorio negli appalti e negli altri procedimenti*, in *Giur. it.*, 2016, 2520 ss.; IDEM, *In attesa della plenaria... un altro colpo a favore delle tesi sostanzialistiche nell'applicazione del cd. soccorso istruttorio*, in *Urb. e app.*, 2013, 1309 ss. A tal riguardo si veda anche Cons. Stato., Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Con riferimento all'art. 6 della l. n. 241 del 1990 si vedano M. IMMORDINO, M.C. CAVALLARO, N. GULLO, *Il responsabile del procedimento*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, 2011, 434 ss. e P. LAZZARA, *Il responsabile del procedimento e l'istruttoria*, in *L'azione amministrativa*, a cura di A. ROMANO, 2016, 262 ss. Relativamente all'art. 10-*bis* della l. n. 241 del 1990 si rinvia a: G. BOTTINO, *La comunicazione-*

to «secondo»² degli appalti che l'istituto del «soccorso istruttorio»³ ha trovato il suo *habitat* naturale. È, infatti, proprio in tale contesto che detto istituto si è maggiormente sviluppato, acquisendo sempre più la funzione di antidoto all'exasperato formalismo che tradizionalmente connota la disciplina sull'evidenza pubblica.

La crescente importanza attribuita al soccorso istruttorio nel campo delle procedure di affidamento dei contratti pubblici ha di rimando accentuato la rilevanza accordata ad esso anche in tutti gli altri rami del diritto amministrativo. Non di rado, infatti, ci si imbatte in sentenze, riguardanti tutt'altre materie, in cui la disciplina sul soccorso istruttorio prevista dalla legislazione in materia di appalti viene richiamata a conferma della generale esigenza di evitare «atteggiamenti ostruzionistici o [...] ispira(ti) ad eccessivo formalismo»⁴ e quindi per giustificare la possibilità di operare «integrazioni documentali che consentano di superare la mancanza o incompletezza delle dichiarazioni»⁵ presentate a corredo di una determinata domanda formulata all'amministrazione.

Dopo aver trovato la sua primigenia disciplina nell'art. 15 del D.Lgs. n. 358 del 1992⁶, l'istituto del soccorso istruttorio in materia di gare d'appalto ha, come

ne dei motivi ostativi dell'accoglimento dell'istanza di parte: considerazioni su di una prima applicazione giurisprudenziale del nuovo art. 10-bis, l. n. 241 del 1990, in *Foro amm. TAR*, 2005, 1554 ss.; D. VAIANO, *Preavviso di rigetto e principio del contraddittorio nel procedimento amministrativo*, in *Le riforme della l. 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, a cura di L. PERFETTI, Padova, 2008, 35 ss.; P. LAZZARA, *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza*, in *L'azione amministrativa*, cit., 382 ss.; R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Art. 10 bis l. n. 241/1990*, in *Treccani. Il libro dell'anno del diritto 2012*, Roma, 2012, 278 ss. In generale, per un'approfondita analisi dell'istituto del soccorso procedimentale nelle sue varie sfaccettature si rinvia al recente lavoro monografico di E. FREDIANI, *Il dovere di soccorso procedimentale*, Napoli, 2016.

² Com'è noto, l'espressione «diritti secondi» è stata coniata da autorevole dottrina civilistica, che con essa fa riferimento a «ceppi normativi spostati dal tronco centrale del diritto comune e assoggettati a una logica diversa» (Così C. CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi la ripresa di un tema*, in *Europa e diritto privato*, 2006, 397). Sul punto si veda anche (e prima ancora) C. CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. Responsabilità civile e impresa bancaria*, in *Jus*, 1981, 158 ss..

³ Con riferimento all'espressione «soccorso istruttorio» autorevole dottrina ha osservato che si tratta di «un'espressione anfibologica». E che «la doppia lettura che se ne può fare, in mancanza di un termine diverso e diversificato che ormai la prassi acquisita non consente ci costringe o ci autorizza a mantenere questa espressione, a considerarla insostituibile anche se è indicativamente fruibile sia nel campo del procedimento sia in quello, che dovrebbe essere il più proprio, del processo amministrativo. Si tratta, comunque, per entrambi i campi considerati, di un momento «istruttorio»» (Così N. SAIITA, *Sul c.d. soccorso istruttorio nel procedimento e nel processo*, in *www.igitalia.it*, 5/2013).

⁴ Così P. LAZZARA, *I procedimenti amministrativi ad istanza di parte*, Napoli, 2008, 151.

⁵ Così TAR Sardegna, Cagliari, sez. I, 29 ottobre 2015, n. 1088, in *www.leggiditalia.it*, ove si precisa che l'ampliamento, in seguito alla novella del 2014, delle ipotesi in cui trova applicazione l'istituto del soccorso istruttorio nei procedimenti di affidamento dei contratti pubblici «inevitabilmente si riflette anche sull'estensione del dovere di soccorso istruttorio nella generalità degli altri procedimenti di massa (o, comunque, in cui siano interessati una pluralità indeterminata di soggetti)». Sotto tale profilo *cf.* anche TAR Lazio, Roma, sez. III-bis, 27 maggio 2016, n. 6209 e TAR Campania, sez. III, 28 settembre 2015, n. 4648, entrambe in *www.leggiditalia.it*.

⁶ Un'eshaustiva analisi delle varie norme susseguites in *subiecta materia* si trova in M. OCCHIENA, H. GARUZZO, *Documenti e informazioni complementari*, cit., 1593-1594.

*Il soccorso istruttorio nel nuovo
Codice degli appalti: pre e post
D.Lgs. n. 56/2017*

Il presente contributo ha ad oggetto la nuova disciplina sul c.d. soccorso istruttorio in materia di gare d'appalto di cui all'art. 83 del D.Lgs. n. 50 del 2016. In particolare, nella prima parte si analizza l'evoluzione che ha nel tempo subito l'istituto in parola fino al D.L. n. 90 del 2014, col quale si è notevolmente ampliato il suo perimetro di applicazione. Nella seconda parte, che è direttamente dedicata all'analisi della nuova disciplina, pre e post "correttivo", si dà risalto alle analogie e alle differenze che vi sono tra quest'ultima e quella contenuta nel D.Lgs. n. 163 del 2006. In tale parte si tratta, infine, della dubbia legittimità costituzionale della sanzione pecuniaria prevista dalla originaria formulazione del citato art. 83 del nuovo codice degli appalti e di come il legislatore sia intervenuta su di essa con il D.Lgs. n. 56/2017.

*Aid investigation in the new Public
Procurement Code: pre and post Legislative
Degree No. 56/2017*

This paper relates to the new regulations on the so-called aid investigation regarding tenders in Art. 83 of Legislative Decree No. 50/2016. In particular, it initially analyses the evolution that the institution in question suffered over time up to Legislative Decree No. 90/2014, with which it greatly expanded its scope of application.

In the second part, which is directly dedicated to the analysis of the new legislation, pre- and post-modifications, it emphasises the similarities and differences that exist between the former and the latter, that contained in Legislative Decree No. 163/2006. Finally, in this part, the dubious constitutionality of the financial sanction is examined, as laid out in the original formulation of the above-mentioned Art. 83 of the new Public Procurement Code, and how the legislator tried to solve these problems with Legislative Decree No. 56/2017.

Articoli e Saggi

I contratti secretati

Valerio Torano

SOMMARIO: 1. – Introduzione. 2. – Secretazione, trasparenza, concorrenza e corretto impiego delle risorse pubbliche; 3. – Secretazione ed «eccezione di sicurezza nazionale» ex art. 346 TFUE 4. – Il provvedimento di secretazione. 5. – La procedura di scelta dell'affidatario e l'esecuzione del contratto. 6. – I controlli. 7. – Conclusioni e prospettive.

1. *Introduzione.*

Nell'ambito del riordino della disciplina sui contratti pubblici, in attuazione delle direttive n. 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, per cui la l. 28 gennaio 2016 n. 11 ha delegato il Governo, è stato adottato il d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50¹. Il nuovo codice degli appalti, come l'abrogato d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, consente la secretazione dei contratti al cui «oggetto, atti o modalità di esecuzione è attribuita una classifica di segretezza» ovvero la cui «esecuzione deve essere accompagnata da speciali misure di sicurezza, in conformità a disposizioni legislative, regolamentari o amministrative». In particolare, la normativa di riferimento è l'art. 162, d.lgs. n. 50 del 2016, che ripropone essenzialmente l'art. 17, d.lgs. n. 163 del 2006, rispetto al quale innova al sistema dei controlli². Infatti, il ruolo del-

¹ Sul nuovo codice dei contratti v. P. MANTINI, *Nuovo codice degli appalti tra Europa, Italia e Autonomie Speciali*, in *www.giustamm.it*, 2016, 2; sulle direttive del 2014: E. PROIETTI, *L'adozione delle nuove direttive sui contratti pubblici in Italia*, in *www.giustamm.it*, 2016, 2; A. PAJNO, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 5, 1127 ss.; F. MARTINES, *Le direttive UE del 2014 in materia di contratti pubblici e l'articolato processo di integrazione europea nel diritto interno degli appalti*, in *www.federalismi.it*, 2015, 11; G.D. COMPORRI, *La nuova sfida delle direttive europee in materia di appalti e concessioni*, *ibidem*, 2015, 6; D. DEL VESCOVO, *Le nuove direttive in materia di appalti, concessioni e settori speciali*, in *www.amministrativamente.com*, 2014, 3-4.

² L'art. 162, d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, che ha dato attuazione all'art. 1, comma 1, lett. m), l. 28 gennaio 2016 n. 11 e che riprende quasi integralmente l'abrogato art. 17, d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, prevede che: «1. Le disposizioni del presente codice relative alle procedure di affidamento possono essere derogate: a) per i

la Corte dei conti non è più limitato al controllo successivo su regolarità, correttezza ed efficacia della gestione, ma comprende anche quello preventivo di legittimità, «tramite un proprio ufficio organizzato in modo da salvaguardare le esigenze di riservatezza»³.

A detta disciplina si aggiungono gli artt. 29, comma 1, e 192, comma 3, d.lgs. n. 50 cit., che configurano la secretazione come un'eccezione all'obbligo di pubblicazione, sul sito *internet* del committente, degli atti relativi alla programmazione ed alla procedura di affidamento. L'art. 53, comma 5, d.lgs. n. 50 cit., poi, in tema di esclusioni dal diritto di accesso e da ogni forma di divulgazione, indica prioritariamente gli appalti secretati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, mentre il successivo art. 213, comma 3, attribuisce all'Anac, tra l'altro, la vigilanza sui contratti in discorso⁴.

2. Secretazione, trasparenza, concorrenza e corretto impiego delle risorse pubbliche.

La *ratio* della secretazione dei contratti risiede nella garanzia di preminenti esigenze di non divulgazione di informazioni attinenti il supremo interesse nazionale, che prevalgono anche sui principi generali di evidenza pubblica posti a tute-

contratti al cui oggetto, atti o modalità di esecuzione è attribuita una classifica di segretezza; b) per i contratti la cui esecuzione deve essere accompagnata da speciali misure di sicurezza, in conformità a disposizioni legislative, regolamentari o amministrative. 2. Ai fini della deroga di cui al comma 1, lettera a), le amministrazioni e gli enti utenti attribuiscono, con provvedimento motivato, le classifiche di segretezza ai sensi dell'articolo 42 della legge 3 agosto 2007, n. 124, ovvero di altre norme vigenti. Ai fini della deroga di cui al comma 1, lettera b), le amministrazioni e gli enti utenti dichiarano, con provvedimento motivato, i lavori, i servizi e le forniture eseguibili con speciali misure di sicurezza individuate nel predetto provvedimento. 3. I contratti di cui al comma 1 sono eseguiti da operatori economici in possesso dei requisiti previsti dal presente decreto e del nulla osta di sicurezza, ai sensi e nei limiti di cui all'articolo 42, comma 1-bis, della legge n. 124 del 2007. 4. L'affidamento dei contratti di cui al presente articolo avviene previo esperimento di gara informale a cui sono invitati almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto del contratto e sempre che la negoziazione con più di un operatore economico sia compatibile con le esigenze di segretezza e sicurezza. 5. La Corte dei conti, tramite un proprio ufficio organizzato in modo da salvaguardare le esigenze di riservatezza, esercita il controllo preventivo sulla legittimità e sulla regolarità dei contratti di cui al presente articolo, nonché sulla regolarità, correttezza ed efficacia della gestione. Dell'attività di cui al presente comma è dato conto entro il 30 giugno di ciascun anno in una relazione al Parlamento».

³ Le sezioni riunite della Corte dei conti, in base all'art. 1, r.d.l. 9 febbraio 1939 n. 273, con delibera n. 2/2016/CONS del 4 aprile 2016, in *www.corteconti.it*, 2016, hanno ritenuto l'art. 162 cit. «coerente con le funzioni complessivamente attribuite dall'ordinamento alla Corte dei conti e come declinabili sulla base della disciplina di autonomia organizzativa e regolamentare».

⁴ Ai sensi dell'art. 1, comma 2, lett. f-bis), l. 6 novembre 2012 n. 190, introdotto dall'art. 8, comma 1, l. 27 maggio 2015 n. 69, l'Anac esercita la vigilanza e il controllo sui contratti di cui agli artt. 17 ss., d.lgs. n. 163 cit. In argomento, v. Avcp, delibera n. 10 del 10 aprile 2014, in *www.anticorruzione.it*, 2014, 9, per la quale spetta all'Autorità di vigilanza il compito di verificare, nelle concrete fattispecie di secretazione, la legittimità della deroga alle procedure ordinarie di affidamento, nell'ottica di salvaguardia dei superiori principi di derivazione comunitaria, miranti a garantire l'economicità, la trasparenza e, pur con alcuni limiti, la libera concorrenza.

I contratti secretati

L'art. 162, d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, riproducendo l'art. 17, d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, detta la nuova disciplina dei contratti pubblici secretati, includendola tra le norme specifiche del settore sicurezza e difesa. La natura eccezionale della secretazione, che consente di derogare a tutte le disposizioni su affidamenti e pubblicità, unitamente alla predetta collocazione sistematica, sottolineano lo stretto legame dell'istituto con la tutela degli «interessi essenziali della sicurezza dello Stato». Peraltro, l'affidamento di contratti secretati mediante gara informale non può prescindere né dai principi generali di logicità, imparzialità e parità di trattamento, né dalle norme sul corretto utilizzo delle risorse pubbliche. A tale ultimo riguardo, la più rilevante innovazione del nuovo codice è l'introduzione del controllo preventivo di legittimità della Corte dei conti sui decreti approvativi di contratti secretati, che si aggiunge al preesistente referto al Parlamento su regolarità, correttezza ed efficacia della gestione.

Classified public contracts

Article 162 of Legislative Decree n° 50 of 18th april 2016, following Article 17 of Legislative Decree n° 163 of 12nd april 2006, regulates classified public contracts in the sector of defense and security procurement. The classification of a public contract allows the administration to depart from all the legal rules on the award and publicity of tenders and is strictly linked to the protection of State essential security interests. Moreover, classified contracts are awarded by informal tenders complying with general principles of rationality, impartiality and with the legal rules on public expense. For this reason, the most important amendment of Article 162 is the establishment of a preventive control of legitimacy over classified contracts implemented by the Audit Court in addition to the Annual Report to the Parliament.

Articoli e Saggi

“Programmazione” e “strategia” nell'uso del territorio

Fabiola Cimbali

SOMMARIO: 1. Programmazione e Costituzione – 2. Programmazione ed uso del territorio – 3. Governo del territorio ed amministrazione di risultato – 4. Pianificazione strategica e *governance* territoriale – 5. La semplificazione nella pianificazione del territorio – 6. Programmazione del territorio e garanzie temporali – 7. Alcune riflessioni conclusive.

1. *Programmazione e Costituzione.*

Nel contesto in cui opera la pubblica amministrazione la programmazione assume una posizione di prim'ordine nell'elaborazione di nuove coordinate all'insegna delle quali declinare la funzione amministrativa ed articolare le relative modalità di esercizio¹.

Essa acquisisce una rinnovata consistenza nella misura in cui la si concepisca come metodo volto a scandire periodicamente le fasi del percorso intrapreso per il perseguimento di precisi obiettivi secondo un criterio di priorità legato agli effettivi bisogni della collettività². Rispetto alla comunità verso cui è proiettata essa si congegnava, infatti, oltre che come obbligatoria, come continuativa «acquistando connotazioni giuridiche preminenti rispetto alla singola attività» od al puntuale atto³.

¹ Nel presente lavoro si è scelto di assimilare i concetti di “programmazione” e di “pianificazione” ritenendo superata la concezione teorica che ipotizza la loro diversità fondandola sulla minore specificità e precettività della prima rispetto alla seconda. In questo senso F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo*, parte generale, Padova, 1959, 130; V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Attività economica privata e potere amministrativo*, I, Napoli, 1962, 268; P. CESAREO, *Programmazione (diritto politico)*, in *N.s.mo Dig. it.*, XIV, Torino, 1967, 61; M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986, 130; M. D'ORSOGNA, *Pianificazione e programmazione*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di Diritto Pubblico*, V, Milano, 2006, 4298.

² M.S. GIANNINI, *Pianificazione giuridica*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, 629 ss.

³ Così testualmente I.M. MARINO, *Aspetti giuridici della programmazione: programmazione e mete sociali*, in *Dir. e soc.*, 1990, 24. A riguardo, altresì, M. CARABBA, *Programmazione*, in *Dig. (disc. pubbl.)*, XII, Torino, 1997, 36.

Per tale ragione appare propedeutico rispetto ad ogni ulteriore riflessione focalizzare i tratti giuridici che la caratterizzano, delimitandone i confini ed individuandone appropriati riferimenti contenutistici.

L'eterogeneità degli ambiti nei quali essa si esplica se, da un lato, è indice della complessità del quadro ordinamentale posto sullo sfondo, dall'altro, consente di mutuare da ogni singolo contesto nel quale essa si estrinseca elementi che comprovano l'intensa correlazione con la funzione amministrativa⁴. In particolare, l'acquisizione di tali elementi valutativi pone le basi per diversificare la programmazione giuridica da quella a vocazione economica e per appurare – in seno alla prima – la fisionomia di quella territoriale⁵.

Sul piano squisitamente giuridico, l'autonoma dignità acquisita dalla programmazione trova riferimento esplicito nelle singole disposizioni – che contemplandola – assicurano attraverso essa la concretizzazione dell'interesse pubblico considerato degno di protezione dall'ordinamento⁶.

La fisiologica inclinazione della tecnica programmatrice verso il conseguimento dell'interesse pubblico mediante la razionalizzazione dell'azione amministrativa ha progressivamente segnato l'ampliamento del suo primigenio ambito

⁴ A. PREDIERI, *Pianificazione e Costituzione*, Milano, 1963.

⁵ Sulla pianificazione economica G. MIELE, *Problemi costituzionali e amministrativi della pianificazione economica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1954, 791; E. PICOZZA, *Vicende e procedure della programmazione economica*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia*, vol. I, *La costituzione economica*, Padova, 1977, 23 ss.; C. GESSA, *Programmazione*, in *N.s.mo Dig. it.*, app., 1985; M. CARABBA, *Programmazione economica*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, 113; S. CASSESE, *La nuova Costituzione economica*, Roma-Bari, 1995; M. NIGRO, *L'azione dei pubblici poteri. Lineamenti generali*, in *Scritti giuridici*, III, Milano, 1996, 1587.

Analizzano i connotati peculiari della pianificazione urbanistico-territoriale F. BENVENUTI, *Gli elementi giuridici della pianificazione territoriale*, in *Pianificazione regionale e provinciale, Atti del Convegno internazionale, Passo della Mendola, 3-7 settembre 1955*, Trento, 1956, 35; G. MIELE, *La pianificazione urbanistica*, in *La pianificazione urbanistica, Atti del VII Convegno di studi di Scienza dell'amministrazione, Varenna, 14-17 Settembre 1961*, Milano, 1962, 29; M. PACELLI, *La pianificazione territoriale nella Costituzione*, Milano, 1966; P. STELLA RICHTER, *Profili funzionali dell'urbanistica*, Milano, 1984; A. CROSETTI, *Territorio (pianificazione del)*, in *N.s.mo Dig. it.*, app., VII, Torino, 1986, 733; E. FOLLIERI, *Contributo allo studio della dinamica della pianificazione urbanistica*, Chieti, 1986; G. MORBIDELLI, *Pianificazione territoriale ed urbanistica*, in *Enc. giur.*, XXIII, Roma, 1990, 1; G. SCIULLO, *Pianificazione territoriale e urbanistica*, in *Dig. (disc. pubbl.)*, XI, Torino, 1996, 137; P.L. PORTALURI, *Poteri urbanistici e principio di pianificazione*, Napoli, 2003; M. TUCCI, *Programmazione amministrativa e pianificazione del territorio*, Torino, 2003.

Nel presente lavoro, considerato che il territorio va, ormai, univocamente inteso come “bene condiviso” tra le articolazioni della Repubblica, si ritiene di poter rinvenire nelle espressioni “pianificazione territoriale” e “pianificazione urbanistica” una comune radice riconducibile alla locuzione “governo del territorio”. Tale considerazione prende spunto da quanto rilevato da A. BARONE, *La governance del territorio*, in I.M. MARINO, S. LICCIARDELLO, A. BARONE, *L'uso del territorio*, Milano, 2004, 31, nota 1, il quale osserva come tale impostazione «ricepisce l'evoluzione ordinamentale relativa al concetto di urbanistica, definita espressamente dal legislatore statale come relativa alla “disciplina dell'uso del territorio” (art. 80 del D.P.R. 24 luglio 1977, n. 616) ovvero come concernente “tutti gli aspetti dell'uso del territorio” (art. 7 della Legge n. 205 del 2000)».

⁶ Sul piano, “prodotto della pianificazione”, come istituto giuridico G. MIELE, *La pianificazione urbanistica*, cit., 29 ss.

“Programmazione” e “strategia” nell’uso del territorio

Nell’uso del territorio si raffrontano una molteplicità di differenti esigenze e di eterogenei interessi. L’utilizzo del metodo strategico nella programmazione territoriale presuppone, pertanto, un attento temperamento fra legittime aspettative di sviluppo e adeguata tutela degli interessi pubblici riscontrati. Tale circostanza rende indispensabile l’impiego di moduli procedurali che valorizzino l’apporto di tutti i soggetti (pubblici e privati) interessati, nonché di istituti volti ad attuare meccanismi di raccordo organizzativo e decisionale che, per quanto protesi a “valutazioni democratiche e condivise”, non ostacolino l’assunzione di scelte tempestive. È utile, quindi, svincolare l’uso del territorio da una programmazione di tipo settoriale e mono-funzionale la cui operatività è circoscritta all’espansione edilizia, per favorirne una che prediliga un approccio unitario ed organico.

‘Programming’ and ‘strategy’ in the use of the territory

In the use of the territory, we come up against a whole series of different needs and a range of interests. The use of the strategic method in territorial programming thus presupposes a careful reconciliation between legitimate expectations of development and the adequate protection of the public interests encountered. This circumstance makes indispensable the use of procedural modules that valorise the contribution of all the subjects concerned (both public and private), as well as that of institutions concerned with implementing organisational and decisional intermediary mechanisms which, however much aimed at ‘democratic and shared evaluations’, do not obstruct the taking of timely decisions. It is therefore useful to free the use of the territory from a sectorial and mono-functional type programming, the operativity of which is restricted to the spread of building work, in favour of one that reflects a unitary and organic approach.

Articoli e Saggi

Politiche abitative in trasformazione: strumenti e forme dell'intervento pubblico

Barbara Accettura

SOMMARIO: 1 Introduzione. – 2. Il cd. diritto alla casa nell'ordinamento interno: le scelte del legislatore. – 3. La costruzione giurisprudenziale di un sistema centralizzato. – 4. Verso un nuovo modello di *governance*. – 5. Le politiche abitative tra nuovi attori ed interessi differenziati ma convergenti. – 6. I rapporti con la pianificazione territoriale ed urbanistica: possibili sviluppi.

1. Introduzione.

In un'epoca in cui si assiste a quello che è stato definito «un rinascimento sociale, economico e politico della città» ed in cui le città costituiscono «una delle più interessanti frontiere del diritto amministrativo»¹, il tema delle periferie e di conseguenza quello del diritto all'abitazione acquista una nuova valenza².

Ciò con la consapevolezza che, attingendo alle conclusioni delle scienze sociologiche, il paradigma centro-periferia non riguarda più solo il grado di distanza geografica dall'asse centrale di una società, ma anche e soprattutto quello sociale e può riferirsi tanto al territorio quanto ai gruppi sociali.

Ed è con questa valenza che autorevoli studiosi fanno riferimento ad un diritto alla città come aspirazione alla localizzazione della garanzia dei «diritti essenziali ed indispensabili» delle persone nel contesto in cui vivono, al fine di rafforzarne la tutela ed il grado di esigibilità³. Il riferimento è all'accesso ai servizi, alla sicurezza, alla mobilità urbana.

¹ J.B. AUBY, *Per lo studio del diritto delle città*, in G. DELLA CANANEA, M.P. CHITI (a cura di), *Il diritto che cambia*, Napoli, 2016, 205 ss.

² In proposito, G. DE GIORGI CEZZI, *La coesione politico-territoriale nelle politiche per il governo del territorio*, in *Federalismi.it*, n. 12/2016.

³ J.B. AUBY, *Per lo studio del diritto delle città*, in G. DELLA CANANEA, M.P. CHITI (a cura di), *Il diritto che cambia*, Napoli, op. cit., 207.

E tuttavia il tema del miglioramento della qualità della vita nelle città incrocia, rimanendone condizionato⁴, quello del soddisfacimento del bisogno abitativo, ancora non adeguatamente soddisfatto. Garantire un ambiente di vita urbano ed un'offerta abitativa di qualità a costi accessibili diviene quindi uno degli obiettivi primari dell'intervento pubblico, da perseguite anche, se non soprattutto, attraverso la riqualificazione urbanistico-territoriale-architettonica-ambientale dei territori ed il rafforzamento della coesione sociale nelle zone degradate.

Sostenibilità sociale, *social housing*, *mixité sociale*, coesione sono nozioni che ricorrono incessantemente a questo proposito con rimando alla necessità di combinare strumenti del mercato con strumenti e riferimenti alla dimensione sociale della trasformazione urbana.

Non a caso temi quali la qualità della vita e l'inclusione se costituissero solo alcuni degli obiettivi della programmazione comunitaria 2007-2013, in quella 2013-2020 ne rappresentano le linee essenziali.

Il che se per un verso conferma come l'edilizia residenziale pubblica continui ad essere uno dei settori più significativi della legislazione sociale, dall'altro finisce con il rimarcare lo stretto collegamento con le politiche di governo del territorio.

Ed in effetti anche il mutamento terminologico è sintomatico di un nuovo approccio alle politiche abitative indotto dal recente riconoscimento della necessità che l'assetto urbanistico delle città debba rispondere alle esigenze di utilizzazione degli spazi poste dai processi socio-economici. La crisi economica – in cui il nostro paese è entrato nel 2008 – ha finito, in effetti, con l'ampliare le situazioni di disagio/esclusione abitativa e con il trasformarle in un fenomeno in costante evoluzione. Basti considerare la condizione di quella c.d. parte grigia della popolazione, riconducibile al ceto medio, che, impoveritasi per via della perdita improvvisa del lavoro o comunque resa più vulnerabile a causa di impegni precari, non ha redditi tanto bassi da accedere all'edilizia popolare né tanto alti da acquistare abitazioni a prezzi di mercato⁵.

⁴ Si veda, P. STELLA RICHTER, *Il principio comunitario di coesione territoriale*, in L. FERRARA- D. SORACE, *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, vol. II, *La coesione politico-territoriale*, (a cura di) G. DE GIORGI CEZZI, P.L. PORTALURI, Firenze, 2016, 339, il quale sottolinea come l'aspirazione del diritto urbanistico a regolare usi e trasformazioni del territorio si sia rivelata un'utopia sia per la molteplicità degli interessi coinvolti dall'assetto del territorio, sia per la «periodica prepotente emersione di una nuova istanza politico-sociale prioritaria e ritenuta non adeguatamente soddisfatta (l'esigenza abitativa...)».

⁵ Si veda il *Rapporto Alloggio sociale europeo*, Cecodhas Housing Europe, Bruxelles, 2011, 28. Secondo tale studio, richiamato anche da C. LODI RIZZINI, *Il social housing ed i nuovi bisogni abitativi*, in F. MAINO, M. FERRARA, *Primo Rapporto sul secondo Welfare in Italia*, 2013, progetto realizzato dal Centro di Ricerca e Documentazione Luigi Einaudi di Torino, «nel 2008, prima dell'impatto della crisi economica, il 68,5 per cento delle famiglie risultava proprietario della casa in cui vive, il 12,6 per cento disponeva dell'abitazione a titolo gratuito o in usufrutto, mentre solo il 18,9 per cento viveva in affitto (di cui il 13,9 per cento in affitto privato e il 5 per cento in affitto sociale) contro una media UE-15 del 28,9 per cento». Ciò mentre oggi «con il perdura-

Politiche abitative in trasformazione: strumenti e forme dell'intervento pubblico

L'articolo propone una riflessione sull'adeguatezza delle politiche abitative rispetto al mutato contesto socio economico di riferimento, in cui, a fronte di una forte contrazione della spesa pubblica, si registra un crescente ampliamento delle fasce sociali coinvolte. Muovendo dall'osservazione di quest'ultimo fenomeno si è preso atto di come le problematiche connesse allo studio del diritto all'abitazione impongano un'analisi che non si limiti ai profili giuridici degli interventi finalizzati all'incremento dell'offerta abitativa ma involgano il tema del ruolo di tali politiche e della capacità del regolatore di interpretare di volta in volta gli obiettivi dello sviluppo complessivo e quelli dei singoli territori. Ciò sul presupposto per il quale il concetto di fabbisogno abitativo si declina non più solo in termini di diritto alla casa ma anche in termini di riqualificazione del territorio e di miglioramento della qualità dell'abitato.

Housing policies in transformation: instruments and forms of public intervention

The article offers a reflection on housing policies in the altered socioeconomic context of reference in which, faced with a strong fall in public spending, a growing increase may be recorded in the social strata concerned. Starting out from the observation of this phenomenon, the article takes stock of how the problems linked to the study of the right to housing call for an analysis which is not limited to the juridical profiles of the interventions designed to increase the housing offer, but involve the theme of the role of such policies and the capacity of the regulator to interpret the aims of overall development on a case by case basis of the various territories. This may occur on the supposition that the concept of housing needs is declined no longer just in terms of a right to housing but also in terms of territorial requalification and the improvement of the quality of living areas.

Articoli e Saggi

La fuga dall'atipicità nella responsabilità amministrativa: profili sostanziali e processuali

Massimo Occhiena

SOMMARIO: 1. Impostazione del tema. – 2. La fuga dall'atipicità del legislatore: a) le fattispecie tipizzate di responsabilità amministrativa. – 3. (segue) b) le fattispecie sanzionatorie, la loro estraneità alla responsabilità amministrativa e il rito speciale disciplinato dal codice di giustizia contabile. – 4. La fuga dall'atipicità della giurisprudenza: la tipizzazione di figure di danno erariale e le conseguenze sugli elementi costitutivi della responsabilità amministrativa. Considerazioni di sintesi.

1. *Impostazione del tema*

Tra i tratti più significativi dell'evoluzione recente della responsabilità amministrativa sembra di potere individuare la c.d. "tipizzazione". Superata la stagione caratterizzata dalla *vexata quaestio* della definizione ontologica, risolta nel senso di quella specialità ("responsabilità speciale") che in prospettiva di analisi giuridica va condivisa in considerazione del definitivo distacco dal ceppo della responsabilità civile avvenuto a seguito delle riforme della prima parte degli anni Novanta del secolo scorso¹, negli ultimi tempi la responsabilità erariale pare percorsa da una significativa tendenza volta (nel caso della giurisprudenza, come si dirà, probabilmente persino al di là delle reali intenzioni) a ricondurla a schemi predefiniti che ne delimitano l'applicazione a fattispecie tendenzialmente precostituite.

Osservando i due principali formanti giuridici², infatti, pare emergere una ricorrente incisione sugli elementi costitutivi della responsabilità amministrativa.

¹ Sul punto, tra i primi, A. POLICE, *La natura della responsabilità amministrativa*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa ed il suo processo*, a cura di F.G. SCOCA, Padova, 1997, 156, che osserva che la codificazione da parte del legislatore di «una disciplina "speciale" della responsabilità amministrativa», di «un suo "diritto speciale"... svuota di ogni concretezza sul piano degli effetti giuridici la disputa sulla natura della responsabilità amministrativa»; si v. anche F.G. SCOCA, *Fondamento storico ed ordinamento generale della giurisdizione della Corte dei conti in materia di responsabilità amministrativa*, in *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*. Atti del LI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione di Varenna, 15-17 settembre 2005, Milano, 2006, 58 ss.

² Per tale concetto, R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1990, 58 ss.

In particolare, così declinando anche l'ambito entro cui si muoveranno le presenti riflessioni, tanto la legge quanto la giurisprudenza fanno sempre più spesso riferimento a modelli predeterminati nella previsione e valutazione della responsabilità erariale, incidendo apparentemente sulla sola condotta antiggiuridica mediante l'individuazione delle specifiche caratteristiche dell'illecito, ma in realtà riflettendosi anche sugli altri elementi essenziali della responsabilità amministrativa, che pertanto risulta in tal modo strutturalmente modificata.

Questo allontanamento dal modello dell'atipicità è stato colto dalla dottrina esclusivamente sul fronte dell'operato del legislatore, stante la nota tendenza a introdurre sempre più numerose ipotesi di fattispecie tipizzate, alcune a carattere sanzionatorio, di responsabilità amministrativa³. Non consta, invece, che il medesimo fenomeno sia stato isolato nell'operato della giurisprudenza⁴. Eppure dall'analisi dei precedenti pare emergere la tendenza a elaborare vere e proprie categorie di danno erariale, funzionali ad agevolare l'interprete nel compito di ricondurre le diverse e svariate *deminutiones patrimonii* emerse in concreto all'interno di modelli di responsabilità amministrativa che riflettono, appunto, le caratteristiche proprie del danno in cui si concretano. In altre parole, la giurisprudenza contabile pare costruire schemi predefiniti di emersione/qualificazione di vere e proprie categorie di danno erariale, così finendo per determinare, appunto, una sorta di tipizzazione pretoria delle stesse.

Sulla base di queste suggestioni, si intende quindi esaminare i tratti distintivi di questa sorta di "fuga dall'atipicità" che sembra interessare la responsabilità amministrativa, tentando di saggiarne l'effettiva consistenza e di coglierne le caratteristiche distintive.

2. La fuga dall'atipicità del legislatore: a) le fattispecie tipizzate di responsabilità amministrativa.

Nel contesto dell'analisi che ci si è proposti di effettuare, il fenomeno che a tutta prima pare più evidente è quello impresso dal legislatore median-

³ Oltre alla dottrina in appresso indicata, si v. il recente contributo di G. BOTTINO, *Responsabilità amministrativa per danno all'erario*, in *Enc. dir. Annali X*, Milano, 2017, 759 e 773 s.

⁴ Rilevando la creazione di ipotesi di danno erariale di creazione giurisprudenziale prive di ancoraggio a «norme che preventivamente accertino e definiscano in via generale i presupposti essenziali di un dato comportamento» foriero di responsabilità amministrativa, A. CRISMANI, *Illeciti contabili tipici ed ipotesi sintomatiche di danno erariale*, in *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, cit., 708 s., riporta l'esempio delle spese di rappresentanza, in relazione a cui segnala come prima della definizione normativa (operata dall'art. 92, d.p.r. 27 febbraio 2003, n. 97) la giurisprudenza abbia definito un elenco di ipotesi dannose e di spese non ammesse. L'A. non sviluppa però il discorso sul fronte della tipizzazione dell'ipotesi di danno erariale, ma su quello del necessario contemperamento del divieto per il giudice contabile di sindacare la discrezionalità amministrativa con lo scrutinio della compatibilità delle scelte amministrative con la cura del pubblico interesse.

La fuga dall'atipicità nella responsabilità amministrativa: profili sostanziali e processuali

Lo scritto analizza il fenomeno della c.d. “tipizzazione” della responsabilità amministrativa, che si manifesta mediante l'introduzione legislativa di fattispecie di responsabilità tipizzate, alcune a carattere sanzionatorio, e con la tendenza pretoria a elaborare categorie di danno erariale, da cui la giurisprudenza fa derivare figure autonome di responsabilità erariale. Ne consegue la modificazione sia della responsabilità amministrativa, incisa dal punto di vista dei suoi elementi costitutivi, sia del relativo processo, nel cui ambito è stato introdotto un rito speciale dal codice di giustizia contabile.

The flight from the atypical profiles of administrative responsibility: substantial and trial profiles

The article analyses the phenomenon of the so-called ‘typification’ of administrative responsibility, which is manifested through the legislative introduction of cases of typified responsibility, some of a sanctioning nature, and with the administrative tendency to elaborate categories of loss of revenue, from which the jurisprudence identifies autonomous figures of fiscal responsibility. The consequence is the modification both of administrative responsibility, affected from the point of view of its constitutive elements, and also by the relative process, in the field of which a special procedure from the code of accounting justice has been introduced.