

Articoli e Saggi

L'ente pubblico come investitore privato razionale: natura e lucratività delle società in mano pubblica nel nuovo Testo unico sulle partecipate

Francesco Goisis

SOMMARIO: 1. Introduzione: centralità della finalità lucrativa. – 2. Contributo della legge delega: il criterio dell'investitore privato oltre i limiti della disciplina sugli aiuti di stato. – 3. Contributo del Testo unico, profili generali ed attuazione puntuale del principio costituzionale di economicità. – 4. *segue* la disciplina sul fallimento. – 5. *segue*, la disciplina sulla responsabilità degli amministratori. – 6. Conclusioni: le società in mano pubblica tra criterio dell'investitore privato razionale e visione dualistica della evidenza pubblica (statica).

1. Introduzione: centralità della finalità lucrativa.

Anche se di ciò è talvolta mancata piena consapevolezza, la principale ragione per cui è stata assolutamente prevalente, nel tempo, l'idea della appartenenza al diritto privato delle società in mano pubblica, è ed è sempre stata la scelta del codice civile di non derogare, per esse, alla causa lucrativa, di cui all'art. 2247 c.c.. In altri termini, nella codificazione del 1942 il controllo pubblico non escludeva la finalizzazione, per (inderogabile¹) scelta legislativa,

¹ Sul punto, Cass., sez. I, 12 aprile 2005, n. 7536, in *Soc.*, 2005, 985, la quale perspicuamente osserva che alla essenzialità dello scopo di lucro «si è autorevolmente obiettato che l'originario legame, esistente nella disciplina del codice civile, tra forma della società e suo contenuto, è stato messo in ombra dall'impiego che il legislatore ha fatto poi della forma della società per azioni, utilizzandola come struttura per il perseguimento di scopi diversi». Ma un conto sono le leggi speciali, altro i principi applicabili alla generalità delle società di capitali: «l'insegnamento della dottrina, tuttavia, se descrive efficacemente una linea di tendenza della legislazione, non giustificerebbe la conclusione che, attualmente, l'autonomia statutaria delle società capitalistiche possa creare società per azioni o a responsabilità limitata senza scopo di lucro, fuori dei casi espressamente previsti da norme di legge». D'altra parte, «una diversa conclusione vanificherebbe di fatto il valore della pubblicità legale, in materia, per la tutela delle aspettative dei terzi che entrano in contatto con la società; questi si vedrebbero esposti al rischio di contrattare con una società che persegue fini essenzialmente diversi da quelli desumibili dalla sua natura giuridica, come è definita dalla legge. Ciò vale anche per coloro che acquistano

della società alla produzione di ricchezza (lucro oggettivo), invece che al suo consumo. Rimaneva poi necessaria la successiva destinazione di tale ricchezza al vantaggio economico dei soci (lucro soggettivo).

Per riprendere un importante insegnamento dottrinale, se elemento essenziale del tipo società è, nel nostro ordinamento, l'autodestinazione del risultato finale ai soci, come contrapposto a quella eterodestinazione che caratterizza le altre persone giuridiche di diritto privato (o, ancor più, gli enti pubblici)², ciò valeva senza dubbio – secondo il codice civile – anche nel caso delle società a partecipazione pubblica.

Se è vero difatti che in un celebre passo della relazione al codice civile si legge che, nei vari casi di partecipazione pubblica a società, «...è lo Stato medesimo che si assoggetta alla legge delle società per azioni per assicurare alla propria gestione maggior snellezza di forme e nuove possibilità realizzatrici», con il che «la disciplina comune delle società per azioni deve... applicarsi anche alle società con partecipazione dello Stato e di enti pubblici senza eccezioni, in quanto norme speciali non dispongano diversamente»³, questa riconduzione al regime ordinario non poteva che estendersi allo scopo di lucro, di cui all'art. 2247 c.c.

Tale impostazione era stata confermata anche in sede di ultima riforma organica del diritto societario (d.lgs. n. 6 del 2003). In particolare, essa mirava alla valorizzazione della natura imprenditoriale e lucrativa delle società di capitali (in mano privata come pubblica⁴), ossia, in conformità ai criteri di delega⁵, a rendere possibile «il proficuo svolgimento dell'impresa socia-

partecipazioni sociali: nel contrasto tra la natura giuridica dichiarata nella stessa denominazione sociale, e gli scopi sociali desumibili da una laboriosa ricostruzione delle modificazioni dello statuto, deve essere tutelato l'affidamento riposto nella prima».

Per analoghe conclusioni in dottrina, per tutti, G. ZANARONE, *Il ruolo del tipo societario dopo la riforma*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, Torino, diretto da P. ABBADESSA e G. P. PORTALE, 2006, 58 ss., in partic. 75 ss., dove si osserva che una clausola statutaria di eterodestinazione degli utili sarebbe non solo nulla per contrasto con l'essenza inderogabile dell'istituto societario, ma anche destinata, ex art. 1339 c.c., alla sostituzione automatica con la regola di cui all'art. 2247 c.c., ossia con la previsione della normale finalità di creare utili per i soci.

² Così P. SPADA, *La tipicità delle società*, Padova, 1974, 182 ss.

³ *Relazione del Ministro Guardasigilli*, n. 998.

⁴ Gli articoli del codice civile in tema di società con partecipazione pubblica, con l'entrata in vigore della riforma, hanno cambiato numerazione (artt. 2449-2450-2451), ma non contenuto: il dato letterale rimane pressoché immutato.

⁵ La l. 366 del 2001 prevedeva infatti, tra i «principi generali» a cui ispirare la riforma del sistema codicistico delle società di capitali (ossia i capi V, VI, VII, VIII e IX del titolo V del libro V del codice civile), quello di «valorizzare il carattere imprenditoriale delle società...» (art. 1, lett. b).

Il legame tra forma societaria ed impresa ritornava insistente nel testo legislativo: come ulteriori principi si parlava, alla lett. a), di «perseguire l'obiettivo prioritario di favorire la nascita, la crescita e la competitività delle imprese...»; alla lett. c) di «semplificare la disciplina delle società, tenendo conto delle esigenze delle imprese e del mercato concorrenziale»; alla lett. e), di «adeguare la disciplina dei modelli societari alle

*L'ente pubblico come investitore privato
razionale: natura e lucratività delle
società in mano pubblica nel nuovo
Testo unico sulle partecipate*

L'articolo analizza il modello di società emergente dal nuovo Testo unico sulle società partecipate da enti pubblici, giungendo alla conclusione che, in coerenza in particolare con il principio di delega dell'investitore privato razionale, sia delineato un soggetto imprenditoriale pienamente privatistico e lucrativo. Le esigenze di tutela dell'interesse pubblico rimangono dunque extrasociali, confinate nella fase dell'evidenza pubblica.

*The Public Body as a Rational Investor:
Nature and for Profit Purpose of the Public
Bodies Owned Companies in the new
Consolidated Law*

The essay aims at analyzing the model of company emerging from the new consolidated Law on public bodies owned companies, coming to the conclusion that, in line with the principle of legislative delegation of the rational private investor, it is imposed a fully for profit and private characterization. The need of pursuing the public interest represents therefore an external interest, that may be satisfied only during the public law phase (so called evidenza pubblica).

Articoli e Saggi

La tutela proprietaria dell'immateriale economico nei beni culturali*

Giuseppe Manfredi

SOMMARIO: 1. Una chiave di lettura: diritti di esclusiva e fruizione condivisa. – 2. Gli strumenti della tutela proprietaria dell'immagine dei beni. – 3. I limiti della tutela proprietaria.

1. *Una chiave di lettura: diritti di esclusiva e fruizione condivisa.*

Come chiave di lettura della questione che ci interessa si possono prendere le implicazioni di alcune delle tendenze odierne in tema di proprietà e di beni immateriali: e dunque, in primo luogo, quelle della tendenza a ricercare strumenti intesi ad assicurare tutele giuridiche ai beni immateriali che si è registrata negli ultimi decenni.

Come noto, si tratta di una tendenza che ha potuto esplicarsi in modo particolarmente agevole a partire dagli anni Sessanta dello scorso secolo soprattutto negli ordinamenti di *common law*, grazie all'elasticità della nozione di *property* che li connota¹.

Negli ordinamenti di *civil law* essa invece ha dovuto confrontarsi con il principio della tassatività delle situazioni di esclusiva sui beni immateriali, e, quindi, per lo più è dovuta passare attraverso l'emanazione di apposite discipline settoriali² – anche se incidentalmente va detto che forse in futuro la situazione potrebbe modificarsi grazie alle ricadute sugli ordinamenti dei paesi europei della

* Testo della relazione al convegno *L'immateriale economico nei beni culturali*, Firenze, Fondazione Cesifin, 17 ottobre 2014.

¹ V. G. RESTA, *Nuovi beni immateriali e numerus clausus dei diritti esclusivi*, in ID. (a cura di), *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, Torino, 2011, spec. 9 e ss.

² G. RESTA, *Nuovi beni immateriali*, cit. Va segnalato che il saggio del 1964 di C. A. REICH, *The new property*, che secondo molti segna l'inizio di questa tendenza, di recente è stato tradotto in italiano: *La nuova proprietà*, Torino, 2014.

giurisprudenza Cedu sull'art.1 del Protocollo addizionale alla convenzione europea dei diritti dell'uomo, dato che la Corte europea ha affermato che il riconoscimento del diritto delle persone fisiche e giuridiche al rispetto dei propri beni tutela anche entità quali i marchi registrati, l'avviamento, le legittime aspettative, *et cetera*.³

Ai nostri fini giova ricordare che non manca chi sostiene che alla base di questa tendenza vi sarebbe non solo il dato fenomenico rappresentato dal sempre maggior rilievo economico dei nuovi beni, ma anche un preciso retroterra culturale, se non una vera e propria ideologia, che in definitiva è basata sull'assunto utilitaristico secondo il quale l'appartenenza esclusiva di questi beni favorisce lo sviluppo economico⁴ – e d'altra parte non va dimenticato che la tendenza che qui interessa nasce nello stesso clima culturale in cui origina l'analisi economica del diritto, che di recente attenta dottrina ha definito come «l'ideologia giuridica specifica» del neoliberalismo⁵.

Ma se così fosse anche questa ideologia – come spesso è accaduto nella storia delle idee – sembrerebbe avere trovato la sua precisa antitesi nelle teoriche sui *commons*, i beni comuni, che considerano le tutele dei nuovi beni come altrettante nuove *enclosures*.

Teoriche che negli ultimi anni hanno acquisito un ruolo di rilievo nel dibattito politico e giuridico del nostro paese, e la cui valenza ideologica spesso viene dichiarata apertamente da parte di chi vi aderisce⁶.

Ora, è ovvio che la valenza ideologica di qualsiasi corrente di pensiero conduce a indebite assolutizzazioni e schematizzazioni.

Per quanto qui interessa basti considerare da un lato che la tutela proprietaria del patrimonio culturale intangibile viene invocata pure da chi vuole tutelare

³ Cfr. A. MOSCARINI, *Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni*, Milano, 2006, *passim*, nonché, da ultimo, N. GRIGOLETTO, *Le "nuove proprietà" e i "nuovi beni" in una prospettiva costituzionale*, in *eprints.unife.it*.

⁴ V. ancora G. RESTA, *Nuovi beni*, cit.

⁵ Questa espressione viene usata da F. DENOZZA, *Il modello dell'analisi economica del diritto: come si spiega il tanto successo di una tanto debole teoria?*, in *Ars interpretandi*, 2013, 44: per vero l'a. nello scritto parla di neoliberalismo, con ogni probabilità perché riprende l'uso linguistico inglese, che nel termine *liberalism* sovrappone i due diversi concetti che in italiano vengono indicati rispettivamente con liberalismo e con liberismo – la questione è nota, ma v. comunque G. SARTORI, *Elementi di teoria politica*, Bologna, 1995, 145. Che le due tendenze di cui si dice nel testo originino nello stesso clima culturale viene rilevato da F. D'URSO nella *Introduzione* alla citata traduzione del saggio di Reich.

⁶ E si potrebbe aggiungere che tutto ciò avviene con buona pace degli assunti post-modernisti à la Lyotard sul tramonto delle grandi narrazioni. La letteratura in tema di beni comuni ormai è molto ampia, ma ovviamente non può prescindere dallo scritto di U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Roma-Bari, 2011 – peraltro puntualmente criticato da E. VITALE, *Contro i beni comuni. Una critica illuminista*, Roma-Bari, 2013. V., inoltre, in generale, almeno anche S. NESPOR, *L'irresistibile ascesa dei beni comuni*, in *Federalismi.it*, e V. CERULLI IRELLI, L. DE LUCIA, *Beni comuni e diritti collettivi*, in *Pol. dir.*, 2014, 3 e ss.

La tutela proprietaria dell'immateriale economico nei beni culturali

Lo scritto esamina gli strumenti di tutela proprietaria dei profili immateriali dei beni culturali, giungendo alla conclusione che a tal fine si possono interpretare evolutivamente, alla luce del nuovo valore acquisito dalle immagini dei beni, le disposizioni del Codice civile sul diritto di proprietà.

Precisa però che l'idea che la riproduzione delle immagini dei beni culturali possa essere sempre e comunque oggetto di una situazione esclusiva non deve ostacolare la conoscenza diffusa di questi beni, e dunque alla stessa diffusione della cultura, perché altrimenti quest'idea condurrebbe a un esito dissonante rispetto all'art.9 della Costituzione, ove impegna la Repubblica alla promozione della cultura.

The proprietary protection of intangible assets in cultural heritage

The article examines the tools of proprietary protection of the intangible profiles of cultural heritage, coming to the conclusion that to such ends, the dispositions of the Civil Code on property law may be interpreted evolutionarily, in the light of the new value acquired by the image of such property.

It underlines, however, that the notion of the reproduction of images of cultural heritage may still be the object of an exclusive situation, insofar as it must not hinder the widespread appraisal of these assets, and thus the spread of culture itself, for otherwise this idea would lead to an outcome at odds with paragraph 9 of the Constitution, which commits the Republic to the promotion of its culture.

Articoli e Saggi

L'informativa sul *bail-in* nel prospetto informativo e possibile quantificazione del rischio*

Enea Franza

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La direttiva n. 2014/59/UE ed i decreti attuativi. – 3. La previsione del *bail-in*. – 4. Le informazioni da fornire nei Prospetti informativi per le offerte pubbliche di prodotti finanziari. – 5. Scenari probabilistici e scenari *what if?*

1. Premessa.

La crisi economica esplosa nel 2008 ha posto in evidenza il problema della gestione delle crisi bancarie. La Bce stima che tra il 2008 e il 2014 i costi dei salvataggi a carico degli Stati europei siano stati di 800 miliardi. Questo ha comportato un forte aumento del debito pubblico in molti Paesi, con conseguenti dure misure di austerità per evitare l'esplosione dei bilanci pubblici. Secondo i dati Eurostat, a fine 2013, gli aiuti ai sistemi finanziari nazionali avevano fatto lievitare il debito pubblico di quasi 250 miliardi di euro in Germania, 60 in Spagna, 50 in Irlanda e nei Paesi Bassi, poco più di 40 in Grecia¹. In Italia – che durante la crisi aveva sempre sostenuto di non aver bisogno di aiuti per il suo sistema bancario – il sostegno pubblico è stato molto limitato: circa 4 miliardi, tutti ormai rimborsati². Con poche eccezioni, dunque, i contribuenti europei hanno pagato un

* Le opinioni del presente articolo sono espresse a titolo personale e non riguardano la Consob, autorità presso cui l'Autore lavora.

¹ Nella conta dei salvataggi sono finiti: tre istituti britannici (Northern Rock, Bradford & Bingley e Royal Bank of Scotland); due danesi (Ebh Bank e Roskilde Bank); tre islandesi (Glitnir, Landsbanki e Kaupthing); la tedesca Fortis; la belga Dexia e la svizzera Ubs. Hypo real estate ha accumulato un buco da 35 miliardi di euro, il più grande della storia tedesca.

² Per limitarsi al nostro paese, si segnala che tra il 1963 e il 1982, si sono avute circa 77 liquidazioni coatte amministrative di banche (ovvero, oltre 4 crisi all'anno) e circa 189 operazioni di gestione della crisi con strumenti diversi (ad esempio, incorporazioni "guidate" dalla Banca d'Italia), nella quali, tuttavia, nessun privato o impresa con depositi bancari o altri crediti verso le banche risulta aver subito perdite considerevoli. La situazione è stata, peraltro, rafforzata nel 1987 a favore dei soggetti interessati, con l'istituzione del Fondo di garanzia dei depositi che, da quando esiste, è dovuto intervenire ben sei volte; anche in tale contesto, non si sono determinate perdite per i depositanti.

conto molto salato per salvare le banche³. L'ingente impegno di risorse pubbliche, peraltro, ha contribuito a rendere esplicito ciò che era stato implicito sino ad allora: investire nelle banche risultava essere meno rischioso che impiegare denaro in altre aziende e ciò genera nella sostanza indiscutibili problemi di *moral hazard*⁴

I fatti accaduti nella gestione delle crisi bancarie, dunque, avevano evidenziato una serie di limiti nella loro conduzione⁵. Una prima questione limite era connessa all'assenza di una regolamentazione unitaria nei Paesi dell'Unione in materia di risoluzione delle crisi degli intermediari finanziari. Nel 2008 la procedura in discorso per le banche e gli intermediari si basava sulle leggi nazionali che prevedevano solamente scambi di informazione e procedure informali di cooperazione, rilevatesi certamente inadeguati a gestire una crisi di rilevanza sistemica. Peraltro, con riferimento alla disciplina comunitaria degli aiuti di stato, si poneva l'ulteriore questione delle forme consentite di aiuto reciproco⁶. L'art. 122, 2° comma TFUE⁷, accorda, infatti, l'assistenza finanziaria da parte dell'Unione ad uno Stato membro «che si trovi in difficoltà o sia seriamente minacciato da gravi difficoltà a causa di circostanze eccezionali che sfuggono al suo controllo»⁸.

Per altro verso, direi all'opposto, si pone la questione della dimensione dell'impresa, che rileva con riferimento al questione di se «un'impresa sia troppo grande per fallire, in relazione alle ripercussioni che ne deriverebbero, ci si deve anche porre il problema se un'impresa sia troppo grande per essere aiutata dallo Stato»⁹.

Nasce in definitiva da questo intreccio di problemi la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio n. 2014/59/UE del 15 maggio 2014, la *Bank*

³ Il problema non è stato naturalmente solo europeo; a tutt'oggi, si ritiene che le autorità di Washington abbiano contabilizzato interventi per 535 miliardi di dollari a favore dei loro istituti finanziari.

⁴ Vedi: E. CARDI, *Mercati e istituzioni in Italia*, Torino, 2005. Su questi temi si veda anche: R. BOTTIGLIA, *La crisi dei grandi gruppi bancari. Dimensione sistemica e aspetti aziendali*, Milano, 2012; F. MISHKIN, S. EAKINS, G. FORESTIERI, S. FRIEDRIC, *Istituzioni e mercati finanziari*, Pearson, 2008; L. NADOTTI, C. PORZIO, D. PREVIATI, *Economia degli Intermediari Finanziari*, Milano, 2013.

⁵ Vedi, per un maggior dettaglio, gli atti del c.d. Il Rapporto de Larosière.

⁶ M. MANCINI, *Dalla vigilanza nazionale armonizzata alla Banking Union*, in *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale*, 2013, 73.

⁷ Ovvero, Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, su Gazzetta ufficiale n. C 326 del 26/10/2012 pag. 0001 – 0390.

⁸ In merito vedasi, la Comunicazione del 13 ottobre 2008, c.d. comunicazione sul settore bancario, inizio di un'interpretazione meno restrittiva circa la questione degli aiuti di Stato. Per inciso, l'articolo 107, paragrafo 1, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) precisa i presupposti che devono essere presenti affinché l'intervento costituisca un aiuto di Stato nel senso dato dal diritto dell'Unione europea a questo termine. Le quattro condizioni richieste sono le seguenti: origine statale dell'aiuto (aiuto concesso dallo Stato ovvero mediante risorse statali); esistenza di un vantaggio a favore di talune imprese o produzioni; esistenza di un impatto sulla concorrenza; idoneità ad incidere sugli scambi tra gli Stati membri. Lo stesso articolo 107, paragrafo 1 del TFUE prevede il principio dell'incompatibilità degli aiuti di Stato con il mercato interno. Il principio è dunque quello del divieto, ma esistono anche alcune deroghe a questo principio, contenute nel citato articolo 107, paragrafi 2 e 3, e negli articoli 93 e 106, paragrafo 2 del TFUE.

⁹ Così A. NIGRO, *Crisi finanziarie: quali regole per la banca?*, in *Dir. banc. merc. fn.*, 2010, 577.

L'informativa sul bail-in nel prospetto informativo e possibile quantificazione del rischio

Con lo scoppio della crisi finanziaria internazionale del 2007 anche il sistema finanziario europeo ha subito grossi danni poiché le banche si sono trovate ad avere in portafoglio un'inaspettata alta quantità di titoli tossici. Al fine di evitare le conseguenze disastrose connesse alla procedura fallimentare di una banca sistemica, come il caso della Lehman Brothers si è incaricata di dimostrare, si sono introdotte a livello comunitario una serie di norme ad hoc, capaci di creare una procedura idonea a contenere l'impatto di una crisi bancaria. Tuttavia, le decisioni prese hanno caratteristiche particolarmente innovative per il nostro ordinamento. In particolare, il bail in che, venendosi ad applicare alle operazioni già effettuate, ha finito per colpire i detentori dei titoli obbligazionari ed azionari già collocati. Per ristabilire un clima di trasparenza e fiducia nei mercati dei capitali è stato necessario – è la tesi dell'articolo – intervenire attraverso un set informativo adeguato che ha previsto un grande sforzo chiarificatore, realizzato con la collaborazione attiva degli intermediari coinvolti e delle autorità di vigilanza. L'intervento si è concentrato, in particolare, nella fase di offerta e collocamento del capitale di rischio e/o di debito, e quindi sfruttando al massimo le possibilità offerte dal prospetto informativo. In tale contesto di è aperto un ampio dibattito sull'opportunità di una informazione sintetica del prezzo del prodotto offerto/collocato come media di una distribuzione di probabilità, in luogo dei scenari what if pur accolti dalla vigilanza europea.

Disclosure on the bail-in with the prospect of disclosure and possible risk quantification

With the outbreak of the international financial crisis in 2007, the European financial system also underwent major damage, for the bank portfolios suddenly contained an unexpectedly high proportion of toxic assets. In order to avoid disastrous consequences linked to the bankruptcy procedure of a systemic bank, as the case of Lehman Brothers demonstrated, a series of special norms were introduced on an EU level, capable of creating a procedure suited to containing the impact of a banking crisis. Nevertheless, the decisions taken have particularly innovative characteristics for our order. In particular, the bail-in which, also being applied to operations already carried out, ended up hitting the holders of already placed bonds and shares. In order to re-establish a climate of transparency and trust in the capitals market, it was necessary – according to the thesis of the article – to intervene through an adequate information set which foresaw a major clarifying effort, implemented with the active collaboration of the intermediaries involved and the watchdog authorities. In particular, the intervention focused on the stage of the supply and placement of venture capital and/or debt, and therefore exploiting as much as possible the possibilities offered by the prospectus. In this context, a wide-ranging debate is open on the suitability of synthetic information on the price of the product supplied/collocated as a means of a distribution of probabilities, in lieu of 'what if' scenarios, despite having been welcomed by the European watchdog agencies.

Articoli e Saggi

Il principio di proporzionalità rovesciata: alla ricerca del sinallagma perduto; un problema di buona fede

Massimo Giavazzi

SOMMARIO: 1. La prospettiva. – 2. La rinegoziazione dei contratti privati. – 3. Le clausole generali nel diritto amministrativo. – 4 Il sinallagma claudicante dei contratti pubblici. – 5. La discrezionalità amministrativa, l'autonomia negoziale e la buona fede. – 6. Il principio di proporzionalità e la discrezionalità amministrativa. – 7. La discrezionalità amministrativa e la causa. – 8. La buona fede nel diritto pubblico. – 9. La buona fede nei contratti pubblici. – 10. Suggestioni di diritto comparato. – 11. Conclusioni.

1. *La prospettiva.*

Ciò che si vuole indagare è l'interazione di discrezionalità amministrativa, buona fede e proporzionalità su una concreta dinamica dell'esercizio di una pubblica potestà: la rinegoziazione di un accordo amministrativo; che – sol per metafora¹ – si voglia definire contratto pubblico: perché a esso si applicano «i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili» (secondo l'ingannevole precetto dell'art. 11 della legge sul procedimento amministrativo).

Non si vuole, ovviamente, così dare per risolto il contrasto dottrinario tra chi sostiene che l'accordo surrogatorio di provvedimento attinga i propri ele-

¹ G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003, 3, sostiene che «potestà amministrativa e contratto sono termini non solo appartenenti a categorie eterogenee ... ma anche difficilmente conciliabili»; in sintonia con quell'assunto, F. CANGELLI, *Riflessioni sul potere discrezionale della pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2000, 277 ss., sull'abbrivo della constatazione di una «infatuazione privatistica» del nostro legislatore che avrebbe contagiato il diritto amministrativo mediante un «virus consensualistico», afferma che «il termine "contratto" ha ... un preciso significato giuridico, ma con la sua utilizzazione nel contesto pubblicistico tale istituto si carica di un valore simbolico». E, in coerenza con questi assunti dottrinari, la giurisprudenza amministrativa è nel senso che «L'art. 11, l. 7 agosto 1990, n. 241 non rende applicabili agli accordi della Pubblica amministrazione le norme del codice civile in tema di obbligazioni e contratti, bensì i "principi", con ciò stesso presupponendo una non immediata adattabilità ... ad accordi non aventi natura contrattuale ... delle norme valevoli per le espressioni di autonomia privata, ma richiedendo la verifica della applicabilità, in ragione della specifica natura dell'atto bilaterale sottoposto a giudizio, dei "principi" (e di quanto da essi desumibile) in tema di obbligazioni e contratti» (cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza 3/12/2015, n. 5492).

menti di struttura dal diritto privato dei contratti, essendo costituito dagli «stessi materiali dei quali il contratto si compone»², e chi invece ritiene che il vincolo del perseguimento dell'interesse pubblico imponga di elaborare un modello autonomo di contratto pubblico dove non sia possibile sintetizzare in un sinallagma paritario il suo rapporto con l'interesse privato. L'assunto di partenza (la scelta di campo che qui costituisce – con evidente arbitrio³ – un assioma) è che il contratto privato e l'accordo amministrativo – contratto pubblico sol per metafora – appartengano a due categorie giuridiche ontologicamente differenti, donde l'impossibilità di estendere – per così dire – per osmosi le acquisizioni dottrinarie e giurisprudenziali formatesi sulla clausola generale di buona fede nel diritto privato dei contratti al diritto amministrativo degli accordi⁴. Semplicemente, un differente approccio al tema, che desse conto di ciò che sarebbe della buona fede privata se fosse possibile un suo diretto innesto nel sinallagma dei contratti pubblici per equivalenza di struttura, renderebbe probabilmente superflua l'indagine.

Ebbene, così delineati i confini dell'indagine, due sono le norme del codice civile che si prestano a essere utilizzate a codificare, in termini generali, l'obbligo di rinegoziare le condizioni di un contratto di diritto privato: (i) l'art. 1374 c.c., secondo cui «Il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo ... l'equità»; (ii) l'art. 1375 c.c., a mente del quale «Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede»⁵.

² F. LEDDA, *Note sugli accordi "di diritto pubblico" e su alcuni temi contigui*, in Scritti in onore di G. Guarino, Padova, 1998, 603.

³ Non è qui il caso di riferire di quel contrasto; sicché si rinvia al proposito allo scritto di G. POLI, *Il problema della sinallagmaticità nell'accordo amministrativo. Brevi note sull'eccezione di inadempimento*, in *Dir. amm.*, 2014, 725, ove il tema è affrontato con dovizia di riferimenti dottrinari.

⁴ A tratteggiare il problema dell'innesto dei principi del diritto privato dei contratti nel regime degli accordi di diritto amministrativo è qui sufficiente il richiamo alla difesa svolta dalla Repubblica Italiana nel giudizio per infrazione comunitaria intrapreso nei suoi confronti dalla Commissione dinanzi alla Corte di Giustizia, al proposito della lesività ambientale di quanto convenuto in un accordo di programma, ove appunto si legge: «un accordo di programma non è né un atto che definisce una situazione giuridica, né un atto amministrativo, né un contratto, bensì costituisce un modulo procedurale nel quale soggetti pubblici e privati predeterminano i comportamenti e gli impegni da rispettare per giungere ad un risultato finale» (Corte di Giustizia, 4/10/2007, in C-179/06, Commissione c. Italia). Sulla particolare vicenda degli accordi di programma, nel loro rapporto con la disciplina privatistica dei contratti, così come affrontata in dottrina e in giurisprudenza, e in particolare sui motivi «della tendenziale recalcitranza della giurisprudenza amministrativa ad applicare direttamente le norme del codice civile», si rinvia a S. VALAGUZZA, *L'accordo di programma: peculiarità del modello, impiego dei principi del codice civile e applicazione del metodo tipologico*, in *Dir. amm.*, 2010, 395, la quale suggerisce di risolvere il problema sostituendo il metodo tipologico a quello sussuntivo: ciò che consente di applicare agli accordi amministrativi le norme riguardanti non uno solo ma anche diversi tipi legali contemporaneamente, in tal modo estendendo ai detti accordi anche le norme sui contratti associativi e aggirando così l'ontologica incompatibilità dell'inesauribilità del potere con il principio *pacta sunt servanda* che l'art. 1372 c.c. riserva, invero, ai soli contratti di scambio.

⁵ Al proposito, S. RODOTÀ, *Le clausole generali nel tempo del diritto flessibile*, in *Lezioni sul contratto*, Torino, 2009, 100, ancorché sostenga la funzione omeostatica delle clausole generali, nondimeno, scrive di una

*Il principio di proporzionalità rovesciata:
alla ricerca del sinallagma perduto; un pro-
blema di buona fede*

Il sinallagma dei contratti di diritto pubblico si esprime nel principio di proporzionalità dell'azione amministrativa, che ne costituisce l'elemento genetico. Le sopravvenienze che alterano quell'originario equilibrio tra la misura del sacrificio del privato e il grado di soddisfacimento dell'interesse pubblico impongono, secondo il principio di buona fede, alla pubblica amministrazione di acconsentire alla modifica dell'accordo amministrativo, in modo tale da soddisfare il postulato che il rapporto autorità/libertà sia una invariante nella funzione che rappresenta il sillogismo della discrezionalità.

*The Principle of Reversed Proportionality:
in Search of the Lost Synallagma; a Problem
of Good Faith*

In a government agreement, the balance in the parties' contractual rights and obligations is expressed by the principle of proportionality of administrative action, which constitutes its genetic element. The contingencies that alter the original balance between the measure of private sacrifice and the degree of public interest satisfaction require the government – according to the obligation to act in good faith – to agree to the amendment of the administrative arrangement, starting from the premise that the authority/freedom relationship must not be affected by the logic of administrative discretion.

Articoli e Saggi

La certificazione di conformità del c.d. *Halal Food**

Armando Giuffrida

SOMMARIO: 1. Introduzione: le regole alimentari confessionali. – 2. L'incidenza delle regole alimentari confessionali nella preparazione, nel consumo e nella distribuzione dei prodotti alimentari. – 3. Richiami alla *Shari'a* e alle regole alimentari islamiche. – 4. La certificazione di conformità dell'*Halal Food*: profili introduttivi. – 5. Questioni applicative alla luce del Codice della proprietà industriale. La registrazione dei marchi collettivi confessionali. – 6. La discrezionalità dell'Amministrazione nella valutazione del marchio con simbologie confessionali. – 7. Il mercato dell'*Halal Food* a livello mondiale, europeo, italiano. – 8. La Convenzione interministeriale di sostegno al Progetto di Certificazione *Halal Italia*. – 9. La certificazione *Halal* in Italia. – 10. Profili problematici sulla Certificazione *Halal Italia*. – 11. Considerazioni conclusive.

1. *Introduzione: le regole alimentari confessionali.*

Tra cibo e religione esiste un legame spesso indissolubile¹.

Invero, tutte le organizzazioni confessionali giudicano in rapporto strettissimo il cibo e i precetti religiosi, segnatamente laddove contemplano – ed impongano – specifiche norme alimentari che concorrono a definire l'*habitus* del fedele, impartendogli una metodica di vita e finanche un atteggiamento di asceti corporale e spirituale. Il cibo svolge, pertanto, oltre alla funzione fisiologica che gli

* Il presente contributo si colloca nell'ambito della ricerca interdisciplinare dal titolo «*Politiche di contenimento della spesa pubblica e tutela dei diritti fondamentali dei migranti in Italia*», svolta presso il Dipartimento di Giurisprudenza e Scienze Politiche, Economiche e Sociali dell'Università del Piemonte Orientale, sotto la responsabilità scientifica della prof.ssa Roberta Lombardi.

¹ Sul complesso rapporto tra cibo e religione cfr.: A. CIPRIANI, *Tradizioni alimentari e cultura*, Pistoia, 2002; O. MARCHISIO (a cura di), *Religione come cibo e cibo come religione*, Milano, 2004; M. SALANI, *A tavola con le religioni*, Bologna, 2007; F. NERESINI, V. RETTORE, *Cibo, cultura e identità*, Roma, 2008; A.G. CHIZZONITI, M. TALLACCHINI (a cura di), *Cibo e religione: diritto e diritti*, Tricase, 2010; L. BOSSI, M. GIORDA, E. MESSINA, *Cibo, religioni e integrazione culturale. La ristorazione scolastica a Torino*, Torino, 2013; E. CEVA (a cura di), *Pluralismo alimentare: giustizia, tolleranza e diritti*, in *Notizie di Politeia*, (114), 2014; M.C. GIORDA, S. HEJAZI, *Nutrire l'anima. Religioni in cucina*, Cantalupa, 2015; A. GIUFFRIDA, *L'incidenza delle regole alimentari confessionali nell'assetto giuridico-amministrativo italiano*, in *Giust.amm.*, 12/2015.

è propria, anche quella di omaggio alla memoria, di gestualità rituale, di simbolo identitario e persino di *educatore dello spirito attraverso il gusto*, qualora il pasto rituale costituisca parte integrante della liturgia, della preghiera comunitaria e della meditazione collettiva.

Le regole alimentari confessionali evocano in sé tutta una molteplicità di pratiche e di consuetudini, frutto di credenze religiose e di aspetti simbolici e rituali, diretti a guidare le scelte alimentari del credente in ordine al *cosa nutrirsi, quando nutrirsi, come preparare i cibi, come consumarli, come distribuirli ai consumatori*, e così via².

La cultura dominante di una comunità costituisce una delle principali cause della diversificazione nutrizionale. Fin dall'antichità le società hanno codificato regole alimentari, consacrate in puntuali precetti morali e religiosi, che non di rado tradivano una valenza squisitamente economica e politica per assicurare la sopravvivenza del gruppo o anche solo il mantenimento dei rapporti gerarchici e di potere al suo interno³.

Anzi, non manca chi ricollega la sussistenza di tali regole alimentari alla sola combinazione di una pluralità di fattori economici, quali la pressione demografica, l'intensificazione della produzione e l'esaurimento delle risorse, in considerazione dell'«inequivocabile priorità causale dei costi e dei benefici materiali rispetto alle credenze spirituali»⁴. Secondo questa impostazione, l'origine della codificazione di regole alimentari confessionali riposerebbe nella produzione di norme di natura igienico-sanitaria sulla preparazione, conservazione e cottura dei cibi, nonché nella previsione di una serie di limitazioni al consumo di determinati alimenti; e tali precetti si sarebbero sedimentati nel tempo per scongiurare il venir meno di una certa fonte di sostentamento.

Cheché sia di ciò, pare incontestabile che di regola i fedeli *praticanti* apprezzino o comunque consumino determinati alimenti più per motivazioni religiose che per la loro valenza nutrizionale o per ragioni igienico-sanitarie, come in larga misura appalesano le confessioni ebraica ed islamica⁵, ma anche

² Così, SALANI, *op. cit.*, *passim*. Sulla reciproca influenza tra alimentazione e sfera del sacro, in prospettiva antropologica e con richiami alla storia delle religioni, cfr. M. HARRIS, *Cannibali e re. Le origini delle culture*, Milano, 2007, e R. CIPRIANI, L.M. LOMBARDI SATRIANI, *Il cibo e il sacro*, Roma, 2013.

³ Per una lettura politica, economica e sociale delle religioni abramitiche, cfr. P. SIMONOT, *Il mercato di Dio. La matrice economica dell'ebraismo, cristianesimo, islam*, Roma, 2010, e R. DI SEGNI, *Le interpretazioni economiche delle regole alimentari ebraiche nell'esegesi classica e nel dibattito contemporaneo*, in *Zakhor. Rivista di storia degli ebrei d'Italia*, 1997, (1), 211 ss.

⁴ HARRIS, *op. cit.*, 153. *Contra*, F.J. SIMOONS, *Non mangerai di questa carne*, Milano, 1991.

⁵ Contrariamente all'ebraismo e all'islamismo, la religione cristiana – e cattolica in particolare – non impone specifici precetti alimentari ai fedeli, né distingue tra alimenti leciti e illeciti: il cibo, in quanto *frutto del lavoro dell'uomo e dono di Dio*, per sua natura non è immondo (v., ad es., Mc VII, 18-23). Sulle prescrizioni alimentari cristiane (non solo cattoliche), cfr.: M. SALANI, *Cristianesimo e cibo. Il paradigma della libertà alimentare cristiana: dalla pluralità gastronomica al pane e al vino eucaristici*, in Marchisio, *op. cit.*, 17 ss.; L. DE GRE-

La certificazione di conformità del c.d.
Halal Food

L'espressione *Halal Food* è frequentemente utilizzata nella prassi commerciale per indicare i prodotti del settore agroalimentare conformi alle prescrizioni islamiche. L'Autore offre una disamina dei principali profili problematici connessi alla certificazione di qualità di tali prodotti, anche in considerazione del crescente successo che il mercato dell'*Halal Food* riscuote nel mondo e, di recente, anche in Italia. La registrazione di marchi collettivi religiosi sembra attualmente il mezzo più affidabile di tutela dei consumatori circa l'effettiva conformità alle prescrizioni coraniche e, al contempo, il più rispettoso della libertà religiosa dei fedeli nonché dell'autonomia dell'ordine confessionale.

Certification of conformity of so-called
Halal Food

The term 'halal food' is often used in commercial practices to refer to products from the agri-food sector compliant with Islamic regulations. The author offers an examination of the main problematic profiles connected to the quality certification of these products, also in consideration of the growing success that the halal food market is encountering in the world, and in recent years, even in Italy. The registration of collective religious brands currently seems to be the most reliable form of protection of consumers with regard to actual conformity to the Koranic requirements, and at the same time, the most respectful of the religious freedom of the faithful and the independence of the denominational order.

Articoli e Saggi

Le misure di straordinaria e temporanea gestione d'impresa in caso di corruzione negli appalti pubblici. Principali aspetti critici dell'istituto

Francesca Nugnes

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. La problematica riconducibilità delle misure straordinarie al principio di legalità – 3. I presupposti per la richiesta di applicazione delle misure straordinarie. Tra valutazione discrezionale e incertezza del diritto – 4. segue. La ragionevolezza del procedimento istruttorio e la proporzionalità della decisione quali limiti al potere discrezionale -5. La valenza ablatoria della misura del commissariamento ed implicazioni rispetto alla libertà d'impresa – 6. Le questioni problematiche messe in luce dalla comparazione con la figura del commissario giudiziale – 7. segue. La persistenza del doppio binario e le implicazioni rispetto al divieto del ne bis in idem – 8. La giustiziabilità delle misure straordinarie e temporanee – 9. La legalità procedurale quale compensazione all'indebolimento della legalità sostanziale. Profili critici – 10. Alcune questioni relative agli aspetti organizzativi e patrimoniale – 11. segue. La determinazione e la destinazione dell'utile d'impresa – 12. Conclusioni.

1. Introduzione.

Il Decreto legge 24 giugno 2014 n. 90, recante «Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari», convertito con modificazioni dalla legge 11 agosto 2014, n.114, ha introdotto alcune misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito della prevenzione e lotta alla corruzione.

Le disposizioni relative al procedimento, ai presupposti oggettivi per l'avvio delle suddette misure straordinarie sono state esplicitate dalle Linee guida adottate sulla base di un protocollo d'intesa tra il Ministero dell'interno e l'Autorità nazionale anticorruzione (d'ora in poi Anac)¹.

¹ Si tratta del protocollo d'intesa stipulato il 15 luglio recante le *Prime Linee-guida per l'avvio di un circuito stabile e collaborativo tra ANAC, Prefetture, UTG e Enti locali per la prevenzione dei fenomeni di corruzione*, reperibile sul sito www.anac.it.

Il decreto in commento è stato emanato in considerazione della «ritenuta la straordinaria necessità ed urgenza di introdurre disposizioni volte a garantire un miglior livello di certezza giuridica, correttezza e trasparenza delle procedure nei lavori pubblici, anche con riferimento al completamento dei lavori e delle opere necessarie a garantire lo svolgimento dell'evento Expo 2015».

La *ratio* della disposizione risiede nel garantire la prosecuzione di opere di interesse pubblico anche nel caso in cui si siano verificati fatti che abbiano prodotto un allontanamento dagli standard di legalità nelle procedure di aggiudicazione e di esecuzione del contratto; allo stesso tempo si mira ad escludere che l'esigenza di esecuzione del contratto si traduca in un vantaggio economico per l'impresa coinvolta facendo confluire l'utile d'impresa in un apposito fondo a gestione separata.

A tal fine l'art. 32 rafforza ed amplia i poteri del Presidente dell'Anac, attribuendogli «incisivi poteri propositivi nei confronti del Prefetto» nel caso in cui vi siano «indagini per delitti di particolare gravità ai danni delle pubbliche amministrazioni» oppure «in presenza di situazioni anomale, sintomatiche di condotte illecite o di eventi criminali attribuibili ad imprese aggiudicatrici di un appalto per la realizzazione di opere pubbliche, servizi o forniture»².

Tali poteri propositivi si concretizzano qualora sussistano gravi fatti o elementi anomali e sintomatici riconducibili all'impresa aggiudicataria di un appalto, come anche al concessionario di lavori pubblici o al contraente generale, nella richiesta da parte del Presidente al Prefetto di una delle tre misure previste. In primo luogo, la norma prevede, al fine di estromettere dalla governance della società il soggetto coinvolto in fatti illeciti, la rimozione e la sostituzione del soggetto o dei soggetti coinvolti.

In secondo luogo, nel caso in cui l'ente non adempia entro il termine di trenta giorni o nei casi più gravi, si può provvedere all'adozione della seconda misura prevista, la straordinaria e temporanea gestione dell'impresa, nominando uno o commissari, al massimo tre.

Infine, nei casi meno gravi, in cui il coinvolgimento nei fatti illeciti non è tale da indurre all'adozione di misure incisive sulla governance d'impresa, è prevista l'adozione della più lieve misura di sostegno e monitoraggio. A tal fine esperti nominati dal Prefetto, al massimo tre, affiancano la gestione d'impresa indirizzandola verso un assetto organizzativo e gestionale coerente con gli standard di legalità.

Gli elementi caratterizzanti il sistema delineato dall'art. 32 del d.l. 90/2014 sono essenzialmente riconducibili alla natura cautelare estremamente anticipata

² Relazione al Disegno di Legge n. 2486/2014,22. I lavori preparatori sono disponibili sul sito: <http://www.camera.it/leg17/126?tab=2&leg=17&idDocumento=2486&sede=&tipo=>.

Le misure di straordinaria e temporanea gestione d'impresa in caso di corruzione negli appalti pubblici.

Principali aspetti critici dell'istituto

Le misure di intervento straordinario introdotte dal decreto legge n.90/2014, rientrano nella sfera del diritto amministrativo dell'emergenza. La loro caratteristica è duplice: da un lato hanno una natura cautelare estremamente anticipata che consente la loro adozione anche soltanto su rilevazione da parte dell'Autorità di «situazioni anomale o comunque sintomatiche di fatti illeciti»; dall'altro lato, hanno un forte impatto sulla sfera d'autonomia del privato e segnatamente della libertà d'impresa costituzionalmente garantita (art.41 Cost.).

Da queste due principali caratteristiche deriva una molteplicità di aspetti problematici ai quali è necessario volgere la riflessione.

In primo luogo la coerenza dell'intero sistema di prevenzione delineato dall'art. 32 del d.l. 90/2014 con il principio di legalità, considerata la indeterminatezza delle disposizioni relative ai presupposti per l'avvio del procedimento.

In secondo luogo, la natura giuridica delle misure straordinarie e temporanee, in particolare quella di commissariamento, è sostanzialmente simile alle sanzioni ablatorie previste dalla disciplina penale. Da qui derivano ulteriori riflessioni sulla necessità di estendere al relativo procedimento amministrativo le garanzie del giusto processo di cui all'art. 6 Cedu.

In terzo luogo, l'indeterminatezza della norma solleva complicazioni relative alla giustiziabilità dei suddetti provvedimenti, richiamando anche le implicazioni relati-

The measures of special and temporary company management in the case of corruption in public tenders.

Main critical aspects of the institution

The measures of extraordinary intervention introduced by legal decree No. 90/2014 are covered by the sphere of emergency administrative law. Their characteristics are two-fold: on one hand they have an extremely anticipated cautionary nature which allows for their adoption even just for detection by the Authorities of "abnormal situations or at least ones symptomatic of illicit deeds;" on the other hand, they have a major impact on the sphere of individual autonomy and markedly of the freedom of enterprise as guaranteed in the Constitution (para. 41, Constitution).

From these two characteristic principals arise a range of problematic aspects about which a reflection needs to be made.

Firstly, about the coherence of the whole system of prevention as outlined in para. 32 of bill 90/2014 with the principle of legality, given the indeterminacy of the dispositions regarding the presuppositions for the adoption of the procedure.

Secondly, the juridical nature of the special and temporary measures, especially that of commissioning, is substantially similar to the divestment sanctions foreseen by the penal discipline. From here, further reflections derive on the need to extend the right to a fair trial (para. 6, European Convention on Human Rights).

Thirdly, the indeterminacy of the norm raises complications relative to the justiciability of the above-mentioned provisions, also recalling the implications concerning the full jurisdiction of the administrative judge.

ve alla piena giurisdizione del giudice amministrativo.

Infine, in riferimento alla valenza ablativa della misura di commissariamento l'attenzione è stata focalizzata non solo sulle problematiche relative alla coerenza della misura di commissariamento con la libertà d'esercizio d'impresa, ma anche sulle conseguenze patrimoniali che da queste derivano, sia per l'impresa che per la pubblica amministrazione.

L'indagine consentirà di trarre alcune conclusioni relative alla dinamica del rapporto tra autorità e libertà, punto centrale delle problematiche sopra segnalate.

Lastly, with reference to the divestment values of the measure of commissioning, attention is given not only to the issues regarding the coherence of the commissioning measures with the freedom of enterprise, but also to the patrimonial consequences arising, both for the company and the public administration.

The investigation will make it possible to draw a number of conclusions regarding the dynamics of the relationship between authorities and freedom, a key aspect of the issues mentioned above

Articoli e Saggi

Demanio costiero e concessioni balneari

Elena Quadri

SOMMARIO: 1. La problematica. – 2. La procedura d'infrazione della Commissione europea e le conseguenti modifiche dell'ordinamento interno. – 3. La giurisprudenza della Corte Costituzionale. – 4. Lo stato attuale della legislazione. – 5. La giurisprudenza amministrativa e la pronuncia della Corte di Giustizia. – 6. La direttiva concessioni 2014/23/UE e il nuovo codice degli appalti e delle concessioni.

1. La problematica

Le concessioni demaniali marittime¹ hanno formato oggetto di rilevante attenzione in considerazione delle problematiche conseguenti alla durata e al rinnovo automatico delle stesse, in possibile contrasto con i principi di libera concorrenza di matrice europea.

In proposito, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM), nella segnalazione AS481 del 20 ottobre 2008, ha posto in evidenza che le succitate distorsioni al libero svolgimento del mercato delle concessioni demaniali marittime erano determinate da diverse disposizioni legislative vigenti nel nostro ordinamento, ed in particolare dall'articolo 37, comma 2, del codice della navigazione – il quale prevedeva il cosiddetto diritto di insistenza, vale a dire il riconoscimento della preferenza assicurata al soggetto che fosse già titolare della concessione demaniale marittima in presenza di più domande per il rilascio della concessione medesima – e dall'articolo 1, comma 2, del d.l. n. 400 del 1993, che disponeva che le concessioni demaniali marittime avessero una durata di sei anni e che, su semplice richiesta del concessionario, fossero automaticamente rinnovate ad ogni scadenza per ulteriori sei anni, fatto salvo il diritto di revoca disciplinato dall'articolo 42 del codice della navigazione.

¹ Cfr., sul tema, G. DE GIORGI CEZZI, *Le concessioni di beni pubblici e il processo di privatizzazione*, Report annuale – 2011-Italia, 5 ss., in www.ius-publicum.com, ove l'autrice mette bene in evidenza il contrasto che nasce tra due situazioni giuridiche non assimilabili, quella del concessionario e del titolare di un diritto di superficie.

Seguendo la consolidata giurisprudenza del Consiglio di Stato, l'AGCM riteneva che solo in una situazione di completa equivalenza tra diverse offerte il diritto di insistenza potesse essere compatibile con i principi di matrice comunitaria di pubblicità, trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento, perché di carattere sussidiario e residuale.

L'Antitrust riteneva, inoltre, sufficiente che il valore degli investimenti effettuati dal concessionario fosse posto a base d'asta al momento dell'indizione della procedura concorsuale, non essendo necessario parametrare la durata della concessione al tempo occorrente per il recupero degli stessi, mostrandosi anche contraria all'istituto del rinnovo automatico, che porta ad innescare possibili collusioni fra i concessionari e influisce negativamente sul miglioramento delle condizioni finanziarie per l'amministrazione e sui servizi garantiti al pubblico.

Fondando le proprie asserzioni sul postulato dell'elisione di ogni vantaggio per il precedente concessionario, per perseguire efficacemente il fine della tutela della libera concorrenza e per far sì che alle altre imprese interessate fossero riconosciute le stesse opportunità concorrenziali rispetto al titolare della concessione scaduta o in scadenza, l'Autorità riteneva, dunque, essenziale l'indizione di procedure di rilascio e rinnovo delle concessioni demaniali marittime soggette ad un'adeguata pubblicità e basate sulla valutazione delle effettive condizioni offerte dal concessionario e dagli altri aspiranti in relazione alla rispondenza agli interessi pubblici da soddisfare.

2. La procedura d'infrazione della Commissione europea e le conseguenti modifiche dell'ordinamento interno

Successivamente alla segnalazione dell'AGCM, anche la Commissione europea è intervenuta sulla problematica in oggetto.

La Commissione ha, invero, inviato all'Italia una lettera di messa in mora² con riferimento alle medesime norme nazionali e regionali succitate, contestandone la compatibilità con il diritto comunitario e, in particolare, con la direttiva Bolkestein 2006/123/CE e il principio della libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, ritenendo che costituiscono una discriminazione per le imprese provenienti da altri Stati membri, che potrebbero essere ostacolati dalla preferenza accordata al concessionario uscente.

L'articolo 12 della direttiva prevede, infatti, che «qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri appli-

² Procedura d'infrazione n. 2008/4908 del 29 gennaio 2009.

Demanio costiero e concessioni balneari

Le concessioni demaniali marittime hanno formato oggetto di rilevante attenzione in considerazione delle problematiche conseguenti alla durata e al rinnovo automatico delle stesse, in possibile contrasto con i principi di libera concorrenza di matrice europea.

Il tema è stato anche oggetto di una procedura di infrazione della Commissione europea, dalla quale sono scaturite conseguenti modifiche nell'ordinamento interno, nonché molteplici pronunce della Corte costituzionale e del Consiglio di Stato.

Anche la Corte di Giustizia è recentemente intervenuta sulla questione con una recente sentenza del 14 luglio 2016: nonostante la chiarezza di tale pronuncia, lo stato della legislazione italiana è ancora incerto.

Interessanti risvolti potrebbe, peraltro, acquisire la problematica delle concessioni balneari in seguito alla pubblicazione del d.lgs. n. 50/2016, emanato, altresì, in attuazione della nuova direttiva concessioni 2014/23/UE.

Coastal Domain and Maritime Concessions

Concessions of the public maritime domain have received great attention because of both their duration and their automatic renewal, in possible tension with the EU free competition principles.

It was even opened by the European Commission an infringement procedure against Italy, which has led to domestic legislative changes, as well as to many judgements of the Constitutional Court and the Council of State. With a judgement of 14 July 2016, The European Court of Justice intervened as well on this issue, even though the state of the Italian legislation is still uncertain.

After the approval of the Legislative Decree no. 50/2016, implementing Directive 2014/23/UE, the issue of maritime concessions may be subject to a renewed attention.