

Articoli e Saggi

Protection of diversity and legal treatment of the foreigner: the Italian model*

Franco Gaetano Scoca

1. The protection of cultural diversity is considered within the field of the process of reviewing the components traditionally linked to the concept of citizenship understood as belonging to the community, with related political and social rights, and a consequent enhancement of other legal institutes, e.g., residence, or the recourse to other forms of “belonging” to the political community, based on different assumptions.

To grasp the real extent of the changes taking place, therefore, it is also important to examine the domestic laws of states.

This paper therefore will focus on the Italian system.

The analysis of the Italian experience (recent evolutive and involutive lines in the regulations; the main corrective interventions of the Constitutional Court; the oscillations of administrative practice, some recent measures taken by the new government) is interesting for several reasons: the set of regulations (of the ways for acquiring) citizenship continues to respond, in principle, to the “traditional” model, with the preservation of “exclusionary” effects for non-citizens. This element allows, in an exemplary manner, for an appreciation not only of the tensions which impact on the institute of citizenship, but also of the adjustments that occur in the system around it.

This is a country that only recently has been affected by a consistent flow of immigration (the number of immigrants residing in Italy has doubled in the last ten years) that finds itself suddenly facing the issue of multiculturalism and, in terms of public policies, the problems connected to it relating to the management of cultural diversity, intercultural dialogue and the integration of immigrants. Another interesting aspect lies in the possibility to graft the analysis of the theme

* Paper presented at the International Conference *Citizenship and Solidarity in the European Union - from the Charter of Fundamental Rights to the crisis, the state of the art*, to be published by PIE – Peter Lang SA – Éditions scientifiques internationales, Bruxelles.

on to the dynamic, which is internal to the Italian system (but common to other systems and related to globalisation), of the re-articulation of the system of regional and local autonomies into a “multi-level” system (informed by the principles of subsidiarity and differentiation), in the field of which emerge inequalities and asymmetries between territories, new relationships of “belonging” («small regional or local homelands») and also, on the regulatory front, the introduction of requirements for accessing social rights – of dubious compatibility with European Union law – having an exclusive (rather than inclusive) value.

Turning to an analysis of the Italian system, the first element to be highlighted is the absence in the Constitution, which came into force in 1948, of a definition of and a set of regulations regarding citizenship; which is thus left to the exclusive jurisdiction of the state legislature, with the only limits being the general principles enshrined in the Charter. Article 10 states that «The legal status of foreigners is regulated by law in conformity with international provisions and treaties» and again, «A foreigner who is denied the effective exercise of the democratic liberties guaranteed by the Italian Constitution in his or her own country has the right of asylum in the territory of the Italian Republic, in accordance with the conditions established by law»; meanwhile the legislature, because of the provision of Article 10 is bound to respect international norms and treaties, having to follow the minimum standard of protection provided by general international norms and treaties signed by Italy, including the conventions on human rights and international norms concerning the legal status of foreigners that extend to immigrants the possession of the fundamental rights that belong to citizens. It should be emphasised that the fundamental principles enshrined in the Charter are guaranteed to individuals as persons and not as citizens: Article 2 of the Constitution states that «the Republic recognises and guarantees the inviolable rights of the person», and solemnly invokes the principles of equality, solidarity, and justice that go beyond any link with citizenship.

The levels on which we should focus are, therefore, on the one hand, the guarantee of recognition to all persons of the fundamental rights, and, on the other, the means, assumptions and limitations of participation in the political organisation of the country.

Moving from the level of the general principles to that of how they are implemented within the system, leaving aside here any attention to special circumstances such as stateless persons, asylum seekers and refugees, two hypotheses can be identified: the first concerns the legal entry of immigrants into the state; the second concerns the case of illegal entry.

With regard to this second hypothesis, it is evident that the discourse that cannot but be considered limited to the first aspect considered, namely that of the guarantee of fundamental rights (civil and social).

Protezione della diversità e trattamento legislativo degli stranieri: il modello italiano - *Protection of diversity and legal treatment of the foreigner: the Italian model*

L'Autore esamina il modello italiano in tema di legislazione sullo status giuridico degli stranieri, tema che ha assunto un crescente rilievo nel contemporaneo dibattito politico e giuridico, sia in ambito nazionale che europeo. Ad essere approfondita, in particolare, è la tensione esistente tra due opposte sollecitazioni: quella indirizzata al maggiore riconoscimento dei diritti fondamentali degli stranieri e quella che, viceversa, pone limiti e resistenze all'estensione dei diritti sociali e politici a coloro che non possono definirsi cittadini italiani. La disciplina del diritto di cittadinanza viene, infatti, individuata dall'Autore quale cartina di tornasole delle oscillazioni del vigente sistema normativo, costantemente in bilico tra istanze "inclusive" e posizioni di retroguardia, entrambe destinate a trovare il proprio ambito di espressione soprattutto nella legislazione regionale e nelle iniziative portate avanti a livello di amministrazione comunale. In questo contesto l'Autore esamina il ruolo decisivo svolto dalla giurisprudenza, sempre più spesso investita dal compito di individuare un baricentro, costituzionalmente adeguato, tra le spinte contrastanti che animano il dibattito odierno in tema di gestione del fenomeno migratorio.

The Author examines the Italian model on the theme of the legal status of foreigners. This question has taken on increasing importance in the contemporary legal and political debate, both in Italy and Europe. Particular attention is given to the tension between two opposite positions: one that proposes greater recognition of the fundamental rights of foreigners, and the other which, on the contrary, places limits and barriers against the extension of social and political rights to those unable to call themselves native Italian citizens. The subject of the right of citizenship is, in fact, considered by the Author as a litmus test of shifts in the current legal framework, constantly swaying between 'inclusive' appeals and 'rearguard' positions, both destined to find expression especially in regional legislation and in initiatives made at a municipal administrative level. In this context the Author examines the decisive role played by jurisprudence, which is increasingly taking on the task of establishing a constitutionally acceptable balance between the contrasting pressures that fire the current debate on immigration management.

Articoli e Saggi

Appunti sui concetti di “connessione” e di “combinazione” nell’interpretazione sistematica ed economica delle leggi

Vittorio Italia

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Il sistema e l’interpretazione sistematica. La “combinazione” e la “connessione” – 3. La connessione nei sistemi normativi equiordinati – 4. La connessione nei sistemi normativi gerarchici – 5. La connessione, l’interpretazione e l’applicazione delle leggi nei sistemi normativi equiordinati – 6. La connessione, l’interpretazione e l’applicazione delle leggi nei sistemi normativi gerarchici – 7. Un corollario relativo alla connessione ed all’interpretazione economica del diritto – 8. Conclusioni.

1. *Premessa.*

Come è noto, il termine “sistema” (da *sìn instein* riunire, connettere, comporre), indica l’unione, la raccolta, il coordinamento di diversi elementi secondo un ordine¹.

¹ Ciò vale per tutte le scienze. Si pensi, ad esempio, alla definizione di Galileo, che considera il sistema come «una pluralità di elementi coordinati tra di loro, in modo da formare un complesso organico soggetto a date regole», nonché alle classificazioni dei vegetali ed animali raccolte in sistemi proposti da Linneo. Il concetto di sistema è poi applicato a vari metodi ed oggetti (ad es., *sistema elettorale*, *sistema metrico decimale*, *sistema nervoso*, *sistema solare*, ecc.).

Questo termine è strettamente legato al diritto² ed alle leggi³, ed anche se l'attuale produzione legislativa è frammentaria e disorganica, non è possibile negare in radice la sua presenza.

2. Il sistema e l'interpretazione sistematica. La "combinazione" e la "connessione".

L'esistenza del sistema delle leggi è confermata, in primo luogo, dalla suddivisione delle leggi in generali e speciali.

In passato questa suddivisione si basava sull'argomento che alcuni oggetti o categorie erano di ampiezza maggiore di altre⁴, ed anche nel diritto erano state evidenziate alcune regole considerate generali ed altre di carattere speciale. La legge è stata considerata espressione della volontà generale (*la volontà de tous*, secondo Rousseau), ed anche se ciò era soltanto una presunzione, la legge generale esprimeva qualcosa di più ampio della legge speciale⁵, e quest'ultima aveva un minore ambito di applicazione⁶.

² Cfr., in una prospettiva storica, LOSANO, *Sistema e struttura nel diritto*, I (*Dalle origini alla scuola storica*), Torino, 1968; v. anche, con maggiori approfondimenti, LA PIRA, *La genesi del sistema nella giurisprudenza romana*, Roma, 1935, e sul "sistema marciano", che consisteva nel raggruppare la casistica per generi. Secondo WOLFF (citato in LAZZARO, *Sistema giuridico*, in *Enc. Dir.*) il sistema è «*constans (...) nexum, ut alia ex aliis deduci continuo ratiocinationis filo possint*». Si consideri anche che G. JELLINEK aveva intitolato *Sistema* la sua nota opera sui diritti soggettivi, ed anche l'opera del SAVIGNY era chiamata *Sistema*. Subito dopo la Costituzione italiana, si è avuto il *Commento sistematico alla Costituzione italiana* di AMORTH, dove – usando le parole di questo acuto Studioso – il «commento sistematico era ordinato ad una *connessione* particolare della materia esposta». Conviene anche rammentare il PUCHTA, *Cursus der Institutionem* (trad. it.), Napoli, 1854, 2, che affermava che il diritto esprime un sistema, e «se vi è un mucchio di pietre, ne può mancare una senza che l'osservatore se ne accorga. Ma quando le pietre sono ordinate ad edificio, la mancanza anche di una sola pietra si manifesta subito come un vuoto, e l'osservatore è in grado di individuare la parte mancante».

³ Si pensi ad es., per i sistemi delle leggi, alle classificazioni di esse in varie categorie, con nomi diversi: ad es., le XII Tavole, oppure le raccolte più ampie quali i Codici (con le partizioni delle Rubriche), i Testi unici, ecc. Anche i singoli articoli delle leggi sono stati suddivisi in commi, secondo un sistema, e gli stessi rapporti tra le leggi e le norme sono basate su un sistema. Ad es. i rapporti tra le leggi ed i regolamenti sono basati sull'impossibilità della contraddizione (art. 4 delle Disposizioni sulla legge in generale).

⁴ Cfr. PLATONE, *Fedro*, 266 b), in riferimento al procedimento logico di «smembrare l'oggetto in specie, guardandosi dal lacerarne alcune parti, come potrebbe fare – così precisa Platone – un cattivo macellaio». I concetti di genere e specie sono stati considerati anche da ARISTOTELE, *Le categorie*, Milano, 1989 e gli AA. che secoli dopo hanno interpretato il pensiero di questo Studioso (es. CAGNOLO, *Omnnes tituli: De regulis iuris*, Venezia, 1546, ritenevano che (p. 7): «*ad cognitionem specierum debet precedere cognitio generis*», perché si doveva prima indagare la sostanza e poi l'accidente, dato che: «*ex universalibus ad singularia procedere oportet*».

⁵ I giureconsulti romani consideravano il *genus* derivato da *pluribus differentibus*, e quindi da singole *species* differenti. Secoli dopo, BARTOLO, nel suo trattato *De tyranno* suddivideva il *genus tyrannus* in cinque *species tyrannorum: generalis, provincialis, civitatis, unius, domus, sui ipsius*.

⁶ Si deve però rammentare che le ulteriori suddivisioni apposte al concetto di *genus* hanno complicato il problema. Ad esempio, il *genus* era suddiviso in *genus generalissimum* («*quod cum*

Appunti sui concetti di “connessione” e di “combinazione” nell’interpretazione sistematica ed economica delle leggi - *Observations on the concepts of ‘connection’ and ‘combination’ in the systematic and economic interpretation of the laws*

L’Autore affronta i temi della “combinazione” e della “connessione” nei sistemi normativi. L’Autore si sofferma, in particolare, sulle peculiarità che presenta la “connessione” nei sistemi normativi equiordinati e nei sistemi normativi gerarchici.

L’Autore procede poi all’analisi delle conseguenze in termini di interpretazione e di applicazione delle leggi nei suddetti sistemi, illustrando, infine, l’influenza che la “connessione” può avere sull’interpretazione economica del diritto.

The Author tackles the themes of ‘combination’ and ‘connection’ in legal systems. He focuses in particular on the peculiarities of ‘connection’ in ‘flat’ legal systems and in ‘hierarchical’ legal systems.

The Author then moves on to analyse consequences in terms of the interpretation and application of laws in the aforementioned systems, illustrating, finally, the influence that ‘connection’ may have on the economic interpretation of the law.

Articoli e Saggi

Il problema della natura e della lucratività delle società in mano pubblica alla luce dei più recenti sviluppi dell'ordinamento nazionale ed europeo

Francesco Goisis

Sommario: 1. Il problema tradizionale della natura delle società in mano pubblica, tra centralità del profilo teleologico e prospettive di neutralizzazione del dato causale; – 2. La essenzialità dello scopo di lucro nel tipo società per azioni (anche se in mano pubblica); – 3. Il principio costituzionale di equilibrio di bilancio e la conseguente necessità che le società in mano pubblica non distruggano ricchezza; il rilievo del principio di legalità-prevedibilità quale strumento di tutela dell'interesse dei soci privati all'utile. – 4. La lucratività delle società in mano pubblica nella legislazione amministrativa; – 5. Una norma di interpretazione autentica nel senso di una lettura privatistica delle società e del ruolo del socio pubblico; – 6. Conclusioni: il paradosso di una lucratività delle società in mano pubblica, a ben vedere ancor meglio garantita della lucratività dell'istituto societario in generale.

1. Il problema tradizionale della natura delle società in mano pubblica, tra centralità del profilo teleologico e prospettive di neutralizzazione del dato causale.

Le società in mano pubblica, almeno in tutti quegli ordinamenti in cui, come in Italia, l'istituto societario è saldamente collocato nell'ambito del diritto privato, suscitano un principale motivo di discussione: se e come dare conto, sul piano giuridico, della loro sostanza pregiudiziale fatalmente “anfibia”, ossia del fatto di essere soggetti che, pur in forma privatistica, non possono che costituire, almeno entro certi limiti, strumenti di azione della Amministrazione nell'economia.

Prima del vigente Codice civile, il dibattito era già nutrito¹: non si mancava di cogliere come la società in mano pubblica rappresentasse «un travestimento

¹ Sul punto si veda in particolare RAVÀ, *L'azionariato dello Stato e degli enti pubblici*, in *Riv. dir. comm.*, 1933, I, 324 ss., ove un'ampia trattazione del tema con numerosi riferimenti di diritto.

in forma privata di una impresa sostanzialmente pubblica»². Il Consiglio di Stato, poi, già aveva tentato di imporre (scontrandosi con l'opposta visione della Corte regolatrice) l'idea della società di capitali-ente pubblico (in quanto, in tesi, chiamata al diretto perseguimento di fini statuali)³. Non certo, quindi, inconsapevolmente⁴, il Codice civile, fin da quando, nel 1942, si è occupato espressamente dell'azionariato pubblico, ha preso chiara posizione: salvo diverse previsioni di legge, le società a partecipazione pubblica sono soggette al medesimo regime giu-

to comparato e la conclusione che, in Italia: «l'autorità pubblica, nel ricorrere a forme giuridiche offerte dal diritto privato, le ha adottate, più che altrove, nella loro integrità, senza modificarle e spesso deformatle». Per un'ampia e documentata trattazione dell'esperienza italiana ed europea delle società in mano pubblica, si veda altresì (in una prospettiva, però, eminentemente economica e comunque descrittiva), GANGEMI, *Le società anonime miste*, Firenze, 1932.

² RAVÀ, *op. cit.*, 340.

³ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 19 gennaio 1938, n. 33, che vedi ora pubblicata in *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, a cura di PASQUINI - SANDULLI A., Milano, 2001, 235 ss., resa in tema di qualificazione della allora società anonima AGIP, dove, al fine della affermazione della giurisdizione amministrativa, si dice che: «... se alla A.G.I.P.: si volesse contestare la qualifica di Ente pubblico, perché essa si presenta sotto la forma di un'anonima commerciale, basterebbe opporre la notorietà del fatto, che tale forma fu data, unicamente, per ragioni di opportunità contingente e che, del resto, è comune ad altre imprese, – create dallo Stato o con il suo concorso, – senza che questa esterioresità influisca sulla sostanza e sugli scopi loro, diretti in linea principale all'incremento e conseguimento di finalità di generale interesse e che, appunto per essere tali, lo Stato, quale Ente originario e sovrano, ha, non solo il diritto, ma altresì l'obbligo di controllare». Notano poi i giudici amministrativi che una messa in discussione della natura pubblica della società sarebbe «per di più inopportuna, perché in aperto contrasto con le direttive del Regime, intese ad assicurare, in ogni campo, quella autarchia per cui l'A.G.I.P. fu costituita e che, con la lavorazione delle materie prime, con la messa in valore di riserve petrolifere e con le ricerche, essa encomiabilmente persegue, non solo nell'interesse economico generale, ma altresì per la difesa Nazionale» (239-240). Insomma, la società a partecipazione pubblica sarebbe soggetto in realtà di diritto pubblico, perché con finalità pubblicistiche. Questa decisione venne poi annullata da Cass., sez. un., 26 aprile 1940, n. 1337, in *Foro it.*, 1941, I, 199 ss., con nota adesiva di FERRI, *Azionariato di Stato e natura giuridica dell'ente*, sulla base della considerazione per cui «Un Ente che nasce, vive e del quale sia prevista la fine secondo le regole proprie delle società anonime non rientra nella categoria delle persone giuridiche pubbliche, quando non si dimostri che specifici elementi investono e modificano la sua intima struttura». Il Commentatore apprezza la sentenza perché, a suo dire, il criterio da tenere presente per distinguere tra enti pubblici e privati sarebbe quello della obbligatorietà dello scopo, ma di essa obbligatorietà sarebbe possibile parlare solo «in quanto la partecipazione dello Stato importi una variazione nella organizzazione e nel funzionamento della società, per modo che il potere di determinazione dell'azione sociale sia in un certo senso ed entro certi limiti sottratto all'organo sovrano della società» (206). Su questa vicenda giurisprudenziale, e su altre ancora che hanno visto il generale prevalere (al tempo in cui la rassegna è stata pubblicata), sia nella giurisprudenza amministrativa che in quella civile, di una visione privatistica delle società in mano pubblica, si veda altresì ROVERSI MONACO, *La giurisprudenza sulle società a partecipazione pubblica*, in *Dir. soc.*, 1973, 789 ss.

⁴ Rinvio, in particolare, per più estese considerazioni sulle tematiche qui trattate, a GOISIS, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica*, Milano, 2004, spec. 113 ss.

Il problema della natura e della lucratività delle società in mano pubblica alla luce dei più recenti sviluppi dell'ordinamento nazionale ed europeo - *The problem of the nature and profitability of state-owned companies in the light of the most recent developments in the national and European legal framework*

L'articolo mira a mostrare come la appartenenza al diritto privato e la lucratività della società in mano pubblica, quali già delineate nella codificazione del 1942, trovino nelle più recenti evoluzioni dell'ordinamento importanti e sempre più stringenti conferme. In tal modo, viene smentita una visione neutrale e quindi pubblicistica della società in mano pubblica, quale spesso proposta dalla dottrina e dalla giurisprudenza amministrativa. In particolare, si osserva come la codificazione del principio dell'equilibrio di bilancio all'art. 97 Cost., nonché, coerentemente, la ultima legislazione amministrativa finalizzata alla riduzione della spesa pubblica, portino a rifiutare l'idea delle società pubblicamente partecipate come strumento di perseguimento diretto di interessi pubblici e quindi consumo di risorse della collettività, a favore della riaffermazione di una vocazione nel segno della creazione di ricchezza, e così della adesione alla causa societaria di cui all'art. 2247 c.c. In questo contesto, particolarmente rilevante sul piano sistematico appare l'art. 4, co. 13, d.l. 95 del 2012, in punto di necessaria interpretazione del regime giuridico dell'impresa privata in mano pubblica in conformità al comune diritto societario. Di tale ultima previsione si indagano infine alcune principali conseguenze, tra l'altro in relazione alla tematica dell'in house providing.

The article aims to show how the most recent developments in the legal framework have provided significant and conclusive confirmation of the extent to which state-owned companies (as already defined in the 1942 codification) are considered subject to private law and operate as profit-making enterprises. In this way, a neutral and therefore public-oriented viewpoint of the state-owned company, as referred to by doctrine and administrative jurisprudence, is thereby refuted. In particular, the codification of the principle of a balanced budget, pursuant to art. 97 of the Constitution, as well as the most recent administrative legislation (aiming at a reduction in public spending), imply a rebuttal of the idea of state-owned companies as means for the direct pursuit of public interests (and thus consuming collective resources), in favour of a reaffirmation of a wealth-creating vocation, in line with the 'corporate contract' definition of companies as per art. 2247 of the civil code. In this context, art. 4, para. 13 of Leg. Dec. 95 of 2012 is particularly relevant at a systematic level with regard to the need to interpret the legal nature of the private company in state hands, in compliance with common corporate law. The article examines a number of significant consequences deriving from this outlook, also in relation to the theme of in-house providing.

Articoli e Saggi

Società miste per i servizi locali e principio di sussidiarietà. Di alcune difficoltà nell'integrazione tra pubblico e privato

Elena di Carpegna Brivio

SOMMARIO: 1. Le nuove prospettive aperte dal principio di sussidiarietà nella gestione dei servizi pubblici locali: una possibile attualizzazione dello strumento delle società miste. – 2. Introduzione ed evoluzione delle società miste nell'ordinamento italiano. La società mista tra diritto speciale e tutela della concorrenza nella disciplina degli anni Novanta e degli anni 2000. Le difficoltà di applicare all'istituto una logica di positiva cooperazione tra pubblico e privato. – 3. La riforma del 2008 e la difficoltà di configurare le società miste come una forma di partenariato pubblico privato istituzionalizzato. L'impatto del referendum abrogativo del giugno 2011: nuovi contorni di definizione dell'integrazione tra pubblico e privato nella gestione di interessi a carattere generale. – 4. Qualche breve conclusione su attualità e potenzialità del rapporto tra sussidiarietà e società miste.

1. Le nuove prospettive aperte dal principio di sussidiarietà nella gestione dei servizi pubblici locali: una possibile attualizzazione dello strumento delle società miste.

Se si osserva, con sguardo d'insieme, lo sviluppo dell'istituto della società mista nel nostro ordinamento è possibile accorgersi di come la sua evoluzione abbia accompagnato le modificazioni del nostro sistema amministrativo mettendo in evidenza, nei diversi periodi, alcune criticità legate all'inserimento di elementi privatistici nella gestione di interessi a carattere generale.

Le influenze reciproche tra diritto pubblico, diritto privato e diritto comunitario derivanti dall'attuazione del principio della tutela della concorrenza anche in ambiti coperti da interessi della pubblica amministrazione, meriterebbero di essere pienamente tradotte nel sistema dei servizi pubblici locali attraverso un complessivo ripensamento degli strumenti di gestione¹.

¹ Cfr. in proposito F. FRACCHIA, *Studio delle società «pubbliche» e rilevanza della prospettiva giuspubblicistica*, in *Foro it.*, 2005, III, 38 e ss.

Il legislatore italiano, però, sembra aver limitato la propria scelta attuativa al semplice adattamento di un sistema di servizi creato più per risolvere questioni di inefficienza dell'amministrazione che la piena realizzazione della tutela della concorrenza.

Vi è stato infatti un faticoso percorso di conformazione all'evoluzione della disciplina europea in cui comunque sono stati conservati istituti originariamente pensati per esigenze completamente diverse.

Il caso delle società miste risulta essere in questo senso emblematico: nate negli anni Novanta per consentire all'amministrazione di impiegare modelli privatistici per il perseguimento di finalità pubblicistiche, esse sono divenute un caso di commistione tra pubblico e privato in cui il rispetto della concorrenza ha faticato ad affermarsi.

Nonostante le frequenti revisioni legislative, le società miste sembrano aver continuato a rispondere, nella loro evoluzione normativa, a un'idea di diritto pubblico ancora legata all'attribuzione di funzioni a soggetti pubblici o privati a seconda di interessi esclusivi della pubblica amministrazione².

Ne è derivato un inserimento di privati in ambito pubblicistico attraverso la costruzione di una struttura giuridica di diritto speciale volta a rendere l'attività svolta dalla parte privata funzionale alle esigenze del soggetto pubblico³.

Eppure non sembra fuori luogo ipotizzare la possibilità di impiegare questo particolare istituto per la creazione di uno strumento in cui l'attività svolta da soggetti pubblici e privati risponde a una "causa" pubblicistica interpretata non come interesse del soggetto pubblico, ma come il prodotto di un'integrazione tra Stato e società⁴.

² Cfr. in proposito G. BERTI, *Il diritto pubblico come insieme dell'autonomia privata*, in *Metastabilità giuridica*, Roma, 1990, 40 e ss. In particolare a p. 41 l'A. afferma che «il diritto pubblico è un sottosistema giuridico nel quale pare che tutte le figure abbiano una collocazione precostituita, stiano tutte al loro posto, si tipizzino per il luogo che occupano nella scena. Il diritto privato è diverso; nel diritto privato il soggetto può prendersi a carico gli interessi più disparati, può agire secondo finalità non previste, non prefissate, non predeterminate. Non c'è quindi un problema – come si pone invece nella prospettiva pubblicistica – di connettere a priori un soggetto e un interesse». Sul punto anche ID., *Diffusione della normatività e nuovo disordine delle fonti del diritto*, in *Jus*, 2003, 3 e ss.; G. COCCO, *Cronaca di molte scelte annunciate e di poche perseguite. Ovvero il principio di sussidiarietà nell'ordinamento italiano*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 720 e ss.

³ M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica. Il caso delle S.p.A derivanti dalla trasformazione di enti pubblici statali ed aziende autonome statali*, Torino, 1997, 24 e ss.

⁴ F. PIZZOLATO, *Sussidiarietà, autonomia e federalismo: prime riflessioni*, in *Come pensare il federalismo? nuove categorie e trasformazioni costituzionali*, a cura di G. DUSO, A. SCALONE, Monza, 2010, 187 e ss.; G. C. SALERNO, *Servizi di interesse generale e sussidiarietà orizzontale fra ordinamento costituzionale e ordinamento dell'Unione europea*, Torino, 2010, 13 e ss.; F. LUCIANI, "Pubblico" e "privato" nella gestione dei servizi economici locali in forma societaria, in *www.giustamm.it*, 2012, p. 3; C. MARCOLUNGO, *Il partenariato pubblico privato istituzionalizzato: un tentativo di ricostruzione*,

Società miste per i servizi locali e principio di sussidiarietà. Di alcune difficoltà nell'integrazione tra pubblico e privato - *Private-public companies for local services and the principle of subsidiarity. A number of problems of integration between public and private*

Lo scritto ripercorre l'evoluzione normativa delle società miste per i servizi pubblici locali per mettere in evidenza le difficoltà di adattamento dell'istituto all'attuazione del principio di tutela della concorrenza di derivazione europea.

In particolare viene analizzato come la forma di gestione della società mista sia stata costruita con l'obiettivo di impiegare strumenti privatistici per il perseguimento di finalità pubblicistiche, senza una necessaria riforma in senso regolatorio dell'amministrazione.

Anche a fronte dell'impatto del referendum del giugno 2011 sul sistema dei servizi pubblici locali, viene considerata la possibilità di ripensare le società miste come forma di partenariato pubblico-privato dal carattere sussidiario in cui realizzare il positivo incontro di soggetti pubblici e privati per il conseguimento di obiettivi di interesse generale.

The author reviews the regulatory evolution of private-public companies for local public services in order to highlight the difficulties of private-public companies in adapting to the application of the European Community principle of safeguarding competition.

Specifically, the paper analyses how the form of private-public companies management has been developed with the objective of using private business instruments for the pursuit of goals of a public nature without necessary administrative reform in a regulatory sense.

The possibility of transforming private-public companies into a form of public-private partnership of a subsidiary nature, in which public and private entities work together in order to achieve goals in the general public interest, is considered, also taking account of the effects of the referendum in June 2011 regarding the local public services system.

Articoli e Saggi

La nozione di servizio pubblico locale tra diritto europeo e ordinamento nazionale

Davide Miniussi

SOMMARIO: 1. Cenni storici. – 2. La nozione di servizio di interesse economico generale. – 3. Servizi pubblici locali e principi europei. – 4. La nozione di servizio pubblico locale secondo la Corte costituzionale. – 5. Recenti sviluppi in materia di servizi pubblici locali: dal *referendum* alla sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012.

1. *Cenni storici.*

La ricerca della nozione di servizio pubblico è un *topos* della letteratura amministrativista. Fin dalla nascita del diritto amministrativo, infatti, il tentativo di individuare e circoscrivere il concetto di servizio pubblico ha caratterizzato il dibattito dottrinale.

Si pensi, ad esempio, alla c.d. *école du service public*, nata in Francia, e al suo maggiore esponente, Léon Duguit, secondo il quale il diritto pubblico moderno doveva essere considerato *droit objectif des services publics*¹, in quanto lo Stato si caratterizzava non per essere titolare della sovranità, intesa come diritto soggettivo cui si contrappongono i diritti soggettivi naturali di cui sono titolari i singoli individui, bensì per l'obbligo su di esso incombente di organizzare i servizi pubblici. L'adempimento di quest'obbligo da parte dello Stato era, ad un tempo, conseguenza e giustificazione del potere statale.

Questa portata totalizzante del concetto di servizio pubblico rimase estranea alla tradizione italiana². Nel nostro paese, infatti, i servizi pubblici, in genere, non furono considerati parte dell'attività necessaria (giuridica o patrimoniale).

¹ L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, Parigi, 1913, 52.

² Per un'ampia ricostruzione delle tesi elaborate dalla dottrina italiana sulla nozione di servizio pubblico cfr. G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 2001. Dello stesso A., cfr. G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005.

le) dello Stato, bensì di quella sociale – secondo la nota distinzione elaborata da Orlando – che, rispetto all’attività giuridica, si caratterizzava per la contingenza – cioè per la circostanza che, anche in sua mancanza, lo Stato avrebbe perpetuato la propria esistenza – e, rispetto a quella patrimoniale, per il pubblico interesse, che sussisteva anche laddove la prestazione di servizio pubblico fosse stata subordinata al pagamento di un corrispettivo³.

Con Orlando si fece strada la concezione soggettiva di servizio pubblico, vale a dire quella concezione che considerava servizi pubblici soltanto le attività *lato sensu* imputabili alla pubblica amministrazione. Nel respingere alcuni criteri per la definizione della scienza del diritto amministrativo, Orlando affrontò quello fondato sul servizio pubblico per segnalare come quest’ultimo fosse un concetto derivato, non originario, oltre che complesso e, pertanto, inidoneo a fungere da elemento che consentisse di disegnare i confini della scienza del diritto amministrativo. Poiché è l’amministrazione a creare i servizi pubblici, «dal punto di vista logico, l’idea del pubblico servizio non precede, ma segue, quella della pubblica amministrazione⁴».

La concezione oggettiva, che, invece, prescindeva dalla natura soggettiva del titolare del servizio pubblico ai fini della qualificazione come tale dell’attività rilevante, fu dapprima elaborata da De Valles, che derivava l’attributo di pubblico non dalla persona che esercita l’attività, bensì dal destinatario della stessa e affermava che «quando si parla di “pubblici servizi”, si usa la qualificazione di “pubblici” non in vista dell’ente, che del servizio è soggetto, ma in considerazione dei destinatari, cui è diretto; (...). In breve, *servizio pubblico* non è altro che *servizio per il pubblico*⁵». La medesima concezione oggettiva fu rielaborata, su basi “costituzionali”, alla luce dell’art. 43 Cost.⁶, rinvenendo il criterio identificativo nella vigenza di una particolare disciplina per l’esercizio dell’attività della cui qualificazione si discute, una disciplina i cui elementi costitutivi erano la determinazione

³ V.E. ORLANDO, *Introduzione al diritto amministrativo*, in V.E. ORLANDO (diretto da), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, I, Milano, 1900, 75 ss.

⁴ V.E. ORLANDO, *op. ult. cit.*, 58. Sostenitore della concezione soggettiva fu anche Santi Romano, il quale affermava che «il servizio pubblico non può assumersi che dietro una concessione: il diritto al suo esercizio non spetta che agli enti pubblici; ai privati solo quando quest’ultimi gliel’abbiano conferito. Quando siffatta concessione avviene, il privato esplica la sua attività nel nome proprio [...] e nel proprio interesse [...]. Il servizio tuttavia resta pubblico» (S. ROMANO, *Principii di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1912, 194).

⁵ A. DE VALLES, *I servizi pubblici*, in V.E. ORLANDO (diretto da), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, op. cit., VI, parte I, Milano, 1930 (corsivo dell’A.).

⁶ Per un commento all’art. 43, cfr. A. LUCARELLI, *Art. 43*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO e M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, I, UTET, 2006, 883. Per una puntuale ricostruzione del contenuto della fattispecie di cui all’art. 43 Cost. cfr. S. CASSESE, *Legge di riserva e articolo 43 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1960, 1332 ss.

La nozione di servizio pubblico locale tra diritto europeo e ordinamento nazionale
- *The notion of local public service: comparing European and national law*

L'Autore, dopo un breve richiamo delle teorie sviluppatesi nel Novecento con riguardo alla nozione di servizio pubblico, analizza il rapporto tra la categoria europea dei servizi di interesse economico generale e quella italiana di servizio pubblico locale, alla luce dei più rilevanti documenti elaborati in quest'ambito dalla Commissione e della giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte costituzionale. La nozione di servizio pubblico locale è poi esaminata in alcune sue manifestazioni concrete, nel quadro delle più recenti novità normative, referendarie e giurisprudenziali, nonché quale punto di riferimento costante che prescinde dal mutevole contesto normativo.

After a brief review of the theories developed in the last century regarding the notion of public service, the Author analyses the relationship between the European system of services of a general economic interest and the Italian system of local public service in the light both of the most recent documents drawn up on the matter by the European Commission and of the jurisprudence of the Court of Justice and the Constitutional Court. The notion of local public service is then examined in a number of its concrete applications, taking account of the most recent legislative, referendum and judicial developments, and from the point of view as a constant point of reference independent of the changing regulatory framework.

Articoli e Saggi

Il contributo della giurisprudenza all'evoluzione delle regole sugli appalti pubblici

Michele Cozzio

SOMMARIO: 1. Quale europeizzazione delle regole sugli appalti pubblici. – 2. L'impatto del formante giurisprudenziale sulla formulazione delle regole. – 3 Il dialogo fra le Corti come strumento di integrazione giuridica – 4. Il dialogo fra le Corti e la circolazione dei modelli giuridici. – 5. Tratti caratterizzanti l'applicazione delle regole per via giurisprudenziale: la diversità. – 6. (segue): la spinta all'innovazione. – 7. Percorsi per l'analisi giurisprudenziale nel processo di europeizzazione (cenni).

1. *Quale europeizzazione delle regole sugli appalti pubblici.*

L'*europeizzazione* delle regole è concetto che per la sua ampiezza si presta a indicare fenomeni fra loro molto diversi benché accomunati da un'unica manifestazione: «la progressiva erosione delle peculiarità nazionali mediante l'innesto di nuovi elementi di impronta comunitaria»¹.

Ne troviamo significativa esemplificazione nei sistemi di contrattazione pubblica degli Stati europei, che si caratterizzano come ambito privilegiato per il trapianto e l'applicazione delle regole europee e, più in generale, per la definizione dei principi che presiedono i rapporti fra ordinamento europeo e ordinamenti nazionali².

¹ G.A. BENACCHIO, *Diritto privato dell'Unione Europea. Fonti, modelli, regole*, Padova, 2010, V ed., 27 ss.

² Il settore degli appalti pubblici è fra quelli che maggiormente hanno contribuito all'enucleazione di principi generali per la definizione del rapporto tra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali. Con riferimento all'ordinamento italiano M.P. CHITI, *Il sistema delle fonti. Il rapporto fra diritto interno e normativa comunitaria*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Il nuovo ordinamento dei lavori pubblici*, Torino, 2001, 2, osserva che dal confronto con quanto avvenuto in altri settori (ad esempio nel campo delle società, della responsabilità del produttore, della tutela del consumatore) si evince come l'influenza del diritto comunitario nella materia degli appalti pubblici

Nell'arco di oltre quarant'anni l'azione europea (politica, legislativa e giurisprudenziale) ha perseguito l'eliminazione degli ostacoli diretti e indiretti al funzionamento di un mercato unico degli appalti pubblici e ha favorito la realizzazione di un quadro giuridico il più possibile omogeneo. La spinta euro-unitaria ha inciso soprattutto sulla definizione dei principi che presiedono la selezione dei contraenti, l'articolazione delle procedure di aggiudicazione, le garanzie circa l'effettività delle tutele³.

Gli sforzi compiuti hanno portato a un grado di armonizzazione delle regole nazionali altrimenti irraggiungibile, al punto che oggi è difficile negare l'esistenza negli Stati membri di un diritto *europizzato* degli appalti pubblici⁴,

costituisca «una delle maggiori dimostrazioni della progressiva compenetrazione dell'ordinamento italiano con quello europeo»; cfr. anche G. MORBIDELLI, M. ZOPPOLATO, *Appalti pubblici*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, opera diretta da M.P. CHITI e G. GRECO, Milano, vol. I, II ed., 2007, 424; F. FRACCHIA, *Ordinamento comunitario, mercato e contratti della pubblica amministrazione. Profili sostanziali e processuali*, Napoli, 2010, 7; A. MASSERA, *Lo Stato che contratta e che si accorda. Vicende della negoziazione con le PP.AA., tra concorrenza per il mercato e collaborazione con il potere*, Pisa, 2011, 47; M.E. COMBA, *L'esecuzione delle opere pubbliche con cenni di diritto comparato*, Torino, 2011, 12 ss.; R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2012, II ed., 43 ss.; R. CAPO- NIGRO, *Interessi e regole di tutela negli ambiti nazionale e comunitario*, in P.G. PORTALURI (a cura di), *L'Europa del diritto: i Giudici e gli ordinamenti*, Collana della Facoltà di Giurisprudenza - Università del Salento, Napoli, 2012, 146 ss.; E. PICOZZA, *I contratti con la pubblica amministrazione tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, 2007, I, Milano, 5 ss.

³ Per una visione generale sul tema cfr. R. NOUGELLOU, U. STELKENS (eds.), *Droit comparé des Contrats Publics. Comparative Law on Public Contracts*, Bruxelles, 2010, Part. I, 143-261.

⁴ L'uropeizzazione delle regole nazionali degli appalti pubblici è fenomeno che interessa, pur con diversa intensità, tutti gli ordinamenti degli Stati membri. Sul tema, senza pretesa di esaustività, si segnalano: P. FLAMME, M.A. FLAMME, C. DARDENNE C. (eds.), *Le marchés publics européens et belges: l'irrésistible europeanisation du droit de la commande publique*, Bruxelles, 2009, II ed., 1-368; J.M. GIMENO FELIU, *Ambito di applicazione e procedura di contrattazione pubblica nell'ordinamento spagnolo: l'influenza del diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, n. 3-4, 781 ss.; S. ARROWSMITH, *Implementation of the Public Procurement Directives: United Kingdom*, in *Pub. proc. law review*, 1992, 173 ss.; J.S. SCHNITZER, *The Austrian Federal Procurement Act 2006: the Impact of Recent EC Developments on the Austrian Procurement System*, in *Pub. proc. law review*, 2006, 5, 266-285; G.E. FERREIRA, *Public Procurement Law in Portugal: an Overview*, in *Pub. proc. law review*, 1999, 5, 225-241; C.H. BOVIS, *EU Public Procurement Law*, Edward Elgar Pub., 2008, 1-488; S. TREUMER, F. LICHERE (eds.), *Enforcement of the EU Public Procurement Rules*, Copenhagen, 2011, 1-214; J.-B. AUBY (ed.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Parigi, 2010, 1-929. Per ulteriori riferimenti bibliografici si rinvia alla sezione bibliografica dell'Osservatorio di Diritto Comunitario e Nazionale sugli Appalti Pubblici dell'Università di Trento (link web: www.osservatorioappalti.unitn.it) nonché al volume collettaneo coordinato dal gruppo di ricerca dell'Università di Nottingham, *Comprehensive Public Procurement. Law and Regulation. Bibliography 2011*, disponibile all'indirizzo web <http://www.osservatorioappalti.unitn.it/viewFile.do?d=1354196765571&dataId=5627&filename=Testo.pdf>.

Il contributo della giurisprudenza all'evoluzione delle regole sugli appalti pubblici
- *The contribution of jurisprudence to the development of public contract regulations*

È noto quanto il diritto europeo influenzi il diritto nazionale e sono evidenti, specie nel settore dei contratti pubblici, gli effetti della progressiva europeizzazione delle regole interne. Meno noti sono i meccanismi e le modalità con le quali tali effetti si producono.

In questo scritto la prospettiva scelta per l'analisi del fenomeno è quella giurisprudenziale. L'obiettivo è quello di rilevare come le pronunce della Corte di giustizia e delle Corti nazionali impattano sulle regole e sul sistema nazionale degli appalti pubblici. La prospettiva adottata conferma la capacità di influenza del giudice europeo non solo verso "il basso" sulle prassi e sulle regole nazionali ma anche verso "l'alto" sulla *ratio* degli interventi legislativi.

Più in generale l'azione giurisprudenziale viene considerata sia quando interviene in senso verticale, nella duplice direzione "*bottom down*" (dal livello europeo a quello statale) e "*bottom up*" (dal livello statale a quello europeo), sia quando opera in senso orizzontale, nell'ambito del confronto fra le decisioni dei giudici degli Stati membri. Con riferimento a quest'ultimo profilo emerge l'insufficienza del ricorso alla comparazione da parte delle Corti nazionali, che pure potrebbero trarre dal metodo comparatista indubbi benefici. Di qui l'auspicio a spianare la strada per un maggior utilizzo delle tecniche e degli strumenti della comparazione da parte dei giudici nazionali.

It is well recognized how European law influences national law, and the effects of the progressive 'Europeanization' of national regulations are clear, especially in the field of public procurement contracts. Less well-known are the mechanisms and the methods adopted.

This paper provides an analysis of the relevant legal aspects. The objective is to describe how the rulings of the Court of Justice and of national courts affect the regulations and the national system regarding public contracts. The approach adopted confirms the level of influence of European judges not only on procedures and on national laws at 'ground level', but also at a 'high' level, on the *ratio* of legislative measures.

More generally, judicial action is referred to both in a vertical direction, that is, 'top down' (from a European level to the national level) and 'bottom up' (from the national level to the European level), and when operating horizontally, through comparison between the decisions of judges of the member states. With reference to the latter profile, insufficient use is found of such comparison on the part of national courts (and which could turn out to be very beneficial). This gives rise to the hope that there will be scope for greater use of comparative techniques and instruments by national judges.

Articoli e Saggi

Forma dei contratti bancari e finanziari: problematiche applicative e soluzioni comuni

Manuela Ruggi e Giuseppe Settanni

SOMMARIO: 1. La forma del contratto. Breve introduzione e quadro normativo per i contratti bancari e finanziari. – 2. Riflessioni in materia di forma scritta dei contratti bancari e finanziari. – 3. Prospettive di un'analisi comune dei contratti bancari e finanziari. Problematiche e soluzioni comuni. – 4. Conclusioni.

1. *La forma del contratto. Breve introduzione e quadro normativo per i contratti bancari e finanziari.*

Molto dibattuto è – da lungo tempo – il problema relativo alla forma dei contratti bancari¹ e di quelli finanziari².

¹ Per una panoramica generale relativa ai contratti bancari ed alle problematiche ad essi attinenti, si vedano – a titolo puramente esemplificativo – U. MORERA, *Contratti bancari (disciplina generale)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, I, 163 ss.; C. BRESCIA MORRA, U. MORERA, *L'impresa bancaria. L'organizzazione e il contratto*, in P. PERLINGIERI (diretto da), *Trattato di diritto civile*, XI, Napoli, 2006; G. FAUCEGLIA, *I contratti bancari*, in V. BUONOCORE (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, III, t. 2, Torino, 2006; E. CAPOBIANCO, *I contratti delle banche: trasparenza ed equilibrio nei rapporti con la clientela*, in *Dir. banca e mercato fin.*, 2002, I, 207 ss.; M. RISPOLI FARINA, *Le particolari operazioni di credito*, in C. ANGELICI, F. BELLI, G. L. GRECO, M. PORZIO, ID., *I contratti delle banche*, Torino, 2002, 243 ss.; C. SILVETTI, *I contratti bancari – Parte generale*, in V. CALANDRA BUONAURA, ID., M. PERASSI, *La banca: l'impresa e i contratti*, in G. COTTINO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, VI, Padova, 2001, 433 ss.; A. FRIGNANI, *Le regole di concorrenza ed i contratti bancari: maggiori libertà o maggiori costrizioni*, in *Dir. banca e mercato fin.*, 2000, I, 173 ss.; E. CAPOBIANCO, *Contrattazione bancaria e tutela dei consumatori*, Napoli, 2000; M. PORZIO, *I contratti di durata nel testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1998, I, 294 ss.; S. FORTUNATO, *I contratti bancari. Dalla trasparenza delle condizioni contrattuali alla disciplina delle clausole abusive*, in *Dir. banca e mercato fin.*, 1996, I, 14 ss.; N. SALANITRO, *Le banche e i contratti bancari*, in F. VASSALLI (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Torino, 1983; G. MOLLE, *I contratti bancari*, in A. CIGU, F. MESSINEO (diretto da) e L. MENGONI (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1981, 231 ss.; G. PORTALE (a cura di), *Le operazioni bancarie*, Milano, 1978; G. MINERVINI, *Impresa bancaria e contratti bancari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1965, I, 261 ss.; E. SIMONETTO, *I contratti di credito*, Padova, 1953; A. FIORENTINO, *Delle obbligazioni. Artt. 1754-1860*, in G. BRANCA, A. SCIALOJA (a cura di), *Commentario del codice civile*, Bologna-Roma, 1953.

² In materia di contratti di intermediazione finanziaria, la dottrina è sterminata. Per i contributi più recenti, si rimanda a M. MAGGIOLO, *Servizi ed attività d'investimento: prestatori e prestazione*,

Com'è noto, tanto il Testo Unico Bancario³ quanto il Testo Unico della Finanza⁴ prevedono che i contratti siano redatti per iscritto e che un esemplare venga consegnato al cliente, aggiungendo poi che nei casi di inosservanza della forma prescritta il contratto è affetto da nullità. Tuttavia, pare opportuno verificare in cosa consista l'obbligo di redazione scritta per i contratti in oggetto, nonché se alle due tipologie di contratti sopra evidenziate sia possibile applicare la stessa modalità di interpretazione in ordine al requisito della forma e conseguentemente risolvere in modo uniforme le principali problematiche applicative.

In termini generali, la forma del contratto è la modalità tramite la quale la volontà dei contraenti si manifesta. Essa è, pertanto, un elemento di perfezionamento del contratto, dal momento che rende esteriormente visibile la volontà dei contraenti, facendo sì che essa sia idonea ad assumere rilevanza giuridica⁵. Qua-

Milano, 2012; L. ACCIARI, M. BRAGANTINI, D. BRAGHINI, E. GRIPPO, P. IEMMA, M. ZACCAGNINI (a cura di), *Contratti di finanziamento bancario, di investimento, assicurativi e derivati*, Milano, 2012; D. MAFFEIS, *I contratti dell'intermediazione finanziaria*, Torino, 2011; V. SANGIOVANNI, *Il contratto di intermediazione finanziaria*, in *Obbligazioni e contratti*, 2011, 11, 770; L. GAFFURI, *I servizi e le attività di investimento. Disciplina e aspetti operativi*, Milano, 2010; E. GUERINONI, *Contratti di investimento e responsabilità degli intermediari finanziari*, Milano, 2010; E. GABRIELLI, R. LENER (a cura di), *I contratti del mercato finanziario*, Torino, 2010; E. DAMIANI (a cura di), *I nuovi contratti finanziari*, Napoli, 2008; V. ROPPO, *Sui contratti del mercato finanziario, prima e dopo la Mifid*, in *Riv. dir. privato*, 2008, 485 ss.; E. GUERINONI, *La nuova disciplina dei contratti di investimento. Direttiva Mifid, servizi finanziari e tutela dell'investitore*, Milano, 2008; A. M. MICCOLI, *Nuovi limiti dell'autonomia contrattuale nei contratti per servizi d'investimento finanziario*, Napoli, 2006.

³ Art. 117 del d. lgs. n. 385 del 1993. Storicamente, già l'art. 3, c. 1, della l. n. 154 del 1992, (*Norme per la trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*), prevedeva che tali contratti dovessero essere redatti per iscritto – senza però indicare le conseguenze di un'eventuale violazione del precetto – e che una copia del contratto così stipulato dovesse essere consegnata al cliente.

⁴ Art. 23 del d. lgs. n. 58 del 1998. Perlomeno fino all'approvazione della l. n. 1 del 1991 (*Disciplina dell'attività di intermediazione mobiliare e disposizioni sull'organizzazione dei mercati mobiliari*, più conosciuta come «legge SIM»), si riteneva che i contratti di intermediazione mobiliare, in assenza di una specifica previsione in proposito, non fossero soggetti a particolari vincoli formali, dovendo trovare applicazione il generale principio di libertà delle forme. La legge SIM ha poi introdotto una previsione – l'art. 6, lett. c) – dedicata alle regole di comportamento che le società di intermediazione mobiliare erano obbligate a rispettare nell'esercizio delle proprie attività, la quale, in analogia con l'art. 3 della l. n. 154 del 1992, non associava al difetto di forma un'espressa sanzione di nullità. A chiarire definitivamente la questione è intervenuto poi l'art. 18 del d. lgs. n. 415 del 1996 (c.d. «decreto Eurosim»): esso ha anche specificato che l'invalidità del contratto può «essere fatta valere solo dal cliente». L'organica disciplina della materia è ora contenuta nel Testo Unico della Finanza.

⁵ Sarebbe impossibile indicare una bibliografia completa in materia di forma dei contratti. A mo' di mera indicazione, si può fare riferimento a F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 2012, ristampa della IX edizione, 135 ss.; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2011, 917 ss.; A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2009, 127 ss.; S. SICA, *Atti che devono farsi per iscritto*, in P. SCHLESINGER (a cura di), *Commentario al codice civile*, Milano, 2003, spec. 23 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, in G. IUDICA, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto*

Forma dei contratti bancari e finanziari: problematiche applicative e soluzioni comuni - *Formalities of banking and investment contracts: practical problems and common solutions*

Il lavoro analizza le più recenti tendenze dottrinali e giurisprudenziali in tema di forma di contratti bancari e contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento. In particolare, dopo una panoramica del quadro attualmente in essere, vengono prospettate ipotesi di soluzioni alle problematiche al momento più ricorrenti in materia di formalismo contrattuale, privilegiando un'impostazione comune al settore bancario e a quello finanziario.

The article analyses the most recent academic works and case law with regard to the formality of banking and investment contracts. In particular, after a summary of the current framework, a number of solutions are proposed in order to solve the more recurring problems in respect of the form of such contracts, encouraging a common format for both the banking and financial sector.

Articoli e Saggi

Diritti economici e solidarietà ambientale. Spunti per una funzionalizzazione delle disposizioni costituzionali sui rapporti economici a fini ambientali

Francesca Sabatelli

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi. – 2. Perché affermare l'esistenza di doveri nei confronti dell'ambiente, e non di diritti? – 3. La solidarietà ambientale: compiti dei soggetti giuridici pubblici e doveri dei soggetti giuridici privati. – 4. Progresso ambientale *versus* progresso economico: una contraddizione interna alla nozione di progresso? Il criterio risolutore dello sviluppo sostenibile. – 5. Lo sviluppo sostenibile: un'invenzione sovranazionale? – 6. Le ragioni dell'attuale prevalenza delle esigenze di tutela e di progresso ambientale: il criterio della solidarietà. – 7. I compiti e i doveri di solidarietà ambientale racchiusi nelle disposizioni costituzionali relative ai diritti economici. – 7.1. L'art. 35: il compito/dovere di formazione professionale ambientale. – 7.2. L'art. 41: il mancato contrasto delle attività economiche con l'utilità sociale ambientale e gli interventi legislativi per indirizzarle a fini sociali ambientali. – 7.3. L'art. 43: i fini di utilità generale ambientale e il preminente interesse generale alla tutela e al progresso ambientale. – 7.4. L'art. 45: la funzione sociale della cooperazione e i controlli per assicurarne le finalità ambientali. – 7.5. L'art. 46: l'elevazione dei lavoratori per il perseguimento di fini ambientali attraverso la loro collaborazione alla gestione delle aziende. – 7.6. L'art. 42: la funzione sociale ambientale della proprietà e l'espropriazione per motivi di interesse generale di natura ambientale. – 7.7. L'art. 44: il razionale sfruttamento (*rectius*: utilizzo) del suolo e gli equi rapporti intergenerazionali. – 7.8. L'art. 47: i doveri di solidarietà ambientale implicitamente e indirettamente racchiusi nella disciplina sulla tutela del risparmio e sull'esercizio del credito. – 8. Conclusioni e ulteriori piste di ricerca.

1. *Cenni introduttivi.*

L'obiettivo di questo contributo è quello di far emergere gli aspetti di doverosità e di solidarietà ambientale impliciti nelle previsioni costituzionali relative ai tradizionali diritti economici previsti negli articoli da 35 a 47 della Costituzione.

Il tentativo sarà quello di elaborare una “teoria funzionalista dei diritti economici a fini sociali ambientali”, secondo la quale le norme costituzionali relative a tali diritti devono essere analizzate alla luce di principi e valori ambientali, integrando al loro interno la previsione di doveri e compiti di solidarietà ambientale, in modo da poter sostenere la tesi dell’esistenza di “diritti economici funzionalizzati” alla tutela e al progresso ambientale.

Le norme costituzionali che sanciscono il “principio di solidarietà ambientale” partono da una base comune (art. 2, seconda parte, cost.), ma poi subiscono una diramazione (art. 4, comma 2, cost., per i soggetti privati; art. 3, comma 2, cost., per i soggetti pubblici), delineando, per i soggetti privati, un “dovere di solidarietà ambientale” e, per i soggetti pubblici, un “compito di solidarietà ambientale”.

Più in dettaglio, facendo perno sull’art. 2, seconda parte, della Costituzione, dal quale discende il dovere di solidarietà ambientale, e sull’art. 4, comma 2, della Costituzione, che sancisce il c.d. dovere al “lavoro”, si vuole sostenere che ogni soggetto giuridico privato deve esercitare i diritti economici a lui riconosciuti dalla Costituzione, non solo in modo da non porsi in contrasto con la tutela dell’ambiente (ottica passivo-conformativa), ma anche in maniera funzionale al progresso materiale e spirituale ambientale (ottica attivo-propulsiva).

Il c.d. dovere al “lavoro” di cui all’art. 4, comma 2, cost., poi, è «un principio [...] determinante concreti atteggiamenti dell’ordinamento giuridico statale»¹. Ecco perché dalla funzionalizzazione dei diritti economici dei soggetti privati a fini sociali ambientali deriva anche la necessità di un intervento da parte dei soggetti giuridici pubblici, e *in primis* dal legislatore, i cui compiti di solidarietà ambientale discendono, questa volta, dall’art. 3, comma 2, cost.

Essendo l’ambiente un valore costituzionalmente protetto, dunque, «si manifesta un dovere [*rectius*: compito] dei soggetti pubblici di tutelare il contenuto di quel valore, ma anche un corrispondente dovere dei singoli, privati o imprese, nel difenderlo, sia sulla base di una solidarietà imposta dall’alto, sia sulla base di un adempimento spontaneo»².

Successivamente, sarà necessario ricomporre lo schema di analisi proposto concentrando l’attenzione su ogni singolo articolo del Titolo III della Costituzione sui rapporti economici, al fine di cogliere alcuni dei comportamenti doveroso-

¹ V. CRISAFULLI, *Appunti preliminari sul diritto al lavoro nella Costituzione*, in *Riv. giur. lav.*, I, 1951, 165.

² Cfr. G. GRASSO, *L’ambiente come dovere pubblico «globale»: qualche conferma nella giurisprudenza del giudice delle leggi?*, in *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, a cura di R. BALDUZZI, M. CAVINO, E. GROSSO, J. LUTHER, Torino, 2007, 388-389.

Diritti economici e solidarietà ambientale. Spunti per una funzionalizzazione delle disposizioni costituzionali sui rapporti economici a fini ambientali - *Economic rights and environmental solidarity. Ideas for the 'functionalization' of constitutional provisions to economic transactions for environmental purposes*

L'obiettivo del contributo è quello di far emergere gli aspetti di doverosità e di solidarietà ambientale impliciti nelle previsioni costituzionali degli articoli da 35 a 47 della Costituzione. Il tentativo sarà quello di elaborare una "teoria funzionalista dei diritti economici a fini sociali ambientali", secondo la quale le norme costituzionali relative a tali articoli devono essere analizzate alla luce di principi e valori ambientali, integrando al loro interno la previsione di doveri (per i soggetti giuridici privati) e compiti (per i soggetti giuridici pubblici) di solidarietà ambientale.

I doveri di solidarietà ambientale, posti in capo ai soggetti giuridici privati, discendono dalla lettura degli artt. 2, seconda parte (doveri di solidarietà) e 4, comma 2, (dovere al "lavoro") della Costituzione. Dall'analisi congiunta di essi si ricava che l'esercizio dei diritti economici deve avvenire sia in modo da non porsi in contrasto con la tutela dell'ambiente (ottica passivo-conformativa), sia in maniera funzionale al progresso materiale e spirituale ambientale (ottica attivo-propulsiva). Tale prospettiva consente di sostenere l'esistenza di "diritti economici funzionalizzati" a fini ambientali. Dalla funzionalizzazione dei diritti economici dei soggetti privati a fini sociali ambientali, poi, deriva la necessità di un intervento da parte dei soggetti giuridici pubblici, i cui compiti di solidarietà ambientale discendono dall'art. 3, comma 2, cost.

This article aims to describe the aspects of environmental obligations and solidarity implicit in the constitutional provisions contained in articles 35 and 47 of the Constitution. The objective is to draw up a "functionalist theory of economic rights for social and environmental purposes," according to which constitutional provisions relating to such matters are analysed in the light of environmental principles and values, integrating into them relevant obligations (for private legal entities) and duties (for public legal entities) of environmental solidarity.

Duties of environmental solidarity, applied to private legal entities, derive from arts. 2, second part (duties of solidarity) and 4, paragraph 2, (duty at 'work') of the Constitution. Combined analysis of these articles reveals that the exercise of economic rights must occur both in such a way as to avoid contrasting with environmental protection (from a passive-conforming point of view), and in a such a way as to benefit material and spiritual environmental progress (from an active-propulsive point of view). This view makes it possible to affirm the existence of 'functional economic rights' for environmental purposes.

The functionalization of the economic rights of private entities for environmental purpose, moreover, leads to the need for action on the part of public legal entities, whose duties of environmental solidarity derive from art.3, paragraph 2, of the Constitution.

Si è voluto, perciò, porre l'attenzione su ogni articolo del Titolo III della Costituzione, al fine di cogliere alcuni comportamenti doverosi (doveri e compiti) riferiti all'ambiente che in ognuno di essi sono implicitamente previsti.

The article also reviews every article of Heading III of the Constitution, with the aim of identifying a number of rules of conduct (duties and tasks) relating to the environment that are implicitly provided for in each one.