

NUOVE AUTONOMIE

RIVISTA QUADRIMESTRALE DI DIRITTO PUBBLICO

Anno XXV – Nuova serie

N. 1/2016 (gennaio-aprile)

INDICE

DOTTRINA

MARCO MAZZAMUTO

Esiste una nozione giuridica di periferia? 5

JOSEP RAMON FUENTES I GASÓ Y MARINA RODRÍGUEZ BEAS

La protezione delle coste nell'ordinamento giuridico spagnolo 17

ANNA ROMEO

Autonomia scolastica e diritti fondamentali 55

VITTORIA BERLINGÒ

Per un nuovo rapporto tra Scuola e Territorio: Il Piano Nazionale per la prevenzione della dispersione scolastica nelle periferie 65

CRISTIANO CELONE

Una postilla su una delle novità introdotte dall'art. 84 del codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016). L'obbligo delle stazioni appaltanti di controllare anche gli attestati di qualificazione rilasciati alle imprese dalle SOA

75

SARA FORASASSI

Gli strumenti finanziari derivati in mano pubblica. Parte I

81

LUCA GRISELLI

Le novità in materia di S.C.I.A. in seguito al Decreto Legislativo 30 giugno 2016 n.126: luci ed ombre

115

GIURISPRUDENZA

ALESSANDRA BIFANI SCONOCCHIA

Il diritto fondamentale all'istruzione degli studenti disabili e i confini della giurisdizione amministrativa esclusiva

139

Dottrina

Esiste una nozione giuridica di periferia?

di Marco Mazzamuto¹

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La dimensione spaziale. – 3. La dimensione assiologica: la periferia come zona degradata ovvero del nero opaco. – 4. La scissione con una necessaria relazione spaziale ed il centro come criterio puramente normativo. – 5. La densificazione del criterio: dal degrado edilizio alla sicurezza urbana. – 6. La periferia come clausola generale di legittimazione dell'intervento pubblico. – 7. Il problema della qualificazione della zona periferica tra legge e discrezionalità amministrativa. – 8. Il problema delle competenze amministrative. – 9. Verso il futuro: la rivisitazione olistica della città come nuovo modello di sviluppo nelle strategie UE. – 10. Conclusioni.

1. Premessa

Un primo approfondimento sull'esistenza di una nozione giuridica di “periferia” appare utile per almeno due ragioni.

In primo luogo, è un dato di facile riscontro che il *nomen* (o anche l'aggettivo) ricorra da decenni in svariati testi normativi. È vero che tali riferimenti non sono di regola accompagnati da particolari sforzi definitivi del legislatore, anzi è qui ravvisabile quello scarso rigore che spesso caratterizza le leggi amministrative, ma è anche vero che la dottrina non sembra essersi mai impegnata nel tentativo di ricavare il concetto dal sistema normativo².

In secondo luogo, il tema delle periferie ha subito in questi ultimi anni uno straordinario crescendo di attenzione nelle agende politiche e istituzionali che *a fortiori* non può lasciare il giurista indifferente. Di recente, Renzo Piano è arrivato persino ad affermare che “sono proprio le periferie le città del futuro”³.

2. La dimensione spaziale

La nozione di periferia nel suo significato primario evoca una relazione spaziale tra due luoghi: il “centro”, ovvero sia un determinato spazio, e la “periferia”, ovvero sia lo spazio che si colloca intorno o ai margini del centro. Il

¹ Relazione al II^o Convegno Italo-Brasiliano dell'AIBDAC su “Periferie e diritti fondamentali” (Lecce 13-14 giugno 2016).

² Per avvedersene basti consultare un testo consolidato come quello di F. SALVIA, *Manuale di diritto urbanistico*, Padova, 2012.

³ R. PIANO, *Il rammendo delle periferie*, in *Il Sole 24 ore*, 26 gennaio 2014. V. anche F. SPEROTTI, *Demografia e mercato del lavoro: i cambiamenti dei prossimi quarant'anni*, in *Dir. relaz. ind.*, 2011, 106 ss., la quale, riguardo agli USA, osserva che “il centro gravitazionale risiederà non più nel centro urbano ma nella periferia, la suburbia”.

centro può avere dimensioni variabili, sicché, correlativamente, si potrà parlare della periferia urbana o della periferia di uno stato o di un continente e così via.

È certamente in questa sua originaria accezione che, in termini generalissimi, la periferia ha ingresso nel mondo del diritto.

L'uso giuridico può essere in tal senso del tutto privo di valenza assiologica, o comunque di tale valenza non esserne necessariamente univoco portatore, rimanendo essenzialmente fedele al momento descrittivo della relazione tra due spazi.

A seconda dei casi, possono poi ravvisarsi graduazioni, sia nella partecipazione agli elementi costitutivi della fattispecie, sino all'ipotesi in cui la periferia sia faccia essa stessa fattispecie, sia in ordine al rilievo delle conseguenze giuridiche.

Limitiamoci a due esempi.

Vi sono norme che, nel delimitare i collegi elettorali, evocano una città unitamente alla sua periferia. Qui la periferia è un elemento tra altri della fattispecie e ha una valenza meramente descrittiva del luogo in relazione alla città, allo stesso modo in cui si sarebbe potuta indicare una montagna di fronte (piuttosto che intorno) alla medesima città.

È una figura risalente della tradizione amministrativistica il cd. organo periferico, caratterizzato, ancora un volta in senso spaziale, dall'operare in una frazione territoriale rispetto all'ente di appartenenza, cioè al suo centro. Qui la periferia si atteggia a fattispecie e presenta un insieme assai rilevante di conseguenze giuridiche (dalle norme sulla competenza alla distribuzione della giurisdizione tra i Tribunali amministrativi regionali).

3. *La dimensione assiologica: la periferia come zona degradata ovvero del nero opaco*

È tuttavia in altra direzione, avvicinandoci più all'oggetto del convegno, che la nozione di periferia sembra segnare una maggiore pregnanza.

Se nella cosmologia aristotelica si fonda il primato della periferia, nella modernità il concetto di periferia si è via via associato ad un significato assiologico di segno negativo, volendo con ciò intendere una zona, dove è presente un insediamento umano, segnata da condizioni di degrado o di svantaggio.

La dimensione assiologica si è così unita per sovrapposizione a quella spaziale: lo spazio "centro" è al contempo uno spazio qualitativamente nobilitato, mentre il circostante spazio "periferia" è al contempo, e comparativamente, uno spazio qualitativamente degradato.

Questa immagine, insieme spaziale e assiologica, ha storicamente preso forma nelle vesti paradigmatiche del modello urbano otto-novecentesco.

Non è difficile constatare come un siffatto costruito abbia, e da molti decenni, diffusamente investito l'ordinamento giuridico. Innumerevoli sono i

riferimenti testuali nei quali la periferia, anche se priva di espressa definizione normativa, trova riscontro per interventi la cui natura lascia inequivocabilmente presupporre la suddetta accezione assiologica. È sulla base di questo, implicito o esplicito, giudizio di disvalore che, ad es., il legislatore impone un canone di locazione più basso per le periferie o predispone *positive action* per rimuovere il degrado o lo svantaggio, promuovendo nelle zone periferiche la presenza di servizi pubblici, finanziando progetti di salvataggio, adottando misure fiscali di favore, e così via.

E non si tratta della sola primigenia figura urbanistica, poiché la periferia come zona degradata o svantaggiata è stata comunemente usata con riferimento anche a spazi ben più ampi, sino alle zone “periferiche” o “ultraperiferiche” della stessa Unione europea.

In una battuta, tra il serio e il faceto, ma sempre di diritto positivo: il segno ordinamentale di questa qualificazione di degrado potrebbe riassumersi nei colori della segnaletica prescritti dal regolamento di esecuzione del codice della strada, che, forse non a caso, per avviarsi verso le periferie urbane indica un poco rassicurante “nero opaco”⁴.

4. *La scissione con una necessaria relazione spaziale ed il centro come criterio puramente normativo*

Il connubio tra dimensione spaziale e dimensione assiologica non è certo mai venuto meno. Anzi a volte è la dimensione spaziale a costituire di per sé la causa concreta della dimensione assiologica. Così, ad es., nell’UE è proprio la grande distanza geografica dal centro che determina lo svantaggio delle zone periferiche, legittimando misure volte a garantire la cd. continuità territoriale.

Questo connubio non ha tuttavia resistito ai cambiamenti. E se la sua ricorrenza è sempre possibile, esso non costituisce più un requisito necessario, determinandosi così una modulazione strutturale della nozione giuridica di periferia.

Sono ancora le città a farsi protagoniste, questa volta, non più della costruzione originaria, ma del mutamento del paradigma.

L’espandersi degli agglomerati urbani ha finito infatti per relativizzare la relazione tra collocazione spaziale e dimensione assiologica. Nel *continuum* delle città infinite, vi sono centri in senso spaziale che divengono periferie in senso assiologico (negativo) o, viceversa, periferie in senso spaziale che divengono centri in senso assiologico (positivo), sino, a volte, a presentarsi come luoghi esclusivi, come nel caso delle cd. *gated communities*.

⁴ “Nei segnali di indicazione devono essere impiegati i seguenti colori di fondo ... f) nero opaco: per segnali di avvio a fabbriche, stabilimenti, zone industriali, zone artigianali e centri commerciali nelle zone periferiche urbane” (art. 78 c. 2 DPR 495/1992).

La conseguenza è di non poco momento: il centro mantiene la sua valenza assiologica, ma esso non ha più o non ha più necessariamente una valenza anche spaziale.

Il centro diviene un criterio tutto normativo nel quale convogliano i valori perseguiti nell'ordinamento giuridico; esso rappresenta un insieme di *standards* che si atteggiano a parametro di giudizio di ciò che è degradato o svantaggiato e di ciò che non lo è.

Il centro in senso normativo si affranca così dalla "storia" paradigmatica dei centri urbani come luoghi fisici e si proietta sul piano astratto di un dover essere che viene conformato dalle autonome dinamiche dell'ordinamento giuridico.

La periferia come zona degradata invece mantiene anche la sua dimensione spaziale, poiché si tratta di un luogo che deve essere pur sempre delimitato, ma in modo ormai di per sé irrelato rispetto ad un centro spaziale. Ciò che conta è che la periferia, quale che sia la sua collocazione spaziale, sia qualificabile in termini di degrado o svantaggio rispetto agli *standards* del centro in senso normativo.

5. *La densificazione del criterio: dal degrado edilizio alla sicurezza urbana*

L'evoluzione della nozione di periferia è stata altresì segnata da una progressiva densificazione del centro come criterio in senso normativo. Le due cose sono ovviamente correlate: più il criterio normativo si riempie di contenuti o innalza i parametri già esistenti, più la nozione di degrado è specularmente destinata ad ampliarsi.

Ciò è dovuto anzitutto ad autonome scelte dell'ordinamento giuridico. Si pensi anche soltanto alle imponenti e molteplici trame regolative dell'UE in materia di tutela dell'ambiente e di sviluppo sostenibile, che riflettono un mutamento di fondo negli indicatori della qualità della vita, ben al di là di quelli compresi nel PIL.

Quel che è certo è che dall'originaria valenza urbanistico-edilizia la nozione di degrado col passare dei decenni ha visto progressivamente estendere il suo raggio d'azione, involgendo svariati profili sino all'inclusione sociale. Non a caso nel nostro ordinamento abbiamo visto spesso mutare il *nomen* degli interventi volti a rimuovere il degrado. Recupero, restauro, riqualificazione, riabilitazione e, da ultimo, rigenerazione urbana (di derivazione europea) non sono soltanto varianti nominalistiche, ma riflettono in buona parte la diversa portata sostanziale delle soluzioni rispetto all'evolversi della nozione di degrado⁵.

Fatti più recenti hanno anche condotto a far risuonare ulteriori valori ordi-

⁵ V. al riguardo R. DIPACE, *La rigenerazione urbana tra programmazione e pianificazione*, in *Riv. giur. edil.*, 2014, 237 ss..

namentali, contribuendo al processo di densificazione. Un serie di fenomeni, come, tra altri, l'allentamento dell'identità comunitaria o l'importante presenza di immigrati, hanno persino rimesso in gioco il bene giuridico della sicurezza⁶. La periferia può così divenire luogo di vera e propria frattura sociale, come nelle *banlieu* francesi, sino a pericolose forme di polarizzazione su base razziale o religiosa. Ciò può indurre a sviluppare nuovi poteri di ordine pubblico (come, in Italia, nel caso dei sindaci), ma anche a ritenere che una zona, di per sé rispondente a parametri tradizionali, sia anch'essa qualificabile come zona degradata in quanto non segnata da condizioni sufficienti di "sicurezza urbana", stimolando piuttosto interventi di integrazione. Peraltro, come è noto, le due prospettive possono coniugarsi, se è vero che "una politica di integrazione sociale che contribuisca a ridurre le ineguaglianze e a prevenire l'esclusione sociale sarà la migliore garanzia per il mantenimento della sicurezza nelle nostre città" (Carta di Lipsia 2007).

Non deve sorprendere dunque l'ampiezza cui sono pervenuti oggi i testi normativi, sino da ultimo a quella che è forse la prima espressa definizione di periferia nel nostro ordinamento: "*si considerano periferie le aree urbane caratterizzate da situazioni di marginalità economica e sociale, degrado edilizio e carenza di servizi*"⁷.

Questi cenni mostrano che la periferia come zona degradata stia sempre più mostrando una straordinaria forza di catalizzazione, capace potenzialmente di attivare tutte le corde dell'ordinamento. Lo stesso titolo del presente convegno ne è una importante esemplificazione: esso implicitamente ci chiede se le periferie siano degradate anche sotto il profilo del rispetto dei diritti fondamentali.

⁶ V. M. PAVARINI, *Degrado, paure e insicurezza nello spazio urbano*, in *Cass. pen.*, 2009, 850 ss.

⁷ Art.1 DPCM 25 maggio 2016, attuativo dell'art. 1 c. 974 ss L. 208/2015: "Per l'anno 2016 è istituito il Programma straordinario di intervento per la riqualificazione urbana e la sicurezza delle periferie delle città metropolitane e dei comuni capoluogo di provincia, di seguito denominato «Programma», finalizzato alla realizzazione di interventi urgenti per la rigenerazione delle aree urbane degradate attraverso la promozione di progetti di miglioramento della qualità del decoro urbano, di manutenzione, riuso e rifunzionalizzazione delle aree pubbliche e delle strutture edilizie esistenti, rivolti all'accrescimento della sicurezza territoriale e della capacità di resilienza urbana, al potenziamento delle prestazioni urbane anche con riferimento alla mobilità sostenibile, allo sviluppo di pratiche, come quelle del terzo settore e del servizio civile, per l'inclusione sociale e per la realizzazione di nuovi modelli di welfare metropolitano, anche con riferimento all'adeguamento delle infrastrutture destinate ai servizi sociali e culturali, educativi e didattici, nonché alle attività culturali ed educative promosse da soggetti pubblici e privati" (c. 974).

Ma vedi anche, dato che siamo in Puglia, la legge regionale per la rigenerazione urbana: "I principali ambiti d'intervento sono i contesti urbani periferici e marginali interessati da carenza di attrezzature e servizi, degrado degli edifici e degli spazi aperti e processi di esclusione sociale, ivi compresi i contesti urbani storici interessati da degrado del patrimonio edilizio e degli spazi pubblici e da disagio sociale; i contesti urbani storici interessati da processi di sostituzione sociale e fenomeni di terziarizzazione; le aree dismesse, parzialmente utilizzate e degradate" (art. 1 l.r. 21/2008).

6. *La periferia come clausola generale di legittimazione dell'intervento pubblico*

La periferia, nell'acclarata accezione di zona degradata o svantaggiata, costituisce ormai una vera e propria clausola generale di legittimazione dell'intervento pubblico, che può facilmente ancorarsi a principi ancor più generali, come il principio di coesione o quello dello sviluppo sostenibile in ambito UE o ancora il principio di eguaglianza sostanziale della nostra costituzione.

Siffatta clausola presenta tre tratti strutturali.

È appunto una clausola generale e capace, come si è visto, a proposito della densificazione del criterio, di farsi portatrice di una serie di valori ordinamentali, contenendo in atto o in potenza un ampio novero di presupposti per legittimare l'intervento pubblico, in vista della rimozione della condizione di degrado o di svantaggio.

Si tratta essenzialmente di una clausola finalistica che, anche in ragione della varietà dei presupposti, sembra segnata da una tendenziale atipicità dei mezzi di volta in volta predisposti dall'ordinamento. Quel che è certo è che la periferia costituisce motivo di ricorso a svariate tecniche d'intervento pubblico: dalle misure fiscali a quelle di rigenerazione urbana.

Sembra collocarsi ad un rango elevato dell'ordinamento, consentendo di derogare ad altri principi fondamentali, come quello di tutela della concorrenza: basti il riferimento alla possibilità di attivare forme di aiuto statale che, altrimenti, cadrebbero inesorabilmente nel generale divieto europeo.

7. *Il problema della qualificazione della zona periferica tra legge e discrezionalità amministrativa*

I colleghi brasiliani, se non erro, ricorderanno che sin dagli anni '50 dello scorso secolo la presenza di una *favela* veniva ancorata a determinati requisiti: un agglomerato umano, almeno cinquanta nuclei abitativi, predominanza di baracche o casupole di scarsa qualità; costruzioni abusive anche su terreni altrui; carenza di servizi pubblici.

Ciò che si vuol adesso evidenziare è il rilievo del rapporto tra legge e discrezionalità amministrativa nella qualificazione delle zone periferiche.

Tradizionalmente il legislatore, ogni qual volta è ricorso alla periferia, ha mostrato scarsa propensione a predeterminarne in modo puntuale i contenuti, ritenendo evidentemente che la qualificazione in concreto, per la complessità e specificità degli elementi fattuali e giuridici di ciascun caso, non potesse che essere rimessa all'apprezzamento discrezionale dell'amministrazione. E non è da escludere che sia proprio questa la ragione che abbia reso o, almeno, abbia concorso a rendere così tardivo un primo emergere di espresse definizioni normative di periferia.

Basti un esempio risalente: ai fini dell'equo canone delle locazioni urbane, il legislatore ebbe a distinguere, tra l'altro, periferia e semiperiferia, rimettendo all'ente locale la relativa suddivisione del territorio comunale; la giurisprudenza chiarì che la legge tuttavia “non definisce i concetti di periferia e semi-periferia”, sicché il Comune “detiene ampi margini di discrezionalità, sindacabile in sede di legittimità solo per incongruità della motivazione o per irrazionalità delle scelte operate” (Tar Sicilia Palermo n. 133/1985).

Difficilmente questa materia potrà in termini generali sfuggire, anche in futuro, all'apprezzamento amministrativo, sebbene ciò non escluda momenti di riequilibrio a favore della predeterminazione normativa.

Sul versante assiologico, l'arricchimento della nozione di degrado, a seconda dei casi, può infatti farsi veicolo di parametri normativi più puntuali. Così, ad es., se una zona è esposta all'inquinamento atmosferico, la qualificazione di degrado potrebbe assumere un carattere più vincolato, in presenza del superamento di determinati livelli stabiliti dal legislatore.

Non va poi dimenticato che la periferia, se pur in modo ormai irrelato, mantiene una dimensione spaziale, sicché si tratta di un luogo che, in sede di qualificazione, va pur sempre delimitato, poiché è soltanto entro tale perimetro che possono operare le conseguenze giuridiche volute dall'ordinamento⁸. Questo aspetto della qualificazione è collegato al precedente e ne porta seco anche il minor o maggior grado di discrezionalità, essendo evidente che un tratto spaziale potrà essere legittimamente incluso nella qualificazione di periferia se e fin dove reca i segni del degrado.

Un aspetto inoltre che va menzionato, di carattere spesso implicito, è che la periferia è pur sempre intesa come una “zona” e di regola non fa dunque da presupposto ad interventi del tutto singolari.

8. *Il problema delle competenze amministrative*

È ormai da lungo tempo che si evidenzia come la funzione di governo del territorio sia sempre più attraversata dalla tutela dei cd. interessi differenziati (ambiente, paesaggio, sviluppo sostenibile etc.) e come ciò porti con sé inevitabilmente il problema del concorso di competenze variegato e che spesso fanno capo ad autorità amministrative diverse⁹.

La fattispecie periferia si incanala a pieno titolo in questo ordine di diffi-

⁸ Sottolinea la “determinante spaziale”, oltre a quella delle risorse finanziarie, nei programmi di rinnovamento urbano, S. AMOROSINO, *Il finanziamento e le dotazioni urbanizzative nei programmi di rinnovamento urbano*, in *Riv. giur. edil.*, 2013, 315.

⁹ Di recente, v. P. CHIRULLI, *Urbanistica e interessi differenziati: dalle tutele parallele alla pianificazione integrata*, in *Dir. amm.*, 2015, 50 ss..

coltà. Quanto più il concetto di periferia, come zona degradata, si arricchisce di contenuti, tanto più tendenzialmente si complica il quadro delle competenze. Un esempio recente è quello della sicurezza urbana, dove è persino venuto in gioco il riparto costituzionale di competenze legislative tra stato e regioni, nella difficile linea di confine tra ordine pubblico e servizi sociali, ossia tra sicurezza e integrazione di fronte a fenomeni di “disagio sociale”¹⁰.

Ciò fa comprendere come in questi ultimi anni vi sia stata una rinnovata attenzione a forme “integrate” di pianificazione, se non di rivisitazione dello stesso assetto della *governance*. È questo un tema delicato, tra centralismo e sussidiarietà, che, nel nostro ordinamento, investe anche principi costituzionali.

L'impressione è che l'importanza delle cose in gioco, fortemente avvalorata dalle recenti strategie UE in materia urbana, spingerà probabilmente verso una centralizzazione dei processi decisionali, pur temperata dalla previsione di ampie forme di partecipazione, attorno al *tandem* UE-Governi nazionali.

Non è certo un caso che nel 2012 è stato istituito un Comitato interministeriale per le politiche urbane (CIPU) e che nel Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo si sia incardinata una Direzione generale “Arte e architettura contemporanee e periferie urbane”, che ha appunto, tra i suoi compiti, anche “la riqualificazione e il recupero delle periferie urbane”.

9. *Verso il futuro: la rivisitazione olistica della città come nuovo modello di sviluppo nelle strategie UE*

L'ordinamento UE non sembra presentare una fenomenologia giuridica della nozione di periferia sostanzialmente diversa da quella già indagata nel nostro ordinamento.

Anche qui il *nomen* periferia ricorre con frequenza e con una scarsa propensione ad espresse definizioni normative; anche qui possiamo riscontrare un uso giuridico che oscilla tra dimensione spaziale e dimensione assiologica, con un prevalente rilievo della periferia come zona svantaggiata.

Per fare qualche esempio: la direttiva del 2007 in materia di informazione territoriale, tra i nomi geografici, indica anche la denominazione di “periferie”; una decisione del Consiglio del 1997 in materia di informazioni sull'inquinamento atmosferico indica come zona periferica una “zona largamente edificata: insediamento continuo di edifici separati mescolati ad aree non urbanizzate (laghi di piccole dimensioni, boschi, terreni agricoli)”. Oltre agli stessi trattati, ricorrenti sono poi i riferimenti delle fonti derivate alle zone periferiche (o ultra periferi-

¹⁰ V. al riguardo, con i riferimenti alla giurisprudenza costituzionale, G. TROPEA, *La sicurezza urbana, le ronde e il disagio (sociale) della Corte*, in *Dir. amm.*, 2011, 55 ss..

che), intese come zone in condizione di degrado o svantaggio¹¹, non escluse a volte le stesse periferie urbane, ove, ad es., si prendono in considerazione i servizi di trasporto (tra altre, la direttiva del 2012 sullo spazio ferroviario europeo).

È altro tuttavia ciò che si vuole qui evidenziare.

In passato non era già mancata, anche nell'ambito delle politiche ambientali, una certa attenzione alla questione urbana (si pensi, ad es., al progetto *Urban*), ma è soltanto da circa un decennio che può registrarsi un importante mutamento di prospettiva.

Le istituzioni europee hanno preso contezza del fatto che quello delle città non è un (pur rilevante) problema tra altri, ma è una questione centrale di carattere strategico per lo stesso futuro del continente. Ci si avvede che è nelle città europee che insiste già una percentuale, destinata a crescere, di più di due terzi della popolazione, che si realizza la percentuale più alta del PIL continentale, che si concentra la gran parte del capitale umano, sociale, culturale ed economico, che si sviluppa l'innovazione, che si ha la massima consumazione di risorse, che si catalizzano le maggiori questioni ambientali e sociali, e così via.

In altre parole, sono le città, nel bene e nel male, il motore dell'Europa, sicché discutere delle prospettive di prosperità del continente e di un modello di sviluppo sostenibile significa in realtà discutere anzitutto delle città e di un modello "urbano" di sviluppo sostenibile. È questa la linea d'indirizzo che segna inequivocabilmente tutto il susseguirsi di una importante serie di atti, come si ricava già dalle stesse intitolazioni: la Carta di Lipsia sulle *Città Europee Sostenibili* (2007); la Dichiarazione di Toledo *Sulla rigenerazione urbana integrata e il suo potenziale strategico per uno sviluppo urbano più intelligente, sostenibile e inclusivo nelle città europee* (2010); *Città del futuro. Sfide, idee, anticipazioni* (2011); Risoluzione del Parlamento UE *sul contributo del riassetto urbano alla crescita economica nella politica di coesione UE* (2013); Comunicazione della Commissione UE *Elementi fondanti di una agenda urbana UE* (2014); Parere sulla suddetta Comunicazione del Comitato economico e sociale europeo (2015); Parere del Comitato economico e sociale europeo su *Le città intelligenti quale volano di sviluppo di una nuova politica industriale europea* (2015). Va anche menzionato il lancio già nel 2008 del Patto dei Sindaci sull'efficienza energetica.

Tutto questo non poteva ovviamente non includere una proporzionale crescita di attenzione sul problema delle periferie urbane: una "attenzione speciale ai quartieri degradati all'interno del contesto cittadino" (Carta di Lipsia cit.), unitamente alla consapevolezza "che è necessario ripensare il concetto di periferia urbana per cambiare l'attuale tendenza verso processi di segregazione territoriale che generano polarizzazione territoriale" (così Risoluzione Parlamento cit.).

Ma la prospettiva UE è invero molto più ambiziosa ed è a tal punto che si

¹¹ Sul tema delle zone periferiche, v. Parere del Comitato delle regioni, *Il futuro delle aree periferiche nell'Unione europea*, 1998.

voleva giungere. Non si tratta soltanto di procedere con sforzi più decisi al salvataggio di quelle parti degradate secondo i parametri già esistenti, è adesso l'intero a venir rimesso in discussione. Si sta in altre parole consumando uno sforzo gigantesco di ideazione di una "nuova" città, dove evidentemente le precedenti distinzioni tra zone degradate e zone non degradate potrebbero venir sopravanzate, e dove, in ipotesi, l'attuale territorio urbano potrebbe nella sua interezza rivelarsi più o meno degradato di fronte all'esigente modello del futuro.

La prima traccia di questo costruendo immaginario urbano si è già segnata: sono le città intelligenti (cd. *smart cities*), per le quali si rimanda al citato parere del Parere del Comitato economico e sociale europeo¹².

È probabile che l'Unione europea, facendosi ideatrice ed esecutrice di un nuovo modello urbano, sarà a tal fine inevitabilmente tentata dall'alimentare la centralizzazione dei processi decisionali, benché rimane difficile dire se e in che misura questa pretenziosità pianificatoria si tradurrà o potrà tradursi in realtà di fronte ad una tradizione storica così complessa e variegata come è quella delle città della mitica figlia di Agenore: e sempre che, non essendo di per sé scontato, quella prescelta sia in effetti la via giusta.

10. Conclusioni

L'indagine compiuta, che è certo bisognosa di ulteriori approfondimenti, ci consente di trarre alcune rapide conclusioni:

- appare difficile negare l'esistenza di una nozione giuridica di periferia declinata nella sua valenza spaziale e soprattutto nella sua valenza assiologica, come sinonimo di zona degradata o svantaggiata;

- questa nozione ha finito per farsi carico di un insieme crescente di parametri normativi, andando ben al di là dell'originaria ambientazione urbanistico-edilizia, ed ha acquisito il valore di una vera e propria clausola generale di legittimazione dell'intervento pubblico.

Il tema delle città urbana è divenuto di recente oggetto di un'importante sovraesposizione nelle strategie UE, sicché non è da escludere che i termini del

¹² Nell'ordinamento nazionale il tema è già entrato da qualche anno. Di recente, riguardo all'Agenda digitale italiana, si prevede, tra l'altro, la "realizzazione delle infrastrutture tecnologiche e immateriali al servizio delle comunità intelligenti (*smart communities*), finalizzate a soddisfare la crescente domanda di servizi digitali in settori quali la mobilità, il risparmio energetico, il sistema educativo, la sicurezza, la sanità, i servizi sociali e la cultura" (art. 47, c. 2-bis, d.l. 9 febbraio 2012, n. 5, conv. mod. L. 4 aprile 2012, n. 35); ma vedi anche, tra compiti dell'istituenda all' Agenzia per l'Italia Digitale, l'art. 20, c. 3-bis, d.l. 22 giugno 2012, n. 83, conv. l. n. 134/2012.

Sull'argomento, E. FERRERO, *Le smart cities nell'ordinamento giuridico*, in *Foro amm.*, 2015, 1267 ss.; F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *Smart City: condividere per innovare (e con il rischio di escludere?)*, in *www.federalismi.it*, 25 novembre 2015.

problema subiranno radicali cambiamenti.

In attesa della città del futuro, non resta per l'istante che formulare i migliori auspici per le buone sorti delle attuali periferie, evocando, ancor prima delle profezie di Renzo Piano, la massima aristotelica:

“Noi diciamo alto la periferia estrema del Tutto, che non solo è in alto per la posizione che occupa, ma è altresì prima in ordine di natura”.

Abstract

Is there any Legal Concept of Periphery?

by Marco Mazzamuto

The present paper aims to investigate the existence of a legal concept of periphery. In the legal system the term periphery is mainly used in the sense of degraded or disadvantaged area in comparison with the central area. The central area is increasingly considered as an abstract set of legal standards no longer necessarily linked to a territorial area, involving many legal values, from traditional urban issues to protection of environment, social exclusion or public order, and legitimizing the intervention of public authorities. Periphery is confronted today with new models for sustainable development, as is the case of smart cities.

La protezione delle coste nell'ordinamento giuridico spagnolo

di Josep Ramon Fuentes i Gasó y Marina Rodríguez Beas*

El Pla director urbanístic del sistema costaner de Catalunya té com a objectiu “identificar els espais costaners que no han sofert un procés de transformació urbanística, classificats pel planejament vigent com a sòl urbanitzable no delimitat i sòl no urbanitzable, i preservar-los de la seva transformació i desenvolupament urbà, per garantir el desenvolupament urbanístic sostenible del territori que abasta aquest Pla i del sistema costaner en el seu conjunt.”¹

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La ripartizione delle competenze: il problema della concorrenza delle competenze riguardanti la costa. – 2.1. Le competenze dello Stato. – 2.2. Le competenze delle Comunità Autonome. – 2.3. Le competenze degli Enti Locali. – 2.4. Le tecniche di coordinamento delle competenze tra le amministrazioni. – 2.4.1. I pareri (tecnici) precettivi e vincolanti. – 2.4.2. Gli strumenti di pianificazione. – 3. La demanializzazione generale delle coste. – A) La zona marittimo-terrestre. – B) Le spiagge. – C) I terreni con la superficie invasa dal mare. – D) Casi singolari. – 4. Strumenti per la protezione delle coste. – 4.1. Protezione amministrativa e registrazione del demanio marittimo-terrestre. – 4.2. Limiti al diritto di proprietà sui terreni adiacenti alla riva del mare. – 4.3. Determinate regole per l'occupazione del demanio marittimo-terrestre. – 5. Conclusioni.

1. *Introduzione*^{2 bis}

La zona costiera costituisce un patrimonio ambientale unico, con risorse ecologiche, culturali ed economiche di grande importanza. È, però, soggetta ad una domanda di uso e sfruttamento molto intensa, come ha sottolineato la dottrina, secondo cui “nel corso degli ultimi decenni c'è stato un grande processo di trasformazione della costa catalana e, in generale, di tutto lo stato spagnolo che, nella maggioranza dei casi, ha portato ad un processo di degenerazione del patrimonio naturale costiero di questo prezioso valore ecologico, scenico e culturale. La proliferazione delle industrie, delle reti di trasporto, dei porti commerciali, di

* Centre d'Estudis de Dret Ambiental de Tarragona (CEDAT, Tarragona, España).

¹ Art. 1.2 a) delle Norme urbanistiche del *Piano Direttore Urbanistico del Sistema Costiero* della Catalonia, *vid. post.*, nota 28

² I testi della normativa, la giurisprudenza e la dottrina che compaiono nel corso di questo lavoro sono stati tradotti in lingua italiana.

^{2 bis} *Vid. in totum*, M. RODRÍGUEZ BEAS, “El régimen jurídico de las costas. Especial referencia a la reforma de la Ley de Costas a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional más reciente” in *Revista Catalana de Dret Ambiental* (RCDA), vol. 7, núm. 1, 2016, pp. 1-50.

costruzioni sportive, di discariche e il forte incremento della popolazione che vive nelle zone costiere, insieme con lo sviluppo accelerato del turismo, hanno scatenato un serio processo di degrado delle coste e del loro naturale valore, con importanti conseguenze negative e in molti casi irreversibili. Attualmente le comunità autonome, in particolare quelle costiere, avvertono la tensione costante tra la necessità di preservare le aree naturali da un lato e il continuo processo di sviluppo urbano³. Questo ha fatto sì che la materia sia oggetto speciale di regolamento giuridico e tutela amministrativa.

In Spagna, il diritto delle coste è regolato, fundamentalmente, dalla Legge 22/1988 del 28 giugno, di Coste (LC) e dal Reale Decreto Legge 876/2014, del 10 ottobre, per il quale si approva il Regolamento Generale delle Coste (RGC). Il carattere fondamentale di detta legislazione legittima la protezione e la difesa del litorale da parte dello Stato. Oltre ai differenti intenti di riforma di tale legislazione, questa stessa ha goduto di una grande stabilità fino a tempi molto recenti, quando ha subito una modifica sostanziale dalla Legge 2/2013, del 29 maggio, riguardante la protezione e l'uso sostenibile del litorale e la modifica della LC (LPUSL).

La citata LC nasce, sostanzialmente, come reazione agli usi e alla mancanza di una legislazione adeguata che regoli il litorale. Come segnalato nel Preambolo, si è arrivati ad una situazione di degrado della zona per differenti motivi, e tra questi per attuazioni prive di coordinamento, “senza il necessario coordinamento tra la legislazione del demanio marittimo e quella del suolo, senza tenere in considerazione l'interazione terra-mare, né la necessità di stabilire mezzi che garantiscano la conservazione di questi spazi singolarmente sensibili al deterioramento, né i costi esterni alla propria azione ed ancora meno la redditività o il valore sociale del mezzo”.

La LC contempla un'ampia scelta di tecniche di intervento amministrativo, il cui fine ultimo è la protezione del patrimonio costiero per assicurare la sua integrità e un'adeguata conservazione, così come l'utilizzo razionale dei beni che la compongono⁴. Senza dubbio, oltre al suo indiscutibile carattere protezionista, la pratica ha dimostrato la difficoltà della sua attuabilità. Questa legge reclama un forte intervento delle amministrazioni pubbliche competenti che non ha riscontrato sempre una risposta. Così la LC presentava disfunzioni derivate, alla base di tutto, da tre elementi: un testo eccessivamente uniformante per un litorale complesso come quello spagnolo; un regime transitorio eccessivamente ampio; e probabilmente una mancanza di rigore nella sua applicazione⁵. In questo senso,

³ L. Casado CASADO, J. R. FUENTES I GASÒ, *Medi ambient i ens locals*, CEDECS, Barcelona, 2008, p. 287.

⁴ Per uno studio accurato sulla protezione e ordinamento delle coste, *vid.* il capolavoro di J. L. BLASCO DÍAZ, *Régimen jurídico de las propiedades particulares en el litoral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

⁵ J. M. AGUIRRE I FONT, “L'impacte de la reforma de la Llei de costes sobre el règim jurídic del

il preambolo della LPUSL mostra la litigiosità 'cronica' nelle questioni relative al regime delle competenze e del Diritto di Proprietà, che ha originato la LC a partire dalla sua approvazione⁶.

Da questo punto di vista, la riforma della LC, basandosi sulla necessità di garantire la protezione del litorale e accordare più certezza giuridica, e con un titolo apparentemente più protezionista di quello che in realtà viene manifestato, paradossalmente attua in maniera contraria, riducendo l'ambito di protezione della LC.

Tra i cambiamenti, come in seguito si analizzeranno, la riforma ridefinisce parzialmente il demanio marittimo-terrestre, introducendo nuovi criteri che hanno effetti sulle delimitazioni; stabilisce una distinzione tra spiagge naturali e spiagge urbane; modifica il regime di uso e occupazione del litorale, introducendo una nuova proroga straordinaria delle concessioni per gli enclavi situati nella zona del demanio, ampliando il termine di vigenza di queste autorizzazioni e concessioni, permettendo la trasmissione *inter vivos* di alloggi situati nel demanio, e autorizzando nuove attività in questo ambito. Inoltre, introduce modificazioni che hanno effetti sulle servitù di transito e di protezione, stabilendo un regime più flessibile per le opere di rinnovamento e di miglioria delle edificazioni situate nello spazio, e ampliando i casi eccezionali nei quali si può diminuire l'ampiezza di dette servitù. Tutto ciò, senza dimenticare che tale riforma torna a mettere in discussione le competenze delle comunità autonome e delle autorità locali in materia costiera^{6bis}.

2. *La ripartizione delle competenze: il problema della concorrenza di competenze sulla costa*

Tenendo in considerazione la concorrenza delle competenze sul litorale, dobbiamo avvicinarci all'ambito delle competenze attribuite alle diverse amministrazioni in fase attuativa – statale, autonoma, locale⁷.

litoral català: especial referencia a la reducció de l'espai protegit i a les invasions competencials”, *Revista Catalana de Dret Públic (RCDP)*, num. 47,2013, p. 142. Nonostante, paradossalmente, questa norma fu menzionata nel rapporto del parlamento Europeo del 20 Febbraio del 2009, conosciuto come 'Rapporto Auken', nel quale, analizzando l'urbanizzazione selvaggia, sollecita le autorità spagnole a rivedere e modificare la LC, con il fine di proteggere i diritti legittimi dei proprietari delle abitazioni lungo le coste.

⁶ Come riconosciuto nello stesso Preambolo della LPUSL si legge:“(…) in non pochi casi, non si è giunti neppure all'applicazione, tollerate situazioni inaccettabili dal punto di vista ambientale cui non vi è stato risultato. Tanto la applicazione conflittuale come la disapplicazione, inclusa la incapacità della norma ad imporsi su realtà sociali consolidate sono la prova del fatto che la concessione deve essere corretta.

^{6bis} *Vid.*, M. RODRÍGUEZ BEAS, “El régimen jurídico de las costas...”, *op. cit.*, p. 4.

⁷ Per uno studio più approfondito ed esaustivo, *vid.* J. L. BLASCO DÍAZ, “La distribución competencial en materia de costas”, *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals (REAF)*, num. 10,2010, pp.245.285.

Lo Stato è titolare del demanio marittimo-terrestre, e inoltre, come il Tribunale Costituzionale (TC) ha deciso, tra le altre, con la Sentenza 149/1991, del 4 luglio (STC)⁸, la titolarità del demanio non è un criterio di delimitazione della competenza; inevitabilmente da questa titolarità derivano facoltà proprie per le Amministrazioni Statali orientate a proteggere il demanio e il suo uso pubblico. Dunque, “senza condizionare abusivamente l’utilizzo di competenze aliene, in particolare quella di pianificazione del territorio propria delle Comunità Autonome”. Oltre a queste facoltà, che possono derivare dalla titolarità del demanio marittimo-terrestre, lo Stato dispone di altri criteri di competenza che potrebbero legittimare il suo intervento: a carattere generale, ciò che è stato annunciato nella parte 1 (“condizioni basilari che garantiscono la uguaglianza di tutti gli Spagnoli nell’esercizio dei loro diritti e nel compimento dei loro doveri costituzionali”) e 23 (“Legislazione basica sulla protezione dell’ambiente”) dell’art. 149.1 della Costituzione spagnola (CE) e, da una prospettiva più concreta, è da ricordare l’esistenza di una serie di competenze settoriali che potrebbero legittimare l’azione normativa ed esecutiva in casi determinati (parte 4-Difesa, 8-Legislazione civile-, 13-Pianificazione generale dell’attività economica-, 20-Marina mercantile, illuminazione delle coste e segnalazioni marittime, porti di interesse generale-, 21-Trasporti, comunicazioni- o 24- Opere pubbliche di interesse generale o la cui realizzazione implichi attuazioni da parte di più di una Comunità Autonoma (CA)- dell’art. 149.1 CE).

D’altra parte, le Comunità Autonome (CCAA), in virtù dell’art. 148.3 CE, possono assumere competenze in materia di pianificazione del territorio e urbanizzazione, possibilità utilizzata da tutti gli Statuti, che hanno attribuito alle stesse Comunità la competenza con carattere esclusivo. Alcuni Statuti, come nel caso della Catalogna, hanno incluso espressamente la competenza sulla pianificazione del litorale e sugli scarichi nelle acque territoriali⁹. Tuttavia, la STC 46/2007 dell’1 marzo, ricorda che: “(...) l’esercizio della competenza delle comunità autonome sulla pianificazione del litorale non può a sua volta ridurre il contenuto delle facoltà che corrispondono allo Stato in quanto titolare del demanio marittimo terrestre, tra le quali si può osservare la definizione dei criteri che permettono di determinare i beni integranti detto demanio e la delimitazione concreta di tali beni, il cui ambito è determinato nella STC 149/1991 del 4 luglio, FJ.2”.

⁸ Tale STC risolve i ricorsi di incostituzionalità 1689/1988, 1708/1988, 1711/1988, 1715/1988, 1717/1988, 1723/1988, 1728/1988, 1729/1988 e 1740/1988 interposti dalla Giunta di Galizia, dal Consiglio di Governo delle Isole Baleari, dal Governo Vasco, dal Parlamento Catalano, dal Consiglio di Governo della Cantabria, el dal Consiglio di Governo della Catalonia, dal Consiglio di Governo delle Canarie, dal Consiglio di Governo della Comunità Valenciana y un gruppo di 50 deputati contro la LC e annulla qualsiasi delle sue disposizioni sui motivi che violano l’ordine costituzionale e legale di ripartizione delle competenze.

⁹ *Vid.* L. CASADO CASADO, J. R. FUENTES I GASÓ, *Medi ambient i ens locals*, CEDECS, Barcelona, 2008, pp. 50-51.

Lo Statuto della Catalogna (EC) del 2006 attribuisce in maniera esclusiva al Governo locale le competenze in materia di pianificazione del territorio e del paesaggio, di pianificazione del litorale, che include l'esecuzione e gestione delle opere costiere d'interesse generale, e tutta la materia urbanistica¹⁰. Oltre questo contenuto, la STC 31/2010 del 28 giugno, sulla riforma dello EC, interpreta l'ambito del concetto di competenza esclusiva nei seguenti termini: "l'art. 110 EC non è contrario alla Costituzione, poiché risulta applicabile a ipotesi di competenza per materia piena della Comunità Autonoma ed in quanto non impedisce l'esercizio delle competenze esclusive dello Stato *ex art.* 149.1 CE, sia quando queste concorrano con le competenze della comunità sullo stesso spazio fisico ed oggetto giuridico, sia quando si tratti di materie di competenza condivisa, qualsiasi sia l'utilizzo dei termini "competenza esclusiva" o "competenze esclusive" nei restanti precetti dello Statuto, senza che neppure l'espressione 'in ogni caso' ripetuta nello Statuto rispetto agli ambiti di competenza autonoma, abbia altro significato rispetto a quello meramente descrittivo e non impedisca, da sola, il pieno ed effettivo esercizio delle competenze statali (...) "¹¹.

Infine, anche i municipi hanno un certo ruolo sul demanio marittimo. In effetti, anche se la CE non esplicita le competenze municipali, garantisce l'autonomia per la gestione dei suoi interessi (artt. 137 e 140 CE)¹². Nel caso della Catalogna, l'art. 84.2 EC include tra le competenze proprie dei suoi governi locali "il regolamento, la gestione e la vigilanza sulle attività e sugli usi delle spiagge, lungo i fiumi e i laghi e le montagne"¹³.

In definitiva, ci troviamo davanti a tre amministrazioni – lo Stato, le CCAA e gli Enti Locali (EELL) – che vantano competenze con differente oggetto giuridico ma concorrono sullo stesso spazio fisico, con conseguenti difficoltà di coordinamento in fase attuativa. Inoltre esiste difficoltà nel mettere insieme competenze che riguardano obiettivi diversi (coste, porti, ambiente, spazi naturali, urbanesimo, pesca,...), che, però, ricadono sul medesimo spazio fisico.

Con l'approvazione della LC si svuota il contenuto della competenza sulla

¹⁰ Art. 149 della Legge Organica 6/2006, del 19 luglio, riguardante la riforma dello Statuto di Autonomia della Catalogna.

¹¹ Sulla delimitazione delle competenze nel EAC, in accordo con l'interpretazione riduzionistica e restrittiva al massimo dell'autonomia nella STC 31/2010, *vid.* J. TORNOS MAS., "Tipologia de les scompetències. El seu abast funcional: els articles 110 a 112", *RCDP Especial Sentència 31/2010 del Tribunal Constitucional sobre l'Estatut d'Autonomia de Catalunya 2006, 2010*, pp. 288-294.

¹² *Vid. in totum*, M. RODRÍGUEZ BEAS, "Les competències locals en matèria de costes", in L. CASADO CASADO, J. R. FUENTES I GASÓ, *Dret ambiental local de Catalunya*, Tirant lo Blanch, Tarragona, 2016, pp.429-471.

¹³ *Vid. in totum*, R. RODRÍGUEZ BEAS, J. R. FUENTES I GASÓ, "La organización territorial del Estatuto del 2006 y el impacto de La ley 27/2013, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local en la interiorización del régimen local de Catalunya", in F. GARCÍA RUBIO (Dir.), *Análisis de las repercusiones de la reformalocal sobre la organización, competencias y servicios de las entidades locales*, INAP Investiga, Madrid, luglio 2015, pp. 511-568.

pianificazione del litorale e si condizionano allo stesso tempo le competenze urbanistiche dei municipi^{13bis}. In questo senso, MEILÁN GIL affermava che il criterio del demanio si utilizzava “come ariete per incrementare le competenze statali, a scapito di quelle autonome e locali, a protezione di un espansivo regime giuridico di protezione e utilizzo del potere pubblico”¹⁴. Sulla stessa linea, PERALES MADUENO affermava che “non appare molto chiaro che la protezione del demanio marittimo-terrestre permetta di invadere le competenze delle autonomie nelle aree prossime al demanio menzionato”¹⁵.

I criteri di attribuzione che utilizzò il legislatore per approvare al LC furono il 132.2 CE, che attribuisce allo Stato la titolarità del demanio marittimo-terrestre e il 45 CE, che garantisce il diritto ad un ecosistema adeguato e obbliga i poteri pubblici a preservarli. Ciononostante, il TC ancora la LC principalmente a due titoli differenti, il 149.1.1 ed il 149.23 CE.

Tuttavia la LPUSL torna a mettere in discussione le competenze delle autonomie – e, in particolare, come abbiamo visto, del Governo della Catalogna – in materia di pianificazione del territorio, del litorale, dell’urbanistica nell’ambito costiero e dei municipi in materia di autonomia locale.

La LPUSL non modifica nessuno dei precetti – artt. 110 a 115 LC – che attribuiscono le competenze alle differenti amministrazioni ed in questa linea, nel preambolo si afferma che “si rispetta la complessa ripartizione di competenze”. Tuttavia, il nuovo testo prevede meccanismi di dubbia costituzionalità in ordine alle competenze¹⁶. Questi dubbi sono stati confermati dalla Decisione 7/2013, dell’11 luglio, del *Consell de Garanties Estatutàries (CGE)* della Catalogna¹⁷ sulla riforma della LC, che avvalorava l’invasione delle competenze del Governo in materia di pianificazione del litorale, di porti ed ambiente¹⁸,

^{13bis} *Vid.*, M. RODRÍGUEZ BEAS, “El régimen jurídico de las costas...”, *op. cit.*, p. 8.

¹⁴ J. L. MEILÁN GIL, “Comunidades Autónomas y dominio público marítimo-terrestre. El proyecto de Ley de costas”, *Revista de Derecho Urbanístico y del Medio Ambiente (RDUMA)*, num. 108, 1988, p. 13 e ss.

¹⁵ F. PERALES MADUENO, “Legislación urbanística y legislación sectorial. Un ejemplo: proyecto de la ley de costas”, *RDUMA*, num. 108, 1988, p.123 e ss.

¹⁶ J. M. AGUIRRE I FONT, “L’impacte de la reforma de la Llei de Costes...”, *op. cit.* p.150.

¹⁷ Il CGE è composto da nove membri nominati dal Presidente della Generalitat – sei alla proposta del Parlamento e tre sulla proposta del governo – tra giuristi di notoria competenza con più di quindici anni di esperienza professionale nel mondo del diritto e che possiedono lo *status* politico di catalano (arts. 76 e 77EC). L’istituzione della *Generalitat de Catalunya*, che assicura l’adeguatezza delle norme con rango di legge del Governo e del Parlamento all’EC e alla CE. È anche incaricato di identificare, prima della presentazione delle risorse corrispondenti, i possibili motivi di incostituzionalità e di conflitti di competenza che possono pregiudicare il governo autonomo catalano o per l’autonomia locale come risultato delle regole di origine statale. Esercita il suo ruolo consultivo attraverso pareri legali richiesti dal Parlamento, il Sindic de Greuges o istituzioni locali. Svolge inoltre un ruolo di speciale protezione dei diritti statutari (art. 38.1 EC).

¹⁸ Così afferma la citata decisione 7/2013: “Sembra chiaro, inoltre, che la varietà delle sue coste e la diversità dei tipi di spiagge della costa della ‘dello stato richiedono un trattamento specifico da

così come la violazione del principio costituzionale di autonomia municipale¹⁹.

Di seguito analizziamo il riparto delle competenze definito nella LC tra le tre amministrazioni, nonché le tecniche di coordinamento imposte dalla medesima legge tra le differenti amministrazioni.

2.1. *Le competenze dello Stato*

La LC attribuisce alle Amministrazioni Generali dello Stato (AGE) un ruolo centrale nella gestione del demanio marittimo-terrestre e nella pianificazione di uno spazio che lo supera²⁰. Gli artt. 110 a 113 LC²¹ elencano un'esauritiva lista di competenze, tra le quali si possono riscontrare non solo tutte le competenze vincolate alla gestione del demanio marittimo-terrestre, ma anche altre che condizionano le competenze autonome e locali.

Così, l'art. 110 LC attribuisce allo Stato tutte le competenze nell'ambito del demanio marittimo-terrestre, dalla sua delimitazione fino ad arrivare alla sua tutela senza tenere in considerazione, come afferma AGUIRRE I FONT, le competenze che le CCAA con litorali, come la Catalogna, avevano acquisito sulla gestione delle spiagge²². In questo modo spetta all'AGE: "a) la delimitazione dei beni del demanio marittimo-terrestre, così come la sua creazione e estinzione, e l'acquisizione e espropriazione di terreni per l'accorpamento a detto demanio; b) la gestione del demanio marittimo-terrestre, includendo assegnazioni, concessioni e autorizzazioni per la sua occupazione e sfruttamento, la dichiarazione delle zone di riserva, le autorizzazioni nelle zone di servitù e, in ogni caso, le concessioni delle opere fisse nel mare, così come quelle delle installazioni marittime minori, come moli, paludi, darsene ed altre analoghe che non formino parte di un porto o siano ascritte allo stesso; c) La tutela e sorveglianza del demanio marittimo-terrestre e delle sue servitù, così come la vigilanza sul rispetto delle condizioni in accordo alle quali siano state avvenute le concessioni e autorizzazioni corrispondenti".

Però questa lista di competenze si completa con altre che, in alcuni casi, superano l'ambito rigoroso del demanio marittimo-terrestre: "d) L'esercizio dei

parte di vari strumenti regionali di pianificazione costiera', nonostante che questi rispettino la categorizzazione delle sezioni e le regole che possono essere stabilite nella legge di base per garantire l'integrità fisica e l'accesso del pubblico a questa parte del dominio" (FJ 3).

¹⁹ E continua: "Inoltre, aggiunge che l'articolo 119.2 LC potrebbe violare l'autonomia locale, in una decisione locale di sospensione, che è un'autorità legale che corrisponde solo ai tribunali, tranne nel caso di grave attacco nell'interesse della Spagna, di cui all'articolo 67 LBRL" (FJ8).

²⁰ Vid. J. M. AGUIRRE I FONT, *El régimen jurídico del litoral catalán. Especialreferencia a la reforma de la Ley de Costas operada por la Ley 2/2013 y al nuevo Reglamento General de Costas aprobado por el Real Decreto 876/2014*, Atelier, Barcelona, 2014, p.71.

²¹ Allo stesso modo, gli artt. 220 a 223 del RGC.

²² *Ibidem*, p. 72.

diritti di prelazione e recesso nelle trasmissioni dei giacimenti di aggregati e, se del caso, l'espropriazione degli stessi; e) La realizzazione di misurazioni e portate, studi di idraulica marittima ed informazione sul clima marittimo; f) L'approvazione delle norme elaborate conformemente a quanto stabilito negli artt. 22 e 34 della presente Legge; g) Le opere ed attuazioni di interesse generale o quelle che riguardano più di una CA; h) L'autorizzazione dei rifiuti, salvo quelli industriali e contaminanti dalla terra al mare; i) L'elaborazione ed approvazione delle disposizioni su rifiuti, sicurezza umana in luoghi balneari e salvataggio marittimo; j) L'illuminazione delle coste e la segnaletica marittima; k) La presentazione di tutta la classe di servizi tecnici in relazione all'esercizio delle competenze anteriori e la consulenza alle CCAA, EELL e ad altre entità pubbliche o private e ai singoli che lo sollecitano; l) L'esecuzione degli accordi e convegni internazionali nelle materie di sua competenza e, se del caso, il coordinamento e l'ispezione del suo compimento da parte delle CCAA, potendo adottare, semmai, i mezzi adeguati per la sua osservanza; m) L'impianto di una Banca Dati Oceanografica che serva per definire le condizioni del clima marittimo lungo la costa spagnola, per la quale le distinte Amministrazioni Pubbliche dovranno fornire l'informazione che viene richiesta. Generalmente, si determinerà il procedimento di accesso all'informazione, che sarà a disposizione di chi la richieda".

Tuttavia, la STC 149/1991 del 4 luglio, valida questo riparto delle competenze ma con alcune sfumature, considerato che dichiara incostituzionale che le autorizzazioni di servitù di protezione o per scarichi di terra nel mare siano di competenza dello Stato, e condiziona l'interpretazione di altre competenze.

È inoltre opportuno segnalare che la delimitazione di quelle che sono le opere di interesse generale, che in accordo all'art. 111 LC, è di competenza dello Stato. Nel precetto citato, non solo viene fornita una descrizione del concetto ma, come esprime AGUIRRE I FONT, le opere non sono condizionate né a licenza municipale né tantomeno alla pianificazione urbanistico-territoriale, che in ultima istanza si dovrà adattare, se così viene accordato dal Consiglio dei Ministri²³. Tutto ciò comporta che la AGE abbia un ampio margine per la gestione del demanio ed anche per condizionare le competenze delle altre amministrazioni²⁴.

2.2. *Le competenze delle Comunità Autonome*

L'ambito di competenza delle CCAA è previsto nell'art. 114 LC e 224 RGC. Esso è definito, a differenza delle competenze delle Amministrazioni dello Stato, in maniera generica e senza alcuna concretezza: "Le Comunità Autonome eserciteranno le competenze che, nelle materie di pianificazione territoriale e del litorale, porti, urbanistica, scarichi al mare e altro in relazione all'oggetto della presente legge attribuite in virtù dei rispettivi Statuti".

²³ *Ibidem*, p. 73.

²⁴ *Ibidem*, p. 73.

Questo ambito di competenze però, con la riforma della LC operata dalla Legge 53/2002 del 30 dicembre, riguardante Misure Fiscali, Amministrative e di Ordine Sociale, viene circoscritto “esclusivamente all'ambito terrestre del demanio marittimo-terrestre, senza comprendere il mare territoriale e le acque interne” (art.114.2 LC)^{24bis}. Nonostante ciò, il paragrafo citato fu dichiarato incostituzionale dalla STC 162/2012 del 30 settembre, che afferma “l'incostituzionalità del carattere formale” del precetto citato, nella misura in cui questa considerazione deriva dall'invalidità dello strumento normativo utilizzato, dato che il legislatore statale non può, senza previsione costituzionale o statutaria specifica, dare “una interpretazione concettuale ed astratta del sistema di riparto delle competenze con l'obiettivo di delimitare le attribuzioni delle Comunità Autonome”²⁵.

In questo modo solo eccezionalmente le CCAA possono esercitare competenze autonome sul mare, sempre che esista un esplicito riconoscimento delle competenze e quando risulti imprescindibile per l'esercizio della competenza della quale sono titolari, così come il TC ha riaffermato nella Sentenza 8/2013 del 17 gennaio e 99/2013 del 23 aprile²⁶.

Così, le CCAA videro come la LC le escludeva da qualsiasi intervento nel demanio marittimo-terrestre ed a sua volta condizionava in modo sostanziale altre competenze vincolate a questo, come l'urbanistica o la pianificazione del territorio.

Nel caso della Catalogna²⁷, in applicazione delle disposizioni del Decreto Legislativo 1/2010, del 3 agosto, da cui si approva il testo rivisto della Legge dell'urbanistica della Catalogna (TRLUC), sono stati approvati due piani di sviluppo urbano: il Piano Direttore Urbanistico del Sistema Costiero (PDUSC-1), approvato in via definitiva dalla politica del ministro del territorio e lavori pubblici il 25 maggio 2005, che mira a essere uno strumento adeguato per l'ordinamento il sistema costiero della Catalogna dai principi che ispirano lo sviluppo urbano sostenibile e la difesa dell'interesse generale, unica legittimità del cambiamento di uso del suolo; e il piano urbanistico delle aree del sistema costiero costituito da settori di sviluppo delimitato senza piano parziale (PDUSC-2), approvato il 16 dicembre 2005, completando la prima e la concessione di diversi gradi di protezione per 650 ettari che compongono 44 settori di 28 comuni²⁸.

^{24bis} M. RODRÍGUEZ BEAS, “El régimen jurídico de las costas...”, *op. cit.*, p. 11.

²⁵ *Vid.* M. GARCÍA PÉREZ, F. J. SANZ LARRUGA, “La distribución de competencias en el medio marino”, E. ARANA GARCÍA, E.; F. J. Sanz Larruga (Dir.), *La ordenación jurídica del medio marino en España. Estudios sobre la Ley 41/2010, de protección del medio marino*, Thomson Reuters, CizurMenor, 2012, p. 299-300.

²⁶ In questo senso, *vid.* J. M. AGUIRRE I FONT, “El régimen jurídico del litoral catalán...”, *op. cit.* p.74 e ss.

²⁷ *Vid. in totum*, l'eccellente lavoro di J. GIFREU I FONT, *L'ordenació urbanística a Catalunya*, Marcial Pons, Madrid, 2102.

²⁸ L. Casado Casado, J. R. Fuentes i Gasò, *op. cit.*, p. 292. Anche *vid.* B. NOGUERA DE LA MUELA,

2.3. *Le competenze degli Enti Locali*

Il riconoscimento delle competenze municipali sul demanio marittimo-terrestre pose inizialmente il problema di determinare se gli spazi costieri facessero parte o meno del territorio municipale. La giurisprudenza del Tribunale Supremo (TS) e del TC ha stabilito che i porti e la zona marittimo-terrestre formano parte del territorio municipale dove sono ubicati “basandosi sul fatto che legalmente tutto il territorio nazionale si divide in territori municipali in modo che non possano rimanere spazi territoriali esclusi da questi”²⁹. Esistono, pertanto, competenze municipali sul demanio marittimo-terrestre.

La LC prevede nell’art. 115 un elenco di competenze dei municipi in questa materia. Questo precetto non fa un’attribuzione diretta di competenze ma rimette alla legislazione autonoma: “le competenze municipali, nei termini previsti dalla legislazione che dettano le Comunità Autonome potranno comprendere i seguenti estremi (...)”.

Tuttavia, nel precetto appena citato si attribuisce agli EELL la competenza a pronunciarsi sulle demarcazioni o richieste di occupazione e sfruttamento del demanio, però si tratta in entrambi i casi, di un rapporto non vincolante che non ha in nessun caso carattere decisorio. Inoltre, la LC attribuisce agli stessi due competenze concrete di gestione del demanio: “c) Sfruttare, se del caso, i servizi stagionali che possano stabilirsi nelle spiagge per una qualsiasi delle forme di gestione diretta o indiretta previste nella legislazione del Regime Locale; d) Mantenere le spiagge e i luoghi pubblici balneari nelle dovute condizioni di pulizia, igiene e salubrità, così come vigilare sull’osservanza delle norme ed istruzioni dettate dall’Amministrazione dello Stato sul salvataggio e sicurezza delle vite umane”.

In questo caso la LC attribuisce all’Amministrazione Locale (AL) un ruolo secondario³⁰ e questo approccio è stato oggetto di critica da parte della dottrina, considerando che il legislatore ha perso l’opportunità di mettere l’Amministrazione locale al centro della gestione, trattandosi di una materia che riguarda chiaramente i propri interessi, come succede in altri paesi vicini³¹.

“Urbanismo y ordenación del litoral”, in J. M. TRAYTER JIMÉNES, *Comentarios a la Ley de Urbanismo de Cataluña*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pp. 550 e ss.

²⁹ STC 77/1984 del 3 luglio. Su questa questione *vid.*, J. R. CALERO RODRÍGUEZ, *Régimen jurídico de las costas españolas*, Aranzadi, Pamplona, 1995, pp. 125-127. F. SÁINZ MORENO, “*Término municipal y dominio marítimo*”, *Revista de Administración Pública (RAP)*, num.112, 1987; tra altri.

³⁰ J. M. AGUIRRE I FONT, *E l’régimen jurídico del litoral catalán...*, *op. cit.*, p. 75

³¹ In questo senso, M. BELADÍEZ ROJO afferma che “la nuova legge delle coste avrebbe dovuto togliere i municipi da una posizione secondaria per metterli in una più attiva che permetta una miglior protezione del dominio pubblico”. *Vid.* “*Problemas de competencia sobre la zona marítimo-terrestre y las playas*”, in AA. VV., *Studi sulla Costituzione Spagnola. Omaggio al professor Eduardo García de Enterría*, vol. IV, Civitas, Madrid, 1991, p. 3704. Sulla stessa linea, RODRÍGUEZ CALERO precisa

Per quanto riguarda le due competenze concrete di gestione del demanio, queste sono connesse con l'art. 25 della Legge 7/1985, del 2 aprile, regolatrice delle Basi del Regime Locale (LRBRL), dove si riconosce come competenza municipale la protezione dell'ambiente urbano, le attività e le infrastrutture connesse al tempo libero e alla promozione delle attività turistiche di interesse e livello locale^{31bis}.

In relazione allo sfruttamento dei servizi stagionali, l'art. 54 LC permette che questi siano gestiti da titolari delle concessioni per la creazione, rigenerazione o sistemazione delle spiagge. Questa disposizione, però, limita ancora di più le competenze dei municipi ed inoltre risulta in contraddizione con gli interessi propri dei municipi ed il loro ambito di competenze definito dal LRBRL. Pertanto, l'attribuzione delle competenze operata dalla LC esclude, in parte, la gestione del demanio marittimo-terrestre dalle funzioni dei municipi, il che risulta contrario alla giurisprudenza sopraccitata³².

La LPUSL torna ad incidere, però, sulla vecchia idea di incrementare il controllo statale sul governo municipale mediante una clausola conosciuta come "antialgarròbico", che permette allo Stato di sospendere la pianificazione municipale senza la necessità di ricorrere alla via giurisdizionale. Questa clausola consiste nell'attribuzione al delegato del Governo della facoltà di sospendere, per il procedimento previsto dall'art. 67 LRBRL, gli atti ed accordi delle entità locali che riguardano l'integrità del demanio marittimo-terrestre o della servitù di protezione o che suppongono una violazione manifesta di quanto disposto nell'art. 25 LC³³.

che "è evidente che non lo abbia fatto e che dovranno essere le leggi delle Comunità Autonome quelle che stabiliscono i termini concreti di queste competenze". Così, questo autore considera che "andando oltre il tenore letterale del primo comma dell'art. 115, che queste competenze vengono già ostentate dai municipi senza aspettare una legge autonoma che segnali i termini precisi per l'esercizio. Questo dovrebbe essere così, tanto perché si riferiscono a questioni che riguardano chiaramente gli interessi municipali, quanto perché non si deve dimenticare che "si tratta di competenze che la LRBRL, nel suo art. 25, stabilisce che devono essere attribuite ai municipi, attribuzione che dovrà essere realizzata dalla legislazione statale, per appartenere a chi costituzionalmente abbia la competenza su questi beni". J. R. CALERO RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p.125-134.

^{31bis} La LRBRL è stata modificata dalla Legge 27/2013, del 27 dicembre, di Razionalizzazione e Sostenibilità dell'Amministrazione Locale. *Vid. per totum*, J. R. FUENTES I GASÓ, M. RODRÍGUEZ BEAS, "La incidencia de la reforma del régimen local en la organización territorial de Cataluña, in *Nuove Autonomie*, núm. 1, gennaio-aprile 2015, pp. 155-183. Per cui il la riforma locale è "un nuovo tentativo ri-centralizzazione dallo Stato spagnolo nella direzione opposta di quello che è diventato noto come 'seconda transizione', che dovrebbe rappresentare un rafforzamento di entrambe le autorità territoriali regionali e regionali, e locali. Un rafforzamento dello stato centralista giacobina al massimo grado, proprio in un momento in cui la transizione di stato di Catalogna in Spagna è discusso in discussione approfondita" (p. 182).

³² *Vid.*, L. CASADO CASADO, "Las competencias ambientales de las entidades locales: luces y sombras tras la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local", in *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 32, settembre-dicembre 2015, p. 234.

³³ REXACH MENÉNDEZ considera che l'attribuzione di queste facoltà suscita dubbi di costituzionalità

2.4. *Le tecniche di coordinamento delle competenze tra le amministrazioni*

La LC prevede differenti tecniche di coordinamento delle competenze³⁴. Anche se in senso stretto, l'unica tecnica di coordinamento della LC sono i pareri (tecnici), includiamo anche gli strumenti di pianificazione degli artt. 22 e 34 LC³⁵. L'obiettivo di queste tecniche è ottenere la corretta trasposizione delle previsioni della LC agli strumenti di pianificazione territoriale ed urbanistica, tanto nel momento di approvazione di questi strumenti da parte degli EELL e delle CCAA quanto da parte dello Stato.

2.4.1. *I pareri (tecnici) precettivi e vincolanti*

Si attribuisce allo Stato la competenza a rendere pareri precettivi e vincolanti, secondo quanto previsto dall'art. 112 LC. Tra tutti i pareri contemplati dal citato precetto, ha speciale incidenza sulle competenze nella pianificazione terri-

perché va oltre l'art. 67 LBRL. Inoltre, specifica che la dottrina del TC che considera “i controlli amministrativi di legalità non riguardano il nucleo essenziale della garanzia istituzionale dell'autonomia delle corporazioni locali” perché “mediante tali controlli si pretende di garantire che l'esercizio da parte delle corporazioni locali delle loro competenze non vada a deteriorare quelle dello Stato o delle proprie Comunità Autonome” (SSTC 213/1988 dell'11 novembre, FJ.; 159/2001, FJ. 5), non si può applicare per la zona di protezione “che è precisamente dove si presenta il problema pratico, tenuto conto che l'AGE non è competente per autorizzare gli usi, mentre lo è nel demanio e la zona di transito, in modo che in queste zone la licenza municipale non sarà sufficiente per legittimare l'attuazione”. In definitiva, afferma che “è molto in dubbio che questa facoltà serva per evitare situazioni come quella di questo sfortunato hotel, dal momento che non si deve dimenticare che è stato costruito con licenza municipale (non impugnata, salvo errore, né dall'AGE né dalla Giunta Andalus). La sua demolizione costa una fortuna che pagheremo noi cittadini. Con questo precedente ed altrettanti di cattiva amministrazione (dal lato attivo e passivo), si presuppone che i comuni attentano all'integrità del DPMT e che il delegato del Governo sarà sempre il suo guardiano geloso, è pretendere di provare qualcosa di molto difficile, come direbbe Cervantes”. *Ved.* A. MENÉNDEZ REXACH, “La nueva regulación de las costas: un giro hacia el dominio privado marítimo-terrestre”, in J. L. CARRO FERNÁNDEZ-VALLMAYOR, J. FERREIRA FERNÁNDEZ, A. NOGUIERA LÓPEZ (Coords.), *La nueva regulación de las costas. Actas del IX congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, 2014, pp.51-53. Senza dubbio MORENO MOLINA si mostra favorevole alla costituzionalità del precetto, in quanto rimette all'art. 67 LBRL, però riconosce che la sua “non concretizzazione e generalità è senza dubbio il suo aspetto più debole”. *Ved.* A. M. MORENO MOLINA, “Suspensión gubernativa de actos y acuerdos adoptados por las entidades locales. Cláusula antialgarróbico”, in J. F. PÉREZ GÁLVEZ, A. ALEMÁN MONTREAL (Coords.), *Costas y urbanismo: elitoral tras la Ley 2/2013, de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley de Costas*, La Ley-El Consultor, Madrid, 2013, p.823.

³⁴ J. M. AGUIRRE I FONT, manifesta che queste tecniche sono utilizzate in alcuni casi per condizionare le competenze municipali ed autonome. *Ved.* *El régimen jurídico del litoral catalán...*, *op. cit.* p.76.

³⁵ Così viene considerato da A. MENÉNDEZ REXACH, “La distribución de competencias en la Ley de costas y la gestión integrada del litoral”, in F. J. SANZ LARRUGA (Dir.), *Estudios sobre la ordenación, planificación y gestión del litoral: hacia un modelointegrado y sostenible*, Observatorio del Litoral de la Universidad de A Coruña, A Coruña, 2009.

toriale e urbanistica, quello descritto nel paragrafo a), quello che lo Stato rende nella approvazione o modificazione di pianificazioni e norme di pianificazione territoriale ed urbanistica per ciò che concerne il compimento delle disposizioni della LC e del RGC. Così, lo Stato è competente a rendere pareri vincolanti su qualsiasi figura di pianificazione che includa il territorio compreso come minimo entro i primi 500 metri dal limite interno della riva del mare.

In questo modo, per il tramite di tutta la pianificazione territoriale e urbanistica che riorganizzi il litorale, l'organo competente, alla sua approvazione iniziale, dovrà inviare, con anticipo a detta approvazione, il contenuto del progetto corrispondente all'AGE affinché essa renda, nel termine di un mese, un parere che comprenda i suggerimenti ed osservazioni che reputi convenienti. Inoltre, immediatamente prima dell'approvazione definitiva, l'amministrazione competente deve trasmettere allo Stato il contenuto di essa stessa affinché nel termine di due mesi si pronunci su questo.

Nel caso in cui il parere non sia favorevole riguardo agli aspetti di propria competenza, si aprirà un periodo di consultazioni, fino ad arrivare ad un accordo. Così, come risultato di questo accordo, se si modificasse sostanzialmente il contenuto del piano o la disciplina, dovrà sottoporsi nuovamente alla consultazione pubblica e audizione degli organi che sono intervenuti in maniera precettiva nell'elaborazione³⁶.

Questi pareri sono vincolanti per l'Amministrazione Autonoma e per la AL, ma non sono riusciti ad esserlo anche per l'Amministrazione Statale, poiché il TS si è pronunciato in molte occasioni affermando che detti pareri non condizionano le delimitazioni che posteriormente possa attuare anche la stessa AGE³⁷.

2.4.2. *Gli strumenti di pianificazione*

In modo conforme alle competenze che la LC attribuisce allo Stato, questa dispone di strumenti di pianificazione propri di questo spazio con l'obiettivo di garantire il compimento delle disposizioni della stessa LC.

L'art.22 LC fa riferimento alla capacità dello Stato di dettare norme per la protezione di determinati tratti di costa in esplicitazione di quello che dispone il regime di servitù della Legge. Però è il RGC³⁸ che precisa che la longitudine della costa che si può includere nelle norme si deve riferire, come minimo, ad un'unità fisiologica o morfologica relativa alla dinamica litorale o nel territorio, rispettivamente, o nel suo caso, ad uno o vari termini municipali adiacenti completi.

³⁶ Art. 117 LC e 227 RGC.

³⁷ *Vid.*, tra le altre, STS 1683/2009 del 9 febbraio del 2009 e STS 1739/2012 del 21 marzo del 2012.

³⁸ Art.42 e 43 RGC

In relazione al procedimento di approvazione di queste norme, si stabilisce che, prima dell'approvazione definitiva delle norme, si sottometteranno a parere delle CCAA e dei municipi sul cui territorio hanno effetto, affinché gli stessi possano formulare le obiezioni che derivano dai loro strumenti di pianificazione approvati o in corso di approvazione.

Quando si osservano discrepanze sostanziali tra il contenuto delle norme predisposte e le obiezioni formulate dalle CCAA e dai municipi, si aprirà un periodo di consultazione tra le tre Amministrazioni per risolvere di comune accordo le differenze manifestate.

Un altro strumento con queste caratteristiche era quello che prevedeva l'art. 34 LC, il quale configurava la possibilità che lo Stato dettasse norme generali e specifiche per determinati tratti della costa, sulla protezione e sull'uso del demanio marittimo-terrestre, con soggezione a quanto previsto da questa Legge. Queste norme dovevano includere direttrici sulle seguenti materie: "a) realizzazione di attuazioni di difesa, rigenerazione, recupero, migioria e conservazione del demanio; b) priorità per accogliere le istanze di utilizzo, esistenti e prevedibili, specialmente su servizi di stagione nelle spiagge, scarichi ed estrazioni di aggregati nella riviera marittima e nei terreni qualificati come demanio in virtù degli art. 4 e 5; c) localizzazione nel demanio delle infrastrutture ed installazioni, includendo quelle di eliminazione di acque residuali e scarichi nel mare; d) accoglimento di concessioni e autorizzazioni; e) regime di utilizzo delle spiagge, sicurezza umana nei luoghi balneari e altre condizioni generali sull'uso di quelle e sulle loro installazioni; f) acquisizioni, destinazioni a uso pubblico e cambio destinazioni a uso patrimoniale di terreni". Questo strumento però fu dichiarato incostituzionale dalla STC149/1991 del 4 luglio.

Così, l'annullamento di questo strumento da parte del TC impedì che lo Stato approvasse questo tipo di pianificazioni, il che provocò che durante molti anni il demanio dovesse fare i conti solo con la pianificazione globale come previsto nell'art. 34 LC. Tuttavia, si tentò di dare una soluzione a questo aspetto con la nuova attribuzione di competenze che i nuovi Statuti di Autonomia fanno in merito alla pianificazione del litorale³⁹.

3. *La demanializzazione generale delle coste*

L'istituzione chiave che garantisce la protezione delle coste in Spagna è il "demanio pubblico" o "demanializzazione", il quale attua come titolo di intervento dello Stato per garantire la difesa di interessi generali e la protezione dell'ambiente^{39bis}.

³⁹ J. M. AGUIRRE I FONT, *El régimen jurídico del litoral catalán...*, op. cit. p.79.

^{39bis} M. RODRÍGUEZ BEAS, "El régimen jurídico de las costas...", op. cit., p. 18.

Il demanio si configura come il meccanismo più adeguato per raggiungere quella finalità, dovuto alle regole esorbitanti di diritto pubblico che questo comporta, come la inalienabilità, imprescrittibilità e la esclusione dalla garanzia comune, la necessità di destinazione a uso patrimoniale per disposizione o il resto di potestà pubbliche che si possono esercitare per la sua protezione, ed anche per l'obbligo che ricade sull'Amministrazione titolare di detti beni di articolare le norme di utilizzo e sfruttamento che garantiscano la protezione della sua integrità⁴⁰.

Si riconosce espressamente il menzionato dominio pubblico nell'art.132.2 CE, che dichiara beni di dominio pubblico statale quelli che determina la Legge e, in ogni caso, la zona marittimo-terrestre, le spiagge, il mare territoriale ed i corsi naturali della zona economica e la piattaforma continentale⁴¹. Questo riconoscimento costituzionale dei beni agisce come un limite indisponibile per il legislatore. La LC è incaricata di sviluppare allo quest'art. 132 CE nelle coste dello Stato spagnolo, convertendo il demanio marittimo-terrestre nell'asse centrale su cui gravita il sistema di protezione del litorale⁴².

Pertanto, si attribuiscono allo Stato facoltà e obblighi in ordine alla protezione del demanio marittimo-terrestre. Però non solo permette allo Stato di definire i beni che appartengono al demanio pubblico, ma deve definire il suo regime giuridico dal momento che come segnalato dal TC è una necessità costituzionale perché "il mandato del costituente sarebbe preso in giro se il legislatore operasse in modo tale da, anche ritenendo fisicamente nel demanio pubblico dello Stato la zona marittimo-terrestre, tollerare che la sua natura e le sue caratteristiche siano

⁴⁰ A. VILLANUEVA CUEVAS, J. PUNZÓN MORALES, F. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, "La protección medioambiental de las costas", in L. I. ORTEGA ALVÁREZ, M. C. ALONSO GARCÍA, R. DE VICENTE MARTÍNEZ, (Coord.), *Tratado de Derecho Ambiental*, Tirant lo blanch, Valencia, 2013, p.595.

⁴¹ Come affermano gli autori di questo precetto costituzionale conviene risaltare, non solo l'elenco dei beni che si includono nel demanio marittimo-terrestre, ma anche l'importanza che gli stessi siano di dominio pubblico statale. *Ved.* A. VILLANUEVA CUEVAS, J. PUNZÓN MORALES, F. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p.597. La STC 227/1988 del 29 novembre risolve le discrepanze su questa attribuzione costituzionale assistendo a maggior protezione che per quei beni significa la titolarità statale degli stessi, indicando che "non è casuale, come lo dimostrano gli antecedenti parlamentari, che la Costituzione abbia incorporato direttamente al demanio statale nell'art. 132.2 determinati tipi di beni, come la zona marittimo-terrestre, le spiagge, il mare territoriale, ecc., costituiscono categorie o generi interi definiti dalle loro caratteristiche fisiche o naturali omogenee" e "trattandosi del demanio pubblico è logico che la potestà di demanio sia riservata allo Stato in esclusiva e che i generi che lo integrano si includono, nella stessa maniera, come unità indivisibile nel demanio Statale (...). In questi beni soggiacciono in maniera prioritaria altri fini costituzionalmente legittimi, vincolati in ultima istanza alla soddisfazione di necessità collettive primarie, come ad esempio, quella che garantisce l'art. 45 della Costituzione, o anche la difesa ed utilizzo razionale della "ricchezza del paesaggio", in quanto subordinata all'interesse generale (art.128.1 della Costituzione)".(FJ. 4).

⁴² Sul demanio marittimo-terrestre nella costituzione spagnola, si veda J. L. BLASCO DÍAZ, *Régimen jurídico de las propiedades...*, *op. cit.* p.34 e ss.

distrutte o alterate”. Tuttavia, come ricorda anche il TC, si deve tenere conto che la titolarità del demanio non può essere utilizzata per alterare il riparto delle competenze costituzionalmente stabilito⁴³.

Gli art. da 3 a 5 LC amplificano l'ambito concreto della “dichiarazione di demanialità” effettuata dalla CE, stabilendo che appartengono al demanio statale, oltre ai beni ai quali si riferisce l'art. 132.2 CE⁴⁴, anche i seguenti: le accessioni alla riva del mare per deposito di materiali o per ritirata del mare; i terreni guadagnati al mare come conseguenza diretta o indiretta delle opere o prosciugamenti; i terreni la cui superficie sia invasa dal mare per cause diverse da quelle previste nell'ultimo paragrafo dell'art. 3.1 a) LC, ed in ogni caso avranno questa considerazione i terreni inondata che siano navigabili; le scogliere sensibilmente verticali fino al loro apice; i terreni delimitati come demanio che per qualsiasi causa abbiano perso la loro caratteristica naturale di spiaggia, scogliera o zona marittimo-terrestre, gli isolotti in acque interne e mare territoriale; i terreni incorporati dai concessionari per completare la superficie della loro concessione; i terreni adiacenti alla riva marina che si acquistino per loro incorporamento al demanio marittimo-terrestre; le opere e installazioni costruite dallo Stato su questo demanio; le opere e installazioni di illuminazione delle coste e segnalazione marittima costruite dallo Stato e terreni condizionati da queste; i porti e le installazioni portuali dello Stato, che saranno regolati da una legislazione specifica.

Come si può riscontrare, la LC realizza un'estensione importante del demanio pubblico che si rafforza nell'art. 9.1., mediante la proibizione di costruire e/o mantenere scavi privati in questa zona.

La dichiarazione di demanio pubblico di questi beni ha come finalità l'eliminazione della capacità di disposizione per i singoli individui sugli stessi e l'inclusione di una serie di misure di protezione di queste risorse. Il primo obiettivo – l'indisponibilità – si consegue mediante la sua considerazione come nulla *extra commercium*, sottratta al traffico giuridico-privato per sua destinazione a un uso pubblico o altri fini di utilità pubblica. Da questa caratterizzazione derivano i caratteri di inalienabilità, imprescrittibilità e esclusione dalla garanzia comune (art. 132.1 CE e 7 LC), così come l'attribuzione di una serie di potestà all'amministrazione con il fine di proteggere e garantire l'uso pubblico di questi beni: diritto-dovere di conoscere la situazione dei beni che si presumono appartenenti al demanio, di recupero del possesso e potestà di delimitazione. Il secondo obiettivo si acquisisce mediante l'individuazione di una serie di misure per

⁴³ STC 149/1991 del 4 luglio, F.J., 1 c).

⁴⁴ Rispetto a questi beni raccolti nella stessa CE, *vid.* Tra tanti, J. CALERO RODRÍGUEZ, *op. cit.*; J. GONZÁLEZ, “El concepto de demanio marítimo-terrestre en el proyecto de Ley de Costas”, *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, num. 59, lug.-sett., 1988; A. MENÉNDEZ, “La configuración del demanio marítimo-terrestre en la Ley de Costas”, *Estudios Territoriales*, num. 34, sett.-dic., 1990; P. RODRÍGUEZ LÓPEZ, *Comentarios a la LC, Doctrina y Jurisprudencia*, Djusa, Madrid, 2003.

evitare il degrado, siccome la disciplina del regime degli usi, la sottomissione di determinati usi a autorizzazione o concessione amministrativa, la stabilizzazione di un regime di limitazione e servitù sulle proprietà contigue con il demanio, la regolazione degli scarichi, ecc...^{44bis}.

Senza dubbio, una delle riforme della LPUSL con maggiori conseguenze sullo spazio protetto è la riduzione dei beni che formano parte della riva del mare e conseguentemente del demanio marittimo-terrestre⁴⁵.

A) *La zona marittimo-terrestre*^{45bis}

La zona marittimo-terrestre si configura nell'art.3 LC come la parte inondabile della riva marina⁴⁶. Però come si può osservare in questo precetto, si utilizzano due criteri per delimitare le sue dimensioni: a) fin dove arrivano le onde durante i maggiori temporali conosciuti, e di forma secondaria, b) quello della linea di marea massima durante l'equinozio⁴⁷.

Il problema di ciò è determinare cosa s'intende per "maggiori temporali conosciuti", per i quali diventa necessario rispettare il RGC dove si specifica nell'art.4 che "per fissare il limite fin dove arrivano le onde durante i maggiori temporali conosciuti, si considerano le variazioni del livello del mare dovute alle maree ed alle mareggiate. Detto limite sarà raggiunto almeno in 5 occasioni in un periodo di 5 anni, salvo in quei casi eccezionali nei quali la migliore evidenza scientifica esistente dimostri la necessità di utilizzare un altro criterio. Per calcolare la portata di un temporale si useranno le massime onde registrate con boe o

^{44bis} M. RODRÍGUEZ BEAS, "El régimen jurídico de las costas...", *op. cit.*, p. 20.

⁴⁵ Per uno studio più approfondito, *Vid.* J. R. MARTÍNEZ CORDERO, "Clasificación y definiciones", in J. F. PÉREZ GÁLVEZ, *El nuevo derecho de las costas*, Bosch, Barcelona, 2014, p.47-93. F. FERNÁNDEZ DE TROCONIZ, "El nuevo concepto de dominio público y sus consecuencias legales tras la reforma de la Ley de Costas", in J. J. TORRES-FERNÁNDEZ NIETO, F. C. FERNÁNDEZ DE TROCONIZ, C. OLANO ESPINOSA, A. MENÉNDEZ, G. GONZÁLEZ DE OLANO, P. CÁNCER MICHOT, J. L. RISQUETE, *Comentario a la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de Protección y Uso Sostenible del Litoral y de Modificación de la Ley 22/1988, de Costas*, Thomson Reuters Aranzadi, CizurMenor, 2014, pp.87-132.

^{45bis} *Vid. per totum*, il lavoro eccellente di J. GIFREU I FONT, "La protección y utilización del demanio marítimo-terrestre a propósito de la reciente jurisprudencia constitucional. Hacia una ordenación integrada y sostenible del litoral de Cataluña", in *Práctica Urbanística*, Sección Estudios, Ed. La Ley, núm. 140, pp. 1-35.

⁴⁶ Sulle nuove formule di delimitazione della zona "marittimo-terrestre", *Ved. In totum*, la tesi dottorale inedita di F. J. MONTROYA FONT, *Propuesta de metodología para la determinación del límite interior del dominio público marítimo-terrestre en algunos supuestos*, Universitat Rovira i Virgili, Tarragona, 2013 (Unpublished tesi di dottorato).

⁴⁷ Come spiegano A. VILLANUEVA CUEVAS, J. PUNZÓN MORALES, F. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, la ragione dell'esistenza di questo doppio criterio di delimitazione "al quale si deve che le maree siano scarsamente percettibili nel mediterraneo, il che ha portato al fatto che nella nostra legislazione storica nelle coste bagnate da esso, si utilizzerà il criterio dei temporali e, nel resto delle coste spagnole, il criterio delle maree". *Vid. op. cit.*, p.601.

satelliti o calcolate attraverso dati oceanografici o meteorologici”. MENÉNDEZ REXACH ha già giustificato la necessità di utilizzare le referenze approvate delle quali dispongono in relazione all’antecedente Regolamento, affermando che “è ragionevole la pretesa del legislatore di considerare zona marittimo-terrestre tutta la frangia costiera suscettibile di invasione marina, per esserlo stato già in qualche occasione della quale si abbia certezza”⁴⁸.

La LPUSL modifica la LC che comprende la delimitazione della riva marina. Per ciò che concerne la zona marittimo-terrestre, la modifica introdotta nel primo paragrafo dell’art.3.1 a) LC dall’articolo 1,2 LPUSL consiste unicamente nella specificazione che il limite costituito dall’avanzo delle onde nei maggiori temporali conosciuti verrà dato dai criteri tecnici che si stabiliscano secondo regolamento. Fino ad allora, l’art.4 a) RGC aveva stabilito che “per fissare il limite fin dove aumentano le onde durante i maggiori temporali conosciuti si utilizzeranno le referenze comprovate delle quali si disponga”. Però dopo la riforma operata il regolamento viene obbligato a fornire dettagli sulla metodologia o sul procedimento tecnico che si deve seguire per stabilire con certezza fin dove aumentano le onde di un temporale”. Sulla questione, la recente STC del 5 novembre 2015, afferma che la riforma dell’art.3.1 a) LC non contravviene la sua dottrina consolidata rispetto alla quale “la riserva di legge non impedisce che le leggi contengano rimessioni a norme di regolamento, purché tali rimessioni attuino una possibile regolazione indipendente e non chiaramente subordinata alla legge(...)”. Dunque, le abilitazioni alla potestà regolamentare devono, secondo la nostra dottrina, restringere l’esercizio di detta potestà ad un complemento della regolazione legale che sia indispensabile per motivi tecnici o per ottimizzare il compimento delle finalità proposte dalla Costituzione o dalla propria Legge, in modo che non si arrivi ad una totale abdicazione da parte del legislatore della sua facoltà di stabilire regole limitative, trasferendo questa facoltà al titolare della potestà regolamentare, senza fissare nemmeno quali sono i fini o obiettivi che il regolamento deve perseguire”⁴⁹.

In questo modo, appoggiandosi alla citata dottrina, il TC afferma che la riforma non altera in nessun modo il criterio sostantivo “che serve per fissare il limite interno della zona marittimo-terrestre come riferimento all’aumento delle onde nei maggiori temporali conosciuti. Si limita a rimettere la concretezza di questo criterio decisionale, nettamente empirico e, per definizione, variabile tanto nello spazio quanto nel tempo, a una normativa che risponda alla conoscenza tecnica, in costante evoluzione. Con ciò si incrementano le garanzie di rigore, oggettività ed omogeneità nella pratica delle delimitazioni”⁵⁰. Pertanto, la modifica si limita ad incorporare una precisione

⁴⁸ A. MENÉNDEZ REXACH, “La configuración del demanio marittimo-terrestre...”, *op. cit.*, p. 12.

⁴⁹ STC 83/1984 del 24 luglio, FJ 4; STC 1/2003 del 6 gennaio, FJ 3; STC 18/2011 del 3 marzo, FJ 9.

⁵⁰ STC 233/2015 de 15 novembre 2015, FJ. 3.

^{50bis} *Vid.*, J. GIREU U FONT, “La protección y utilización del demanio marítimo-terrestre...”, *op. cit.*, pp. 6-7.

che si adatta senza alcuna difficoltà nell'ambito ammissibile della collaborazione regolamentare^{50bis}.

Un'altra modifica importante che interessa la zona marittimo-terrestre è la motivazione per cui integrano la stessa solo le parti dei terreni bassi inondati. Questo caso è problematico, in quanto se i terreni vengono inondati è, precisamente, perché sono bassi⁵¹, motivo per cui non ci sarebbero "parti" di terreni bassi che non vengono inondati⁵². Tuttavia, come mette in evidenza NÚÑEZ LOZANO, può succedere che in una zona di terreni bassi esistano porzioni che registrino in modo naturale una maggiore dimensione, nel qual caso non sarebbero propriamente terreni bassi o, può anche succedere che terreni originariamente bassi siano stati modificati dall'azione umana, in modo che abbiano elevato artificialmente la loro altezza; o che mantenendo la loro conformazione di terreni bassi, l'inondazione naturale sia stata impedita in maniera artificiale⁵³.

D'altra parte, la riforma include un nuovo paragrafo nell'art. 3.1 a) LC il quale dispone che "nonostante, non passeranno a formare parte del demanio marittimo-terrestre quei terreni che siano inondati artificialmente o in maniera artificiale, come conseguenza di opere o installazioni realizzate a questo effetto, sempre che prima dell'inondazione non fossero di dominio pubblico". Così, se per la LC erano demaniali i terreni invasi dal mare che passino a formare parte del suo letto per qualsiasi causa, adesso restano esclusi quelli che riuniscono i requisiti stabiliti nell'art. 3.1. a) salvo che fossero navigabili. La specificazione finale – "sempre che prima dell'inondazione non fossero di dominio pubblico" – risulta importante perché scarta la possibilità di intendere che si riferisce a terreni naturalmente soggetti a inondazione, inondati in maniera artificiale e controllata dall'azione umana, come nel caso delle saline⁵⁴.

Così, il precetto citato fa riferimento a terreni che non sono naturalmente soggetti a inondazione e che per quello non è mai stato di dominio pubblico. In questo aspetto, la riforma si è limitata ad includere un precetto chiarificatore, siccome è conforme alla proclamazione di demanialità che contempla il paragrafo secondo dell'art. 3.1 a) LC⁵⁵.

⁵¹ M. GARCÍA PÉREZ, "La reforma de la Ley de Costas: un lobo con piel de cordero", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, num. 31, 1012, p.65.

⁵² M. C. NÚÑEZ LOZANO, *La reforma de la Ley de Costas de 2013*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p.29.

⁵³ La giurisprudenza che in maniera costante ha dichiarato il carattere demaniale dei terreni. *Vid.* M. C. NÚÑEZ LOZANO, *op. cit.* p.29.

⁵⁴ In questo senso, *Ibidem*, p.31.

⁵⁵ Su questa modificazione si è pronunciato il TC, manifestando che la riforma legale non viola l'art. 132.2 CE, l'inciso finale "sempre che prima dell'inondazione non fossero di dominio pubblico", che affina in maniera significativa la riforma e salva la sua costituzionalità perché "suppone che non restino interessati dall'esclusione i terreni naturalmente inondabili, che sono in ogni caso zona marittimo-terrestre, di dominio pubblico per imperativo costituzionale". *Ved.* STC 233/2015 del 5 novembre 2015, FJ. 3 b.

Tuttavia, il nuovo paragrafo suppone una riduzione della frangia demaniale, giacché non specifica che i terreni abbiano un'altezza superiore a quello della maggior alta marea. Così, i terreni con altezza inferiore a questa che non sono naturalmente soggetti a inondazione che però sono inondati in modo artificiale non costituiscono demanio, salvo che siano navigabili conformemente all'art. 4.3 LC.

Infine, il nuovo paragrafo quarto dell'art. 3 include le definizioni di “albufera” (“corpi in acque costiere che restano fisicamente separati dall'oceano, in maggiore o minore estensione per una frangia di terra”), “estero” (“canne in una palude”), “marisma” (“terreno molto pianeggiante e basso che viene inondato periodicamente come conseguenza del flusso e reflusso delle maree o del filtraggio dell'acqua marina”) e “marjal” (“terreno basso coperto da un manto di acqua che dà supporto ad un'abbondante vegetazione”)^{55bis}.

B) *Le spiagge*

Le “spiagge”, secondo la definizione contenuta nel capitolo b) dell'art. 3.1 LC, sono quelle zone non inondabili fino ai terreni di livello superiori alla zona marittimo-terrestre e che si identificano per avere caratteristiche fisiche determinate⁵⁶: zone di deposito di materiali di rifiuto, tali come sabbia, ghiaia e ciottoli, includendo scarpate, bermi e dune; queste ultime verranno incluse fino al limite che risulti necessario per garantire la stabilità della spiaggia e la difesa della costa. Costituiscono quello che MENÉNDEZ REXACH ha denominato come “spiaggia secca” in contrapposizione alla zona marittimo-terrestre che sarà la “spiaggia umida”⁵⁷. In questo modo, le spiagge saranno localizzate a partire dal limite terra nella zona marittimo-terrestre⁵⁸.

La LPUSL modificò l'art. 3.1 b) LC per specificare che le dune vengono incluse nel demanio fino al limite che risulti necessario per garantire la stabilità della spiaggia e la difesa della costa⁵⁹. Questa modificazione fu impugnata prima del TC mediante la presentazione del Ricorso di Incostituzionalità num.5012-2013. I ricorrenti sostenevano che si limita indebitamente l'ambito del demanio pubblico, escludendo spazi che formano parte di un unico ecosistema, che rimarrebbero solo protetti *perrelationem* con altri elementi del litorale, violando con ciò il principio di sicurezza giuridica degli art. 9.3 132.2 CE^{59bis}.

Il TC considera, estrapolando da questo caso quanto manifestato nella

^{55bis} M. RODRÍGUEZ BEAS, “El régimen jurídico de las costas...”, *op. cit.*, p. 25.

⁵⁶ A. MENÉNDEZ REXACH, “La configuración del demanio...”, *op. cit.* p. 14

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ Questo dato è importante perché è a partire da questo limite interno delle spiagge dove si iniziano a misurare le limitazioni alla proprietà sui terreni particolari adiacenti.

⁵⁹ Questa precisazione si trovava nell'art. 4 d) RGC in riferimento alle dune fissate dalla vegetazione.

^{59bis} J. GIREU I FONT, “La protección y utilización del demanio marítimo-terrestre...”, *op. cit.*, pp. 6-7.

STC 149/1991 a proposito della delimitazione della zona marittimo-terrestre, che la nuova legge utilizza per la sua delimitazione “una definizione distinta di un concetto già utilizzato dalle legislazioni anteriori sulla materia, non vi è, certamente, ragione alcuna per affrancare la sua incostituzionalità. Una cosa è che le istituzioni pubbliche o gli istituti di diritto privato costituzionalmente garantiti non possano essere modificati nei termini in cui abbiano effetti sul loro contenuto essenziale, in modo che, anche conservandosi l'antica denominazione, essa venga a designare un contenuto nel quale la coscienza sociale non riconosce già l'istituzione garantita e, altra ben distinta, che il legislatore non possa modificare le definizioni o i criteri definitivi di realtà naturali, non giuridiche, alle quali allude la Costituzione”.

D'altra parte, la riforma include la definizione formale di “dune”, che sono depositi sedimentari, costituiti da sabbia, che abbiano o meno vegetazione che si alimentano della sabbia trasportata per azione del mare, del vento marino o per altre cause (art. 3.4 LC). Come afferma NÚÑEZ LOZANO, la virtuosità di questa riforma è l'esclusione dal demanio delle “dune morte”, la quale aveva già operato nel vecchio art.4 d) RGC rispetto a quelle fissate dalla vegetazione, escludendo quelle che non fossero necessarie per garantire la stabilità della spiaggia e la difesa della costa, ed inoltre, con il riferimento alle catene di dune che siano in creazione, spostamento o evoluzione⁶⁰. Queste ultime si considerano, in cambio, “dune vive” e le dune con vegetazione si considerano vive in quanto detta vegetazione non le abbia fissate pienamente, in modo che restino necessarie per garantire la stabilità della spiaggia e la difesa della costa.

In questo senso, il proprio TC constata che questa riforma tratta un'innovazione relativa, perché già l'art. 4 d) RGC, oltre ad includere nella delimitazione della spiaggia le catene di dune in creazione, spostamento o evoluzione dovuta all'azione del mare o del vento marino, modulava l'inclusione delle restanti dune limitandosi a quelle “fissate dalla vegetazione fino al limite in cui risulti necessario per garantire la stabilità della spiaggia e la difesa della costa”⁶¹. Queste precisazioni furono discusse a loro tempo dalla dottrina⁶². Però, senza dubbio, come precisa NÚÑEZ LOZANO, non si conciliò con il fatto che l'inclusione delle dune con le caratteristiche segnalate potesse escludere le dune morte⁶³.

Però è adesso che la legge include le dune fino al limite necessario per garan-

⁶⁰ M. C. NÚÑEZ LOZANO, *op.cit.*, p. 34

⁶¹ Su questa previsione regolamentare si è pronunciato il TC avvertendo che, per escludere una duna dal demanio statale, si necessita di una prova specifica e schiacciante che la duna si stia fissata dalla vegetazione fino al punto che non risulti necessaria per garantire la stabilità della spiaggia e la difesa della costa. *Vid.* STS 6917/2010 del 5 dicembre 2013

⁶² *Ved.* M. P. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, *El dominio público marítimo-terrestre: titularidad y sistema de protección*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 75; J. GONZÁLEZ SALINAS, *Régimen actual de la propiedad en las costas*, Civitas, Madrid, 2000, p.99.

⁶³ M. C. NÚÑEZ LOZANO, *op. cit.* pp. 34-35.

tire la stabilità della spiaggia e la difesa della costa, motivo per cui può sostenersi che si escludono dalla spiaggia le dune morte. Pertanto, l'elevazione di rango del criterio espresso nel precedente RGC, secondo il TC “ammette la stessa interpretazione, che per la maggior parte sembra confermata nel suo attuale svolgimento regolamentare”.

Infine, il nuovo paragrafo 4 dell'art. 3 LC include, insieme alla definizione di duna già prevista, quelle di “berma” e “scarpata”. La berma è la “parte quasi orizzontali della spiaggia, interna alla scarpata o costituita da una ripida inclinazione causata dal movimento continuo delle onde” e le scarpate che sono “gradini verticali nella spiaggia formati dall'erosione del berma”. Il concetto di berma coincide con quello che forniva l'art. 4 c) RGC e la scarpata poteva dedursi da quello di berma, anche se in questo si esprime la causa concreta della scarpata, il movimento continuo delle onde, e nella scarpata che si aggiunge si menziona semplicemente l'erosione del berma.

C) *I terreni con superficie invasa dal mare*

L'art. 4.3 LC indicava che “appartengono anche al demanio marittimo-terrestre statale (...) i terreni invasi dal mare che passino a formare parte del suo letto per qualsiasi causa”. Però dopo la riforma operata dalla LPUSL, il citato precetto è rimasto scritto: “appartengono anche al demanio marittimo-terrestre statale (...) i terreni la cui superficie sia invasa dal mare sempre e quando l'invasione abbia luogo per cause distinte e previste nell'ultimo paragrafo dell'art. 3.1 a), e in ogni caso sempre che i terreni inondati siano navigabili”.

Pertanto, la demanialità raggiunge i terreni invasi dal mare in modo naturale, però le cause devono essere distinte dalle inondazioni artificiali e controllate, anche se salva l'ipotesi dei terreni inondati navigabili, in ogni caso non di dominio pubblico marittimo-terrestre, indipendentemente dalla causa dell'inondazione, così come conferma la disposizione aggiuntiva decisa a regolare le urbanizzazioni marittimo-terrestre^{63bis}.

Così, la nuova redazione dell'art. 4.3 LC solleva la questione su quali siano queste cause naturali. Come afferma parte della dottrina, queste cause possono essere strettamente naturali o cause naturali indotte dall'azione umana, questo è, senza che l'intervento umano segua a provocare in modo diretto l'inondazione⁶⁴.

D) *Casi singolari*

Come abbiamo già visto, la LPUSL ridefinisce l'ambito del demanio maritti-

^{63bis} M. RODRÍGUEZ BEAS, “El régimen jurídico de las costas...”, *op. cit.*, p. 29.

⁶⁴ A. MENÉNDEZ REXACH Sull'art. 4.3 LC originale, sembra pronunciarsi a favore delle cause naturali in “Estudio preliminar. Esquema general del contenido de la Ley y problemas de aplicación”, in *La Ley de Costas en la Jurisprudencia. Sentencias del Tribunal Constitucional*, Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino, Madrid, 2010, p. 53. La stessa posizione si deve analizzare nel testo del progetto, M. GARCÍA PÉREZ, *op. cit.*, p.65.

mo-terrestre, e ciò che concerne la zona marittimo terrestre e la spiaggia. Inoltre, la riforma della LC contempla in modo specifico il trattamento di determinati casi, stabilendo regole singolari che escludono dalla riva marina determinati annessi ed altro per disporre sulle delimitazioni, con la finalità di adeguare la qualificazione giuridica di determinati spazi alle proprie determinazioni^{64bis}.

Le regole singolari che riducono l'ambito del demanio sono quelle che si riferiscono ai terreni dedicati ad attività di colture marine e saline (disposizione transitoria 1.5 LC) e alla zona marittimo-terrestre ed alla spiaggia dell'isola di Formentera (disposizione addizionale 4 LPUSL)⁶⁵. Quelle che dispongono sulla delimitazione si riferiscono al lungomare (disposizione addizionale 3 LPUSL) e all'esclusione di determinati nuclei di popolazione del demanio marittimo-terrestre, corrispondenti a quelli che si enumerano nell'allegato della Legge e nell'estensione che si determina nella planimetria incorporata nel proprio allegato (disposizione addizionale 7 LPUSL)⁶⁶.

^{64bis} J. GIFREU I FONT, "La protección y utilización del demanio marítimo-terrestre...", *op. cit.*, pp. 10-11.

⁶⁵ Questa disposizione fu impugnata per stabilire una determinazione singolare di demanio marittimo-terrestre che, a giudizio dei ricorrenti, suppone la violazione dell'art. 132.2 CE, che non ammette variazioni nelle caratteristiche naturali da tenere in conto. Su questo fatto, il TC mette in rilievo la mancanza di spiegazione di questa delimitazione nell'esposizione dei motivi così come nel rapporto della Direzione Generale di Sostenibilità della Costa e del Mare che accompagna le accuse dell'Avvocato dello Stato. Inoltre, considera che "le allusioni alla sproporzione che suppone la parte di superficie demaniale rispetto ad altre isole, o la sua accessorietà per garantire la difesa della costa, non sono argomenti validi per alterare concetti costituzionali riferiti ad una realtà fisica delimitata in relazione alle sue caratteristiche naturali, e non a caratteristiche giuridiche (STC 149/1991, FJ 8), né tanto meno, si aggiunge adesso, alla sua maggiore o minore funzionalità". Pertanto, il TC considera questa disposizione incostituzionale in mancanza di giustificazione razionale, siccome "per imperativo dell'art. 132.2 CE, gli elementi astratti di definizione della zona marittimo-terrestre o le spiagge devono essere obbligatoriamente gli stessi nell'insieme del territorio, peninsulare o insulare, dato che la libertà di configurazione del legislatore ha, tra gli altri limiti, quello che deriva dalla concezione unitaria e indivisibile delle categorie generiche dei beni che conformano il demanio naturale". STC del 5 novembre 2015, FJ.12.

⁶⁶ Su questa disposizione il TC afferma che la sua virtualità ha radici nell'identificazione "*ope legis*, di alcuni terreni che notoriamente hanno perso per opera dell'azione umana le caratteristiche di demanio naturale, escludendosi la necessità di questa giustificazione, che secondo il paragrafo 4 non implica l'effettività immediata dell'esclusione, essendo solo il presupposto per l'inizio dell'espedito che, nel suo caso, può terminare con il disconoscimento". Pertanto, il TC effettua un'interpretazione conforme all'esclusione di determinati nuclei di popolazione dal demanio marittimo-terrestre, segnalando che il suo "retto intendimento" non comporta l'inapplicabilità del completo regime giuridico previsto dalla Legge per il disconoscimento di quei beni di dominio pubblico che "perdettero le caratteristiche naturali che determinarono la sua inclusione nel dominio pubblico marittimo-terrestre in virtù di delimitazioni anteriori". Considera che la Legge si limita ad identificare detti nuclei di popolazione, però non esclude "la verifica, in ogni caso, di quello che detta perdita determina, anche che non siano più necessari per la protezione ed utilizzo del demanio", operazioni che "richiedono l'adozione delle corrispondenti risoluzioni amministrative", sempre suscettibile, inoltre, di controllo giurisdizionale. STC del 5 novembre 2015, FJ. 14.

4. *Strumenti per la protezione delle coste*

Per garantire la protezione del litorale è necessario fare i conti con strumenti giuridici vincolanti. Questi devono garantire il rispetto di un ambiente adeguato, in accordo con l'art. 45 CE, che impone ai poteri pubblici l'obbligo di fare attenzione all'utilizzo razionale di tutte le risorse naturali, con il fine di proteggere e migliorare la qualità della vita e difendere e recuperare l'ambiente. L'art. 2 LC dispone che i poteri di intervento dell'amministrazione sul litorale demaniale perseguiranno, tra altri, i seguenti obiettivi: a) determinare il demanio pubblico marittimo-terrestre e assicurare la sua integrità e conservazione adeguata, adottando, in questo caso, gli strumenti di protezione, recuperi necessari e, se del caso, di adattamento, tenendo conto degli effetti del cambiamento climatico; b) garantire l'uso pubblico del mare, della sua riva e del resto del demanio pubblico marittimo-terrestre, senza altre eccezioni di quelle derivate da ragioni di interesse pubblico giustificate in maniera opportuna; c) regolare l'uso di questi beni in termini che vadano d'accordo con la propria natura, i propri fini e con il rispetto del paesaggio, dell'ambiente e del patrimonio storico; d) ottenere e mantenere il proprio adeguato livello di qualità delle acque e della riva del mare.

Con il fine di raggiungere questi obiettivi, la LC designa una serie di strumenti che non si traducono in una più effettiva garanzia dell'integrità e conservazione adeguata del litorale demaniale.

In fine, come afferma GIFREU I FONT, “non si può dire che la Legge 2/2013 ha mantenuto l'equilibrio tra la tutela dei valori ambientali e le esigenze del progresso economico articolato LC necessario per raggiungere uno sviluppo sostenibile che la Brundtland “Our Common Future” rapporto richiesto nel 1987 (STC 64/1982, del 4 de novembre)^{68bis}.”

4.1. *Protezione amministrativa e iscrizione del demanio marittimo-terrestre.*

Negli art. 7 e seguenti della LC si riconoscono al demanio marittimo-terrestre potestà esorbitanti dell'istituzione demaniale siccome sono: inalienabili, imprescrittibili ed esclusi dalla garanzia comune⁶⁷.

Così, nell'art. 10 si allude alle facoltà di investigazione e recupero possessorio che pone l'amministrazione in relazione al demanio, così come la non ammissione di decisioni giudiziali contro l'esercizio delle competenze riconosciute dalla LC. Inoltre, negli art. da 17 a 19 LC si stabiliscono alcune regole per riconoscimento e disconoscimento di terreni appartenenti al demanio marittimo-terrestre.

^{68bis} J. GIFREU I FONT “La protección y utilización del demanio marítimo-terrestre...”, *op. cit.*, p. 6.

⁶⁷ Parte della dottrina considera questi precetti non necessari tenendo in conto che le linee essenziali sono contenute nell'art. 132.1 CE, *Vid.*, tra altri; J. GONZÁLEZ SALINAS, *op. cit.*, p. 399 e P. RODRÍGUEZ LÓPEZ, *op. cit.*, p.51.

Nell'art. 8 LC si afferma che “non si ammetteranno più diritti oltre quelli di uso e sfruttamento acquisiti in accordo alla presente legge, mancando tutto il valore ostativo di fronte al demanio pubblico delle detenzioni private, per prolungate che siano nel tempo ed anche se trovano posto nel Registro della Proprietà”, e nell'art. 9 LC si aggiunge che “non potranno esistere terreni di proprietà diversa dalla demaniale dello Stato in nessuna delle pertinenze del demanio pubblico marittimo-terrestre, nemmeno nel caso di terreni sottratti al mare o prosciugati sulla riva”. Tuttavia, la seconda disposizione transitoria esclude la demanialità di questi terreni, affermando che “i terreni sottratti o che possono essere sottratti al mare ed i prosciugamenti sulla riva, in virtù della clausola concessiva stabilita anteriormente alla promulgazione di questa legge, saranno mantenuti in tale situazione giuridica, sebbene le sue spiagge e la sua zona marittimo-terrestre continueranno ad essere demanio pubblico in ogni caso. I terreni sottratti al mare ed quelli prosciugati sulla senza titolo amministrativo sufficiente continueranno ad essere di dominio pubblico”. Anche se ciò si giustificò da parte del legislatore per la necessità di rispettare i diritti legalmente acquisiti anteriormente alla LC, parte della dottrina ha criticato questo aspetto, manifestando che si tratta di veri enclavi privati nella riva del mare, il che suscita dubbi di costituzionalità rispetto all'art. 132.2 CE⁶⁸.

Quanto alla delimitazione, l'art. 13 LC indica che “la delimitazione approvata, constatando l'esistenza delle caratteristiche fisiche in relazione agli art. 3,4 e 5, dichiara il possesso e la titolarità a favore dello Stato, dando luogo al frazionamento e senza che le iscrizioni del Registro di Proprietà possano prevalere di fronte alla natura demaniale dei beni individuati”⁶⁹. Pertanto, con la delimitazione non si riconosce solo il possesso allo Stato dei beni ma anche la titolarità degli stessi.

Inoltre al fine di proteggere i beni, nell'art. 13.2 LC si contempla la prevalenza della demanialità prima della pubblica iscrizione manifestando che: “la risoluzione dell'approvazione della delimitazione sarà titolo sufficiente per rettificare, nella forma e condizione che si determinano per regolamento, le situazioni giuridiche di iscrizione contraddittorie con la delimitazione. Detta risoluzione sarà titolo sufficiente, inoltre, affinché l'amministrazione proceda all'immatricolazione dei beni di dominio pubblico. In ogni caso i titolari iscritti interessati potranno

⁶⁸ J. A. LÓPEZ PELLICER, “Los derechos adquiridos en zonas del demanio marítimo-terrestre ante la nueva LC”, *REDA*, num.68,ott.-dic., 1990, p. 142.

⁶⁹ La LC nel 1988 ruppe con la corrente dottrinale e giurisprudenziale che esisteva nel nostro diritto rispetto al procedimento amministrativo per delimitare i confini, siccome questo era stato considerato come atto dichiarativo di stati possessori, ossia che dichiarava il possesso di un bene concreto definito a favore dell'Amministrazione ma non la titolarità dello stesso, giacché questa era una questione civile. *Vid.* A. VILLANUEVA CUEVAS, J. PUNZÓN MORALES, F. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 612. J. R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo III, Bienes Públicos. Derecho Urbanístico*. Marcial Pons, Madrid, 2010, p.28.

esercitare le azioni che ritengono pertinenti in difesa dei loro diritti, essendo suscettibile ad annotazione preventiva la corrispondente decisione giudiziale”.

4.2. *Limitazioni al Diritto di Proprietà sui terreni adiacenti alla riva del mare*

La protezione del demanio marittimo-terrestre non può raggiungersi unicamente mediante un'azione efficace sulla zona che ostenta questa qualificazione giuridica, se non che -come stabilisce la propria Esposizione dei Motivi della Legge - “risulta imprescindibile l'attuazione sulla frangia privata adiacente, per evitare che l'interruzione del trasporto eolico degli aggregati e la chiusura della visuale per la costruzione di edificazioni a schermo, la propria ombra che proiettano gli edifici sulla riva marina, la ricaduta incontrollata e, in generale, l'incidenza negativa della Pressione edificatoria e degli usi e attività che essa genera sull'ambiente naturale, possano causare danni irreparabili o riparazioni molto difficili e costose”. Per questo motivo, tenendo in conto la funzione sociale della proprietà privata che la CE riconosce nell'art. 33.2 e con il fine di preservare il demanio marittimo-terrestre, nell'art. 21 LC si prevede la soggezione delle proprietà confinanti con il demanio ad una serie di limitazioni e servitù⁷⁰, che prevarranno sull'interposizione di qualsiasi titolo e che saranno imprescrittibili in ogni caso⁷¹. Sono i seguenti:

a) Le servitù di protezione^{71bis} (art. dal 23 al 26 LC), che ricade sopra uno spazio di 100 metri dal limite inferiore della riva del mare, suscettibile di essere ampliato dalla AGE, in accordo con quella di CA ed il comune corrispondente, fino ad un massimo di 100 metri in più⁷².

⁷⁰ J. L. BLASCO DÍAZ, *Régimen jurídico de las propiedades...*, *op. cit.*, p. 207 e ss.; M. P. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, *op. cit.*; A. M. MOLINA, *op. cit.*, p. 625-664; C. OLANO ESPINOSA, *op. cit.*, pp. 217-249.

⁷¹ Il TC ammise la costituzionalità di queste limitazioni della proprietà in base all'art. 149.1.13 CE, giacché tali terreni formano parte del demanio, però sono necessarie quelle limitazioni per proteggerne l'integrità e le caratteristiche. STC 149/1991, del 4 luglio, FJ.3.

^{71bis} Vedere il campo di applicazione della nuova concezione della servitù di protezione attraverso la giurisprudenza in M. RODRÍGUEZ BEAS, “El régimen jurídico de las costas...”, *op. cit.*, pp. 32-36.

⁷² Il TC ha dichiarato che la costituzionalità della possibilità di estensione della servitù di protezione nel giro di 100 metri e lo ha giustificato “nella competenza dello Stato per dettare la legislazione basica sulla protezione dell'ambiente che, in questo caso, necessariamente si deve tradurre in un'abilitazione alla potestà esecutiva dell'amministrazione dello Stato per, secondo le possibilità del tratto di costa del quale si tratta, adottare la decisione più adeguata e conveniente al fine di assicurare l'effettività della servitù. Tale abilitazione non risulta contraria al carattere basico della norma, e nemmeno disturba l'ambito delle competenze autonomo, una volta che, in ogni caso, è preciso l'accordo della Comunità Autonoma e del Comune Corrispondente” (FJ 3 D). Così, nella STC 149/1991 si ratificò la costituzionalità dell'art. 23 LC considerando che la determinazione di una larghezza di banda uniforme è il modello tradizionale per stabilire la delimitazione della zona di servitù contigua a quella marittimo-terrestre, con indipendenza del quale sia l'ampiezza che alla stessa si assegna. Però nella STC del 5 novembre del 2015 sulla modificazione della Legge delle Coste del 1988, il Tribunale afferma che la stessa *Ratio* che nella sentenza citata anteriormente la

Però i margini dei fiumi fin dove siano sensibili alle maree, l'estensione di questa zona potrà ridursi per lo stesso procedimento, fino ad un minimo di 20 metri, facendo attenzione alle caratteristiche geomorfologiche, ai suoi ambienti di vegetazione ed alla sua distanza rispetto alla foce. Il regime di utilizzo di questa zona si determina mediante l'applicazione di differenti regole. In primo luogo, Nei primi 20 metri si permette la realizzazione di operazioni di salvamento marittimo ed il deposito temporaneo di oggetti o materiale portati dal mare. Si potranno realizzare anche, senza necessità di autorizzazione, coltivazioni e piantagioni. Senza dubbio, con carattere ordinario, si consentono esclusivamente le opere, installazioni e attività che, per loro natura, non possono avere altra ubicazione o presentano servizi necessari per l'utilizzo del demanio marittimo-terrestre, così come le installazioni sportive aperte. In secondo luogo, si proibiscono, secondo l'art. 25.1 LC, i seguenti usi: edificazioni destinate a residenza o abitazione; costruzione o modificazione di vie di trasporto interurbane e di alta intensità di traffico; attività che implicano la distruzione di giacimenti di aggregati naturali o non consolidati⁷³; linee elettriche ad alta tensione; discarica di residui solidi ed acque residuali senza depurazione; e la pubblicità attraverso cartelli o recinzioni o per mezzo acustico o audiovisivo⁷⁴. In definitiva, il regime di utilizzo di questa

conduce a dichiarare la conformità costituzionale del nuovo art.23.3 LC: "La stabilizzazione della zona di servitù di protezione di 100 metri come regola generale era ed è compatibile con lo stabilire, in più o in meno, margini di flessibilità che tengano in conto la realtà preesistente (disposizione transitoria 3° LC) o le diverse caratteristiche fisiche di ogni tratto di costa. Nei propri termini della STC 149/1991,- la varietà delle condizioni fisiche delle coste rende ragionevole, ed inoltre impone, che non siano identiche le norme che debbano applicarsi in uno o nell'altro luogo per la protezione del litorale e per assicurare l'utilizzo del demanio, o talvolta, più precisamente, che la struttura giuridicamente uniforme della protezione e della libertà di accesso (limitazione alla proprietà, servitù di accesso e transito) si renda compatibile con una sistemazione delle determinazioni normative alla diversità naturale [FJ 3.C]". FJ.4.

⁷³ La nuova redazione dell'art. 25.1 c) LC cambia il regime di proibizione delle attività che implicano la distruzione di giacimenti di aggregati. Così, la proibizione anteriore alla riforma si limita adesso ai "giacimenti di aggregati naturali o non consolidati, intendendosi per tali i luoghi dove esistono accumulazioni di materiale detritico, tipo sabbia o ghiaia". Inoltre, come eccezione alla proibizione dell'art. 25.1 f), il nuovo paragrafo 4 dell'art. 25.1 LC rimette al regolamento la stabilizzazione delle condizioni nelle quali si potrà autorizzare la pubblicità "sempre che sia parte integrante o accompagni installazioni o attività permesse e non sia incompatibile con la finalità della servitù di protezione". Su questa riforma, il TC considera che la nuova regolazione non rimuove la protezione nella sua integrità ai giacimenti di aggregati mantenendo la proibizione delle attività che implicano la distruzione di quelli naturali e non consolidati. Inoltre mette in evidenza che nella proibizione contenuta nell'art. 25 LC si parla della distruzione, però non impedisce ogni attività estrattiva. In questo modo, il TC afferma che "si tratta quindi di una attività lecita principalmente e poi di forma illegale, anche se sottomessa ad importanti restrizioni ai fini di valutare debitamente i suoi effetti nel demanio marittimo-terrestre e, in particolare, per salvaguardare l'integrità della spiaggia". STC del 5 novembre 2015, FJ.5.

⁷⁴ Quanto alla pubblicità delle installazioni o attività permesse nella zona di servitù di protezione, il TC afferma che la riforma del 2013 non prevede una novità assoluta, giacché la pubblicità

zona implica un insieme importante di limitazioni per i proprietari adiacenti alla zona di dominio pubblico. Senza dubbio, questo regime protezionista ed avanzato che disegna la LC deve relativizzarsi, fundamentalmente per due motivi. Da una parte, si deve tenere in conto che l'estensione di questa zona si vedrà ridotta a 20 metri nel suolo urbano o urbanizzabile programmato che abbia un Piano parziale approvato⁷⁵.

Questo implica che la zona di servitù di protezione avrebbe unicamente piena efficacia sul suolo classificato come non urbanizzabile o urbanizzabile non programmato. Peraltro, la LC ammette che il Consiglio dei Ministri, con carattere eccezionale e per ragioni di utilità pubblica, autorizzi la costruzione o modificazione delle vie di trasporto interurbane e quelle di intensità di traffico superiore a quella che si determina normalmente e linee elettriche ad alta tensione. Potranno anche essere utilizzate le edificazioni destinate a residenza e abitazione e le installazioni industriali quando per ragioni economiche sia conveniente la loro ubicazione nel litorale, sempre che in entrambi i casi si localizzino in zone di servitù corrispondenti a sezioni di costa che non costituiscano spiaggia né zone umide o altri ambiti di protezione speciale.

b) La servitù di transito (art. 27 LC), che comprende uno spazio di 6 metri dal limite interno della riva del mare, che in luoghi di transito difficile o pericoloso potrà essere ampliato fino a 20 metri. Questa zona deve essere uno spazio libero per permettere il passaggio del pubblico e dei veicoli di vigilanza e salvamento, salvo nel caso di spazi specialmente protetti. Eccezionalmente, potrà essere occupata da opere da realizzare nel demanio marittimo-terrestre; così, potrà essere occupata anche dalla creazione di passeggi marittimi⁷⁶.

c) La servitù di accesso al mare (art. 28 LC): lo spazio compreso dipende dalla natura e dalla finalità dell'accesso, che in ogni caso sarà pubblico e gratuito. Per assicurare l'uso pubblico del dominio pubblico marittimo-terrestre i piani e norme di pianificazione territoriale ed urbanistica del litorale devono prevedere (salvo in spazi qualificati di speciale protezione) sufficienti accessi al mare e parcheggi fuori dal demanio. In zone urbane, gli accessi del traffico devono essere separati tra loro, al massimo 500 metri e i pedonali, 200 metri. Tutti questi accessi devono essere segnalati e aperti all'uso pubblico.

d) La zona di influenza (art. 30 LC): l'ampiezza di questa zona deve essere determinata dagli strumenti di pianificazione territoriale ed urbanistica, però,

ammessa in questi casi ha un antecedente nell'art. 45.5 RC. Inoltre, considera che questo tipo di regolazioni sono comprese nella "libertà di configurazione del legislatore, che si proietta con maggiore intensità quando si tratta di regolare il regime dei beni del demanio marittimo-terrestre, che nelle sue linee principali figura nell'art.132 CE come limite invalicabile, ma le limitazioni che riguardano i luoghi perduti nella frangia adiacente; i terreni contigui alla riva del mare". STC del 5 novembre del 2015, FJ. 5.

⁷⁵ *Vid.* Terza disposizione transitoria LC.

⁷⁶ *Vid.* Sentenza dell'Udienza Nazionale (SAN) del 18 marzo 2010.

come minimo, deve essere di 500 metri dal limite interno dalla riva del mare. In questa zona, le costruzioni devono adattarsi alle previsioni della legislazione urbanistica, si deve evitare la formazione di barriere architettoniche e la densità di edificazione non può essere superiore alla media del suolo edificabile programmato o adatto per urbanizzare nel rispettivo municipio. Altresì, si devono fare riserve di territorio per il parcheggio di veicoli, per garantire lo stazionamento fuori dalla zona di servitù di transito.

4.3. *Determinate regole per l'occupazione del demanio marittimo-terrestre*

Una delle finalità più importanti del demanio della riviera del mare è assicurare l'uso libero, pubblico e gratuito per tutti i cittadini, come uso comune e generale di detti beni demaniali. Però la LC regola dettagliatamente il regime di usi del demanio marittimo-terrestre per garantire l'utilizzo razionale di questo spazio ed evitare che un eccesso degli stessi possa deteriorare la sua integrità fisica o recare danni a quell'uso comune e generale⁷⁷.

Così, l'art. 31 LC dispone che: "L'utilizzo del demanio marittimo-terrestre e, in ogni caso, del mare e la riva sarà libera, pubblica e gratuita per gli usi comuni e conformi alla natura di quelli, come passeggiare, stare, fare il bagno, navigare, imbarcare o sbarcare, stare in spiaggia, pescare, raccogliere piante e frutti di mare ed altri attività simili che non richiedono opere ed installazioni di nessun tipo e che si realizzano in accordo con le leggi e regolamenti o norme approvate in maniera conforme a questa legge", esigendo il corrispondente titolo amministrativo quando le circostanze dell'uso coinvolgono intensità, pericolosità o redditività economica, ed anche esigano opere ed installazioni.

A questi effetti, prevede differenti forme di utilizzo tanto da parte dell'amministrazione come dei singoli. Dalla prima prospettiva, la LC contempla la possibilità di riserva all'AGE quando l'uso di questi beni sia necessario per determinate installazioni, opere o servizi pubblici, e attribuzione di parcelle del litorale alle CCAA per due opere: porti e vie di trasporto.

Dalla seconda^{77bis}, la LC differenzia tra l'uso comune generale, che permette l'utilizzo libero, pubblico e gratuito del demanio marittimo-terrestre per usi comuni (passeggiare, fare il bagno, navigare, pescare, ecc.); uso comune speciale, nel quale senza impedire l'uso di altri, concorrono circostanze di speciale intensità, pericolosità o redditività che rendono necessaria il previo ottenimento di un'autorizzazione amministrativa, di carattere personale e intrasferibile *inter vivos*, e per una durata mas-

⁷⁷ Come affermano gli autori seguenti la regolazione degli usi dev'essere intesa come "un meccanismo per proteggere l'integrità dello stesso, in modo che prevalga sempre la protezione ambientale della riva del mare davanti all'utilizzo della stessa, sia quale sia il tipo di uso del quale si sta parlando (...)". *Vid.* A. CUEVAS, J. PUNZÓN MORALES, F. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, *op.cit.*, p.623.

^{77bis} M. RODRÍGUEZ BEAS, "El régimen jurídico de las costas...", *op. cit.*, pp. 36-37.

sima di quattro anni, a meno che la LC stabilisca il contrario; e uso privato che, nella misura che implica l'occupazione del demanio marittimo con opere o installazioni fisse e permanenti, con esclusione dell'uso da parte di altre persone, è soggetto ad una previa concessione amministrativa, da parte dall' AGE e che non può superare i 75 anni⁷⁸. Inoltre, si deve tenere in conto che è consentita unicamente l'occupazione del demanio da parte di quelle attività o installazioni che per loro natura non possano avere altra ubicazione.

Inoltre, l'art. 33 LC raccoglie una serie di misure concrete destinate a proteggere e garantire l'uso pubblico di tutte le spiagge del litorale: si proibisce il loro uso privato per i privati, i campeggi e accampamenti, lo stazionamento e circolazione non autorizzata dei veicoli, l'estrazione di aggregati per la costruzione; esige che le installazioni che si autorizzano siano di libero accesso pubblico, si stabiliscano determinate regole in relazione con l'ubicazione dei servizi di stagione; si stabilisce l'obbligo municipale di pulizia, igiene, salubrità e sicurezza, etc. Inoltre, il nuovo art. 33.6 LC introduce la distinzione tra sezioni naturali e urbane delle spiagge, il che non riguarda, come afferma il TC la natura demaniale ma il regime degli usi di questi beni. Su questa distinzione afferma che: “non può ritenersi irragionevole il fatto che la determinazione degli usi ammissibili nelle spiagge tenga in conto il grado di urbanizzazione dell'ambiente nel quale agiscono, e moduli conseguentemente il regime di occupazione ed uso facendo attenzione alla sua natura, dotando le sezioni naturali delle spiagge di un elevato livello di protezione che restringa la sua occupazione. Neppure occorre precisare che questa forma supponga un giro copernicano, se facciamo attenzione a quanto disposto nell'art. 33 LC 1988, che fissò criteri indistinti per l'uso e occupazione dell'insieme delle spiagge, con un considerevole margine di flessibilità”⁷⁹.

La LC regola le differenti forme di utilizzo privato del demanio marittimo-terrestre, distinguendo tra riserve e attribuzioni, da un lato, ed autorizzazioni e concessioni, dall'altro. Le prime consistono nell'uso privato del demanio da parte dello Stato – riserve –, o delle CCAA – attribuzioni –, per il compimento dei fini propri da quelli o per la costruzione di nuovi porti o vie di trasporto di titolarità della CA o la modifica di quelle esistenti (art. 47-50 LC)^{79bis}.

Quanto alla regolazione delle autorizzazioni e concessioni, le prime si autorizzeranno per usi che, senza implicare occupazione del demanio, conducano speciali intensità, redditività o pericolosità, o che occupino lo stesso ma con installazioni smontabili o beni mobili (art. 51 LC). Senza dubbio, tutta l'occupazione con installazioni non smontabili si assoggetta alla previa concessione amministrativa⁸⁰.

⁷⁸ La LPUSL aumenta il termine massimo da 30 a 75 anni.

⁷⁹ STC del 5 novembre del 2015, FJ. 6.

^{79bis} M. RODRÍGUEZ BEAS, “El régimen jurídico de las costas...”, *op. cit.*, pp. 40-42.

⁸⁰ Per uno studio delle concessioni e autorizzazioni di demanio marittimo-terrestre più esauritivo *vid.*, F. VILLALBA PÉREZ, “Concesiones y autorizaciones de dominio público marítimo-terrestre

Nel caso delle autorizzazioni il termine massimo di durata sarà quello che si determinerà con il titolo corrispondente, e non potrà eccedere di quattro anni, salvo che la propria LC stabilisca altro differente⁸¹. Inoltre, le autorizzazioni potranno essere revocate unilateralmente dall'Amministrazione in qualsiasi momento, senza diritto a indennizzo, quando producono danni nel demanio, impediscano il suo utilizzo per attività di maggiore interesse pubblico, o registri-no l'uso pubblico, quando i terreni occupati sopportano un rischio certo ossia che il mare incalzi e quando risultano incompatibili con la normativa approvata successivamente. In questo ultimo caso, si revocherà solo l'autorizzazione, se nel termine di tre mesi dalla comunicazione di tale circostanza al suo titolare, questo non avesse adattato la sua occupazione alla nuova normativa o l'adattamento non fosse possibile fisicamente o giuridicamente⁸².

Quanto alle concessioni, queste non dovranno recare pregiudizio di terzi e dovranno preservare i diritti preesistenti e non potranno essere superiori a 75 anni⁸³. Su autorizzazione la dichiarazione di utilità pubblica potrà consentire

en el Real Decreto 876/2014, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Costas”, in J. F. PÉREZ GÁLVEZ (Dir.), *El nuevo derecho de costas*, Bosch, Barcelona, 2014, pp. 665-743; A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, C. GONZÁLEZ DE OLANO; “La reforma y el régimen de las autorizaciones y concesiones”, in J. J. TORRES-FERNÁNDEZ NIETO *et al.*, *Comentario a la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de Protección y Uso Sostenible del Litoral y de Modificación de la Ley 22/1988, de Costas*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 251-301.

⁸¹ Art. 52.4 LC, modificato dalla LPUSL, ampliando il termine da 1 a 4 anni.

⁸² L'intero TC, per provvedimento dell'8 ottobre 2013, ha accordato di ammettere tramite il Ricorso di Incostituzionalità n. 4906-2013, contro l'art. 1.18 LPUSL che modifica l'art. 55.1 LC.

⁸³ Art. 66.2 LC modificato dalla LPUSL, amplia come noto il termine da 30 a 75 anni. L'art. 2 LC stabilisce il regime di proroga delle concessioni destinate alla protezione della normativa precedente. Secondo l'esposizione dei motivi della LPUSL, che qualifica questo ampliamento straordinario, la finalità del mezzo legale è dare risposta all'estinzione delle concessioni che comincerebbero a scadere nel 2018, cercando la stabilizzazione dei diritti e il loro adeguamento ad un orizzonte temporale simile al nuovo termine massimo di durata delle concessioni demaniali, che passa da trenta a sessantacinque anni. Inoltre la propria esposizione di motivi sottolinea che non si tratta di una proroga indiscriminata, dato che per le concessioni che proteggono usi destinati a installazioni e industrie incluse nell'ambito di applicazione della Legge 16/2002, del primo luglio, di prevenzione e controllo integrati della contaminazione, si esige il rapporto dell'organo ambientale autonomo. Su questa proroga raccolta nella nuova regolazione, il TC afferma che: “(i) solo può interessare le attività o installazioni che, per la loro natura, non possano tenere altra ubicazione (art. 32.1 LC); (ii) arrivato il momento dell'estinzione della concessione, è l'Amministrazione che decide sull'aumento o mantenimento delle opere di installazione, potendo dare continuità al loro sfruttamento o utilizzo (art.72.1 e 3); (iii) le esigenze ambientali non restano solo coperte dal rapporto autonomo esibito da questo precetto, siccome, in accordo alle competenze assunte dalle Comunità autonome per lo svolgimento legislativo ed esecuzione in materia ambientale, le corrisponde l'autorizzazione ambientale integrata e la sua revisione, come dispone la citata Legge 16/2002; e (iv) infine, la concessione demaniale è configurata come un – titolo di occupazione del dominio pubblico, non come mezzo di intervento in garanzia delle leggi settoriali che ricadono sulle attività, il che impedisce che l'Amministrazione dello Stato possa esercitare la sua facoltà di concessione

L'occupazione temporale o espropriazione forzosa dei beni o diritti interessati da quella, incorporando i beni e diritti espropriati al demanio nei termini stabiliti in concessione. Si evidenzia che le concessioni saranno iscrivibili nel Registro di Proprietà ed estinta la concessione, la iscrizione sarà cancellata di ufficio o su richiesta dell'Amministrazione o dell'interessato (art. 70.1 LC). Inoltre, le concessioni saranno trasmissibili per atti *inter vivos* e *mortis causa*. Però la trasmissione *inter vivos* sarà valida solo se preventivamente l'Amministrazione riconosce il rispetto, da parte dell'acquirente, delle condizioni stabilite nella concessione (art. 70.2 LC)⁸⁴.

5. Conclusioni

La protezione dell'ambiente ha assunto grande rilievo, facilmente visibile non solo dalla produzione normativa e dalle attività proprie delle pubbliche amministrazioni (internazionali, europee, statali, nazionali e locali), ma nell'atteggiamento del potere pubblico in generale, sempre più consapevole dei problemi ambientali e attento alla conservazione del pianeta a beneficio delle generazioni future. La dottrina ha studiato e analizzato questa materia da diverse prospettive disciplinari: chimica, fisica, biologia e geografia; la pubblica amministrazione si è interessata del tema dal punto di vista economico e legislativo. Numerose sono le pubblicazioni di ogni genere sulle questioni ambientali. Questo vale per le coste e la loro protezione.⁸⁵

Sullo spazio territoriale concorrono una serie di competenze che corrispondono alle differenti amministrazioni attuanti. Davanti a questo problema di concorrenza di competenze e indipendentemente dei contenuti che introduce la riforma della LC in quanto alla possibile invasione delle competenze, l'obiettivo di protezione della costa continua ad essere vincolato al coordinamento e collaborazione tra le differenti Amministrazioni.

demaniale per interferire o perturbare l'esercizio delle potestà delle Comunità Autonome in quegli ambiti materiali sui quali ostentano competenze di esecuzione, in accordo con i parametri che esposto la STC 77/1984" (STC 149/1991, FJ 4.G.a), con citazione dell'art. 65 LC).FJ. 10. In questo modo, il TC rifiuta l'argomentazione dei ricorrenti basata nella presunta contraddizione della norma con la Direttiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 12 dicembre del 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, ed altre leggi, manifestando che la concessione demaniale sarà configurata come un – "titolo di occupazione del dominio pubblico, non come mezzo di intervento in garanzia di leggi settoriali che ricadano sulle attività [STC 149/1991, FJ 4.G.a]. Sarà quindi questa legislazione settoriale quella che disciplina le attività imprenditorie delle quali la concessione demaniale risulta essere unicamente il supporto fisico e, in maniera segnalata, la legislazione – ordinata alla difesa della libertà di competenza, mediante la prevenzione e, nel suo caso, la repressione delle situazioni che costituiscono ostacoli creati da decisioni imprenditorie per lo svolgimento della competenza nel mercato (STC 108/2014, del 26 giugno, FJ. 10 c).

⁸⁴ Redatto dall'art. 1.22 LPUSL, che introduce la possibilità della trasmissione *inter vivos*.

⁸⁵ *Vid.* L. Casado CASADO, J. R. FUENTES I GASÓ, *Dret ambiental local de Catalunya*, Tirant lo Blanch, Tarragona, 2016, p. 29.

La LPUSL è una norma controversa che sta avendo un forte impatto sul regime della costa e, per quello, è stata oggetto di varie istanze davanti al TC. Come abbiamo analizzato, la STC del 5 novembre del 2015 ha considerato in forma parziale il ricorso di incostituzionalità presentato. È importante, però, sottolineare che il Tribunale ha negato la maggior parte delle presunte violazioni allegate e sostiene la costituzionalità della nuova regolazione della LC in relazione a: la remissione al regolamento della concretezza dei criteri che fissano i limiti della zona marittimo-terrestre; l'esclusione di detta zona dei terreni che siano inondata artificialmente ed in maniera controllata, sempre che gli stessi non fossero di dominio pubblico prima dell'inondazione; la fissazione di un'ampiezza di 20 metri per le zone di spiaggia, in sezioni naturali e urbane; l'estensione delle concessioni demaniali; e l'esclusione dal dominio pubblico di quelle zone delle urbanizzazioni marittimo-terrestri destinate a stazionamenti nautici.

Prima di questa situazione e in attesa di nuovi pronunciamenti sulla riforma della LC, e specialmente sull'incertezza dell'esistenza di un'invasione delle competenze, consideriamo necessario sottolineare il pericolo che comporta il ritorno alle pianificazioni utilitariste che antepongono lo sfruttamento economico della zona costiera alla preservazione e protezione dei suoi valori naturali.

Come valutazione generale, resta affermare che le politiche e strategie degli ultimi anni per proteggere il litorale come la LPUSL, nonostante siano basate sulla vulnerabilità e reale degradazione della costa, la realtà è ben distinta, giacché gli interessi economici si vedono prima dalla reale ed effettiva tutela ambientale.

Inoltre, le pretese di questa norma di rinforzare la certezza giuridica in molte occasioni sono viste seriamente messe in discussione con la revisione del concetto di demanio marittimo-terrestre.

In questo senso, come afferma GIFREU I FONT, “la disciplina delle coste in Spagna dopo un quarto di secolo di applicazione ha subito una svolta regressiva, più o meno lenta, di una norma che ha cambiato l'orientamento delle politiche riguardanti l'uso del litorale e che ha perdurato senza riforme di lungo respiro, nonostante le ripercussioni delle questioni di costituzionalità ed i cambiamenti di governo”.

E, in definitiva possiamo concludere, citando lo stesso autore, che “il litorale è un spazio strategico fragile e vulnerabile, molto castigato dalle dinamiche e dai processi fisici e antropogenici; la minaccia più immediata è la crescita del livello del mare, che può trarre con sé l'inondazione delle zone costiere basse, delle passeggiate marittime e il retrocesso della linea di costa. L'unica maniera di combattere con possibilità di successo contro la regressione dello spazio litorale dipende dalla predisposizione di un quadro normativo rispettoso che permetta un uso giudizioso e sostenibile di questo patrimonio comune”⁸⁶.

⁸⁶ J. GIFREU I FONT, “La protección y utilización del demanio marítimo-terrestre...”, *op. cit.*, p. 23.

Abstract

Coastal protection in the Spanish legal system

by Josep Ramon Fuentes i Gasó y Marina Rodríguez Beas

In this paper, the A. focuses on the role of the State, the Autonomous Communities and local governments on the coastal protection.

The new law of 29th May 2013, n. 2, amending the basic law of the 28th June 1988 n. 22, introduced in Spain a new definition of “terrestrial maritime domain”, with important effects on the powers of the different governments that have expertise in coastal protection. It was, in effect, necessary to ensure integrity and conservation in front of the excessive coastal exploitation and the absence of an adequate legislation.

After a short introduction, the A. analyzes, first, the complexity of the competences conferred by the old law. The State has a central role in managing and planning that comes from ownership on state property. The powers of the Autonomous Authorities are defined in a generic way and without concreteness. The role of the local governments is secondary: it depends from the legislation of the Autonomies. The new law points out the possibility for the state to control local governments: the faculty to suspend acts and agreements in order to preserve state property without the need to go to court, that is called “antialgarròbico” clause. Technical recommendations of the state and state planning are the tools for the coordination of skills.

In the second part the A. describes the “demanialización” of the coasts as the way for the state to protect the coast and the environment, to defend general interests. This way, the state keeps its own powers of authorization and licensing. The new law reduces the cases of public property and effectively delegates to the regulations the definitions of the criteria for the identification of terrestrial maritime zone.

In closing the A. identifies the discipline of the state property and the uses regime, in particular the restrictions on the right of ownership.

Although the new law has been submitted to the positive judgment of the Constitutional Court, legal uncertainties about the concept of public property remain.

BIBLIOGRAFIA

- AGUIRRE I FONT J. M., “L’impacte de la reforma de la Llei de Costes sobre el règimen jurídic del litoral català: especial referencia a la reducció de l’espai protegit i a les invasions competencials”, *Revista Catalana de Dret Públic (RCDP)*, num. 47, 2013.
- *El régimen jurídico del litoral catalán. Especial referencia a la reforma de la Ley de Costas operada por la Ley 2/2013 y al nuevo Reglamento General de Costas aprobado por el Real Decreto 876/2014*, Atelier, Barcelona, 2014.
- ARANA GARCÍA E.; NAVARRO ORTEGA A.; “La Ley de Protección y Uso Sostenible del Litoral: ¿un giro hacia lo desconocido?”, *Revista Vasca de Administración Pública (RVAP)*, num. 97, sep.-dic. 2013.
- BLASCO DÍAZ J. L., *Régimen jurídico de las propiedades particulares en el litoral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- “La distribución competencial en materia de costas”, *Revista d’Estudis Autonòmics i Federals (REAF)*, num. 10, 2010, pp. 245.285.
- BELADÍEZ ROJO M., “Problemas competenciales sobre la zona marítimo-terrestre y las playas”, in AA. VV., *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, vol. IV, Civitas, Madrid, 1991.
- CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR J. L., FERREIRA FERNÁNDEZ J., NOGUEIRA LÓPEZ A. (Coords.), *La nueva regulación de las costas. Actas del IX Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, 2014.
- CALERO RODRÍGUEZ J. R., *Régimen jurídico de las costas españolas*, Aranzadi, Pamplona, 1995.
- CASADO CASADO L., FUENTES I GASÓ J. R., *Medi ambient i ens locals*, CEDECS, Barcelona, 2008.
- *Dret ambiental local de Catalunya*, Tirant lo Blanch, Tarragona, 2016.
- DE VICENTE MARTÍNEZ R., (Coord.), *Tratado de derecho ambiental*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- FERNÁNDEZ DE TROCONIZ F., “El nuevo concepto de dominio público y sus consecuencias legales tras la reforma de la Ley de Costas”, in TORRES-FERNÁNDEZ NIETO J. J. *et al.*, *Comentario a la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de Protección y Uso Sostenible del Litoral y de Modificación de la Ley 22/1988, de Costas*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 87-132.
- FUENTES I GASÓ J. R., “El règim local de Catalunya i la viabilitat d’articulació d’una planta política i administrativa pròpia després de la Sentència del Tribunal Constitucional de 28 de juny de 2010”, *RCDP. Especial Sentència 31/2010 del Tribunal Constitucional sobre l’Estatut d’Autonomia de Catalunya 2006*, diciembre, 2010, pp. 218-224.
- “Consecuencias de la Ley 27/2013, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local en el régimen local de Cataluña”, *RVAP*, num. 101, abril-mayo 2015, pp. 55-88.
- FUENTES I GASÓ J. R., GIFREU I FONT J., RENYER I ALIMBAU J., SABATÉ I VIDAL J. M., *Introducció al Dret Local i Urbanístic de Catalunya*, Tirant lo Blanch, València, 2001.
- FUENTES I GASÓ J. R., RODRÍGUEZ BEAS M., “La incidencia de la reforma del

- régimen local en la organización territorial de Cataluña, in *Nuove Autonomie*, núm. 1, genaió-aprile 2015, pp. 155-183.
- GARCÍA PÉREZ M., *El derecho de costas en España*, La Ley, Madrid, 2010.
- “La reforma de la Ley de Costas: un lobo con piel de cordero”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, num. 31, 2012.
- GARCÍA PÉREZ M., SANZ LARRUGA F. J., “La distribución de competencias en el medio marino”, in ARANA GARCÍA E.; SANZ LARRUGA F. J. (Dirs.), *La ordenación jurídica del medio marino en España. Estudios sobre la Ley 41/2010, de protección del medio marino*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012.
- GIFREU I FONT J., *Introducció al Dret Local de Catalunya*, CEDECS, Barcelona, 2002.
- *L’ordenació urbanística a Catalunya*, Marcial Pons, Madrid, 2012;
- “La protección y utilización del demanio marítimo-terrestre a propósito de la reciente jurisprudencia constitucional. Hacia una ordenación integrada y sostenible del litoral de Cataluña”, en *Práctica Urbanística*, Sección Estudios, Ed. La Ley, núm. 140, pp. 1-35.
- GIFREU I FONT J., FUENTES I GASÓ J. R., (Dirs.), *Règim jurídic dels governs locals de Catalunya*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- GONZÁLEZ SALINAS J., *Régimen jurídico actual de la propiedad en las costas*, Civitas, Madrid, 2000.
- LÓPEZ PELLICER J. A., “Los derechos adquiridos en zonas del demanio marítimo-terrestre ante la nueva LC”, *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, num. 68, ott.-dic., 1990.
- MARTÍNEZ CORDERO J. R., “Clasificación y definiciones”, in PÉREZ GÁLVEZ J. F. (Dir.), *El nuevo derecho de costas*, Bosch, Barcelona, 2014, p. 47-93.
- MEILÁN GIL J. L., “Comunidades autónomas y dominio público marítimo-terrestre. El proyecto de Ley de costas”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente (RDUMA)*, num. 108, 1988.
- “El concepto de dominio público marítimo-terrestre en el Proyecto de la Ley de Costas”, *REDA*, num. 59, lug.-sett., 1988.
- “El dominio público natural y la legislación de costas”, *RAP*, num. 139, gen. -apr., 1996.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ A., GONZÁLEZ DE OLANO C.; “La reforma y el régimen de las autorizaciones y concesiones”, in TORRES-FERNÁNDEZ NIETO, J. J. et al., *Comentario a la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de Protección y Uso Sostenible del Litoral y de Modificación de la Ley 22/1988, de Costas*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 251-301.
- MENÉNDEZ REXACH A., “La configuración del dominio público marítimo-terrestre en la LC”, *Estudios Territoriales*, num. 34, sett.-dic., 1990.
- “La distribución de competencias en la Ley de costas y la gestión integrada del litoral”, in SANZ LARRUGA F. J. (Dir.), *Estudios sobre la ordenación, planificación y gestión del litoral: hacia un modelo integrado y sostenible*, Observatorio del Litoral de la Universidad de A Coruña, A Coruña, 2009.
- “Estudio preliminar. Esquema general del contenido de la Ley y problemas de aplicación”, in *La Ley de Costas en la Jurisprudencia. Sentencias del Tribunal Constitucional*, Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino, Madrid, 2010.

- “La nueva regulación de las costas: un giro hacia el dominio privado marítimo-terrestre”, in CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR J. L., FERREIRA FERNÁNDEZ J., NOGUEIRA LÓPEZ A. (Coords.), *La nueva regulación de las costas. Actas del IX Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, 2014, p. 13-55.
- MONTOYA FONT F. J., *Propuesta de metodología para la determinación del límite interior del dominio público marítimo-terrestre en algunos supuestos*, Universitat Rovira i Virgili, Tarragona, 2013 (Unpublished tesi di dottorato).
- MORENO MOLINA A. M., “Suspensión gubernativa de actos y acuerdos adoptados por las entidades locales. Cláusula antialgarróbico”, in PÉREZ GÁLVEZ J. F.; ALEMÁN MONTERREAL A. (Coords.), *Costas y urbanismo: el litoral tras la Ley 2/2013, de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley de Costas*, La Ley-El Consultor, Madrid, 2013.
- “Otras servidumbres y limitaciones de propiedad”, PÉREZ GÁLVEZ J. F. (Dir.), *El nuevo derecho de costas*, Bosch, Barcelona, 2014, pp. 625-664.
- NOGUERA DE LA MUELA B., “Urbanismo y ordenación del litoral”, in TRAYTER JIMÉNEZ J. M., *Comentarios a la Ley de Urbanismo de Cataluña*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pp. 550 e ss.
- NÚÑEZ LOZANO M. C., *La reforma de la Ley de Costas de 2013*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- OLANO ESPINOSA C., “Servidumbre de protección y otras limitaciones legales”, in TORRES-FERNÁNDEZ NIETO J. J. et al., *Comentario a la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de Protección y Uso Sostenible del Litoral y de Modificación de la Ley 22/1988, de Costas*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 217-249.
- PARADA VÁZQUEZ J. R., *Derecho Administrativo III, Bienes Públicos. Derecho Urbanístico*. Marcial Pons, Madrid, 2010.
- PERALES MADUEÑO F., “Legislación urbanística y legislación sectorial. Un ejemplo: proyecto de la Ley de costas”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 108, 1988, p. 123 y ss.
- PÉREZ GÁLVEZ J. F. (Dir.), *El nuevo derecho de costas*, Bosch, Barcelona, 2014.
- PÉREZ GÁLVEZ J. F.; ALEMÁN MONTERREAL, A. (Coords.), *Costas y urbanismo: el litoral tras la Ley 2/2013, de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley de Costas*, La Ley-El Consultor, Madrid, 2013.
- RODRÍGUEZ BEAS M., “Les competències locals en matèria de costes”, in CASADO CASADO L., FUENTES I GASÓ J. R., *Dret ambiental local de Catalunya*, Tirant lo Blanch, Tarragona, 2016, pp. 429-471.
- “El régimen jurídico de las costas. Especial referencia a la reforma de la Ley de Costas a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional más reciente” in *Revista Catalana de Dret Ambiental (RCDA)*, vol. 7, núm. 1, 2016, pp. 1-50.
- RODRÍGUEZ BEAS R., FUENTES I GASÓ J. R., “La organización territorial del Estatuto de 2006 y el impacto de la Ley 272013, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local en al interiorización del régimen local de Cataluña”, in GARCÍA RUBIO F. (Dir.), *Análisis de las repercusiones de la reforma local sobre la organización, competencias y servicios de las entidades locales*, INAP Investiga, Madrid, 2015, pp. 511-568.

- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ M. P., *El dominio público marítimo-terrestre: titularidad y sistema de protección*, Marcial Pons, Madrid, 1999.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ P., *Comentarios a la LC, Doctrina y Jurisprudencia*, Dijusa, Madrid, 2003.
- TORRES-FERNÁNDEZ NIETO J. J., FERNÁNDEZ DE TROCONIZ F. C., OLANO ESPINOSA C., MENÉNDEZ MENÉNDEZ A., GONZÁLEZ DE OLANO G., CÁNCER MICHOT P., RISQUETE J. L., *Comentario a la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de Protección y Uso Sostenible del Litoral y de Modificación de la Ley 22/1988, de Costas*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014.
- TORNOS MAS J., “Tipología de les competències. El seu abast funcional: els articles 110 a 112”, *RCDP. Especial Sentència 31/2010 del Tribunal Constitucional, sobre l'Estatut d'Autonomia de Catalunya de 2006*, 2010, pp. 288-294.
- VILLANUEVA CUEVAS A., PUNZÓN MORALES J., SÁNCHEZ RODRÍGUEZ F., “La protección medioambiental de las costas”, in ORTEGA ÁLVAREZ L. I., ALONSO GARCÍA M. C., RODRÍGUEZ GONZÁLEZ M. P., *El dominio público marítimo-terrestre: titularidad y sistemas de protección*, Marcial Pons, Madrid, 1999.
- VILLALBA PÉREZ F., “Concesiones y autorizaciones de dominio público marítimo-terrestre en el Real Decreto 876/2014, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Costas”, in PÉREZ GÁLVEZ, J. F. (Dir.), *El nuevo derecho de costas*, Bosch, Barcelona, 2014, p. 665-743.

Autonomia scolastica e diritti fondamentali*

di Anna Romeo

SOMMARIO: 1. L'autonomia scolastica ed il modello italiano – 2. Gli ostacoli alla realizzazione di tale modello e le premesse per un suo rilancio – 3. L'autonomia scolastica in una nuova prospettiva delle autonomie locali.

1. *L'autonomia scolastica ed il modello italiano*

La considerazione dei “diritti fondamentali” induce a prendere in esame uno di essi e, specificamente, il diritto all'istruzione, specie ove si tenga presente che il progresso sociale e civile passa inevitabilmente attraverso una adeguata valorizzazione della stessa e, dunque, delle istituzioni alla medesima preordinate, vale a dire le istituzioni scolastiche, nonché quelle universitarie.

Il tema si intreccia, pertanto, con quello dell'autonomia a queste ultime riconosciuta nel nostro ordinamento, oggetto di recenti interventi normativi volti, in particolare, a potenziare il livello dell'autonomia scolastica¹.

Ed invero, a partire dall'inizio di questo secolo, l'autonomia scolastica pare subire una stasi ed un processo di progressiva erosione di spazi a vantaggio dei poteri pubblici nazionali e, forse in parte, regionali.

La recente valorizzazione della stessa sembra, a prima vista, trovare i propri punti di forza nel perfezionamento degli strumenti di programmazione e del loro sviluppo in un arco triennale, la previsione di un organico mirante a soddisfare specifici bisogni di differenziazione dell'offerta formativa di ogni singola istituzione scolastica e, infine, un aumento delle facoltà dei dirigenti nella selezione e valutazione dei docenti.

In questo senso si muove, infatti, la recente riforma introdotta con la L.13 luglio 2015 n.107 recante “Riforma del sistema nazionale di istruzione e formazione e delega per il riordino delle disposizioni legislative vigenti”², (la cd. legge sulla buona scuola), rispetto alla quale si tratta, dunque, di verificare se

* Il presente lavoro costituisce la rilettura e l'integrazione dell'intervento tenuto al II° Convegno italo-brasiliano di Diritto Amministrativo e Costituzionale dal titolo Periferie e diritti fondamentali”, organizzato a Lecce il 13 e 14 giugno 2016 dall'Università del Salento e dall'Associazione italo-brasiliana dei Professori di Diritto Amministrativo.

¹Cfr., sul tema, R. MORZENTI PELLEGRINI, *L'autonomia scolastica tra sussidiarietà, differenziazione e pluralismi*, Torino, 2011; M. BOMBARDELLI – M. COSULICH (a cura di), *L'autonomia scolastica nel sistema delle autonomie*, Padova, 2005; F. CORTESE (a cura di), *Tra amministrazione e scuola*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014; M. COCCONI, *La sfida dell'autonomia scolastica*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2015, 5, 661; M. RENNA, *L'autonomia incompiuta delle istituzioni scolastiche*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2, 2005; A. SANDULLI, *Sussidiarietà e autonomia scolastica nella lettura della Corte costituzionale*, *ivi*, 4, 2004, 543 ss.

² Per una disamina della riforma si veda M. COCCONI, *Gli ingredienti necessari per la ricetta di una «buona» autonomia scolastica*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2015, 3, 647 ss.

le innovazioni che essa introduce abbiano comportato un aumento del grado di autonomia scolastica costituzionalmente prevista all'art.117 co.2 Cost.. Si tratta, cioè, di valutare la coerenza e compatibilità delle novità legislative venute a disciplinare la materia con il modello organizzativo e le motivazioni sottese a tale riconoscimento.

È noto che tra le diverse declinazioni di autonomia cui si fa riferimento con riguardo al modello delle persone giuridiche pubbliche, quella meglio aderente alle istituzioni scolastiche è la nozione di autonomia funzionale³, qualificandosi esse come istituzioni sociali e comunitarie in quanto rispondenti ad uno schema organizzativo adeguato al soddisfacimento del fondamentale bisogno di permettere una partecipazione diretta di determinate comunità di persone, coinvolte nell'espletamento di funzioni pubbliche di precipua valenza – come, appunto, l'istruzione – all'amministrazione di queste ultime ed alla cura dei correlati interessi pubblici, con conseguente assunzione di responsabilità.

Con riferimento all'istruzione, una tale esigenza di auto-amministrazione trova, del resto, fondamento nell'art.33 co.1 Cost.- che, garantendo la libertà di insegnamento, si pone quale norma di tutela della stessa, intesa come servizio pubblico⁴, nonché della sua neutralità -, così come negli artt. 2 e 118 ult. co.

³ Cfr., sulla nozione, A. POGGI, *Le autonomie funzionali «tra» sussidiarietà verticale e orizzontale*, Milano, 2001; P.G. RINALDI, *La scuola come autonomia funzionale*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2004, 61 ss; A. PAJNO, *L'autonomia delle istituzioni scolastiche: un cantiere abbandonato*, in *Osservatorio sulla scuola dell'autonomia. Rapporto sulla scuola dell'autonomia*, Roma, Armando, 2003, 240.

⁴ Ed invero, il sistema scolastico nazionale è un servizio pubblico che, ai sensi dell'art.33 Cost., è posto in essere dalle scuole statali e dalle scuole di proprietà di privati e di enti (Corte cost., 19 giugno 2007 n.220). In quanto tale, richiede *standards* di qualità che certifichino l'adeguatezza dell'espletamento di un servizio così importante e delicato. A tal fine, la L.10 marzo 2000 n.62 ("Norme per la parità scolastica e disposizioni sul diritto allo studio e all'istruzione"), in ossequio al disposto dell'art.33 Cost., ha individuato i requisiti occorrenti affinché le scuole non statali conseguano la parità, prevedendo, in particolare all'art.1 co.2-3-4, che le scuole che intendano conseguire la parità, oltre a corrispondere agli ordinamenti generali dell'istruzione ed essere coerenti con la domanda formativa delle famiglie, devono garantire: a) un progetto educativo in armonia con i principi della Costituzione; un piano dell'offerta formativa conforme agli ordinamenti e alle disposizioni vigenti; attestazione della titolarità della gestione e la pubblicità dei bilanci; b) la disponibilità dei locali, arredi e attrezzature didattiche propri del tipo di scuola e conformi alle norme vigenti; c) l'istituzione e il funzionamento degli organi collegiali improntati alla partecipazione democratica; d) l'iscrizione alla scuola per tutti gli studenti i cui genitori ne facciano richiesta, purché in possesso di un titolo di studio valido per l'iscrizione alla classe che essi intendono frequentare; e) l'applicazione delle norme vigenti in materia di inserimento di studenti con handicap o in condizioni di svantaggio; f) l'organica costituzione di corsi completi; g) personale docente fornito del titolo di abilitazione; h) contratti individuali di lavoro per personale dirigente e insegnante che rispettino i contratti collettivi nazionali di settore. Alla L.10 marzo 2000 n.62 è seguito il D.L. 5 dicembre 2005 n.250, conv. in L. 3 febbraio 2006 n.27 che, all'art.1 *bis*, co.2, dispone che le modalità procedurali finalizzate all'accertamento della permanente sussistenza dei requisiti necessari al mantenimento della parità scolastica siano definite con regolamento adottato ai sensi dell'art.17 co.3, L.23 agosto 1988 n.400. In attuazione di tale disposizione è stato

Cost., ossia nei principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale, il quale ultimo consente una partecipazione delle formazioni sociali allo svolgimento di funzioni di interesse pubblico in cooperazione con gli enti territoriali.

È questo, invero, un modello organizzativo che fa leva proprio sulle formazioni sociali intese quali comunità educanti, deputate a svolgere la funzione amministrativa affidata all'istituzione scolastica ed alle quali sono (o dovrebbero essere) riconosciute le scelte fondamentali relative ad una effettiva tutela degli interessi pubblici connessi all'espletamento di tale funzione.

Tale modello – rispondente alle indicazioni costituzionali e riscontrabile nella configurazione dell'autonomia funzionale posta dalla L. 15 marzo 1997 n. 59 – appare solo accennato dalla cd. Legge Moratti (l. 28 marzo 2003 n.53), realizzandosi una trasformazione dalla cd. scuola di Stato verso un sistema a rete di scuole autonome, dotate di personalità giuridica, tanto statali che paritarie, pur nell'ambito di un «sistema nazionale di istruzione» (L.10 marzo 2000 n.62).

In tal modo, ci si è avviati verso un modello organizzativo policentrico di tipo orizzontale, nell'ambito del quale l'autonomia funzionale, sopra detta, è stata valorizzata attraverso l'affidamento, in via prioritaria, dei compiti di erogazione delle prestazioni del servizio pubblico dell'istruzione alla comunità educante, riservandosi allo Stato soltanto il compito di fissare gli indirizzi generali ed alle Regioni ed agli enti locali quello di programmare e supportare l'erogazione del servizio pubblico scolastico sul territorio⁵.

emanato il D.M. 29 novembre 2007 n.267 che, oltre a definire tali modalità procedurali, ha altresì individuato, all'art.4 ("Revoca della parità"), le ipotesi in costanza delle quali può essere adottato un provvedimento di revoca del riconoscimento della parità. In particolare, è stabilito che tale provvedimento possa essere adottato al ricorrere delle seguenti fattispecie: a) libera determinazione del gestore; b) gravi irregolarità di funzionamento accertate ai sensi dell'art.3, da intendersi quale carenza dei sopra indicati requisiti di cui all'art.1 L.62/2000 e quale violazione delle disposizioni contenute nello stesso regolamento n.267/2007 ovvero delle disposizioni disciplinanti lo svolgimento degli esami di stato (art.3 co.3 D.M. n.267/2007) c) violazione dell'art.1 bis co.3 D.L. n.250/2005 che vieta alle scuole paritarie di accogliere alunni che hanno frequentato scuole non paritarie appartenenti allo stesso gestore (o ad altro con cui il gestore abbia comunanza di interessi) al fine di farvi sostenere gli esami di idoneità; d) mancato completamento del corso nel caso di riconoscimento della parità ad iniziare dalla prima classe; e) mancata attivazione di una stessa classe per due anni scolastici consecutivi. Tale formulazione è stata poi riprodotta, come noto, nella medesima formulazione dall'art.5 co.10 D.M. 10 ottobre 2008 n.83 emanato in esecuzione del D.M. n.267/2007. Si tratta di ipotesi di revoca che, in quanto incidenti sul diritto alla libera istituzione di scuole ed istituti di educazione e, quindi, su situazione giuridica tutelata dall'art.33 Cost., hanno carattere tassativo e sono di stretta interpretazione. Di conseguenza, laddove le irregolarità riscontrate non siano strettamente aderenti alle previsioni normative è preclusa al Ministero - e, per esso, all'Ufficio Scolastico Regionale - l'adozione di misure che facciano venir meno lo *status* di scuola paritaria.

⁵ Cfr., tuttavia, Corte cost. 17 marzo 2006 n.116 secondo cui «il perimetro entro il quale il quale assumono rilievo gli interessi al cui perseguimento è tesa l'attività legislativa risulta rigorosamente conformato dalle norme costituzionali attributive di competenza, sicché non è

È stato così configurato un disegno inteso a porre le autonomie scolastiche in grado di dialogare con le altre autonomie territoriali, proteggendole da «invasioni di campo» da parte di queste ultime, alle quali, tuttavia, è stato riconosciuto un ruolo essenziale attraverso la previsione, nel riformato art.117 co.3 Cost., di una potestà regionale concorrente cui è stato attribuito il compito di definire la politica del servizio pubblico dell'istruzione sul territorio.

A tale stregua, si è giunti, quindi, a garantire il principio di sussidiarietà nel suo duplice profilo – orizzontale e verticale – e si è delineata la concezione cd. «comunitaria» della scuola, che è risultata definita attraverso l'interazione con le altre comunità territorialmente presenti⁶. Per tale via è stato, dunque, valorizzato il nesso tra il riconoscimento dell'autonomia e la nozione della scuola come «comunità che interagisce con la più vasta comunità sociale civica» che il TU in materia di istruzione (D.Lgs.16 aprile 1994 n.297) aveva già tratteggiato e che, nel solco di autorevole insegnamento dottrinale⁷, rappresentava il fondamento sostanziale dell'istanza autonomistica.

2. *Gli ostacoli alla realizzazione di tale modello e le premesse per un suo rilancio.*

Il processo sopra individuato di collaborazione ed interazione non ha, tuttavia, avuto piena attuazione in ragione della tendenza dei poteri pubblici e delle autonomie territoriali ad esercitare le proprie competenze in modo separato ed autoreferenziale.

E ciò a dispetto del quadro emergente dall'ordinamento costituzionale.

Giova, infatti, considerare che - come rilevato dalla Corte costituzionale⁸ adita da talune Regioni che lamentavano una violazione delle proprie competenze a motivo dell'emanazione, da parte dello Stato, di specifica normativa regolamentare in materia - i connotati precipi e fondamentali del sistema scolastico sono stati individuati dal legislatore costituzionale negli artt.33 e 34 Cost. che pongono una definizione vincolante, chiara ma non tassativa, degli ambiti riconducibili al concetto di «norme generali sull'istruzione», ed ai quali viene attribuita una valenza necessariamente generale ed unitaria che definisce la sfera della competenza spettante in via esclusiva allo Stato. Si tratta delle disposizioni

concesso alla Regione di dedurre a fondamento di un proprio ipotetico titolo di intervento, una competenza primaria riservata in via esclusiva allo Stato, neppure quando essa si intreccia con distinte competenze di sicura appartenenza regionale: saranno semmai queste ultime a poter essere dedotte a fondamento di un ricorso di legittimità costituzionale promosso da una Regione».

⁶ Per una applicazione di tale modello, v. il recente decreto ministeriale 27 aprile 2016 n. 273, oggetto di puntuali riflessioni da parte di V. BERLINGÒ, *Per un nuovo rapporto tra Scuola e Territorio: Il Piano Nazionale per la prevenzione della dispersione scolastica nelle periferie*, in questa Rivista.

⁷ U. POTOTSCHNIG, *Un nuovo rapporto tra amministrazione e scuola*, in *Riv. giur. scuola*, 1975, 253 ss.

⁸ Corte cost. 2 luglio 2009 n.200, in *Foro Amm - CdS*, 2010, 7-8, 1621.

concernenti: a) l'istituzione di scuole per tutti gli ordini e gradi (art. 33, secondo comma, Cost.); b) il diritto di enti e privati di istituire scuole e istituti di educazione, senza oneri per lo Stato (art. 33, terzo comma, Cost.); c) la parità tra scuole statali e non statali sotto gli aspetti della loro piena libertà e dell'uguale trattamento degli alunni (art. 33, quarto comma, Cost.); d) la necessità di un esame di Stato per l'ammissione ai vari ordini e gradi di scuola o per la conclusione di essi (art. 33, quinto comma, Cost.); e) l'apertura della scuola a tutti (art. 34, primo comma, Cost.); f) l'obbligatorietà e gratuità dell'istruzione inferiore (art. 34, secondo comma, Cost.); g) il diritto degli alunni capaci e meritevoli, anche se privi di mezzi, di raggiungere i gradi più alti degli studi (art. 34, terzo comma, Cost.); h) la necessità di rendere effettivo quest'ultimo diritto con borse di studio, assegni alle famiglie e altre provvidenze, che devono essere attribuite per concorso (art. 34, quarto comma, Cost.).

È in tale contesto normativo che si poneva – e si pone -, dunque, il problema di valutare la portata dell'art. 117, co.2, lett. n), Cost., nel testo novellato dalla riforma del Titolo V della Parte seconda della Costituzione, in cui è contenuta la medesima locuzione “norme generali sull'istruzione”. Tale disposizione definisce il riferimento alla “Repubblica” di cui all'art. 33 co.2 Cost., individuando lo Stato quale titolare esclusivo della relativa potestà legislativa. Senza trascurare che lo stesso art.117 Cost., al comma 3, attribuisce alla potestà legislativa concorrente la materia dell'istruzione, «salva l'autonomia delle istituzioni scolastiche e con esclusione della istruzione e della formazione professionale».

Se, quindi, nella materia dell'istruzione è dato rinvenire un complesso intreccio di norme generali, principi fondamentali, leggi regionali, oltre che determinazioni autonome delle istituzioni scolastiche, una corretta definizione delle competenze non può prescindere dall'individuazione di una precisa linea di demarcazione tra le “norme generali sull'istruzione” e i “principi fondamentali” di tale materia, atteso che le prime sono espressive di competenza legislativa esclusiva dello Stato e i secondi di competenza, pure statale, ma nel quadro di una competenza di tipo concorrente con quella regionale.

In tal senso, si qualificano come norme generali sull'istruzione le disposizioni statali che definiscono la struttura portante del sistema nazionale di istruzione, per le quali appare necessaria un'applicazione unitaria ed uniforme su tutto il territorio nazionale, idonea a garantire la sostanziale parità di trattamento tra gli utenti che fruiscono del servizio dell'istruzione – qualificabile come interesse primario di rilievo costituzionale – attraverso un'offerta formativa omogenea, nonché la libertà di istituire scuole e la parità tra le scuole statali e non statali in possesso dei requisiti richiesti dalla legge. In questo ambito si colloca anche la disciplina relativa alla «autonomia delle istituzioni scolastiche», facenti parte del sistema nazionale di istruzione, autonomia cui fa espresso riferimento il terzo comma dell'art. 117 della Costituzione.

Tali disposizioni, in quanto pongono una disciplina per la quale non è richiesto un ulteriore sviluppo normativo in sede regionale, assolvono alla funzione di assicurare l'identità culturale del Paese, nel rispetto della libertà di insegnamento di cui all'art. 33 co.1 Cost.. E ciò anche sotto l'aspetto organizzativo, mediante la previsione di un'offerta formativa sostanzialmente uniforme sull'intero territorio nazionale. Il che implica che le disposizioni contenenti norme generali sull'istruzione possano legittimamente prevedere l'emanazione di regolamenti statali proprio perché adottati nell'ambito di una competenza legislativa esclusiva dello Stato, in conformità a quanto espressamente previsto dall'art. 117, sesto comma, Cost.

Possono, invece, ascrivere alla categoria delle disposizioni espressive di «principi fondamentali» della materia dell'istruzione, anch'esse di competenza statale, quelle norme che pongono criteri, obiettivi, direttive o discipline, i quali, sebbene volti a garantire la sussistenza di elementi di base comuni sul territorio nazionale in ordine alle modalità di fruizione del servizio dell'istruzione, da un lato, non valgono a connotare quella struttura essenziale del sistema d'istruzione che definisce le norme generali in materia, dall'altro, necessitano di una piena attuazione, e non già di una mera esecuzione, come tale demandata al legislatore regionale che, nell'assolvere tale compito, dovrà conformare la sua azione all'osservanza dei principi fondamentali stessi. In particolare, lo svolgimento attuativo dei «principi fondamentali» è necessario quando occorre disciplinare situazioni che comportano una verifica, anche sotto l'aspetto socio-economico, connessa alle specifiche realtà territoriali regionali. Si pensi, ad esempio, al settore della programmazione scolastica regionale ed a quello inerente al dimensionamento sul territorio della rete scolastica.

Nella prospettiva di una demarcazione così configurata, la normativa di principio vale, quindi, a porre criteri ed obiettivi, mentre la normativa di dettaglio mira a definire gli strumenti concreti occorrenti per il conseguimento degli obiettivi dalla prima fissati⁹. Se così è, deve ritenersi che i principi fondamentali costituiscano un punto di riferimento per il legislatore regionale che eserciti la propria autonomia normativa¹⁰, assolvendo essi, nella materia *de qua*, ad una funzione di congiunzione tra le norme generali e quelle regionali che li assumono quale termine medio nell'esercizio di una discrezionalità che non può prescindere dalle specificità, anche socio-economiche, del territorio¹¹.

È, dunque, da tale inquadramento della materia che occorre muovere per una

⁹ Cfr. Corte cost. 14 dicembre 2007 n.430, in *Giur. Cost.* 2007,6; Corte cost., 5 maggio 2006 n.181, *ivi*, 2006, 3

¹⁰ Corte cost. 18 febbraio 1988 n.177, in *Foro it.*, 1990, I, 2707.

¹¹ Sul rapporto tra diversi livelli di competenza e sulla funzione dei principi fondamentali si veda, sia pure con riferimento a fattispecie diversa da quella in esame, Corte cost.15 aprile 2008 n. 102, in *Giur. Cost.* 2008, 3, 2641, con nota di L. ANTONINI, *La sentenza n.102 del 2008: una tappa importante per l'autonomia impositiva regionale*, *ivi*, 2646.

corretta definizione degli ambiti di competenza in materia di autonomia scolastica, tenuto, peraltro, presente che, proprio facendo leva su un tale assetto dogmatico e normativo, la giurisprudenza ha costantemente ribadito che «nel complesso intrecciarsi in una stessa materia di norme generali, principi fondamentali, leggi regionali e determinazioni autonome delle istituzioni scolastiche, si può assumere per certo che il prescritto ambito di legislazione regionale sta proprio nella programmazione della rete scolastica. È, infatti, implausibile che il legislatore costituzionale abbia voluto spogliare le Regioni di una funzione che era già ad esse conferita nella forma della competenza delegata dall'art. 138 del decreto legislativo n. 112 del 1998»¹².

In ragione del contesto normativo sopra delineato e dei riferiti principi posti dalla giurisprudenza costituzionale in ordine all'assetto del riparto della potestà legislativa tra Stato e Regioni nella materia dell'istruzione, il decentramento delle funzioni verso le Regioni ed il riconoscimento dell'autonomia scolastica avrebbero dovuto, pertanto, comportare l'attribuzione allo Stato – e, dunque, al Ministero – di un ruolo meramente strategico, ossia tale da definire il contesto generale di svolgimento dell'autonomia scolastica e universitaria ma scevro da concreti compiti gestionali; alle Regioni avrebbe dovuto, invece, essere riservato il compito di determinare il dimensionamento delle istituzioni scolastiche e le reti di scuole nonché le funzioni amministrative relative alle procedure di assegnazione e di mobilità del personale docente, sì da creare un sistema regionale integrato, idoneo a rispondere ai bisogni formativi del territorio ed alle sue prospettive di sviluppo.

È accaduto, invece, che, a causa della necessità di contenere la spesa pubblica e di salvaguardare l'unità del sistema, il ruolo delle Regioni è stato progressivamente circoscritto e, per contro, è stato ampliato quello dello Stato.

Linea, questa, che sembra continuare anche con la nuova disciplina ove si

¹² Così Corte cost. 13 gennaio 2004 n.13, in *Foro it.*, 2004, I, 2666, cui segue, nella medesima linea da questa tracciata, Corte cost. 26 gennaio 2005 n.34, in *Giur. cost.* 2005, 1, che, nel richiamare la suindicata sentenza n. 13 del 2004, ha affermato che, attraverso l'ampio decentramento delle funzioni amministrative delineato dalla legge n. 59 del 1997, ed attuato con il decreto legislativo n. 112 del 1998, sono state delegate alle Regioni importanti e nuove funzioni amministrative, fra cui in primo luogo, quelle di programmazione dell'offerta formativa integrata tra istruzione e formazione professionale (art. 138, comma 1, lettera a), e di programmazione della rete scolastica (art. 138, comma 1, lettera b); Corte cost. 25 marzo 2005 n.120 in *Foro it.*, 2005, I, 2956, con cui la Corte, pronunciandosi in tema di disciplina degli asili nido, ha chiarito che la individuazione degli *standards* strutturali e qualitativi di questi ultimi non può essere ricompresa «nelle norme generali sull'istruzione e cioè in quella disciplina caratterizzante l'ordinamento dell'istruzione» posto che tale individuazione «presenta un contenuto essenzialmente diverso da quello *lato sensu* organizzativo nel quale si svolge la potestà legislativa regionale»; Corte cost. 15 luglio 2005 n.279, in *Giur. cost.* 2005, 2694, secondo cui «le norme generali in materia di istruzione sono quelle sorrette, in relazione al loro contenuto, da esigenze unitarie e, quindi, applicabili indistintamente al di là dell'ambito propriamente regionale. Le norme generali così intese si differenziano, nell'ambito della stessa materia, dai principi fondamentali i quali, pur sorretti da esigenze unitarie, non esauriscono in se stessi la loro operatività, ma informano, diversamente dalle prime, altre norme, più o meno numerose».

consideri che l'art.1 co.44 L.107/2015 affida al Ministero il compito di definire l'offerta formativa dei percorsi di istruzione e formazione professionale ed agli Uffici Scolastici regionali il potere di definire gli ambiti territoriali in cui saranno articolati i ruoli del personale docente e di promuovere la costituzione di reti tra istituzioni scolastiche del medesimo ambito territoriale.

Pare, dunque, che la nuova disciplina, anziché valorizzare le competenze delle Regioni, rafforzi la tendenza a riservare allo Stato rilevanti funzioni in ordine alla definizione del servizio scolastico sul territorio, ponendo il dubbio di una sua piena compatibilità con il quadro emergente dalle indicazioni costituzionali se è vero che «il sistema generale dell'istruzione, per sua stessa natura, riveste carattere nazionale, non essendo ipotizzabile che esso si fondi su una autonoma iniziativa legislativa delle Regioni, limitata solo dall'osservanza dei principi fondamentali fissati dallo Stato, con inevitabili differenziazioni che in nessun caso potrebbero essere giustificabili sul piano della stessa logica. Si tratta, dunque, di conciliare, da un lato, basilari esigenze di "uniformità" di disciplina della materia su tutto il territorio nazionale, e, dall'altro, esigenze autonomistiche che, sul piano locale-territoriale, possono trovare soddisfazione mediante l'esercizio di scelte programmatiche e gestionali rilevanti soltanto nell'ambito del territorio di ciascuna Regione»¹³.

Ciò tanto più ove si consideri che ai sensi dell'art. 116, co.3, Cost., possono essere attribuite alle Regioni a statuto ordinario ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia, concernenti, tra l'altro, le "norme generali sull'istruzione" mediante apposita legge statale, approvata con le modalità ivi previste, su iniziativa della Regione interessata, sentiti gli enti locali, nel rispetto dei principi di cui all'art. 119 Cost..

3. *L'autonomia scolastica in una nuova prospettiva delle autonomie locali*

Ed allora, se il percorso di recente delineato dal legislatore è quello appena detto, occorre forse riflettere sul ruolo delle autonomie locali nella materia *de qua*, autonomie che vanno ridisegnate non tanto sotto il profilo delle competenze e dei poteri riconosciuti allo Stato e, per l'effetto, sottratti alle Regioni e agli enti locali quanto, piuttosto, con riferimento alle modalità di cooperazione ed ai principi, sopra indicati, che ne governano l'esercizio.

Nell'ambito di un sistema ormai multilivello, occorre prendere atto dell'opportuna esistenza di una molteplicità di centri decisionali i quali operano secondo dinamiche di interdipendenza reciproca. Ne consegue, pertanto, un notevole sviluppo dell'integrazione verticale, per effetto del quale, spesso, i processi decisionali si sviluppano attraverso una partecipazione congiunta dei soggetti

¹³ Corte cost. 2 luglio 2009 n.200, cit.

espressione di governo locale, regionale e nazionale, i quali intervengono con un diverso ruolo ed in diverse fasi.

E ciò depone per una valorizzazione dell'autonomia regionale e locale che, peraltro, risponderebbe ad una altrettanto opportuna valorizzazione dell'integrazione orizzontale e dovrebbe concretizzarsi, come accennato, in un processo di «consensualizzazione» che si sostanzia in una rete di rapporti tra pubbliche amministrazioni e soggetti privati.

Da questo punto di vista, si tratterebbe di dare rilievo ad uno degli obiettivi formativi specifici della programmazione triennale (art.1 co.9 lett. m, L. 107/2015), ossia la «valorizzazione della scuola intesa come comunità attiva, aperta al territorio e in grado di sviluppare e di aumentare l'interazione con le famiglie e con la comunità locale, comprese le organizzazioni del terzo settore e le imprese».

Si tratta, cioè, di muoversi in una prospettiva diversa e declinare l'autonomia locale secondo un modulo incentrato più che sull'autodeterminazione del singolo ente, su schemi di cooperazione con altri soggetti, pubblici e privati che, pur mantenendo la propria indipendenza, interagiscono tra loro sviluppando forme di attività rispondenti alla cura degli interessi generali ed al soddisfacimento delle domande poste dalla comunità. Occorre, cioè, prendere atto della necessità di procedere da una opportuna considerazione dei bisogni e della «domanda» che proviene dal basso, vale a dire di quella espressa dai sistemi locali che la recente riforma sull'autonomia scolastica non sembrerebbe adeguatamente evidenziare.

Questo obiettivo potrebbe forse essere conseguito attraverso una adeguata valorizzazione del ruolo delle Regioni, riconoscendo loro il compito di sviluppare forme di intervento idonee ad incidere sui punti centrali e sulle interazioni delle politiche pubbliche di settore, specie in tema di istruzione.

In un sistema multilivello, quale quello che si sta delineando, e nell'ottica di una disciplina sospesa tra regolamentazione nazionale e potenziamento delle autonomie locali, è proprio sul ruolo svolto dalle Regioni che si giocherà la partita dello sviluppo sociale, essendo a queste demandato il compito di definire modalità di intervento incidenti, anche in modo trasversale, sulle politiche pubbliche di settore e, dunque, sistemi di interazione che fungano da volano per una piena tutela e promozione dei diritti fondamentali, quale appunto quello dell'istruzione.

Abstract

School autonomy and fundamental rights

by Anna Romeo

The paper examines school autonomy with specific reference to the organizational profile that is considered in the light of the recent reform introduced with L.13 July 2015 n.107. In particular, premised a brief explanation of the school system as outlined in the Italian law, it is examined the model currently in force and its compatibility with the guidelines resulting from the Constitutional Charter, i.e. with artt.33 and 34 Cost., as rules protecting the right to education, to qualify as a fundamental right, as well as with artt. 2, 117 and 118 of the Constitution. Considering this legal basis, the paper proposes a redefinition of the division of powers between the State and Regions in the field of school autonomy, in the aim to draw a new organizational model that looks at a development of local autonomy which venues where you can better identify the needs of the communities.

Per un nuovo rapporto tra Scuola e Territorio: Il Piano Nazionale per la prevenzione della dispersione scolastica nelle periferie.

di Vittoria Berlingò

SOMMARIO: 1. Finalità ed obiettivi del Piano. – 2. L'ambito di nuove ed inedite forme di collaborazione. – 3. Alcune postille sulle sinergie Scuola/Territorio.

1. *Finalità ed obiettivi del Piano*

“*La scuola al centro ovunque sia. Impegno per un rinnovato patto tra Scuola e Territorio. Riqualificare le periferie*” sono le formule scelte dal Ministero italiano dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca per annunciare l'adozione del decreto ministeriale 27 aprile 2016 n. 273, volto a contrastare fenomeni di dispersione scolastica, con particolare riferimento alle aree maggiormente a rischio delle zone periferiche metropolitane¹.

Il provvedimento suddetto ha, infatti, istituito il “*Piano Nazionale per la prevenzione della dispersione scolastica nelle periferie*”, fissando i termini e le modalità per l'avvio, in via sperimentale, di un programma di didattica integrativa e innovativa, nelle istituzioni scolastiche statali di ogni ordine e grado, in orario extra-curriculare e pomeridiano, aggiuntivo rispetto al normale orario, nonché nei periodi estivi, durante la sospensione delle lezioni, a partire dall'1 luglio 2016.

Invero lo stato attuale dell'arte della normativa italiana in materia di sistema scolastico induce ad assegnare una particolare attenzione a strumenti del tipo di quelli ora richiamati – introdotti dalla l. 13 luglio 2015 n. 107, recante “*Riforma del sistema nazionale di istruzione e formazione e delega per il riordino delle disposizioni legislative vigenti*”², per favorire un effettivo invera-

¹ In ordine all'autonomia scolastica, *ex multis*, cfr. S. CASSESE, “*Playdoier*” per un'autentica autonomia delle scuole, in *Foro it.*, 1990, 147 ss.; A. POGGI, *Le autonomie funzionali “tra” sussidiarietà verticale e orizzontale*, Milano, 2001; A. PAJNO, *L'autonomia delle istituzioni scolastiche: un cantiere abbandonato*, in *Osservatorio sulla scuola dell'autonomia. Rapporto sulla scuola dell'autonomia 2003*, Roma, 2003, 240; A. SANDULLI, *Sussidiarietà e autonomia scolastica nella lettura della Corte costituzionale*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2004, 543 ss.; M. BOMBARDELLI - M. COSULICH (a cura di), *L'autonomia scolastica nel sistema delle autonomie*, Padova, 2005; M. RENNA, *L'autonomia incompiuta delle istituzioni scolastiche*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2005, 353 ss.; R. MORZENTI PELLEGRINI, *L'autonomia scolastica tra sussidiarietà, differenziazione e pluralismi*, Torino, 2011; P.G. RINALDI, *Istituzioni scolastiche e autonomie territoriali*, in F. CORTESE (a cura di), *Tra amministrazione e scuola*, Napoli, 2014, pp. 113-149.

² Per una esaustiva illustrazione dell'impianto della riforma introdotta con la L. 13 luglio 2015, n. 107, cfr. M. COCCONI, *La sfida dell'autonomia scolastica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 661 ss.

mento dell'autonomia scolastica, già riconosciuta alle scuole dal d.P.R. 8 marzo 1999, n. 275, in attuazione dei primi due commi dell'art. 21 della l. n. 59 del 1997 – potendosi però solo prefigurare, con alcune brevi annotazioni *ex ante*, i possibili scenari futuri della c.d. riforma 'Buona scuola'.

In ispecie, con riguardo ad una delle direttrici fondamentali della evoluzione normativa dell'ordinamento scolastico, ossia il processo di decentramento (anche noto come passaggio dal centro alle periferie)³, incide il condizionamento esercitato dalla circostanza di una riforma costituzionale (quella italiana) ancora *in itinere*⁴. Essa, nella parte relativa alla proposta di modifica del Titolo V della Costituzione, sostituisce, nelle materie già assegnate alla competenza esclusiva statale, la lettera n) dell'art. 117 «norme generali sull'istruzione», adottando la più ampia formulazione «disposizioni generali e comuni sull'istruzione; ordinamento scolastico», e aggiunge alla lettera o) «le disposizioni generali e comuni sull'istruzione e formazione professionale» (art. 31).

Al fine di approfondire il profilo degli scenari futuri della riforma scolastica in una prospettiva il più possibile slegata dall'incidenza dell'assetto dei diversi livelli di governo coinvolti, potrebbe risultare interessante procedere ad una verifica, secondo un approccio anche empirico e di raccolta ed elaborazione dati⁵, del *grado di autonomia* con cui ciascun istituto scolastico ha inteso (o intende) interpretare il proprio ruolo rispetto alle prerogative stabilite dalla normativa nazionale, perseguendo uno degli obiettivi formativi specifici della nuova programmazione triennale dell'offerta formativa, che dell'autonomia evidenzia una delle possibili declinazioni, ossia la c.d. autonomia di interazione con il contesto.

Ed in vero l'art. 1, comma 9, lett. *m*, della l. n. 107 del 2015, fa riferimento alla «valorizzazione della scuola intesa come comunità attiva, aperta al territorio e

³ Su tale profilo si rinvia alle puntuali riflessioni, svolte in una prospettiva *de iure condendo*, di A. ROMEO, *Autonomia scolastica e diritti fondamentali*, in questa *Rivista*.

⁴ Per una chiave di lettura della riforma *in itinere*, volta a sottolineare, con una ricostruzione teorica degli 'anelli istituzionali' presenti nel sistema delle relazioni tra i livelli di governo, le novità maggiormente in linea con il principio della pari dignità costituzionale, cfr. Q. CAMERLENGO, *Stato, Regioni ed enti locali come «istituzioni parimenti repubblicane». Dai «livelli di governo» agli «anelli istituzionali»*, in *Le Regioni*, 2016, 46 ss.. Le possibili conseguenze del disegno riformatore sono efficacemente puntualizzate, con particolare riferimento alla materia dei servizi pubblici, dalla dottrina più recente; si v., per tutti, G. GARDINI, *Crisi e nuove forme di governo territoriale*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2015, 533 ss., che tratteggia il seguente scenario: «i Comuni diventano le particelle essenziali e indifferenziate del sistema amministrativo, l'area vasta diviene espressione indiretta dei Comuni e si espone alla contaminazione degli interessi di prossimità, le Regioni si trasformano in apparati di macro-amministrazione e perdono completamente l'alta funzione di indirizzo».

⁵ Come quelli recentemente condotti da G. CITRONI - A. LIPPI - S. PROFETI, *Il governo regionale dei servizi pubblici locali: quali strumenti?*, in *Le Regioni* 2015, 4, 903 ss. Cfr., pure, A. PISANÒ, *Misurare i diritti umani. Le standards-based measures con approccio de facto*, in *Pol. dir.*, 2014, 297 ss.

in grado di sviluppare e di aumentare l'interazione con le famiglie e con la comunità locale, comprese le organizzazioni del terzo settore e le imprese».

Del pari, queste indagini risulterebbero utili nell'accertare anche la *maggior* o *minore centralità* che le istituzioni scolastiche si sono riservate nel quadro della *governance territoriale* dei servizi, verificando:

- sia il ruolo decisivo del dirigente scolastico che, ai sensi dell'art. 1, comma 5, della legge cit., nell'istruttoria della predisposizione del Piano (ora) triennale dell'offerta formativa, «promuove i necessari rapporti con gli Enti locali e con le diverse realtà istituzionali, culturali, sociali ed economiche operanti nel territorio; e tiene conto, altresì, delle proposte e dei pareri formulati dagli organismi e dalle associazioni dei genitori e, per le scuole secondarie superiori, degli studenti»;

- sia la portata delle concrete iniziative poste in essere dalle istituzioni scolastiche e dagli enti locali per la promozione, ai sensi dell'art. 1, comma 22, di attività educative, ricreative, culturali, artistiche e sportive da svolgere presso gli edifici scolastici, nei periodi di sospensione dell'attività didattica, anche in collaborazione con le famiglie interessate e con le realtà associative del territorio e del terzo settore.

Siffatta prospettiva d'indagine potrebbe consentire di prevedere in anticipo le diverse soluzioni che le istituzioni scolastiche andranno via via assumendo rispetto all'opzione – messa già a fuoco nel fondamentale insegnamento di Pototsching – tra scuola (intesa solo come) organizzazione, dominata da una struttura burocratica, da un parte, e scuola-comunità, volta a favorire una gestione democratica e partecipata, dall'altra parte⁶.

L'esatta precognizione, nei termini il più possibile precisi, di un tale scenario, risulterebbe quanto mai utile ai fini della elaborazione dei necessari strumenti di coordinamento fra le varie funzioni ed i vari livelli.

2. *L'ambito di nuove ed inedite forme di collaborazione*

Per agevolare il dialogo fra i variegati elementi dello scenario così delineato – in attesa di conoscere gli sviluppi, paralleli o forse 'intrecciati', delle importanti riforme italiane prima richiamate – si ritiene di potere assegnare sin da subito un ruolo centrale agli strumenti pattizi (convenzioni, intese, ecc.), che potrebbero essere proficuamente impiegati con riguardo alle nuove realtà delle Città metro-

⁶ Cfr. U. POTOTSCHNIG, *Un nuovo rapporto tra amministrazione e scuola*, in *Riv. giur. Scuola*, 1975, 248 ss. Per il diretto influsso che l'opinione, secondo la quale la scuola sarebbe una delle formazioni sociali riconosciuta dalla Costituzione come comunità preordinata allo sviluppo dell'intera società civile, eserciterebbe sulla disciplina per il reclutamento del personale insegnante, cfr. A. TIGANO, *Il reclutamento del personale insegnante*, in *I decreti delegati sulla scuola (Il personale – Le Regioni)*, Milano, 1978, 243 ss.

politane⁷, non a caso interessate dal provvedimento del MIUR, allo scopo di regolare flessibilmente profili funzionali, organizzativi, finanziari.

Le aree destinatarie degli interventi sono le Città metropolitane con la più densa popolazione scolastica delle quattro Regioni caratterizzate dal maggior numero di abbandoni, di studenti non ammessi, di ripetenti e di alunni stranieri, ossia Roma Capitale, Milano, Napoli e Palermo⁸.

Ai sensi del comma 3 dell'art. 1, della legge prima richiamata, le «iniziative [...] possono essere effettuate in raccordo con analoghe iniziative realizzate da altri soggetti, sia pubblici che privati e del privato sociale, del *non profit* ed altri, anche al fine di consolidarne l'esperienza e di estenderne e potenziarne l'impatto,

⁷ Sul tema, cfr. L. VANDELLI, *L'innovazione del governo locale alla prova: uno sguardo comparato agli Statuti delle Città metropolitane*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2014, numero speciale, 213 ss. In particolare, circa i diversi livelli di governo interessati dal riassetto delle competenze amministrative connesso al processo di attuazione della l. 7 aprile 2014 n.56 (nota come legge Delrio), C. TUBERTINI, *L'attuazione regionale della l. 56/2014: verso un nuovo assetto delle funzioni amministrative*, in *Le Regioni*, 2016, sottolinea la tendenza, emersa in alcune esperienze regionali, a riconoscere ed a valorizzare il ruolo della Città metropolitana quale «interlocutore nelle scelte strategiche relative allo sviluppo del territorio regionale». «Ne rappresentano un chiaro riflesso – prosegue l'A. – la previsione della partecipazione delle Città metropolitane ai provvedimenti di adozione dei principali atti di programmazione regionale (piano regionale di sviluppo, piano territoriale regionale), nonché la creazione di sedi e momenti di concertazione bilaterale Regione-Città metropolitana (Intese generali quadro, Conferenze Regione-Città metropolitana), oltre che la valorizzazione delle Città metropolitane nella definizione dei principi e criteri cui orientare la puntuale individuazione delle sue funzioni. La reale efficacia di queste nuove sedi e meccanismi di cooperazione [...] resta, naturalmente, tutta da testare». Sempre secondo l'A., infatti, «la vera sfida della riforma è un riordino delle funzioni che affianchi all'individuazione dell'ente subentrante anche un ripensamento delle modalità di esercizio delle funzioni stesse secondo criteri di efficienza, economicità, non sovrapposizione. Questa prospettiva è colta in più di una legge regionale, dove si esplicita il nesso funzionale tra riordino e miglioramento delle prestazioni, semplificazione, efficienza dei processi decisionali, organizzativi e gestionali».

⁸ Una possibile chiave di lettura delle ragioni per cui la Città metropolitana verrebbe privilegiata come destinataria dei finanziamenti ministeriali in esame, può rinvenirsi in G. PIPERATA, *I poteri locali: da sistema autonomo a modello razionale e sostenibile?*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2012, 503 ss., che ricollega soprattutto alla crisi economica, la scelta di molti Paesi di rivedere la natura, i caratteri, le dimensioni e i compiti dei poteri locali, in una prospettiva di arretramento dell'autonomia, della sussidiarietà, della democraticità degli organi di governo, a favore della logica del buon andamento, dell'efficienza e dell'economicità. Secondo l'A., «l'autonomia dei poteri locali sembra “venire dopo”; appare, cioè, condizionata dalla necessaria sussistenza di alcuni elementi, territoriali, funzionali, dimensionali, che rendono razionale, sostenibile e giustificabile la presenza di un livello amministrativo di governo e la sua azione. Insomma, agli enti locali, al fine di giustificare il loro ruolo, non può essere solo richiesta una prova di “vitalità”, come diceva M.S. Giannini; ma questi, stando ai nuovi criteri introdotti recentemente, devono dimostrare di rispondere a modelli organizzativi razionali e essere dimensionalmente, demograficamente ed economicamente sostenibili». Più in generale, con riguardo al processo di istituzione delle Città metropolitane, cfr. V. CERULLI IRELLI, *L'istituzione della città metropolitana*, in *www.astrid-online.it*; G. PANASSIDI, *La città metropolitana nel decreto legge sulla spending review*, in *www.lexitalia.it*, n. 9/2012.

e devono tenere conto delle iniziative eventualmente attivate al medesimo fine dagli enti locali. I soggetti privati di cui al periodo precedente devono essere individuati nel rispetto dei principi di concorrenza, trasparenza e non discriminazione».

L'articolo 5, sempre della stessa legge, nell'indicare le priorità d'intervento, fa riferimento: a) alla prevenzione del disagio causa di abbandoni scolastici, b) al rafforzamento delle competenze di base, c) all'integrazione degli alunni di cittadinanza non italiana, quali tipologie delle iniziative didattiche ed educative da inserire in ciascun progetto. Il comma 3 dello stesso articolo fissa, altresì, le caratteristiche metodologiche e didattiche, quali, in particolare: la progettazione partecipata ed integrata con il contesto territoriale, con il piano triennale dell'offerta formativa e con una didattica complementare a quella della classe; la realizzazione all'interno dei moduli didattici di percorsi personalizzanti, incentrati sui bisogni e sulla potenzialità di ogni alunno, quale mezzo di acquisizione delle strumentalità irrinunciabili e di prevenzione della dispersione scolastica; la definizione di specifici percorsi in risposta ai bisogni degli studenti di recente immigrazione e a quelli degli studenti di seconda generazione; ed infine, con riguardo alle attività rivolte a tutti gli studenti: la progettazione partecipata e condivisa con le famiglie e, per il biennio delle scuole secondarie di II grado, con gli studenti⁹.

Gli ambiti tematici delle attività, come individuati dal successivo comma 5, concernono l'avvio di progetti per favorire l'autoimprenditorialità in relazione ai diversi percorsi di studio; ed ancora: l'organizzazione di attività di avvicinamento alla musica, alla conoscenza e all'uso di uno o più strumenti musicali e incremento della dotazione di sale musicali nelle istituzioni scolastiche statali, se strumen-

⁹ Per una ricostruzione della nozione di prestazioni amministrative – come quelle che formano oggetto degli interventi elencati nel «Piano Nazionale per la prevenzione della dispersione scolastica nelle periferie», in esame – strettamente legate a situazioni di bisogno differenziate e attualizzate, nelle quali rileva come predominante il momento della personalizzazione degli interventi, implicante un «rapporto umano» arricchito da sentimenti di prossimità, sia consentito rinviare a V. BERLINGÒ, *La nozione di servizio sociale e la qualificazione giuridica della pretese a ricevere le prestazioni di cui alla legge n. 328 del 2000*, in questa *Rivista* 2005, 687 ss.; ma anche a V. MOLASCHI, *I rapporti di prestazione nei servizi sociali. Livelli essenziali delle prestazioni e situazioni giuridiche soggettive*, Torino, 2008; nonché a F. MANGANARO, *Combattere povertà ed esclusione: ruolo e responsabilità delle amministrazioni e delle comunità locali e subnazionali*, in *Dir. econ.*, 2003, 286 e F. FRACCHIA, *Combattere povertà ed esclusione: ruolo, strategie e strumenti per i soggetti pubblici*, in *Dir. econ.*, 2004, 63. Con specifico riferimento ai diritti sociali degli immigrati, cfr. A. ZITO, *Beni primari, diritti sociali degli immigrati e ruolo delle pubbliche amministrazioni*, in questa *Rivista*, 2013, 223 ss.

Per un più recente sviluppo di tale impostazione teorica, cfr. E. LONGO, *Le relazioni come fattore costitutivo dei diritti sociali*, in *D&S*, 2014, 71 ss.; E. ROSSI, *La sostenibilità del Welfare al tempo della crisi. Una proposta*, in *D&S*, 2014, 1 ss.; T. VECCHIATO, *Verso nuovi diritti e doveri sociali: la sfida del welfare generativo*, in *D&S*, 2014, 153 ss., che individuano una dimensione “generativa” degli interventi pubblici di promozione e tutela dei diritti sociali di cittadinanza, per rappresentare il superamento della concezione meramente distributiva del *welfare* a favore di una diversa configurazione del rapporto tra riconoscimento dei diritti sociali e adempimento dei doveri di solidarietà sociale ed economica.

tali al progetto didattico; la programmazione di attività sportive; l'allestimento di laboratori artistico-espressivi sulla *street-art* e sulle arti del '900; la realizzazione di materiali multimediali, cortometraggi, video, fotografie; la promozione dell'inserimento del cinema e del teatro a scuola; la promozione e la sensibilizzazione della lettura, attraverso esperienze coinvolgenti per gli studenti, come attività di *reading* pubbliche di opere degli studenti o incontri con scrittori italiani ed altre attività simili; ed infine: l'organizzazione di laboratori per la conoscenza delle caratteristiche del territorio di appartenenza, con studi dedicati al proprio quartiere ed iniziative per la sensibilizzazione alla partecipazione attiva e responsabile alla vita della città e all'educazione alla legalità in tutte le sue forme.

Con specifico riferimento al partenariato, ai sensi dell'articolo 6, i «progetti presentati possono prevedere la collaborazione con altre istituzioni scolastiche, enti locali, istituzioni universitarie, associazioni e fondazioni *non-profit*, cooperative di educatori professionali, associazioni iscritte al *forum* delle associazioni studentesche e dei genitori di cui al D.P.R. n. 301/2005 maggiormente rappresentative, tra le cui finalità statutarie rientrano l'aiuto allo studio, l'aggregazione giovanile e il recupero da situazioni di disagio. I partenariati possono coinvolgere fino a tre soggetti esterni. Alla scuola, in ogni caso, spetta la titolarità e il coordinamento delle azioni progettate e della riflessione *in itinere* svolta sistematicamente con tutti gli attori coinvolti sull'impatto nonché della documentazione e dell'autovalutazione. Tutti i soggetti coinvolti devono essere presenti e operare nel contesto di riferimento dell'istituzione scolastica che presenta il progetto. I soggetti, di cui al comma precedente, devono essere individuati nel rispetto ai principi di concorrenza, trasparenza e non discriminazione».

3. *Alcune postille sulle sinergie Scuola/Territorio*

A fronte delle derive, sempre più spesso denunciate a livello sovranazionale, connesse all'affermarsi di un approccio volto ad inquadrare lo studente, all'interno dei sistemi educativi offerti dai sempre più numerosi istituti privati, come un 'consumatore', piuttosto che come titolare di un diritto, e a considerare l'istruzione stessa come un 'bene di consumo', la l. n. 107 del 2015 e il *Fondo nazionale per la prevenzione della dispersione scolastica nelle periferie*, che di essa ne è attuazione, possono senz'altro ascrivere ad un *trend* inverso.

Nei recenti Rapporti del Relatore speciale sul diritto all'istruzione delle Nazioni Unite, infatti, espressioni ricorrenti («*emergence of a quasi-market phenomenon*», «*State withdrawal in favour of privatization*», «*market-anchored conceptions of schooling*», «*the commercialization of education and its unfettered liberalization, open to operators for lucrative purposes or objectives*»), connesse alla circostanza che l'accesso alle scuole private risulta sovente subordinato alla capacità economica di pagare rette molto

elevate, sono accostate dalla dottrina ad un dilagante fenomeno di *mercificazione* del diritto all'educazione¹⁰, suscettibile di pregiudizio delle *core obligations* proprie del diritto all'istruzione, che gli Stati non possono ritenersi legittimati a derogare.

Non si può, del resto, trascurare il dato che la politica sociale, inclusa quella dell'istruzione, sia oggi il risultato della interazione di una pluralità di fonti di livello nazionale, sovranazionale e internazionale. La compresenza di disposizioni fondate su sistemi giuridici caratterizzati da obiettivi parzialmente difformi, ha evidenziato l'esigenza di individuare meccanismi di coordinamento ed armonizzazione che assicurino coerenza negli ordinamenti nazionali¹¹ e quindi ha condotto all'introduzione di limiti – posti dalle norme di diritto internazionale e dal diritto dell'Unione europea in materia di diritti sociali – alla capacità degli Stati di adottare misure c.d. regressive. A tal fine, si è individuato un nucleo minimo di obblighi che gli Stati sono tenuti a rispettare in ogni circostanza, senza potere utilmente invocare la riduzione delle risorse disponibili per giustificare eventuali deroghe¹².

Per converso, le clausole di salvaguardia della competenza degli ordinamenti nazionali in materia di politiche sociali non solo limitano l'intervento del meccanismo di protezione, convenzionale o europeo, ai soli casi in cui gli stessi ordinamenti nazionali risultino carenti nel garantire la tutela minima, ma si prestano a generare potenziali conflitti tra ordinamenti, a fronte di una coesistenza di prescrizioni minime da rispettare a livello convenzionale e sovranazionale, quand'anche si tratti di obblighi insostenibili da parte degli Stati membri.

Ne consegue che la Corte di Strasburgo – la cui competenza si fonda ora sull'art. 154, par. 4, del TFUE, che impone la compatibilità del 'migliore' trattamento nazionale con il Trattato, anche qualora, come appena detto, contraddica il diritto convenzionale – si è orientata nel senso di enucleare solo un nocciolo duro di tutela attorno ai diritti fondamentali, con il riconoscimento di un livello di prestazione minima¹³.

¹⁰ Per un puntuale esame cfr. Nazioni Unite, Consiglio dei diritti umani, *Report of the Special Rapporteur on the Right to Education, Kishore Singh – Privatization and the right to education*, UN Doc. A/69/402 del 24 settembre 2014; Nazioni Unite, Consiglio dei diritti umani, *Report of the Special Rapporteur on the Right to Education, Kishore Singh – Protecting education against commercialization*, UN Doc. A/HRC/29/30, del 10 giugno 2015; e ancora: M. PACE, *'Mercificazione' dell'istruzione e salvaguardia del diritto all'educazione nei recenti Rapporti del Relatore speciale sul diritto all'istruzione*, in *Dir.um. e dir. intern.*, 2015, 453 ss., che, a sua volta, rinvia a J. ZAJDA, *Decentralization and Privatization in Education: the Role of the State*, Dordrecht, 2006; C. FOCARELLI, *La mercificazione dell'istruzione universitaria nel sistema economico mondiale*, in *Ragion pratica*, 2011, 213 ss.

¹¹ D. RUSSO, *L'armonizzazione della politica sociale attraverso prescrizioni minime internazionali ed europee*, in *Riv. dir. intern.*, 2012, 762 ss.

¹² Cfr. F. COSTAMAGNA, *Riduzione delle risorse disponibili e abbassamento dei livelli di tutela dei diritti sociali: il rispetto del nucleo minimo quale limite all'adozione di misure regressive*, in *Dir. um. e dir. intern.*, 2014, 371 ss.

¹³ F. SAITTO, *La 'solitudine' delle corti costituzionali? Sindacato sulle misure di austerità e protezione dei*

Tale istanza di tutela risulta notevolmente acuita dall'impatto che la crisi economica e finanziaria dispiega sulla capacità degli Stati di fornire una effettiva garanzia (anche) del diritto all'istruzione.

In un quadro generale caratterizzato dall'ondata di privatizzazioni che ha investito il settore dell'istruzione, il tendenziale 'sfavore' con cui il Relatore speciale delle Nazioni Unite, come sopra riferito, guarda al sostegno pubblico degli enti privati di istruzione sembra, da ultimo, avere influenzato (almeno nelle conclusioni) pure la Sez. VI del Consiglio di Stato italiano, che – chiamato a identificare le scuole paritarie erogatrici di un servizio scolastico “senza fini di lucro”, quali destinatarie di contributi pubblici in via prioritaria rispetto alle altre scuole paritarie – ha affermato, con la decisione del 28 gennaio 2016, n. 292, come debbano «considerarsi tali le scuole paritarie che svolgono il servizio scolastico senza corrispettivo, vale a dire a titolo gratuito, o dietro versamento di un corrispettivo solo simbolico per il servizio scolastico prestato, o comunque di un corrispettivo tale da coprire solamente una frazione del costo effettivo del servizio», dovendo, *a contrario*, il pagamento di rette di importo non minimo essere considerato fatto rivelatore dell'esercizio di un'attività con modalità commerciali¹⁴.

Tali pronunciamenti, tuttavia, rischiano di relegare il diritto all'istruzione ad una tutela intesa in senso riduttivo, in grado di fornire risposte alle sole istanze di uguaglianza formale e di sicurezza sociale, con interventi corrispondenti ad un perenne «stato di eccezione».

diritti sociali tra giudici nazionali e Corte CEDU, in *Dir. pubbl.*, 2016, 421 ss.; analoga sottolineatura si deve di recente anche a L. DE LUCIA, 'Pastorato' e 'disciplinamento' nella governance economica europea. *Diritto e razionalità economica a seguito della crisi*, in *Dir. pubbl.*, 2015, pp. 867 ss.

¹⁴ Secondo il *dictum* del Supremo Organo di giustizia amministrativa, va ritenuto illegittimo l'art. 4 del d.m. n. 46 del 2013 nella parte in cui identifica le scuole paritarie che svolgono il servizio scolastico “senza fini di lucro”, quali destinatarie di contributi pubblici in via prioritaria rispetto alle altre scuole paritarie, ai sensi dell'art. 1, comma 636, della legge 27 dicembre 2006, n. 296 (legge finanziaria 2007), con le scuole paritarie “gestite da soggetti giuridici senza fini di lucro”, seguendo così il criterio “soggettivo-formale” della natura giuridica dell'ente gestore, «anziché fare applicazione del criterio “oggettivo” – coerente con la giurisprudenza euro-unitaria in materia di aiuti di Stato, e con la giurisprudenza nazionale [...] -, in base al quale il fine di lucro della scuola paritaria va posto in correlazione diretta con le caratteristiche, economico-commerciali, o meno, dell'attività esercitata, e non, come detto, con la natura dell'ente; sicché, diversamente da quanto stabilito nel citato art. 4 del decreto impugnato in primo grado, per scuole paritarie senza scopi di lucro, ai fini dell'erogazione di contributi pubblici in via prioritaria, non devono intendersi quelle gestite da soggetti giuridici senza fini di lucro, e neppure possono essere presi in considerazione gli istituti ammessi a produrre utilità apprezzabili sul piano economico, ossia contrassegnati dalla presenza di “lucro in senso oggettivo” ma assoggettati al divieto di distribuzione degli eventuali utili in favore di amministratori o soci (c. d. “assenza di lucro soggettivo”), ma debbono considerarsi tali le scuole paritarie che svolgono il servizio scolastico senza corrispettivo, vale a dire a titolo gratuito, o dietro versamento di un corrispettivo solo simbolico per il servizio scolastico prestato, o comunque di un corrispettivo tale da coprire solamente una frazione del costo effettivo del servizio, dovendo, in questo contesto, il pagamento di rette di importo non minimo essere considerato fatto rivelatore dell'esercizio di un'attività con modalità commerciali». Per un primo commento, v. N. COLAIANNI, *La fine della sublimazione del lucro (scuole paritarie ed enti ecclesiastici)*, in *www.statochiese.it*, n. 10/2016.

Il decreto ministeriale n. 273 del 2016 sembra, per inverso, potersi ascrivere ad un opposto indirizzo che, in linea con il riconoscimento del carattere ‘multidimensionale’ (e non già minimale) del diritto all’educazione, di cui anche al *General Comment No. 13* del Comitato sui diritti economici sociali e culturali, consente di sciogliere l’opzione, sopra richiamata, a favore della scuola-comunità. Il positivo apporto di questo indirizzo può rinvenirsi nella produzione di utilità sociali, nonché di benefici e di vantaggi additivi, frutto delle sinergie di reciprocità indotte dalle particolari relazioni che si instaurano fra i diversi attori coinvolti nell’erogazione del servizio (inclusi i promotori di libere e spontanee iniziative di solidarietà nel territorio) ed i fruitori-studenti, ossia può cogliersi in quel tipo di utilità che la dottrina ha inteso ascrivere alla categoria dei *beni relazionali*¹⁵.

Il che può spiegare le ragioni per cui, in forza di questi esiti virtuosi ed apprezzabili, il Piano di prevenzione della dispersione scolastica nelle periferie collega un adeguato contributo economico.

Abstract

For a new cooperation between school and territory: National Plan for the prevention of school dropouts in the suburbs

by Vittoria Berlingò

This essay was inspired by adoption of the Ministerial Decree April 27th, 2016, n° 273, bearing the «*National Plan for the prevention of school dropouts in the suburbs*», to deepen, also in a supranational perspective, the reasons and the nature of the activities listed therein. The Author proposes, in particular, to be found in the so called autonomy of interaction with the context – that of school autonomy, as most recently regulated by the Law July 13th, 2015, n° 107, entitled «*Reform of the national education and training system and powers in the reorganization of existing laws*», highlights one of the possible types – the most suitable breeding ground for the production of social utility, as well as the benefits and advantages, result in a reciprocal synergy through special relations that are established between the various players involved in the funded activities and the users-students, the benefits and advantages that justify the ministerial funding.

¹⁵ Per un primo approccio giuridico allo studio dei beni relazionali si consenta il rinvio a V. BERLINGÒ, *Beni relazionali. L'apporto dei fatti di sentimento all'organizzazione dei servizi sociali*, Milano, 2010, in cui si è inteso dimostrare come ad una tale ricostruzione possa giovare, ed offrire un congruo sostegno, una più matura configurazione delle manifestazioni della sfera affettiva, quale quella elaborata dalla teoria generale del diritto nelle sue più avvertite ed aggiornate espressioni. Il riferimento è a FALZEA A., *Fatto di sentimento*, in *Voci di teoria generale del diritto*, Milano, 1985, 541 ss. Per un primo, ma penetrante, sondaggio delle connessioni fra la realtà (immateriale) soggettiva della psiche umana e quella (materiale) oggettiva del comportamento esterno dei soggetti di diritto, si v. pure PUGLIATTI S., *Animus*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 437-460.

Una postilla su una delle novità introdotte dall'art. 84 del codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016). L'obbligo delle stazioni appaltanti di controllare anche gli attestati di qualificazione rilasciati alle imprese dalle SOA

di Cristiano Celone

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La precedente disciplina ed i differenti indirizzi della dottrina. – 3. L'art. 84 del nuovo codice impone alle stazioni appaltanti di controllare i requisiti di qualificazione delle imprese attestati dalle SOA.

1. Premessa

Tra le novità introdotte dal nuovo codice dei contratti pubblici a proposito dei requisiti di qualificazione delle imprese che intendono aggiudicarsi lavori pubblici di importo pari o superiore a 150.000 euro - in cui si conferma, sebbene in modo non definitivo¹, il precedente sistema unico di qualificazione, basato sulle attestazioni rilasciate dalle SOA (a loro volta) autorizzate dall'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) - ve n'è una, all'art. 84², meno evidente e significativa rispetto a quella concernente l'attribuzione all'ANAC di un ampio potere di regolamentazione della materia. Mi riferisco alla disposizione di cui al comma 6, che prevede, tra l'altro, l'obbligo a carico delle stazioni appaltanti di effettuare controlli, almeno a campione e secondo modalità predeterminate, sulla sussistenza dei requisiti oggetto degli attestati di qualificazione rilasciati dalle SOA alle imprese.

La previsione di siffatto *obbligo* di controllo posto a carico della stazione appaltante merita anch'esso di essere sottolineato, se non altro perché risolve gli orientamenti contrastanti espressi in passato dalla dottrina sulla questione.

¹ Dal momento che il legislatore, al comma 3, ha imposto all'ANAC, entro tre mesi dalla data di entrata in vigore del codice, una ricognizione straordinaria ed una relazione al Governo ed alle Camere sull'attuale regime organizzativo e funzionale degli organismi di attestazione, al fine di decidere eventuali interventi di riforma in materia. Così come, sulla stessa linea, all'ultimo comma dello stesso articolo, ha previsto che, entro un anno dalla data di entrata in vigore del codice, siano individuate con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, su proposta dell'ANAC, sentite le competenti Commissioni parlamentari, modalità di qualificazione, anche alternative o sperimentali, da parte di stazioni appaltanti ritenute particolarmente qualificate (ai sensi dell'articolo 38), e ciò al precipuo scopo di «migliorare l'effettività delle verifiche e conseguentemente la qualità e la moralità delle prestazioni degli operatori economici, se del caso attraverso un graduale superamento del sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici».

² Per un'analisi dell'art. 84 e delle novità in esso contenute, sia consentito rinviare a C. CELO-NE, in *Commentario al nuovo Codice degli Appalti e delle Concessioni*, a cura di G. M. Esposito, Padova, in corso di pubblicazione.

2. *La precedente disciplina ed i differenti indirizzi della dottrina*

Nel precedente regime riguardante gli appalti di lavori di importo superiore a 150.000 euro non era chiaro, infatti, se, al di là dell'ANAC e, prima di essa, dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici (AVCP)³, anche le stazioni appaltanti potessero controllare ed eventualmente contestare la sussistenza dei requisiti di partecipazione e di qualificazione attestati dalle SOA.

Secondo una parte della dottrina, le stazioni appaltanti non avrebbero potuto procedere a verifiche autonome dei contenuti dell'attestazione SOA, essendo tenute, *ex lege*, a considerarli come veritieri⁴, dovendosi limitare soltanto ad effettuare un controllo esterno e formale circa il possesso o meno dell'attestato, la sua autenticità e validità temporale⁵.

Nello stesso senso si era orientata l'AVCP, nella determinazione n. 1 del 15 gennaio 2014, contenente le linee guida per l'applicazione dell'art. 48 del codice previgente (d.lgs. n. 163/2006), dedicato ai controlli delle stazioni appaltanti sul possesso da parte delle imprese partecipanti alle gare dei requisiti di capacità tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria. L'Autorità, nello specifico, aveva affermato, con riferimento agli appalti di lavori pubblici di importo superiore a 150.000 euro, sia l'obbligatorietà dell'attestazione rilasciata dalle SOA, sia che la stessa è condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dell'esistenza dei requisiti speciali di qualificazione ai fini dell'affidamento di lavori. Con conseguente inapplicabilità della procedura di verifica di cui all'art. 48. E ciò in quanto l'attestato SOA costituisce, in questo caso, la prova del possesso dei suddetti

³ Per un'analisi sistematica dei profili organizzativi e funzionali dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, sia consentito rinviare a C. CELONE, *La funzione di vigilanza e regolazione dell'Autorità sui contratti pubblici*, Milano, 2012.

⁴ A. BENEDETTI, *Certezza pubblica e "certezze" private. Poteri pubblici e certificazioni di mercato*, Milano, 2010, 157; P. MANTINI, *Nel cantiere dei nuovi appalti pubblici. Semplificazione, efficienza, concorrenza, anticorruzione*, Milano, 2015, 206. Sulla stessa linea, H. GARUZZO, *Qualificazione per eseguire lavori pubblici*, in *Commentario al codice dei contratti pubblici*, diretto da G. F. Ferrari e G. Morbidelli, Milano, 2013, 697, 726-727, secondo la quale, il controllo (sia preventivo, sia successivo) da parte delle stazioni appaltanti sul possesso da parte delle imprese partecipanti alle gare dei requisiti di qualificazione ha ad oggetto soltanto gli appalti di lavori di importo pari o inferiore a euro 150.000, oppure quelli di importo superiore a euro 20.658.000,00, per i quali sono chiesti requisiti aggiuntivi rispetto all'attestazione SOA; mentre, per i lavori pubblici di importo superiore a 150.000 euro e fino a euro 20.658.000,00, il possesso dell'attestazione SOA costituisce condizione necessaria e sufficiente ai fini dell'affidamento degli stessi. In questi termini anche la giurisprudenza: T.A.R. Milano, sez. I, 4 settembre 2012, n. 2219; Consiglio di Stato, sez. IV, 19 ottobre 2007, n. 5470; T.A.R. Roma, sez. III, 24 maggio 2005, n. 4116; T.A.R. Roma, sez. III, 9 giugno 2004, n. 5418; T.A.R. Bari, sez. I, 29 ottobre 2003, n. 3997.

⁵ R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2004, 250, «una volta entrato a regime il nuovo sistema di qualificazione incentrato sull'attestazione rilasciata dalle SOA, il controllo a campione [da parte delle stazioni appaltanti] si riduce al controllo del possesso o meno dell'attestazione stessa, nonché della sua autenticità e validità temporale».

requisiti, mentre, le stazioni appaltanti si devono limitare a verificarne il possesso e la validità temporale in capo a tutti i concorrenti, mediante accesso alla Banca dati nazionale dei contratti pubblici⁶.

Altra parte della dottrina distingueva, invece, l'accertamento da parte della SOA dei requisiti morali di partecipazione, di ordine generale e di idoneità professionale, previsti dagli articoli 38 e 39 del precedente codice, in quanto riteneva che questo non sostituisse il successivo esame degli stessi da parte della stazione appaltante, in capo alla quale permaneva un potere di apprezzamento circa la loro sussistenza, secondo quanto previsto dallo stesso art. 38; dalla certificazione dei requisiti speciali di qualificazione, di ordine economico-finanziario e tecnico-organizzativo, rispetto alla quale considerava che l'attestato SOA avesse, al contrario, un rilievo esaustivo, decisivo e vincolante per la stazione appaltante, che al riguardo non avrebbe avuto alcun margine di valutazione discrezionale⁷.

Secondo un altro orientamento, infine, le Commissioni aggiudicatrici avrebbero ben potuto effettuare un controllo effettivo su tutto il contenuto dell'attestazione SOA. Questa dottrina rifiutava un approccio formalistico al sistema di qualificazione, ritenendo che ciascuna Commissione sarebbe stata legittimata a spingersi sino alla verifica dell'esistenza della certificazione di qualità, attraverso l'esame del contenuto dell'attestato SOA⁸.

D'altra parte, anche in base all'art. 40, del vecchio codice, che, al comma 9, recitava «Le attestazioni rilasciate dalle SOA devono indicare espressamente le referenze che hanno permesso il rilascio dell'attestazione e i dati da esse risultanti

⁶ Determinazione dell'AVCP n. 1 del 15 gennaio 2014 (pubblicata in Gazzetta Ufficiale n. 34 del 11.02.2014), *Linee guida per l'applicazione dell'art. 48 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163*, in *www.anticorruzione.it*. Un'eccezione alla regola sopra enunciata era prevista dall'art. 61, co. 6, del Regolamento (d.P.R. n. 207/2010), ove, per gli appalti di lavori di importo superiore ad euro 20.658.000, il concorrente, oltre a possedere l'attestazione SOA nella categoria richiesta con classifica VIII (appalti di importo illimitato), doveva realizzare, nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando, una cifra di affari, ottenuta con lavori svolti mediante attività diretta ed indiretta, non inferiore a 2,5 volte l'importo a base di gara. Tale ultimo requisito, infatti, era soggetto, in gara, alla verifica *obbligatoria* da parte delle stazioni appaltanti, ai sensi dell'art. 48. La predetta norma regolamentare, tuttavia, può considerarsi implicitamente abrogata per incompatibilità con quanto disposto oggi dall'art. 84, che, al comma 7, rimette, al contrario, alla *discrezionalità* della stazione appaltante la decisione di richiedere alle imprese, per gli appalti di lavori di importo pari o superiore a 20 milioni di euro, requisiti di qualificazione ulteriori rispetto all'attestazione SOA.

⁷ G. BERGONZINI, *I requisiti di partecipazione agli appalti pubblici*, in *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, a cura di R. Villata, M. Bertolissi, V. Domenichelli, G. Sala, Padova, 2014, tomo I, 343-346.

⁸ G. PESCE, *Requisiti di partecipazione, accesso alle gare pubbliche e riflessi sulla tutela della concorrenza tra le imprese*, in *Commentario al codice dei contratti pubblici*, a cura di M. Clarich, 2010, 305-306. *Contra*, H. GARUZZO, *Qualificazione per eseguire lavori pubblici*, cit., 697, la quale afferma che la stazione appaltante non può che rimettersi al contenuto dell'attestato di qualificazione SOA, che la richiesta da parte dell'amministrazione aggiudicatrice di documenti o informazioni complementari, prevista dall'art. 46, non può incidere né sulla forma né sul contenuto dell'atto.

non possono essere contestati immotivatamente», la stazione appaltante avrebbe potuto, a ben vedere, controllare ed eventualmente contestare motivatamente i contenuti dell'attestazione SOA.

Sulla stessa linea si poneva anche la norma contenuta nell'art. 46, laddove, al primo comma, stabiliva «...le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati».

Del resto, il dovere della stazione appaltante di controllare e chiedere, laddove necessario, integrazioni e chiarimenti sulla documentazione amministrativa presentata dai concorrenti, deriva anche dai principi e dalle regole generali che sovrintendono l'istruttoria procedimentale, con i quali anche il codice dei contratti pubblici deve coordinarsi. Quindi, anche nella procedura di gara devono essere seguite le previsioni contenute nella legge n. 241/1990, che disciplinano in generale tutti i procedimenti amministrativi e che, all'art. 6, per quanto qui rileva, stabiliscono i compiti di accertamento e valutazione del responsabile del procedimento, che, in materia di appalti, non possono non riguardare i requisiti di partecipazione e qualificazione degli offerenti, anche quando quelli speciali siano stati già oggetto di attestazione da parte delle SOA.

3. *L'art. 84 del nuovo codice impone alle stazioni appaltanti di controllare i requisiti di qualificazione delle imprese attestati dalle SOA*

La disposizione del nuovo codice, non solo conferma l'orientamento dottrinale, che, nel vigore del preesistente regime, aveva affermato che non potesse essere negato un potere di riesame da parte della stazione appaltante del contenuto dell'attestato di qualificazione rilasciato dalla SOA, al fine di accertare l'effettiva sussistenza in capo alle imprese dei requisiti generali e speciali di qualificazione per la partecipazione alle gare, ma va anche oltre, in quanto impone alle stazioni appaltanti un vero e proprio *obbligo* di controllo sulla sussistenza dei requisiti di qualificazione attestati dalle SOA.

Nella nuova disciplina, quindi, verosimilmente per l'obiettivo difficoltà degli uffici dell'ANAC di effettuare un controllo capillare sugli appalti, il legislatore ha aggiunto ai controlli dell'Autorità indipendente sulla veridicità ed esattezza dei requisiti di qualificazione, quelli delle stazioni appaltanti.

Gli accertamenti della stazione appaltante devono essere svolti, in ogni caso, secondo modalità predeterminate, ma non devono riguardare necessariamente tutti i concorrenti, essendo previste al riguardo dalla legge verifiche «almeno a campione».

Le eventuali irregolarità riscontrate dalla stazione appaltante devono essere segnalate immediatamente all'ANAC, la quale ha il potere di disporre la sospen-

sione cautelare dell'efficacia dell'attestazione dei requisiti entro dieci giorni dalla ricezione dell'istanza.

In base alla formulazione della norma, non è chiaro, tuttavia, se il provvedimento di sospensione sia una conseguenza automatica della segnalazione di una possibile irregolarità, oppure, se esso possa essere adottato, come sarebbe preferibile, solo all'esito di un giudizio motivato.

In ogni caso, le definitive determinazioni circa l'eventuale annullamento dell'attestazione devono essere assunte dall'ANAC entro sessanta giorni, secondo modalità stabilite nelle linee guida che la stessa dovrà dettare al riguardo.

Il legislatore, infine, nell'ottica di incentivare i suddetti controlli da parte delle stazioni appaltanti, ha stabilito che gli stessi costituiscano elemento positivo di valutazione ai fini dell'attribuzione della premialità prevista dal nuovo sistema di qualificazione delle amministrazioni aggiudicatrici all'art. 38 del codice.

Abstract

A note on one of the new measures introduced by Article 84 of the Italian Public Procurements Code (Legislative decree No 50/2016). The obligation of contracting authorities to verify the qualification certificate of contractors issued by SOA

by Cristiano Celone

Article 84 of the new Italian Public Procurements Code, which (along with other provisions) sets out the qualification system for economic operators offering the execution of works for an amount equal to or over 150,000 Euro, introduces several new provisions. In addition to the widely publicised and certainly significant one attributing broad regulatory powers to ANAC (the Italian Independent Authority supervising public procurements), Article 84 imposes an obligation on contracting administrations to perform certain spot checks, in accordance with pre-agreed modalities, to verify the qualification requirements of contractors certified by SOA (Italian certification bodies established under public law).

The obligation now imposed on these administrations is certainly noteworthy, particularly as it finally reconciles the conflicting views expressed by scholars on this issue to date.

Gli strumenti finanziari derivati in mano pubblica¹

di Sara Forasassi

SOMMARIO: Parte I. – 1. Premessa. Il contesto giuridico ed economico di riferimento. – 2. Gli strumenti finanziari derivati: tipologie in ‘mano’ pubblica. – 3. Il quadro normativo. – 4. La capacità negoziale dell’Amministrazione e l’operatività in finanza derivata: i vincoli legislativi e l’interpretazione della Corte costituzionale. – 5. La giurisprudenza amministrativa si pronuncia sui derivati in mano pubblica: le questioni controverse.

PARTE I

1. *Premessa. Il contesto giuridico ed economico di riferimento*

La diffusione di strumenti finanziari derivati² rappresenta uno dei temi di cui maggiormente si è discusso a partire dai primi anni novanta³.

L’argomento ha suscitato grande interesse nell’opinione pubblica, nelle sedi istituzionali⁴ e in quelle accademiche - tra gli studiosi di discipli-

¹ Per ragioni redazionali il saggio è stato diviso in due parti. Per la lettura della seconda parte si rinvia al successivo numero della rivista.

² Rinviando al paragrafo successivo una più attenta analisi dei principali modelli di contratti derivati anche con riguardo all’ampia letteratura espressasi in argomento, ci si limita ad osservare in questa sede che essi sono strumenti finanziari e come tali, pur nella diversità anche strutturale che caratterizza la categoria e, all’interno di essa, ciascuna tipologia di prodotto derivato, scontano i rischi propri dei mercati finanziari. In mancanza di una compiuta nozione da parte del legislatore, essi sono definiti quali contratti che derivano il loro valore dal prezzo di una attività sottostante ovvero di un parametro di riferimento (es. titoli, merci, indici, tassi ecc.). In linea generale, si può sottolineare come le operazioni in finanza derivata siano indirizzate a creare un differenziale tra il valore dell’entità negoziale iniziale e quello che sarà il suo valore ad una certa scadenza preventivamente determinata.

³ Si evidenzia, fin da queste prime righe, come la diffusione degli strumenti finanziari derivati sia stata da più parti indicata come uno dei fattori che ha contribuito alla crisi finanziaria di questo inizio millennio ovvero, invertendo gli estremi, come la crisi finanziaria dell’ottobre 2008 abbia messo in luce il carattere eccessivamente rischioso di certi prodotti finanziari quali i derivati. Al riguardo, basti rinviare, in questa sede, a quanto osservato dalla Commissione europea, comunicazione 20 ottobre 2009, COM(2009)563 def., non pubblicata in Gazzetta ufficiale, *Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo, al Comitato delle regioni e alla Banca centrale europea. Garantire mercati dei derivati efficienti, sicuri e solidi: azioni strategiche future*, che se, da un lato, ha riconosciuto un utile ruolo dei derivati nell’economia in quanto «consentono di trasferire (integralmente o parzialmente) i rischi inerenti all’attività economica da agenti economici non disposti a sostenerli ad altri che lo sono», dall’altro lato, ha evidenziato: «tuttavia, (...) i derivati hanno anche contribuito alle turbolenze finanziarie, fatto che è passato inosservato a causa della mancanza di trasparenza del mercato, dove la maggior parte delle negoziazioni avviene fuori borsa (over the counter - OTC)». In questi termini, si veda anche G. MUSSARI, D. MONTI, A. MICOLI, *Gli strumenti della crisi: i derivati finanziari. Aspetti giuridici, tecnici e psicologici*, Avellino, 2011.

⁴ Ci si riferisce in particolare alle molteplici indagini e studi condotti a livello istituzionale per quanto concerne l’utilizzo da parte degli enti territoriali dei contratti derivati, più volte richiamati nello svolgimento della presente trattazione. Cfr., *ex multis*, *Indagine conoscitiva sull’utilizzo e la diffusione degli strumenti di finanza derivata e delle cartolarizzazioni nelle pubbliche amministrazioni*, presso la Commissione Finanze e Tesoro del Senato della

ne economiche *in primis* e poi anche tra gli studiosi di discipline giuridiche⁵.

Repubblica, XVI legislatura, avviata con la finalità di «*comprendere l'entità quantitativa dell'impatto sull'economia italiana di alcuni titoli un pò dubbi e farci anche un'idea, se possibile, di quanto incidono questi strumenti, non solo sulla finanza locale, ma su tutte le pubbliche amministrazioni, per poi valutare anche il loro eventuale impatto a distanza di tempo sui bilanci degli stessi enti, in termini di oneri e costi*», resoconto stenografico, n. 1, 61° seduta, martedì 17 febbraio 2009. Nell'ambito dell'indagine *de qua v.*, tra le altre: Audizione dell'Associazione Nazionale Comuni Italiani (ANCI), 17 febbraio 2009; Audizione Corte dei conti, Sez. riunite in sede di controllo, *I controlli della Corte dei conti sull'utilizzo e la diffusione degli strumenti di finanza derivata*, 18 febbraio 2009; Audizione del Direttore Generale della Consob, Dott. Antonio Rosati, 18 marzo 2009; Audizione del Direttore Centrale Area *Corporate* dell'ABI, Dott. Domenico Santececca, 1° aprile 2009; Audizione della Guardia di finanza, 10 giugno 2009; Audizione del Capo del Servizio Studi di Struttura economica e finanziaria della Banca d'Italia, Daniele Franco, 8 luglio 2009. Rispetto agli studi registrati v. Consob, *I principali prodotti derivati. Elementi informativi di base*, ottobre 2012, in *www.consob.it*.

⁵ L'ampia letteratura che si è sviluppata sul tema ha, infatti, interessato discipline giuridiche, economiche, aziendali, contabili e finanziarie. Tra le opere edite di taglio giuridico si veda in particolare, oltre alla bibliografia citata nelle note successive, A. ANTONUCCI, *Considerazioni sparse in tema di strumenti finanziari derivati creati dalle banche*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2004, 2, 189 ss.; A.A.V.V., *Swap tra banche e clienti*, a cura di D. Maffei, in *Quaderni Banca, Borsa e Titoli di Credito*, Giuffrè, 2014; A.A.V.V., *I contratti derivati. Dall'accordo alla lite*, a cura di U. Morera, R. Bencini, Bologna, 2013; A.A.V.V., *Finanza derivata, mercati e investitori*, a cura di F. Cortese, F. Sartori, Pisa, 2010; E. BARCELLONA, *Note sui derivati creditizi market failure o regulation failure*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2009, 6, 652 ss.; F. CAPUTO NASSETTI, *I contratti derivati finanziari*, Milano, 2011; N. DUNBAR, *Quei diavoli di derivati. Bugie e segreti dello strumento finanziario più controverso*, Milano, 2011; E. GIRINO, *I contratti derivati*, Milano, 2010; D. MAFFEIS, *La causa del contratto di interest rate swap e i costi impliciti*, in *Riv. dir. banc.*, 2013; ID., *I costi impliciti nell'interest rate swap*, in *Giur. comm.*, 2013, 648 ss.; ID. *Le stagioni dell'orrore in Europa: da Frankenstein ai derivati*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2012, 3, 280 ss.; ID., *Contratti derivati*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2011, 5, 604 ss.; G. MUSSARI, D. MONTI, A. MICOLI, *Gli strumenti della crisi ... cit.*; S. VANONI, *Azioni proprie e contratti derivati*, Torino, 2008; F. VITELLI, *Contratti derivati e tutela dell'acquirente*, Torino, 2013. Sul fenomeno della finanza derivata con più specifico riferimento al coinvolgimento degli enti territoriali, cfr. M. ACCIARI, L. ZAMAGNI, *The Case of Derivatives Negotiated by Italian Local Authorities and the Issue of the "Hidden Cost*, in *Public Law and Regulation*, a cura di A. Cicchetti, I.O. Frosini, M. Gola, Rimini, 2011, 59 ss.; S. AMOROSINO, *Spunti in tema di strumenti finanziari ed enti locali*, in *Dir. ec.*, 2007, 2, 413 ss.; M. ANTONIOLI, *Riflessioni in tema di contratti derivati ed enti pubblici*, in *Swap tra banche e clienti, op. cit.*, 289 ss.; ID., *Enti pubblici e strumenti finanziari: i nuovi confini della finanza globale*, in *Dir. ec.*, 2011, 1, 19 ss.; M. ATELLI, *Gli strumenti derivati negli enti locali: aspetti contrattuali, contabili e profili di responsabilità*, Milano, 2008; M. BARBERO, *Strumenti derivati e finanza locale: breve cronaca di una relazione contrastata*, in *Amministrazione in cammino*, 4.5.2005; A. BARTOLINI, *Annullamento d'ufficio e sorte del contratto: il caso degli interest swaps*, in *Urb. appalti*, 2012, 2, 201 ss.; A. BENEDETTI, *La giurisprudenza sui contratti derivati degli enti locali*, in *Giur. dir. amm.*, 2013, 11, 1116 ss.; F. CORTESE, *Le operazioni con strumenti finanziari derivati e l'autotutela amministrativa*, in *Giur. dir. amm.*, 2012, 4, 394 ss.; FR. FANTETTI, *L'annullamento in autotutela dei contratti derivati*, in *Resp. civ.*, 2012, 1, 42 ss.; R. LOIERO, *L'esperienza dei contratti derivati nelle pubbliche amministrazioni tra evoluzione normativa e prassi operativa*, in *Amministrazione in cammino*, 8.7.2009; A. MASSERA, *Enti territoriali e contratti derivati finanziari: un rapporto travagliato*, in *Giur. dir. amm.*, 2014, 8-9, 825 ss.; L. PARDI, *Strumenti finanziari derivati ed enti locali: una relazione difficile*, in *Riv. Corte dei conti*, 2009, 6, 234 ss.; A. SCOGNAMIGLIO, *Autotutela e attività della pubblica amministrazione, a proposito di contratti di swap stipulati dagli enti locali*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2012, 3, 304 ss.; M. SPECA, *Gli interest rate swap negli enti locali: rischi opportunità e nuovo profilo giuridico*, in *Il futuro dei sistemi di welfare nazionali tra integrazione europea e decentramento regionale*, Pavia, 4-5 ottobre 2002, in *www.univr.it*; ID., *Indebitamento e ristrutturazione del debito degli enti locali: spunti di riflessione alla luce della circolare del ministro dell'economia e delle finanze n. 8 del 17 febbraio 2006*, in *Giust.amm.it*, 11.12.2006.

Lo stesso legislatore è più volte intervenuto sul fenomeno dei derivati con l'obiettivo, soprattutto negli ultimi anni, di limitare gli effetti dell'esposizione debitoria degli enti locali⁶ coinvolti nell'investimento dei prodotti *de quibus*⁷.

La questione 'derivati' ha assunto poi indubitabile risonanza a causa del contesto storico di riferimento particolarmente delicato per i mercati finanziari⁸, anche a seguito di numerosi *defaults* che hanno colpito alcune importanti società italiane – si pensi alla Cirio e alla Parmalat – ma anche lo Stato argentino, con evidenti conseguenze negative sulla fiducia propria che caratterizza (*rectius*, dovrebbe caratterizzare) il rapporto intermediario finanziario - cliente⁹.

⁶ Si specifica in questa sede che nel presente lavoro sarà fatto riferimento unicamente al fenomeno della finanza derivata rispetto al sistema delle autonomie territoriali, ciò non toglie che, come evidenziato nell'*Indagine conoscitiva sull'utilizzo e la diffusione degli strumenti ... cit.*, 27, a fine marzo 2009, le Amministrazioni che utilizzavano strumenti finanziari derivati comprendevano, oltre a Regioni (13), Province (28), Comuni (440), Comunità montane (3) anche università (7), enti del comparto sanitario (3), un'associazione teatrale e una società regionale operante nel settore della viabilità.

⁷ Si rinvia al paragrafo 3 del presente lavoro per un'analisi dettagliata degli interventi legislativi e ministeriali adottati in materia.

⁸ In proposito si veda G. DI GASPARE, *Teoria e critica della globalizzazione finanziaria. Dinamica del potere finanziario e crisi sistemiche*, Padova, 2011 e F. FRACCHIA, *Giudice amministrativo, crisi finanziaria globale e mercati*, in *Riv. dir. pubbl. comunit.*, 2010, 2, 451 ss.

⁹ Non è un caso che proprio dopo gli eventi descritti, il legislatore comunitario sia intervenuto in materia con la finalità precipua di giungere alla creazione di un mercato finanziario integrato, efficace e competitivo all'interno dell'Unione europea. Cfr. direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, 21 aprile 2004, 2004/39/CE, in *Gazz. Uff.*, 30 aprile 2004, n. L 145, *relativa ai mercati degli strumenti finanziari, che modifica le direttive 85/611/CEE e 93/6/CEE del Consiglio e la direttiva 2000/12/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 93/22/CEE del Consiglio*, c.d. direttiva MIFID – *Markets in Financial Instruments Directive*. Essa si inserisce nel più ampio *Piano di Azione per i Servizi Finanziari* (FSAP), varato nel 1999 e che si è concretizzato successivamente in ben quarantadue direttive. Alla MIFID è seguita la direttiva della Commissione 10 agosto 2006, in *Gazz. Uff.*, 2 settembre 2006, n. L. 241/26, *recante modalità di esecuzione della direttiva 2004/39/CE del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda i requisiti di organizzazione e le condizioni di esercizio dell'attività delle imprese di investimento e le definizioni di taluni termini ai fini di tale direttiva*. Cfr. AA.VV., *La nuova normativa Mifid*, a cura di M. De Poli, Padova, 2009. Sul progetto di revisione della direttiva Mifid, si veda F. ANNUNZIATA, *Gli strumenti derivati, disciplina del mercato dei capitali ed economia reale: una frontiera mobile. Riflessioni a margine del progetto di revisione della Mifid, in I contratti derivati... cit.*, 13 ss. Nel nostro ordinamento, oltre al recepimento delle direttive indicate con il decreto legislativo 17 settembre 2007, n. 164, in *Suppl. Ordinario* n. 200 alla *Gazz. Uff.* 8 ottobre 2007, n. 234, *Attuazione della direttiva 2004/39/CE relativa ai mercati degli strumenti finanziari, che modifica le direttive 85/611/CEE, 93/6/CEE e 2000/12/CE e abroga la direttiva 93/22/CEE* –, il legislatore si è attivato per una regolamentazione del settore anche attraverso la legge 28 dicembre, 2005, n. 262, in *Gazz. Uff.*, 28 dicembre 2005, n. 301, *recante Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari* – c.d. legge sul risparmio – seguita dal decreto correttivo d.lgs. 29 dicembre 2006, n. 303, in *Gazz. uff.*, 10 gennaio 2007, n. 7, *Coordinamento con la legge 28 dicembre 2005, n. 262, del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (T.U.B.) e del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (T.U.F.) e da una serie di norme regolamentari soprattutto della Consob ma anche di Banca d'Italia.*

Rispetto alle problematiche suscitate dai casi richiamati, sulle quali si sono ormai registrate innumerevoli pronunce del giudice civile¹⁰, la vicenda che si

In proposito, *ex multis*, AA.VV., *Le nuove regole del mercato finanziario. La legge 28 dicembre 2005, n. 262 "Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari"*, a cura di F. Galgano, F. Rov-ersi Monaco, in *Trattato di diritto commerciale e di Diritto pubblico dell'economia*, vol. LII, Milano, 2009.

¹⁰ Si osserva come, a partire dal 2004, numerosi siano stati i ricorsi presentati dinanzi ai Tribunali civili per il riconoscimento dei danni sofferti a causa degli investimenti in strumenti finanziari altamente speculativi quali le obbligazioni Cirio, Parmalat e argentina. Al di là degli aspetti più specifici affrontati nelle singole vertenze, il profilo su cui maggiormente si è insistito, e sul quale oggi si registra un ormai consolidato orientamento giurisprudenziale applicabile anche alle ipotesi di collocamento di strumenti finanziari derivati, è stata la violazione degli obblighi informativi da parte degli intermediari finanziari chiamati a rispondere per aver collocato, presso la massa dei risparmiatori, strumenti finanziari senza aver previamente informato i clienti dei rischi connessi all'investimento. Al riguardo, si sottolinea come, in un primo momento, si siano registrate posizioni differenti rispetto alle conseguenze giuridiche da ricondurre all'inosservanza della normativa di settore, in particolare decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, *Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria* (TUF) e delibera Consob 1° luglio 1998, n. 11522, *Regolamento di attuazione del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, concernente la disciplina degli intermediari* (successivamente sostituita dalla delibera 29 ottobre 2007, n. 16190, *Regolamento recante norme di attuazione del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 in materia di intermediari*). Sul punto, infatti, alcune sentenze hanno dichiarato la nullità *ex* 1418 c.c dei contratti di acquisto dei *bonds* in parola qualificando le norme appena *supra* richiamate come norme imperative di ordine pubblico economico, al di là pertanto della nullità per mancanza della forma scritta *ex* art. 23 TUF ovvero di quella per assenza delle informazioni relative al diritto di recesso nelle ipotesi di offerta fuori sede o a distanza, *ex* art. 30 TUF. A titolo puramente esemplificativo, cfr. Tribunale di Mantova 18 marzo 2004, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2004, II, 440, con nota di D. MAFFEIS, *Conflitto di interessi nella prestazione di servizi di investimento: la prima sentenza sulla vendita ai risparmiatori di obbligazioni argentine*, per un commento alla pronuncia *de qua*, sia consentito rinviare anche a S. FORASASSI, *Il risparmio tradito e la sentenza del tribunale di Mantova, in Corsi di formazione per 160 quadri delle associazioni dei consumatori 2004*, Consiglio Nazionale dei Consumatori e degli Utenti, Roma, 2005; Tribunale di Venezia 22 novembre 2004, in *Danno e resp.*, 2005, 6, 618, con nota di V. ROPPO, *La tutela del risparmiatore fra nullità e risoluzione (a proposito di Cirio bond & tango bond)*; Tribunale di Brindisi, 26 dicembre 2005 e Tribunale di Venezia 16 febbraio 2006, entrambe in *www.ilcaso.it*; Tribunale di Trani 10 maggio 2006, pronunciato sulla negoziazione di obbligazioni Cerruti, in *www.altalex.com*; Tribunale di Foggia, 15 maggio 2006, in *Giur. it.*, 2007, 7, 1670, con nota di E.A. EMILIOZZI, *Vendita alla clientela retail di titoli prima dell'emissione ed omessa acquisizione da parte dell'intermediario dell'offering circular*; Tribunale di Trani, 30 maggio 2006, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2007, 3, II, 324, con nota di A.E. FABIANO, *La negoziazione di bond e le conseguenze della violazione degli obblighi di informazione dell'intermediario tra responsabilità per inadempimento e nullità del contratto*. Altre pronunce si sono, invece, attestate sull'annullamento dei contratti di acquisto degli strumenti finanziari di cui si discute in riferimento all'accertata ricorrenza di un conflitto di interessi in capo all'intermediario finanziario e/o di un errore bilaterale e/o del dolo dell'intermediario finanziario. Si veda, tra le altre, Cass. civ., Sez. I, 29 settembre 2005, in *Foro it.*, 2006, 4, I, 1105, con nota di E. SCODITTI, *Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale*; Tribunale di Palermo, 28 marzo 2006, in *Giur. comm.*, 2009, 2, 361; Tribunale di Pinerolo, 14 ottobre 2005, in *Resp. cin. e pren.*, 2007, 4, 911, con nota di G. FACCI, *Il rating e la circolazione del prodotto finanziario: profili di responsabilità*; Tribunale di Parma, 6 dicembre 2006, in *www.ilcaso.it*, pronunciato su un piano finanziario *my way*; Tribunale di Vigevano, 7 agosto 2006, in *www.ilcaso.it*. Infine, l'orientamento che ha prevalso a partire dalle sentenze gemelle delle Sezioni Unite della Cassazione civ., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, si attesta sul grave inadempimento degli obblighi di informazione attiva e passiva contenuti nel TUF e nel Reg. Consob n. 11522 del 1998 da parte dell'intermediario finanziario e, conseguentemente, sulla risoluzione dei contratti di acquisto dei *bonds* (sentenze consultabili su *www.ilcaso.it*, con nota di F. SARTORI, *La (ri)vincolata*

intende analizzare si distingue, tra l'altro, per aver interessato non solo soggetti privati ma anche, e in misura considerevole, i soggetti pubblici e, in particolare, gli enti locali¹¹.

È, infatti, ormai noto come, nell'ambito delle operazioni di gestione attiva del debito o, meglio, della ristrutturazione¹² del proprio indebitamento¹³, gli

*dei rimedi risarcitori: note critiche a Cassazione, (S.u.) il 19 dicembre 2007, n. 26725. Ex multis, Tribunale di Roma, 8 ottobre 2004, in Giur. comm., 2006, 4, 699, con nota di L. PICARDI, Vendita alla clientela privata di euroobbligazioni collocate presso investitori professionali; Tribunale di Firenze, 17 gennaio 2006; Tribunale di Rimini, 22 marzo 2006; Tribunale di Torino, 11 novembre 2010; Tribunale di Livorno, 17 ottobre 2011; Tribunale di Roma, 2 maggio 2012 pronunciatosi in ordine ad una polizza assicurativa Index Linked; Corte app. Milano, 9 gennaio 2013; Tribunale di Trapani, 3 aprile 2013; rinvenibili tutte su www.ilcaso.it. Si può dire minoritaria la posizione dei giudici che hanno accertato l'adempimento degli obblighi di informazione attiva e passiva da parte dell'intermediario finanziario, al riguardo cfr. Tribunale di Trani, 28 settembre 2006, in www.ilcaso.it, che ha ritenuto non censurabile il comportamento dell'intermediario che dia corso all'ordine di acquisto di un titolo di natura speculativa qualora il cliente si sia rifiutato di fornire informazioni sulla propria situazione finanziaria e sia stato debitamente informato per iscritto dell'inadeguatezza dell'operazione e del fatto che il prodotto negoziato non offra alcuna garanzia di mantenere invariato il valore dell'investimento. Per una disamina della giurisprudenza si rinvia a C. MARCHIANDI, *La responsabilità degli intermediari nei confronti dell'investitore: il quadro giurisprudenziale*, in *Giur. comm.*, 2009, 2, 376, ss. In argomento si veda *amplius* M. PELLEGRINI, *La conflittualità in ambito bancario a seguito della crisi finanziaria*, in *Riv. trim. dir. ec.*, 2011, 2, 187; ID., *Le controversie in materia bancaria e finanziaria*, Padova, 2007. Sulle pretese risarcitorie azionate nei confronti dei soggetti pubblici chiamati a vigilare, si veda F. FRACCHIA, *Giudice amministrativo ... cit.*, 451 ss.*

¹¹ L'osservazione naturalmente non pregiudica l'applicabilità delle risultanze a cui è pervenuta la giurisprudenza civile richiamata nella precedente nota, già espressasi anche con riferimento all'investimento in strumenti finanziari derivati da parte degli enti locali (*infra* paragrafo 7). Cfr., in questa sede, M. DE POLI, *Interest rate swap e patologie contrattuali, in I contratti derivati ... cit.*, 29-30, che osserva come, al di là delle differenze che connotano gli strumenti finanziari derivati, l'articolazione dei rimedi esperibili dall'investitore contro l'intermediario in sede civile non si discosti da quelli attivabili nelle controversie aventi ad oggetto altri strumenti finanziari.

¹² Importante per comprendere i profili legati al ricorso alla finanza derivata è la nozione di ristrutturazione del debito, obiettivo il cui raggiungimento è previsto nel Patto di Stabilità Interno a cui gli enti locali si sono obbligati. In particolare: «secondo l'orientamento dottrinario dominante, la ristrutturazione del debito consiste in quel processo che, partendo dall'applicazione di tecniche riconducibili nel più ampio concetto di "gestione attiva dell'indebitamento" consente di sfruttare a vantaggio dell'ente oscillazioni sul mercato dei tassi di interesse, modificando le posizioni debitorie precedentemente assunte, o ancora da assumere, per rimodularle con altre più in linea con le citate condizioni circostanti. Scopo ultimo dell'operazione è ottenere una riduzione dell'indebitamento, cui si associa, in alcuni casi, la creazione di nuova liquidità; la procedura può comportare la semplice modifica delle condizioni contrattuali o l'implementazione di prodotti strutturati, quali l'introduzione di strumenti finanziari derivati, che si affiancano all'indebitamento progressivo». V. M. SPECA, *Indebitamento e ristrutturazione del debito degli enti locali ... cit.*, 772. Gli strumenti astrattamente disponibili per operare una ristrutturazione si distinguono in *strumenti tradizionali* e in *strumenti innovativi*. I primi possono riguardare solamente la parte residua di precedenti indebitamenti (operazioni di rinegoziazione o estinzione anticipata del debito). I secondi, invece, possono essere utilizzati per operare la ristrutturazione di debiti preesistenti ovvero anche per debiti da contrarre nell'immediato futuro (prevalentemente operazioni in strumenti finanziari derivati). Cfr. L. PARDI, *Strumenti finanziari derivati ... cit.*, 241.

¹³ Per una definizione di indebitamento si veda legge n. 350 del 2003, finanziaria per il 2004,

enti territoriali abbiano fatto ampio ricorso agli strumenti finanziari derivati, dando origine al dibattito tuttora acceso in ordine agli effetti - ritenuti da più parti - dannosi per le finanze pubbliche, con l'obiettivo, da un lato, di non subire passivamente le oscillazioni del mercato, con particolare riguardo a quelle relative ai tassi di interesse¹⁴, anche nell'ottica di assolvere agli impegni derivanti dal Patto di stabilità interno¹⁵, e, dall'altro lato, come sottolineato in dottrina, *sovente*

articolo 3, comma 17 e successive modifiche e la legge 30 dicembre 2004, n. 311, finanziaria per il 2005 che all'articolo 1, comma 68, lett. c., ha inserito l'articolo 205 *bis* nel TUEL rubricato *Contrazioni di aperture di credito* (vedi *amplius infra*). Sia l'articolo 202 TUEL sia l'articolo 119, ultimo comma, Cost. contemplano la possibilità di ricorrere all'indebitamento solamente per finanziarie spese di investimento. Per la nozione di investimento si rinvia all'articolo 1, comma 18, sempre finanziaria per il 2004. Sulle nozioni di «*indebitamento*» e di «*investimento*» si riporta anche Corte costituzionale, sentenza 18 febbraio 2010, n. 52, chiamata a pronunciarsi sull'illegittimità costituzionale dell'articolo 62, d.lgs. n. 112/2008, laddove ha affermato, richiamando un proprio precedente (sentenza n. 425/2004) che esse: «*non possono essere determinate a priori in modo assolutamente univoco. Spetta dunque allo Stato, con determinazione non manifestamente irragionevole definire, in relazione ai diversi contesti che possono venire in rilievo, il significato delle espressioni in esame*». La sentenza *de qua* è stata pubblicata in *Giur. it.*, 2010, 10, con nota di A. LUBERTI, *Strumenti finanziari derivati: legittime le limitazioni all'autonomia negoziale degli enti locali*; in *Contratti*, 2010, 12, 1109, con nota di A.M. BENEDETTI, *La competenza statale sulla tutela della Pubblica amministrazione – cliente nel settore dei derivati finanziari*; in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2011, 1 ss., con note di A. SCOGNAMIGLIO, *Profili di costituzionalità dei limiti all'utilizzo degli strumenti finanziari da parte degli enti territoriali*, 18 ss., e di E. GIRINO, *Natura e funzione della disciplina dei servizi di investimento e qualificazione degli strumenti derivati nella giurisprudenza costituzionale*, 35 ss.

¹⁴ Non è un caso che lo strumento finanziario derivato a cui maggiormente gli enti territoriali hanno fatto ricorso sia l'*Interest Rate Swap*, basato «*sullo scambio di flussi corrispondente al differenziale che, nel tempo di esecuzione del contratto, si determina tra due tassi di interesse differenti e predefiniti, applicati ad un capitale nozionale di riferimento*». In questi termini cfr. V. SANGIOVANNI, *I contratti derivati fra normativa e giurisprudenza*, in *Le Nuove leggi civ. commentate*, 1, 2010, 39 ss.

¹⁵ Cfr. legge 23 dicembre 1998, n. 448, in *Suppl. ordinario alla Gazz. Uff.*, 29 dicembre, n. 302, *Misure di finanza pubblica per la stabilizzazione e lo sviluppo* – finanziaria per il 1999, in particolare articolo 28 rubricato appunto *Federalismo fiscale e patto di stabilità interno*, laddove si dispone: «*Nel quadro del federalismo fiscale (...) le regioni, le province autonome, le province, i comuni e le comunità montane concorrono alla realizzazione degli obiettivi di finanza pubblica che il Paese ha adottato con l'adesione al patto di stabilità e crescita, impegnandosi a ridurre progressivamente il disavanzo delle proprie spese e a ridurre il rapporto tra il proprio ammontare del debito e il prodotto interno lordo*». L'articolo 28 ha, peraltro, previsto le azioni volte alla riduzione del disavanzo annuo definito come «*differenza tra le entrate finali effettivamente riscosse e le uscite di parte corrente, al netto degli interessi, effettivamente pagate*». Nel corso degli anni 1998-2004, le leggi Finanziarie succedutesi, seppur nel rispetto dei principi di fondo del Patto, hanno apportato alcune modifiche alle modalità di calcolo del disavanzo, hanno previsto l'esclusione dei comuni con popolazione inferiore ai cinquemila abitanti e hanno introdotto una nuova versione del concetto di disavanzo e delle sanzioni per gli enti non rispettosi dei vincoli. Si veda, M. NIGRO, *Il ricorso degli enti locali al leasing finanziario. L'impatto sul bilancio*, in *Linc Papers*, n. 154, *Serie Economia e Istituzioni*, 14 ottobre 2004 anche nella parte in cui sottolinea: «*Le attuali regole del Patto stanno condizionando le scelte di bilancio della gran parte delle amministrazioni locali. In particolare, il ricorso al debito, le esternalizzazioni e il taglio ai servizi, sembrano essere diventate le uniche alternative per non disattendere il Patto. In questo contesto si inseriscono tutti gli strumenti di finanza e ricorso al mercato tra cui le cartolarizzazioni, i derivati e lo stesso leasing*». Cfr. anche, M. BARBERO, *La territorializzazione del patto di stabilità interno*, in *Riv. dir. fn.*, 2010, 3, 356 ss.

*di soddisfare esigenze di liquidità, controbilanciando la crescente riduzione dei trasferimenti di risorse da parte dello Stato*¹⁶.

In altre parole, in una prospettiva economica, l'effetto combinato dell'aumento delle funzioni che gli enti locali sono stati chiamati ad assolvere e della riduzione dei trasferimenti statali ha generato una spinta a porre in essere comportamenti opportunistici finalizzati principalmente a fare cassa (posticipando alcuni oneri alle gestioni future) – il riferimento è al c.d. *up front*¹⁷ – così trasformando l'accesso al mercato dei derivati in *un vero e proprio boomerang*¹⁸ per le casse pubbliche – anche a causa della discussa presenza di ‘costi occulti’¹⁹ nell'operazione –, disattendendo le originarie finalità di contenimento dell'indebitamento ovvero assicurative, in violazione dei principi fondamentali per il coordinamento della finanza pubblica.

¹⁶ M. ANTONIOLI, *Riflessioni in tema di ... cit.*, 291 ss.

¹⁷ Per *up front* si intende una somma liquida iniziale di cui usufruisce la parte (nel nostro caso, il soggetto pubblico) originariamente penalizzata dalle condizioni del derivato. Rinviano al paragrafo successivo una più compiuta disamina del problema si evidenzia, sin da ora, come controversa sia la natura della clausola di *up-front* inserita nei contratti derivati, soprattutto con riferimento al periodo antecedente alle modifiche apportate all'articolo 3, comma 17, legge 350 del 2003 che attualmente la qualifica in termini di indebitamento, con conseguente operatività dei limiti normativi in cui incorre il soggetto pubblico nelle ipotesi in cui accede ad un finanziamento (cfr. art. 119 ultimo comma e articolo 202 TUEL).

¹⁸ Così A. BENEDETTI, *La giurisprudenza sui contratti ... cit.*, 1116. Si veda, al riguardo, anche F. CORTESE, *Derivati e finanza locale: il caso italiano*, in *Finanza derivata, mercati e investitori*, cit., 224, laddove sottolinea come l'equilibrio finanziario dei bilanci pubblici sia particolarmente esposto in tutti i contratti in cui l'Amministrazione abbia convenuto l'incasso di un c.d. premio di liquidità, appunto *up front*. In particolare, l'Autore espone in maniera chiara l'effetto distortivo che può seguire alla citata pattuizione laddove si legge: «Con tale meccanismo, di fronte ad un'immediata disponibilità di risorse liquide aggiuntive, si verifica lo spostamento del relativo onere sugli esercizi successivi, senza poter predeterminare con certezza l'ammontare dello stesso. Né si può sottovalutare, a tal proposito, che gli enti, il più delle volte, hanno sfruttato questa forma di “finanziamento” per incrementare la spesa corrente, senza curarsi delle possibili ricadute circa un peggioramento delle condizioni del mercato e circa l'impossibilità, in un momento prossimo, di disporre dei fondi necessari a “ripagare” all'intermediario finanziario, nelle scadenze prestabilite, l'anticipo della liquidità. Si noti che questo profilo rappresenta l'aspetto più critico del fenomeno derivati nell'ambito della finanza locale, poiché esso comporta, sostanzialmente, una violazione del principio per il quale l'indebitamento è ammissibile soltanto in quanto funzionale ad un investimento reale ...» (si veda in proposito anche *infra*).

¹⁹ I c.d. ‘costi occulti’ sono costi non conosciuti dall'Amministrazione e taciuti dall'intermediario finanziario al momento della sottoscrizione del contratto derivato e, pertanto, non compensati dall'erogazione di un *up front*. Come si avrà modo di approfondire in seguito, la presenza di costi occulti nel contratto derivato determina, secondo la giurisprudenza civile, la nullità del contratto. Il Consiglio di Stato (sentenza 27 novembre 2012, n. 5962) ha invece affermato, sulla base delle risultanze della consulenza tecnica d'ufficio disposta all'uopo, che i citati costi, ammessi nella prassi finanziaria, non incidono sulla validità dei rapporti instaurati tra ente e intermediario finanziario in quanto la loro presenza non è sufficiente a determinare una valutazione negativa circa la convenienza economica dell'intera operazione di ristrutturazione, in sostanza legittimandone la presenza (il caso riguardava la controversia che ha visto coinvolta la Provincia di Pisa su cui si rinvia alle pagine successive anche per i riferimenti bibliografici).

Come è stato evidenziato dal Governatore della Banca d'Italia: «L'esperienza della crisi ha confermato che i prodotti derivati, in generale gli strumenti innovativi per il trasferimento del rischio, sono armi a doppio taglio. Se usati in modo accorto e prudente permettono agli operatori di coprire e diversificare il rischio e possono contribuire a ridurre la fragilità del sistema; se adoperati senza adeguata considerazione dei rischi consentono una moltiplicazione senza controllo della leva finanziaria. Al tempo stesso la proliferazione di strumenti complessi ha reso la distribuzione del rischio più opaca per il mercato, per i regolatori, per gli stessi operatori»²⁰.

Ai rischi connessi ai derivati quali strumenti finanziari²¹, deve aggiungersi il ricorso alla rinegoziazione dei derivati di cui, nella prassi, gli enti locali hanno fatto largo utilizzo.

L'operazione di rinegoziazione di passività maturate con il precedente contratto, infatti, ha generato l'assunzione di rischi aggiuntivi in particolare a carico, ancora una volta, degli esercizi futuri, così aumentando le criticità in ordine all'utilizzo di questi strumenti²².

Proprio il carattere intrinsecamente aleatorio dei contratti derivati fin qui evidenziato ha condotto la Corte costituzionale, sentenza n. 52 del 2010, ad escludere che l'attività di negoziazione degli stessi possa essere qualificata quale attività di investimento²³.

L'affermazione richiama immediatamente il vincolo di equilibrio finanziario di cui agli articoli 119, ultimo comma, Costituzione e 202, d.lgs. 267 del 2000, elevato a «limite di principio all'utilizzo dei prodotti di finanza derivata, che presentino quei caratteri di spiccata aleatorietà e rischiosità»²⁴.

È a partire dal 2003 che il legislatore è intervenuto per contenere le conseguenze del fenomeno in un tentativo di 'rincorsa' alla regolamentazione dell'innovazione finanziaria, per sua natura molto rapida e difficilmente assoggettabile

²⁰ Cfr. Audizione del Governatore della Banca d'Italia presso la 6^o Commissione Finanze e tesoro del Senato del 21 ottobre 2008 nell'ambito dell'*Indagine conoscitiva sulla crisi finanziaria internazionale e sui suoi effetti sull'economia italiana*, 17.

²¹ La stessa Corte Cost. n. 52/2010, punto 12.1 della motivazione, ha sostenuto come sia: «*innegabile, infatti, che i derivati finanziari scontino un innegabile rischio di mercato non preventivamente calcolabile ed esponano gli enti pubblici ad accollarsi oneri impropri e non prevedibili all'atto della stipulazione del contratto, utilizzando per l'operazione di investimento un contratto con caratteristiche fortemente aleatorie per le finanze dell'ente.*

²² *Ibidem*: «*A ciò va aggiunto che la realtà ha ampiamente dimostrato che persino le operazioni di rinegoziazione dei contratti derivati, a seguito di ristrutturazione del debito, nel prevedere fin dall'inizio condizioni di sfavore degli enti, comportano l'assunzione di rischi aggiuntivi mediante lo spostamento nel tempo degli oneri derivanti da condizioni ancora più penalizzanti rispetto a quelle iniziali.*

²³ *Ibidem*, punto 15 della motivazione. Nella specie, si legge: «*il legislatore, con il divieto, seppur temporaneo, di stipulare contratti aventi ad oggetto strumenti finanziari derivati, ha evidentemente ritenuto che tale attività, potendo avere natura altamente rischiosa, dato il suo carattere intrinsecamente aleatorio, non possa essere qualificata quale attività di investimento.*» Per la definizione di investimento si rinvia alla nota 12.

²⁴ A. SCOGNAMIGLIO, *Profili di costituzionalità dei limiti all'utilizzo degli strumenti ...*, cit., 21.

a precetti, dando avvio a quella che è stata definita «una fase di regolazione in affanno»²⁵.

Lo stesso sistema di enti territoriali ha cercato di far fronte alle conseguenze negative della propria esposizione debitoria, facendo ricorso al giudice ordinario, oltre che per violazione degli obblighi informativi da parte dell'intermediario finanziario negoziatore dei titoli, tacciando di nullità il contratto per mancanza del requisito della causa a fronte di uno squilibrio contrattuale originario del contratto (*mark to market*²⁶ iniziale negativo non collegato ad un corrispondente *up front*)²⁷, ovvero procedendo in autotutela all'annullamento delle deliberazioni di conferimento degli incarichi adducendo, peraltro, l'interesse pubblico ad evitare ulteriori esborsi lesivi dell'equilibrio finanziario dell'amministrazione, provvedimenti poi impugnati dagli intermediari finanziari²⁸.

Molteplici sono le questioni giuridiche, sia sostanziali sia processuali, che vengono in rilievo.

Da un lato, un primo ordine di problemi ha interessato il principio della convenienza economica elevato a funzione causale dei contratti derivati stipulati con gli enti territoriali ovvero a limite della legittimazione del soggetto pubblico a negoziare nel mercato dei capitali siffatti prodotti finanziari²⁹. In proposito, indubitabile come lo studio interessi la sfera dell'attività contrattuale della Pubblica amministrazione con riflessi anche³⁰ in ordine alla sua stessa capacità d'agire³⁰, sulla quale ancorare l'indagine circa la possibilità o meno per l'ente pubblico di addivenire alla negoziazione degli strumenti *de quibus*. In altre parole, fino a che punto la generalità dei poteri di diritto privato (contrapposta alla tipicità dei

²⁵ G. IVALDI, D. MONACELLI, M.G. PAZIENZA, C. RAPALLINI, *Patto di stabilità interno e indebitamento: il ricorso a strumenti di finanza innovativa tra efficienza finanziaria e solidità dei conti pubblici*, in *Finanza pubblica e Federalismi*, a cura di Marco Nicolai Rimini, 2012, 315 ss.

²⁶ Per *mark to market* deve intendersi il valore di mercato del derivato nel momento storico di riferimento, al fine di valutare se la posizione dell'investitore è di guadagno o di perdita, in rapporto all'andamento dei parametri attorno ai quali è costruito il derivato stesso. V. A. BENEDETTI, *La giurisprudenza sui contratti ...*, cit., 118, (nota 16). In particolare, si osserva come in giurisprudenza il *mark to market* sia elemento essenziale del contratto derivato ed integrativo della sua causa tipica e, quindi, da esplicitare all'atto della stipula. Cfr. Corte d'Appello di Milano, 18 settembre 2013, n. 3459 in *www.ilcaso.it*, e Corte d'Appello di Bologna, 1° marzo 2014, n. 734.

²⁷ La prima sentenza emessa dal giudice civile in materia di finanza derivata con controparte pubblica è del Tribunale di Bologna, Sez. II, 14 dicembre 2009, n. 5244 in *www.ilcaso.it* con nota di L. ZAMAGNI, G. CEDRINI, *Swap ed enti locali: note critiche a Tribunale Bologna 14/12/2009 sulla qualificazione dell'up front e l'interpretazione della dichiarazione di operatore qualificato*, a cui sono seguite molteplici pronunce. Per una disamina delle principali questioni affrontate dai giudici civili si rinvia al paragrafo 7.

²⁸ Si rinvia ai paragrafi 4, 5 e 6 anche per i riferimenti in nota.

²⁹ Nello stesso senso cfr. A. BENEDETTI, *La giurisprudenza sui contratti derivati ...*, cit., 1117.

³⁰ Sulla capacità d'agire della Pubblica amministrazione cfr., *ex multis*, M. IMMORDINO, M.C. CAVALLARO, *I contratti della Pubblica amministrazione*, in *Diritto amministrativo*, a cura di F.G. Scoca, Torino, 2014, 401.

poteri amministrativi) riconosciuta all'Amministrazione può spingersi nell'ambito dell'operatività in finanza derivata o, al contrario, arrestarsi a fronte del dettato normativo volto a negare o escludere la possibilità di concludere determinate tipologie di contratti o a imporre certi vincoli contrattuali³¹.

Dall'altro lato, le problematiche emerse possono essere ricollegate all'ormai noto dibattito che involge le conseguenze dell'esercizio del potere di annullamento delle delibere e delle determinazioni a contrarre sulla sorte del contratto stipulato 'a valle' e sulla giurisdizione chiamata a decidere la controversia insorta.

La vicenda, inoltre, si connota di vari profili tra cui esemplificando: la configurabilità in capo agli amministratori di una responsabilità erariale per cattivo utilizzo delle risorse pubbliche³²; la giurisdizione affidata alla Corte inglese, foro il più delle volte individuato dall'intermediario e accettato dall'ente pubblico senza adeguata ponderazione, con richiamo, pertanto, anche a disposizioni di diritto internazionale privato³³; l'eventualità di contemplare una fattispecie delittuosa, la truffa contrattuale, così da ricomprendere aspetti di stampo penale³⁴.

Ora, da questa breve premessa, risulta già evidente la complessità del tema – con elementi propri della contabilità pubblica, gli istituti caratteristici del diritto amministrativo finanche la normativa di settore contenuta nel TUF e nei Regolamenti Consob attuativi, le disposizioni penali, la disciplina comunitaria –, dato che necessariamente conduce l'interprete a circoscrivere il campo d'indagine³⁵.

³¹ In particolare, ci si chiede se gli enti locali potessero, sulla base di una loro riconosciuta capacità generale di diritto privato, concludere contratti derivati anche atipici oppure dovessero rimanere entro i limiti di quanto previsto dal combinato disposto di cui all'articolo 41, legge finanziaria per il 2002, e decreto ministeriale n. 389 del 2003 nonché dalla circolare esplicativa del 27 maggio 2004, ossia entro i limiti della convenienza economica richiesta appunto dalla normativa pubblicistica citata. Al riguardo ulteriore problematica investe il contenuto di cui alla lettera f), comma 2, articolo 3, DM n. 389/2003 che sembra contemplare ipotesi di strumenti finanziari derivati a causa mista. In argomento si veda *infra*, paragrafo 4.

³² Cfr. L. PARDI, *Strumenti finanziari derivati ...*, cit., in particolare 267 ss.

³³ Cfr. F. CORTESE, *Le operazioni con strumenti finanziari derivati ...*, cit., in particolare 402-403.

³⁴ In tema di truffa contrattuale realizzata nell'ambito della finanza derivata, si veda Cass. Penale, Sez. II, 13 novembre 2009, n. 43347, in *Dialoghi*, 2011, 1, 17, con nota di G. CORRIAS LUCENTE, *Rilevanza penale di operazioni su derivati: la truffa contrattuale per gli swaps*, 21 ss.; Tribunale di Milano, 4 febbraio 2013, n. 13976, in *www.dirittobancario.it*. che ha condannato alcuni funzionari ed i rispettivi istituti di credito, configurando il reato di truffa a danno del Comune di Milano per aver prospettato come vantaggiose operazioni in derivati che, in concreto, si sono rivelate dannose per l'ente pubblico. *Contra*, Cass. Penale, Sez. II, 16 dicembre 2011, n. 47421, in *www.ilcaso.it*, con nota di L. ZAMAGNI, M. ACCIARI, *Convenienza economica e mark to market dei contratti derivati degli enti locali: note critiche alla sentenza n. 47421 del 21/12/2011 della seconda Sezione Penale della Corte di Cassazione*. In argomento si veda anche G. PETRONI, *Truffa contrattuale e strumenti finanziari derivati: il mark to market nel diritto penale*, in *Cass. Pen.*, 2013, 1, 184 ss.

³⁵ In realtà molteplici sono le questioni che possono venire in rilievo nello studio dell'argo-

In particolare, con il presente studio, partendo da una delimitazione della variegata tipologia degli strumenti finanziari derivati, con attenzione a quelli sottoscritti dagli enti territoriali e dopo aver riferito in ordine ai vincoli legislativi imposti all'autonomia negoziale della Pubblica amministrazione, si vuole indagare la posizione assunta da quest'ultima con specifica riflessione sulla legittimità del ricorso al potere di autotutela e alle conseguenze che ne derivano in ordine all'efficacia dei contratti finanziari posti in essere.

La ricerca proposta prenderà avvio dall'analisi di quanto statuito dalla giurisprudenza amministrativa pronunciata al riguardo, soffermandosi, pertanto, su quelli che sono i profili rilevanti per il diritto amministrativo, e facendo riferimento al versante civilistico della responsabilità degli intermediari finanziari proponenti solamente in via residuale, aspetto dal quale, in ogni caso, non si può prescindere a fronte delle evidenti connessioni del fenomeno in discussione con l'ambito negoziale.

Anticipando in parte le conclusioni a cui si vuole pervenire, si osserva come, in un momento storico in cui la Pubblica amministrazione assume un ruolo sempre più di regolatore nell'economia, il ricorso all'annullamento d'ufficio faccia rivivere il potere autoritativo per tradizione caratteristico della stessa, ponendola in una posizione non più paritetica ma di supremazia rispetto al privato contraente, l'intermediario finanziario.

A ciò si aggiunga un ritorno alla centralità dello Stato con affermazione della sovranità nazionale attraverso l'incardinamento della controversia avente ad oggetto strumenti derivati con controparte pubblica dinanzi al giudice italiano a fronte di una chiara e ricorrente scelta delle parti di rinviare alla Corte inglese la risoluzione dei conflitti, con apposizione nei c.d. contratti quadro di una clausola che individua in maniera espressa la *governing law* delle transazioni finanziarie *de quibus* nella legge inglese.

mento oltre a quelle indicate nel testo di cui in parte si riferirà nelle pagine successive. Si pensi, *ex multis*, alle modalità di scelta dell'intermediario finanziario – negoziatore dei titoli avvenuta a volte tramite procedura selettiva altre volte direttamente. Ancora, rileva la circostanza che in più di un caso si sia riscontrata la piena coincidenza tra l'*advisor* finanziario (ossia colui che è incaricato di predisporre il progetto dell'operazione finanziaria che l'ente intende porre in essere) e l'intermediario finanziario (ossia colui che invece dovrà concludere l'operazione) con evidenti profili di conflitto di interesse in violazione del principio della sana gestione finanziaria, in riferimento ai principi di economia, efficienza ed efficacia (cfr. Regolamento del Consiglio, 25 giugno 2002, in *Gazz. Uff.* 16 settembre 2002, n. L 248/1, *Regolamento finanziario applicabile al bilancio generale delle Comunità europee*). Sempre a titolo illustrativo, il tema coinvolge anche le problematiche legate agli organi coinvolti nella procedura amministrativa che conduce alla conclusione dell'operazione, non avendo la normativa al riguardo previsto nulla in tal senso. Si veda Audizione Corte dei conti, sez. riunite in sede di controllo, *cit.* 18 febbraio 2009, 34 ss.

2. *Gli strumenti finanziari derivati: tipologie in 'mano' pubblica*

Prima di procedere all'individuazione della categoria degli strumenti finanziari derivati, un dato da cui muovere l'indagine e su cui non sembrano sussistere particolari contrasti è la complessità che, per sua natura, caratterizza il prodotto in parola.

L'affermazione si rafforza se si considera che in alcuni ordinamenti, quale quello inglese, è fatto divieto agli enti locali di sottoscrivere gli strumenti *de quibus*, proprio per la mancanza, in capo agli amministratori, della professionalità necessaria per comprendere i rischi correlati all'investimento³⁶. In altri sistemi, come ad esempio negli USA e in Francia, seppur tale possibilità sia ammessa, è tuttavia contemplata la responsabilità per le perdite che possono generarsi³⁷.

In Italia, invece, alla riforma del Tit. V della Costituzione – nella parte in cui si è proceduto al trasferimento di poteri finanziari e amministrativi alle autonomie locali – e alla legge finanziaria per il 2002³⁸ – base normativa a cui collegare la possibilità per i soggetti pubblici di accedere ai mercati finanziari –, non è seguita la previsione di vincoli ovvero un regime 'speciale' di responsabilità per una cattiva gestione delle risorse pubbliche da parte degli amministratori attraverso l'utilizzo di siffatte operazioni finanziarie³⁹.

Tale lacuna ha comportato l'insorgere di comportamenti eccessivamente rischiosi con prevalenza, quindi, detto in termini economici, del c.d. *moral hazard*.

Ancora una volta, si osserva, pertanto, come le autonomie territoriali, per la gestione attiva del debito, si siano rivolte al mercato dell'intermediazione finanziaria, senza però possedere quelle nozioni indispensabili per poter compiere consapevoli scelte di investimento e di disinvestimento⁴⁰.

³⁶ Cfr. *amplius*, F. CORTESE, *Derivati e finanza locale ... cit.*, 216.

³⁷ Per un approfondimento, cfr. F. VITELLI, *Contratti derivati ... cit.*, 172. C. OLDANI, *Finanza derivata ed enti locali italiani*, in *Riv. bancaria*, 2012, 2-3, 117.

³⁸ V. l. n. 448/2001, in particolare comma 1, articolo 41.

³⁹ Al riguardo, si evidenzia che la responsabilità era ravvisabile nei limiti dei canoni della responsabilità erariale, per cui in presenza di un'operazione finanziaria consentita, quale era quella in derivati, poteva ravvisarsi la responsabilità amministrativa solo per una sottoscrizione dannosa e caratterizzata dalla colpa grave dell'amministratore e/o agente pubblico. Cfr. M. PERIN, *L'uso degli strumenti finanziari e dei derivati da parte degli enti territoriali: questioni del controllo e della giurisdizione*, in *www.lexitalia.it*, 2013, 3.

⁴⁰ Una delle problematiche su cui è tornato più volte il giudice civile è proprio la dichiarazione di rivestire la qualifica di operatore professionale resa in sede contrattuale da parte dell'ente locale. Ed infatti, già la normativa *ante* Mifid (si veda nota 9), nella specie articolo 31 Regolamento Consob *Intermediari* n. 11522 del 1998, che, come si vedrà nel prosieguo, trova ancora applicazione nelle controversie al vaglio dei giudici, prevedeva un diverso grado di applicazione degli obblighi informativi previsti in capo all'intermediario finanziario laddove il cliente rivestisse la qualifica di operatore professionale. Successivamente, con il recepimento della direttiva MIFID, si è assistito ad una regolamentazione ancor più minuziosa e articolata dei richiamati obblighi informativi,

Al dato deve fare da contraltare il ruolo che hanno assunto gli intermediari finanziari nella vicenda che, proponendo siffatti strumenti, non hanno tenuto in debita considerazione i rischi ai quali hanno esposto il cliente, così disattendendo la funzione propria loro assegnata dall'ordinamento giuridico, ossia quella di ridurre l'asimmetria informativa che caratterizza il mercato finanziario (si veda *amplius* paragrafo 8).

Ed invero le peculiarità dei derivati sono tali da contraddistinguere questa tipologia di strumento finanziario dalle altre proprio sotto il profilo della rischiosità ad essi correlato.

Al riguardo, la dottrina civilistica ha elaborato interessanti considerazioni affermando: «*Sul piano strettamente economico il rischio che viene corso dal cliente risulta ben più grave e rilevante nelle operazioni su derivati piuttosto che nei contratti di investimento. L'insuccesso dell'operazione di investimento comporta per il cliente la perdita parziale o totale del capitale investito. Questo costituisce naturalmente un grave pregiudizio patrimoniale e corrisponde ad una perdita secca di un valore di cui il cliente aveva la disponibilità e che appunto è stata compromessa o addirittura del tutto perduta a causa dell'insuccesso dell'operazione di investimento. L'insuccesso della operazione in derivati comporta conseguenze assai più gravi in quanto all'esito negativo dell'operazione corrisponde il sorgere di una posizione debitoria del cliente verso l'intermediario il più delle volte in misura assai rilevante al punto da mettere a seria prova la stessa stabilità del cliente sul mercato*»⁴¹.

Rispetto al quadro così offerto e naturalmente in mancanza della previsione di cui alla finanziaria del 2002 che ha di fatto reso legittimo il ricorso alla finanza derivata da parte degli enti territoriali⁴² (più in dettaglio *infra* paragrafo 3), si potrebbe, a ragione, dubitare della stessa compatibilità di siffatti strumenti con la disciplina propria della contabilità pubblica, alla quale deve rispondere il soggetto pubblico.

Procedendo con ordine, è però indispensabile fornire una classificazione dei 'contratti derivati'⁴³ – anche per meglio comprendere le ragioni che hanno

oggi graduati a seconda della tipologia di cliente distinto in: «*cliente professionale*», rispetto al quale si riducono gli obblighi informativi; «*controparte qualificata*», per la quale c'è una disapplicazione pressoché integrale degli stessi; «*cliente al dettaglio*» che invece gode del più elevato grado di tutela (si veda *amplius* paragrafo 7).

⁴¹ Cfr. B. INZITARI, *Strumentalità e malizia nella predisposizione e raccolta della dichiarazione di operatore qualificato*, in *www.ilcaso.it*, 29 dicembre 2007, 87. In termini non dissimili, cfr. M. DE POLI, *Interest rate swap ... cit.*, 29: «*Va ricordato che gli strumenti finanziari derivati over the counter (c.d. OTC) sono strumenti complessi ed opachi fin dalla loro più semplice strutturazione. Si tratta di operazioni definite di «investimento» ma che, a ben vedere, di investimento hanno molto poco, dato che non richiedono l'impiego di una somma iniziale, contrariamente alle altre più tradizionali forme di investimento. Ciò significa che il cliente tende a non percepire con immediatezza ed evidenza il rischio insito in tali prodotti, né è in grado di percepire l'effetto leva posseduto da tali contratti, derivante dal fatto che gli oneri finanziari che maturano a carico delle parti poggiano su valori finanziariamente elevati ma puramente nominali*».

⁴² V. l. n. 448/2001.

⁴³ Sulla distinzione tra la terminologia "contratti derivati" in ambito finanziario-commerciale

condotto gli enti territoriali a impegnare denaro pubblico in investimenti, per l'appunto, particolarmente complessi – che, per loro natura, rientrano nella categoria degli *strumenti finanziari* e, come tali sono sottoposti alla disciplina di cui al Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria – TUF, e non in quella dei contratti di finanziamento, diversamente assoggettati alle regole di cui al Testo Unico Bancario – TUB⁴⁴.

L'indagine deve, pertanto, prendere le mosse dall'articolo 1, TUF che contiene una definizione - *rectius*, elencazione⁴⁵ - di «*strumenti finanziari derivati*» che, da un lato, fa riferimento al comma 2, lettere d), e), f), g), h), i) e j), e, dall'altro lato, al comma 1-*bis*, lettera d).

Al di là della 'nozione' legislativa, si è soliti definire i *contratti derivati* come quei contratti che derivano il loro valore dal prezzo di un'attività variabile sottostante, di natura finanziaria o meno, o ancora, dal valore di un parametro finanziario di riferimento come possono essere esemplificando, quotazioni finanziarie, indici di borsa, tassi di interesse e di cambio, prezzi di merci, variabili climatiche, merito di credito di uno o di più soggetti⁴⁶.

Come sottolineato durante l'audizione informale del 6 dicembre 2007 dal Direttore Generale della Banca d'Italia, «*il termine 'derivato' sta, appunto, a indicare la derivazione del valore dello strumento da un'attività o da un altro indice*»⁴⁷.

La finalità collegata al loro utilizzo può, per quanto qui di interesse, essere individuata nella gestione dell'esposizione ai rischi di mercato o di credito che una banca, un'impresa o un ente territoriale assume nell'ambito della propria operatività⁴⁸.

e la medesima in uso nella dottrina civilistica tradizionale si rinvia a F. VITELLI, *Contratti derivati ... cit.*, IX ss.

⁴⁴ Il distinguo rileva in quanto i contratti derivati rientrando nella categoria degli *strumenti finanziari*, per loro natura e a prescindere dalle caratteristiche che li differenziano dalle altre tipologie – es. obbligazioni piuttosto che azioni –, presentano già i rischi dovuti alle oscillazioni del mercato, da cui potranno discendere effetti positivi ma anche effetti negativi.

⁴⁵ In termini critici rispetto alla definizione contenuta nel nuovo testo dell'articolo 1 TUF come modificato dall'art. 1 del d.lgs. n. 164 del 17.9.2007, si veda E. BARCELLONA, *Strumenti finanziari derivati: significato normativo di una «definizione»*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2012, 5, 541.

⁴⁶ Si veda per tutti F. CAPUTO NASSETTI, *I contratti ... cit.*

⁴⁷ Cfr. Audizione informale del Direttore Generale della Banca d'Italia, Fabrizio Saccomanni, alla 6^a Commissione permanente della Camera dei Deputati, 6 novembre 2007, *Le problematiche relative agli strumenti finanziari derivati*, Roma, 6.

⁴⁸ Cfr. Corte dei conti, sez. reg. contr. Lombardia, 26 settembre 2007, n. 596, 3. Le principali finalità associate alla negoziazione di strumenti finanziari sono: copertura di posizioni, speculazione e arbitraggio. Cfr. G. MUSSARI, D. MONTI, A. MICOLI, *Gli strumenti della crisi ... cit.*, 139: «*Copertura: è l'intento di ridurre il rischio finanziario di un portafoglio preesistente; speculazione: è l'intento di assumere esposizioni di rischio al fine di conseguire un profitto; arbitraggio: è lo scopo di conseguire un profitto tendenzialmente privo di rischio, attraverso transazioni combinate sullo strumento derivato e sul sottostante, tali da cogliere eventuali differenze di valorizzazione*». Siccome di maggior interesse per la presente trattazione, si riportano le caratteristiche che, secondo quanto affermato dalla Consob, le operazioni in strumenti finanziari

Nella pratica finanziaria si sono sviluppate una molteplicità di forme di contratti derivati proprio in virtù della loro flessibilità.

Nel prosieguo della trattazione, si procederà a delineare le caratteristiche fondamentali dei principali modelli di derivati, cosiddetti «*archetipi di contratti derivati*»⁴⁹ – *forward, future, option, swap*, –, senza alcuna pretesa di completezza anche per non esulare dalle competenze proprie di chi scrive, peculiarità da cui però la ricerca deve partire per tratteggiare i confini più prettamente giuridici della materia.

Oggetto dei contratti *forward* è lo scambio di flussi di cassa i quali si manifestano solamente alla scadenza, nel momento in cui l'acquirente riceve il bene sottostante in cambio del prezzo concordato nel contratto ovvero le due parti si scambiano la differenza fra il prezzo di mercato dell'attività alla scadenza ed il prezzo di consegna indicato nello stesso contratto.

Essi sono contratti a termine, scambiati *over the counter* (OTC) ossia negoziati in mercati non regolamentati.

Al riguardo è necessario spendere alcune parole in quanto i concetti appena espressi torneranno utili anche nell'analisi delle successive tipologie.

In particolare, per contratto a termine si intende l'accordo tra due soggetti per la consegna di una determinata quantità di un certo sottostante (attività finanziaria o merci) ad un prezzo e a una data prefissati. In linea generale, al momento della loro conclusione, le due prestazioni sono equivalenti: il prezzo di consegna, stabilito nel contratto, è pari al prezzo a termine, ossia al prezzo corrente del sottostante maggiorato del valore finanziario del tempo intercorrente tra la data di stipula e la data di scadenza⁵⁰.

Con specifico riferimento invece al luogo di negoziazione, in generale i derivati possono essere scambiati su mercati regolamentati o su mercati non regolamentati.

Nel secondo caso, quello in realtà ormai più diffuso, i derivati, detti anche appunto *derivati OTC*, sono negoziati liberamente con minori garanzie di trasparenza rispetto a quelli negoziati in mercati regolamentati, cosiddetti *derivati uniformi*, che, *a contrariis*, si caratterizzano per regole precise anche in ordine alla struttura dello strumento finanziario non lasciata alla libera autonomia delle parti⁵¹.

derivati devono possedere per poter essere considerate di copertura: «a) siano esplicitamente poste in essere al fine di ridurre la rischiosità di altre posizioni detenute dal cliente; b) sia elevata la correlazione tra le caratteristiche tecnico-finanziarie (scadenza, tasso di interesse, tipologia ecc.) dell'oggetto della copertura e dello strumento finanziario utilizzato a tal fine; c) siano adottate procedure e misure di controllo interne idonee ad assicurare che le condizioni di cui sopra ricorrano effettivamente». V. Consob, comunicazioni nn. DI98065074, DI/99013791 del 26 febbraio 1999 e DEM 1026875 DEL 11 aprile 2001.

⁴⁹ F. VITELLI, *Contratti derivati ... cit.*, 79.

⁵⁰ V. Consob, *I principali prodotti derivati... cit.*, 5 ss.;

⁵¹ F. VITELLI, *Contratti derivati ... cit.*, 74 ss. In dottrina, si è osservato come, seppur il legislatore abbia predisposto un elenco in cui i due tipi, derivati negoziati su un mercato regolamentato e

Il *future*, seppur contratto a termine, si contraddistingue dalla tipologia precedente in quanto standardizzato e negoziato sui mercati regolamentati. Nel caso in esame le parti si impegnano a scambiare, ad una data prestabilita, una determinata attività finanziaria o un certo quantitativo di merce ad un prezzo definito.

Passando ad analizzare un *option*, questo si sostanzia in un contratto attraverso il quale è attribuito ad una delle parti, a fronte del pagamento di un corrispettivo (premio), il diritto di comprare (opzione *call*) o vendere (opzione *put*) un certo quantitativo di beni quali merci, titoli, valute, tassi di interesse o di cambio – il cui mercato prende il nome di *index option*, ove i relativi strumenti finanziari sono denominati *cap*, *floor* e *collar* – nonché altri contratti derivati ad un prezzo prefissato (prezzo di esercizio) entro una certa data (scadenza) ovvero al raggiungimento della stessa⁵².

Infine, rispetto all'ultima tipologia, utile per la sua ricostruzione, è la traduzione in italiano di *swap* ossia 'scambio', che identifica per l'appunto la sostanza del contratto. Ed infatti, esso si realizza quando due parti si accordano per scambiarsi flussi di pagamenti (anche detti flussi di cassa) calcolati applicando due o più parametri diversi (tassi di interesse o di cambio) connessi ad un'attività sottostante, ad una certa data, secondo modalità stabilite nel contratto⁵³.

Come precisato in dottrina: «La descritta operazione si basa, dunque, sullo scambio di due prodotti finanziari attraverso l'esecuzione dei pagamenti generati da ciascun prodotto a favore delle parti del contratto»⁵⁴.

I contratti *swap* si inseriscono nella più ampia categoria dei contratti a termine «poiché il loro specifico oggetto consiste nella compravendita di un differenziale assunto nel tempo dall'attività fondamentale sottostante in termini di comparazione fra il valore al momento della stipulazione e il valore al momento dell'esecuzione»⁵⁵ e di quelli *over the counter* (OTC) ossia negoziati non in mercati regolamentati.

derivati *over the counter*, sono contemplati indiscriminatamente: «L'interprete è invece tenuto a distinguere, perché i profili di diversità delle fattispecie sono molteplici e rilevanti: sono diverse le caratteristiche del contro-interesse dell'intermediario; ricorre alternativamente l'etero e l'auto regolamentazione del contenuto; sussiste la massima trasparenza imposta dai gestori dei mercati regolamentati ovvero la massima opacità di contenuti predisposti dal solo intermediario; a fronte della liquidità dei derivati negoziati su mercati regolamentati sono invece massimamente illiquidi (in verità, del tutto non negoziabili) gli strumenti *over the counter*; e così via». Così D. MAFFEIS, *Contratti derivati*, cit., 608. L'A. però dissente rispetto all'affermazione secondo cui i contratti derivati negoziati su mercati regolamentati sarebbero "standard" o "uniformi" mentre quelli OTC sarebbero "no standard". Ed infatti: «Tuttavia, solo in apparenza nei contratti derivati o *over the counter* il contenuto è libero. Esso è certamente libero sulla carta nella misura in cui non è regolamentato, ma è anch'esso fortemente standardizzato, per essere pressoché integralmente riconducibile alla unilaterale predisposizione ad opera dell'intermediario, il quale, almeno nelle situazioni fisiologiche, ripete a sua volta schemi e modelli predefiniti da organismi terzi (così ad es. l'ISDA International Swap Dealers Association per i contratti di *swap*)».

⁵² *Amplius*, F. VITELLI, *Contratti derivati ... cit.*, 84 ss.

⁵³ V. Consob, *I principali prodotti derivati ... cit.*, 25.

⁵⁴ Cfr. F. VITELLI, *Contratti derivati ... cit.*, 95.

⁵⁵ Cfr. L. PARDI, *Strumenti finanziari derivati ... cit.*, 243.

L'assenza di standardizzazione e la negoziazione in mercati OTC sono elementi che presuppongono un ruolo di *market maker* dell'intermediario finanziario, in altre parole, lui stesso, dinanzi alla difficoltà per un soggetto di reperire sul mercato una controparte con esigenze di copertura perfettamente speculari, si propone sul mercato come disposto a negoziare in contropartita diretta il contratto di *swap*⁵⁶.

Esso è solitamente costruito in modo tale che, nel momento in cui avviene la stipulazione, le prestazioni previste siano equivalenti ovvero *par*: il valore iniziale del contratto è pari a zero «*così da non generare alcun flusso di cassa iniziale per compensare la parte gravata dalla prestazione di maggior valore*»⁵⁷.

Peraltro, la principale difficoltà legata a questo prodotto è da ricondursi alla molteplicità di forme che esso assume nella prassi, dovuta alle varie tipologie di sottostante.

In questa sede, si limita l'indagine agli *Interest Rate Swap* – IRS – (ossia agli scambi su tassi di interesse)⁵⁸ – per lo più sottoscritti dagli enti territoriali – che si caratterizzano per avere ad oggetto lo scambio di pagamenti periodici di interessi, calcolati su una somma di danaro – capitale nozionale di riferimento – per un periodo di tempo predefinito. Non vi è, pertanto, uno scambio di capitale ma solamente di flussi corrispondenti al differenziale tra due interessi.

Nella casistica più frequente: «*Il contratto di mutuo originario non viene toccato ed il debitore continua a pagare gli interessi ivi stabiliti al mutuante. In forza del contratto di swap stipulato con l'intermediario finanziario (che, generalmente, non è neppure il concedente del mutuo), i due contraenti (...) regoleranno fra loro, ad ogni scadenza, le differenze emerse di segno opposto, positive o negative, sulla base dell'applicazione delle clausole contrattuali. In questo modo il debitore continuerà a pagare gli interessi sul mutuo, ma se il tasso previsto dallo swap è a suo favore riceverà importi dall'intermediario finanziario che contribuiranno a bilanciare i maggiori importi versati al mutuante quali interessi sul mutuo. Al contrario, se in base al tasso previsto dallo swap matureranno importi in favore dell'intermediario finanziario, il debitore oltre a pagare i normali interessi sul mutuo dovrà sostenere anche il pagamento di questi importi con un ulteriore aggravio per la sua situazione finanziaria. In conclusione, si tratta di un'operazione finanziaria che non dovrebbe avere carattere speculativo, poiché dovrebbe servire unicamente a contenere il rischio collegato all'aumento dei tassi di interesse o a ridurre il costo dell'indebitamento a tasso fisso*»⁵⁹.

Essi possono, altresì, presentare clausole aggiuntive che rendono la struttura del contratto più complessa come ad esempio quella c.d. *collar* in base alla quale

⁵⁶ Si veda TUF –, articolo 1, comma 5-*quater*: «Per “*market maker*” si intende il soggetto che si propone sui mercati regolamentati e sui sistemi multilaterali di negoziazione, su base continua, come disposto a negoziare in contropartita diretta acquistando e vendendo strumenti finanziari ai prezzi da esso definiti».

⁵⁷ V. Consob, *I principali prodotti derivati...cit.*, 12.

⁵⁸ L'altra grande categoria è rappresentata dal *currency swap* in cui lo scambio ha luogo tra due prestazioni pecuniarie espresse in due diverse valute.

⁵⁹ Cfr. Corte dei conti, sez. contr. Lombardia, 26 ottobre 2007, n. 596, in www.corteconti.it, 6 ss.

una delle due parti paga il tasso variabile solo se esso rimane entro un determinato ‘corridoio’ definito da due parametri: il tetto (c.d. *cap*) e il valore minimo (c.d. *floor*).

La tipologia più diffusa è quella denominata *plain vanilla swap* con le seguenti peculiarità: la durata è rappresentata da un numero intero di anni; un flusso di pagamento è basato su un tasso di interesse fisso mentre l’altro è indicizzato a un tasso di interesse variabile; il capitale nozionale rimane costante per tutta la durata del contratto.

Esso rappresenta il contratto derivato di base, quello più semplice immesso nei mercati tanto da essere, ad un certo punto, l’unico consentito per gli enti territoriali in relazione alla gestione delle effettive passività e, pertanto, per finalità esclusivamente di copertura dei rischi⁶⁰ (si veda *infra*).

Infine, un ultimo riferimento deve essere fatto al cosiddetto contratto quadro, che normalmente sottende alla conclusione dei successivi contratti di *swap*. Il più utilizzato a livello internazionale è quello predisposto dalla *International Swaps and Derivatives Association ISDA – Master Agreements* che contiene appunto il regolamento contrattuale applicabile allo *swap*, dove esemplificando è inserita la clausola che individua come autorità competente a dirimere le controversie insorte la Corte inglese.

Dalla descrizione, seppur sommaria, dei contratti derivati si può comprendere come essi, quantomeno in una prima fase, abbiano rappresentato per gli enti territoriali una risposta alle esigenze finanziarie quali la ristrutturazione dell’indebitamento in essere, mediante riscadenzamento e/o sostituzione di passività, ovvero la copertura dei rischi di mercato, attraverso l’adeguamento delle condizioni contrattuali dei prestiti ai mutamenti degli scenari economici e finanziari⁶¹.

Il ricorso all’*Interest rate swap* in particolare, consente, infatti, di «*inserire elementi di flessibilità all’interno di una struttura debitoria non equilibrata o che presenta una concentrazione di indebitamento in alcune categorie di tassi*», di «*ridurre al tempo stesso, i rischi connessi all’oscillazione dei tassi di interesse*» e di «*realizzare economie sugli interessi da pagare nel breve periodo*». Tutto questo senza intaccare il contratto di mutuo sottostante che rimane invariato e, quindi, senza modificare il rapporto tra il ‘vecchio’ erogatore del finanziamento e l’ente⁶².

⁶⁰ V. d.m. n. 389/2003 e circolare esplicativa n. 128/2004 attraverso i quali si sono posti vincoli all’operatività in derivati da parte degli enti territoriali. In particolare si veda articolo 3, d.m. del 2003 e articolo 3 della circolare del 2004.

⁶¹ Nella prassi, l’esempio più ricorrente è collegato a prestiti obbligazionari emessi dai soggetti pubblici.

⁶² V. M. SPECA, *Gli interest rate swap negli enti locali ... cit.*, 772. Parte della dottrina ha, altresì, individuato il motivo del ricorso a strumenti per loro natura aleatori, tra l’altro, nel *materiale funzionamento del circuito politico – rappresentativo locale*. Si legge: «è altrettanto indiscutibile notare che il mercato dei derivati offre comunque un’attrattiva molto forte per gli amministratori direttamente eletti, specialmente con riguardo

In realtà, lo scopo di copertura del rischio, richiesto anche dalla normativa, non sempre è stato raggiunto, circostanza peraltro evidenziata dalle vicende giudiziarie che sono seguite.

Le criticità emerse, come anticipato in premessa, hanno interessato sia l'erogazione in favore dell'Amministrazione di un c.d. premio di liquidità per compensare lo squilibrio contrattuale iniziale, sia la presenza di cc.dd. costi impliciti non dichiarati dall'intermediario negoziatore dei titoli, elementi su cui si concentrano le principali questioni in ordine alla possibilità o meno per il soggetto pubblico di concludere operazioni derivate.

In particolare, in alcune ipotesi l'investimento in derivati ha generato, quantomeno nel breve periodo, liquidità aggiuntiva, essenzialmente una sorta di 'finanziamento', oggi normativamente specificato.

È il caso della sottoscrizione di contratti *no par*, ossia con valore di mercato negativo, rispetto ai quali l'intermediario ha erogato somme per cassa all'ente a titolo di commissioni *up-front*.

Tale meccanismo ha reso gli effetti collegabili alla finanza derivata ancor meno adatta a soggetti pubblici in considerazione della dilazione del debito – non quantificabile con certezza – a carico delle gestioni future e delle difficoltà legate alla loro contabilizzazione che si è tradotta in una diminuzione di trasparenza dei bilanci pubblici – in particolare le somme così reperite erano contabilizzate tra le entrate dell'ente, peraltro senza alcun impegno e quindi libere, mentre in realtà, esse rappresentano passività seppur appunto future⁶³.

A di là di questo aspetto, un'ulteriore e forse preponderante questione che si pone all'interprete, come già accennato in premessa, è la natura da riconoscere alla clausola di *up-front*.

Il problema si pone per il periodo di vigenza dell'articolo 41, finanziaria per il 2002, prima dei successivi interventi di contenimento delle operazioni in finanza derivata per i soggetti pubblici (si veda paragrafo successivo), ossia prima che il legislatore procedesse espressamente alla qualificazione della richiamata

*alle forme negoziali più dubbie e pericolose, ossia a quelle che assicurano un incasso immediato anche a fronte di un rischio molto elevato (che come tale potrà presentarsi solo in futuro e, se del caso, anche in capo ad una classe politica eventualmente diversa): essi hanno bisogno di materializzare con rapidità ed efficacia il debito politico che li ha condotti all'elezione e che li vincolò in modo indissolubile con una maggioranza ben definita». Cfr. in questo senso F. CORTESE, *Derivati e finanza locale ... cit.*, 230.*

⁶³ V. M. ANTONIOLI, *Enti pubblici e strumenti finanziari ... cit.*, 27: «E, in proposito, una questione attiene alla contabilizzazione dei flussi finanziari (*netting*) – maturati nel periodo di competenza – come interessi (attivi o passivi): l'osservanza dei principi di sana e prudente gestione e di regolarità contabile dovrebbero imporre l'inserimento in bilancio di un apposito fondo rischi, in cui allocare i flussi attivi, vincolandone l'impiego in funzione della copertura di possibili perdite successive. Né, d'altra parte, può omettersi un cenno alla scarsa trasparenza e all'opacità dei mezzi di contabilizzazione nei bilanci pubblici degli oneri, spesso latenti, derivanti dal possesso di derivati, i cui costi appaiono di difficile valutazione, specie da parte di enti non sempre muniti di strumenti conoscitivi adeguati».

clausola come forma di indebitamento, modificando il comma 17, articolo 3, legge 350 del 2003 che oggi indica anche «*l'eventuale premio incassato al momento del perfezionamento delle operazioni derivate*».

Sul punto, si registrano posizioni giurisprudenziali e dottrinali contrastanti.

Secondo alcuni Giudici, infatti, «*Il contratto di swap con upfront, seppure sottoscritto da un Comune al fine di ottenere una liquidità immediata, ha una causa ben diversa rispetto a quella propria del contratto di mutuo o dell'anticipazione di credito. La causa dello swap rimane, indipendentemente dall'upfront, quella di effettuare uno scambio tra somme di denaro tra le parti basate su tassi di interessi diversi e sul rischio della loro differenza*» e non, quindi, il credito da restituire⁶⁴. In altre parole, secondo tale impostazione, l'esposizione all'indebitamento per quello dei contraenti che sarà perdente sul tasso di interesse è un mero effetto possibile e non la sua funzione precipua correlata all'anticipazione di denaro da doversi rendere⁶⁵.

La pronuncia testè richiamata, la prima relativa ad una controversia tra un Ente locale ed un Istituto di credito avente ad oggetto la negoziazione di strumenti finanziari derivati, oltre ad essere stata criticata in dottrina⁶⁶, è stata anche completamente riformata dalla Corte d'Appello di Bologna in sede di gravame⁶⁷.

Con riferimento al profilo *de qua* il Giudice di secondo grado ha, infatti, in maniera per chi scrive condivisibile, ritenuto: «*il contratto di swap e in particolare – ma si aggiunge qui non solo – che prevede una clausola iniziale di up front, costituisce, proprio per la sua natura aleatoria, una forma di indebitamento per l'ente pubblico, attuale o potenziale. Se infatti la natura dello swap (oggi tipizzato dalle norme amministrative e dallo stesso TUF) è costituita da una lecita scommessa bilaterale su tassi (o valute, o altri parametri economici di mercato) futuri, con la finalità di far guadagnare o perdere la stessa parte contraente a seconda della periodica rilevazione degli stessi, generando flussi finanziari corrispondenti, è evidente che ognuno degli stessi contraenti deve mettere in conto al momento della stipulazione non solo il proprio guadagno, ma, come in ogni gioco d'azzardo, anche di perdere, e quindi di dover pagare – ossia divenire debitore di – una certa somma nei confronti della controparte. La potenziale passività da corrispondere non è un mero effetto del contratto, ma entra nella causa – astratta e concreta – di “scommessa”, e soprattutto viene considerata dalla normativa amministrativa, di evidente cautela e salvaguardia degli enti pubblici che all'acquisto dello strumento finanziario “derivato” abbiano fatto ricorso*».

La questione così posta si ricollega immediatamente al disposto di cui all'ultimo comma dell'articolo 119 della Costituzione e al vincolo di equilibrio

⁶⁴ Trib. Bologna, n. 5244/2009, cit. In dottrina si veda E. GIRINO, *I contratti derivati*, cit. secondo il quale: «*Nella sostanza, dunque, ciò che la banca eroga a titolo di up-front non è un finanziamento assistito da un obbligo di rimborso, bensì una somma che dovrebbe esprimere una parte dei flussi positivi che, secondo la previsione dell'intermediario, il derivato andrà a generare in futuro a favore del cliente*», 475. In posizione critica cfr., S. SCOTTI CAMUZZI, *Sulla natura dell'upfront dei contratti IRS*, in *Swap tra banche e clienti ...*, cit., 251 ss.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ Cfr. L. ZAMAGNI, G. CEDRINI, *Swap ed enti locali: note critiche a Tribunale Bologna 14/12/2009 ...*, cit.

⁶⁷ Corte App. Bologna, n. 734/2014.

finanziario, elevato a limite di principio dell'operatività in finanza derivata qualificata in termini di indebitamento ma non correlata a spese di investimento per le Amministrazioni pubbliche.

Per altro verso, in più di un'occasione la problematica ha interessato la presenza di un *mark to market* iniziale negativo non compensato però dalla corresponsione del premio corrispondente – *up front*.

Dallo squilibrio sinallagmatico originario tra le parti ne è fatta discendere la presenza di costi c.d. 'occulti', a danno del soggetto pubblico, non dichiarati all'atto della negoziazione e idonei a generare un mutamento della funzione assegnata al contratto da conservativa a speculativa, in violazione dell'articolo 41, finanziaria per il 2002.

Infine, altrettanto problematico risulta essere il fenomeno della rinegoziazione a cui gli enti territoriali spesso hanno fatto ricorso volta a finanziare la perdita subita dal primo contratto, definitivamente determinata con la sua chiusura anticipata.

Gli elementi costitutivi della fattispecie si sostanziano nei seguenti: posticipazione della scadenza dell'operazione; incremento del nozionale; aumento della leva finanziaria e variazione del sottostante. Come osservato in dottrina: «*Un simile intervento ha l'effetto di aumentare l'esposizione al rischio del cliente, presentando, per tale motivo, indubbi profili di criticità, in termini di adeguatezza per tipologia, se lo scopo che muove le parti del contratto non è quello di trarre profitto, ma diversamente quello di ridurre le perdite eventuali derivanti dal modus operandi dell'investitore*»⁶⁸.

Anzi, si potrebbe a ragione sostenere che proprio l'effetto di posticipare una perdita già realizzata ad un momento successivo, con evidente aggravio, ancora una volta, per il bilancio degli esercizi futuri, risponda a fini speculativi piuttosto che a finalità di riduzione del costo finale del debito ed alla riduzione dell'esposizione ai rischi di mercato, tanto più che la legge di stabilità 2014 ha abrogato la disposizione che prevedeva la possibilità di ristrutturare il contratto derivato (si veda paragrafo successivo).

3. *Il quadro normativo*

Fondamentale nello studio del fenomeno degli strumenti finanziari derivati in mano pubblica è quello di delineare il quadro normativo di riferimento, con il fine di individuare le principali disposizioni che sono state adottate in materia, per lo più inserite nel *corpus* delle leggi finanziarie di fine anno.

Come meglio risulterà dalla lettura delle pagine che seguono, la materia si caratterizza per un 'eterno ritorno' del legislatore sulle proprie scelte di politica

⁶⁸ Cfr. in questo senso P. FADEL, A. MARANGONI, *Enti locali e strumenti finanziari derivati: evoluzione normativa*, in *Finanza derivata, mercati e investitori*, cit., 247.

legislativa nell'estremo sforzo, come già osservato, di 'stare al passo con i tempi' del mercato finanziario per sua natura fortemente dinamico.

Ciò che si vuole osservare, anticipando in parte quello che sarà evidenziato nel prosieguo con i dovuti riferimenti normativi, è che se in un primo tempo era fatto assoluto divieto per le Pubbliche amministrazioni di utilizzare strumenti finanziari derivati, successivamente si è aperta tale possibilità – peraltro, introducendo anche ipotesi obbligatorie di conclusione di *swap* per gli enti pubblici –, per poi tornare nell'ambito di ciò che è vietato, passando per molteplici interventi di contenimento degli effetti originati dalla conclusione dei contratti in discussione⁶⁹.

Nell'espone le norme di interesse per la presente trattazione, si è scelto di operare in senso cronologico fino alla legge di stabilità per il 2014⁷⁰, così da poter suffragare quanto appena affermato e dar conto delle lacune a cui ricondurre, quantomeno in parte, l'uso distorto degli strumenti di finanza derivata ad opera degli enti locali.

Il primo richiamo è all'articolo 35 della n. 724 del 1994⁷¹ che ha stabilito espressamente la possibilità per gli enti territoriali di ricorrere al mercato dei capitali attraverso l'emissione di prestiti obbligazionari destinati esclusivamente al finanziamento degli investimenti, e all'articolo 2, del Regolamento di attuazione⁷² nella parte in cui ha previsto, per la prima volta, il ricorso a strumenti derivati come copertura obbligatoria del rischio di cambio nel caso di emissioni obbligazionarie in valuta (mediante l'attivazione di un *currency swap*).

Le novità introdotte possono essere così riassunte: interruzione del monopolio della Cassa Depositi e Prestiti a cui gli enti locali erano obbligati a indirizzarsi per il finanziamento dei propri investimenti; possibilità per gli stessi di rivolgersi al mercato dei capitali con contestuale attivazione di un'operazione di *swap*.

La *ratio* di quest'ultima previsione deve essere ricercata nella finalità di evitare l'esposizione al rischio di cambio, con precipua attenzione, come espressamente evidenziato dal legislatore, a non «introdurre elementi di rischio»⁷³.

⁶⁹ Nello stesso senso, cfr. F. CAPUTO NASSETTI, *I contratti ... cit.*, 719-720, dove sottolinea: «Il quadro normativo che detta le regole di comportamento negoziale per la pubblica amministrazione in materia di contratti derivati ha una genesi a dir poco farraginoso e disarticolato. Basti pensare che gli interventi normativi sono stati numerosi e con cadenza quasi annuale a partire dal 2001, con norme inserite nei testi delle leggi finanziarie di fine anno e con regolamenti emessi ben oltre i termini indicati dalle leggi stesse. Tali interventi sono stati spesso la reazione a fenomeni patologici occorsi – a riprova della mancanza di un disegno normativo organico – arrivando a vietare ciò che con norme precedenti era stato espressamente autorizzato. Si è passati da una situazione nella quale agli enti pubblici territoriali era vietato utilizzare strumenti finanziari derivati, ad una stagione nella quale avevano la massima libertà di negoziarli, passando letteralmente da un estremo all'opposto».

⁷⁰ V. art. 1, c. 572, l. n. 147/2013.

⁷¹ V. legge 23 dicembre 1994, n. 724 in *Suppl. ordinario alla Gazz. Uff.*, 30 dicembre 1994, n. 304, *Misure di razionalizzazione della finanza pubblica* - finanziaria per il 2005.

⁷² V. decreto ministeriale, 5 luglio 1996, n. 420, in *Gazz. Uff.*, 13 agosto 1996, n. 189, *Regolamento recante norme per l'emissione di titoli obbligazionari da parte degli Enti locali*.

⁷³ V. articolo 2, DM n. 420/1996: «1. Per la copertura del rischio di cambio tutti i prestiti in valuta

In tale contesto, la svolta si registra con il disposto di cui all'articolo 41, legge n. 448 del 2001⁷⁴, con il quale, *al fine di contenere il costo dell'indebitamento e di monitorare gli andamenti di finanza pubblica* (comma 1), è stata estesa agli Enti locali la facoltà di emettere titoli obbligazionari (e di contrarre mutui) con rimborso del capitale in un'unica soluzione alla scadenza – c.d. titoli *bullet* – previa costituzione di un fondo di ammortamento del debito o previa conclusione di *swap* per l'ammortamento del debito⁷⁵ (comma 2, previsione poi abrogata dall'articolo 62, comma 10, d.l. n. 112 del 2008 come modificato dall'articolo 3, l. n. 203 del 2008 – si veda *infra*), tutto sottoposto ad un potere di coordinamento finanziario in capo al Ministero dell'economia e delle finanze.

La norma introduce chiaramente un obbligo di costituzione di un fondo di ammortamento del debito ovvero la conclusione di uno *swap* per l'ammortamento del debito con il precipuo fine di evitare che il problema della restituzione del capitale – posticipata nel futuro – gravi sugli amministratori 'del domani'.

Facendo proprie le affermazioni espresse in dottrina: «*In altre parole si vuole evitare il moral hazard di emettere debito lasciando ad altri in futuro il problema di come pagarlo, imponendo un fondo di ammortamento o un cosiddetto amortizing swap, cioè uno swap che impone all'ente pubblico di effettuare pagamenti alla controparte dello swap in misura tale da equivalere ad un ipotetico piano di ammortamento del debito contratto dall'ente pubblico. La controparte dello swap alla scadenza è tenuta a pagare all'ente pubblico una somma pari all'ammontare del debito alla scadenza*»⁷⁶.

In concreto, da un lato, la disposizione introduce la conclusione di uno *swap* con finalità certamente non speculative (ammortamento del debito), dall'altro lato, contestualmente, dispone la convenienza economica dell'operazione.

Tradotto: l'ente pubblico deve guadagnare senza rischiare, connubio difficile da realizzare, anche se imposto dal legislatore, all'interno del mercato dell'intermediazione finanziaria dove, connaturato all'operazione, è appunto l'alea di rischio.

Come più volte osservato, la problematica, in una prima fase, era aggravata

estera devono essere accompagnati, al momento dell'emissione, da una corrispondente operazione di swap. L'operazione di swap dovrà trasformare, per l'emittente, l'obbligazione in valuta in un'obbligazione in lire, senza introdurre elementi di rischio. (...) 2. L'operazione di swap dovrà essere effettuata da intermediari di provata affidabilità ed esperienza nel settore, con riferimento anche alla valutazione assegnata dagli intermediari medesimi dalle maggiori agenzie di ratings».

⁷⁴ Legge 28 dicembre 2001, n. 448, in *Suppl. ordinario* n. 285 alla *Gazz. Uff.*, 29 dicembre 2001, n. 301, *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - finanziaria per il 2002*.

⁷⁵ In dottrina, si sottolinea come in realtà la possibilità di emettere titoli obbligazionari in forma *bullet* fosse già prevista dall'articolo 35 della legge n. 724 del 1994 e che la vera novità introdotta dalla norma in parola sia di aver imposto il fondo o lo *swap* di ammortamento quale primo limite alla possibilità di indebitarsi con rimborso in un'unica soluzione. Cfr. F. CAPUTO NASSETTI, *I contratti ... cit.*, 726.

⁷⁶ Cfr. *Ibidem*, 726-727.

dalla circostanza che la scelta di operare in strumenti finanziari derivati fosse lasciata alla libera iniziativa dell'ente locale, privo delle competenze ad agire in tal senso⁷⁷.

Successivamente, il decreto n. 389 del 2003⁷⁸ e la circolare del 27 maggio 2004⁷⁹ del Ministero dell'economia e delle finanze hanno regolato l'accesso al mercato dei capitali da parte degli enti territoriali relativamente alle operazioni derivate effettuate e agli ammortamenti costituiti dopo il 4 febbraio 2004, fornendo anche un elenco delle operazioni di finanza derivata consentite agli enti pubblici – unicamente nella forma *plain vanilla*⁸⁰.

È seguita la legge n. 296 del 2006⁸¹ - finanziaria per il 2007 - che ha introdotto ulteriori disposizioni in merito all'operatività in strumenti derivati delle regioni e degli enti locali, ampliando la definizione di indebitamento contenuta nell'articolo 3, comma 17, l. n. 350/2003 e autorizzando le operazioni di gestione del debito tramite utilizzo di strumenti derivati solamente laddove improntate alla riduzione del costo finale del debito e alla riduzione dell'esposizione dei rischi di mercato e solo in corrispondenza di passività effettivamente dovute «*avendo riguardo al contenimento dei rischi di credito assunti*» (comma 736)⁸².

In concreto, la norma conferma la finalità di mera copertura che devono rivestire le operazioni di finanza derivata poste in essere dagli enti locali con esclusione, pertanto, di fini di tipo speculativo.

Naturalmente l'analisi dovrà essere posta in essere *ex ante* e, pertanto, valutando il valore di mercato del contratto derivato al momento della stipula, c.d. *mark to market*, in un'ottica di congruità economica tra riduzione del valore e assunzione del rischio.

Una certa importanza riveste, inoltre, la previsione di cui al comma 737 (sempre finanziaria per il 2007) che assegna alla trasmissione preventiva al Ministero dell'economia e della finanza dei contratti attraverso cui le regioni e gli enti di cui al TUEL pongono in essere le operazioni di ammortamento del debito

⁷⁷ Non è un caso che la maggior parte delle operazioni poste in essere dagli enti territoriali nel campo della finanza derivata risalgano proprio al periodo di vigenza dell'articolo 41, prima dell'entrata in vigore del Decreto del Ministero dell'economia e delle finanze, 1° dicembre 2003, n. 389, in *Gazz. Uff.*, 4 febbraio 2004, n. 28, *Regolamento concernente l'accesso al mercato dei capitali da parte delle province, dei comuni, delle città metropolitane, delle comunità montane e delle comunità isolate, nonché dei consorzi tra enti territoriali e delle regioni, ai sensi dell'articolo 4, comma 1, legge 28 dicembre 2001, n. 448.*

⁷⁸ D.m. n. 389/2003.

⁷⁹ Cfr. circolare del Ministero dell'economia e delle finanze del 27 maggio 2004, in *Gazz. Uff.*, 3 giugno 2004, n. 128.

⁸⁰ Cfr. articolo 3, circolare 27 maggio 2004.

⁸¹ Legge 27 dicembre 2006, n. 296, in *Suppl. Ordinario* n. 244 alla *Gazz. Uff.*, 27 dicembre 2006, n. 299, *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato* – finanziaria per il 2007.

⁸² Si veda, anche circolare esplicativa del Ministero dell'economia e delle finanze, 31 gennaio 2007, n. 1, in *Gazz. Uff.* 31 gennaio 2007, n. 29.

con rimborso unico a scadenza e le operazioni in strumenti derivati la natura di elemento costitutivo dell'efficacia della fattispecie contrattuale.

Anche la finanziaria per il 2008⁸³ ha rafforzato il regime dei poteri di verifica esterni con un richiamo ad un obbligo di trasparenza, disposizioni poi abrogate dall'articolo 62, comma 10, decreto legislativo n. 112 del 2008 per essere riformulate in termini più forti⁸⁴, anche ad opera dell'articolo 1, comma 572, della legge di stabilità 2014⁸⁵ che ha modificato l'articolo 62, vietando, salvo casi individuati dalla stessa disposizione, definitivamente alle Regioni, alle Province autonome di Trento e di Bolzano e agli enti locali di: «3. (...) a) stipulare contratti relativi agli strumenti finanziari derivati (...); b) procedere alla rinegoziazione dei contratti derivati già in essere alla data di entrata in vigore della presente disposizione; c) stipulare contratti di finanziamento che includono componenti derivate».

La normativa da ultimo citata ha rappresentato un passaggio decisivo in materia.

La sua *ratio*, sul presupposto «della spiccata aleatorietà delle negoziazioni aventi ad oggetto gli strumenti finanziari in esame», è stata individuata dalla Corte costituzionale nell'esigenza di «evitare che possa essere messa in pericolo la disponibilità delle risorse finanziarie pubbliche utilizzabili dagli enti stessi per il raggiungimento di finalità di carattere, appunto, pubblico e, dunque, di generale interesse per la collettività»⁸⁶.

Il comma 4, come sostituito dall'art. 1, comma 572, lett. d), prevede, altresì, un'attestazione scritta della presa conoscenza dei rischi e delle caratteristiche del contratto derivato, nonché delle variazioni intervenute nella copertura del sottostante indebitamento da parte del soggetto competente per l'ente alla sottoscrizione del medesimo contratto.

L'assenza della menzionata attestazione ovvero la violazione delle disposizioni *de quibus* rendono il contratto relativo a strumenti finanziari derivati o il

⁸³ Legge 24 dicembre 2007, n. 244, in *Suppl. ordinario* n. 285 alla *Gazz. Uff.*, 28 dicembre, n. 300, *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato*, commi 381-384.

⁸⁴ Decreto legislativo 25 giugno 2008, n. 112, in *Suppl. ordinario* n. 152, alla *Gazz. Uff.*, 25 giugno, n. 147, convertito, con modificazioni, in legge 6 agosto 2008, n. 133, *Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria – finanziaria triennale*, come sostituito dall'articolo 3, legge 22 dicembre 2008, n. 203, in *Suppl. ordinario* n. 285 alla *Gazz. Uff.*, 30 dicembre, n. 303, *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - finanziaria per il 2009*. La disposizione è stata successivamente modificata dall'articolo 1, comma 572, della legge n. 147 del 2013, cit. Abbastanza emblematico del disfavore del legislatore per l'utilizzo da parte degli enti locali di strumenti derivati si può desumere dalla semplice lettura della rubrica dell'articolo 62 che, in sede di conversione, da «Contenimento dell'indebitamento delle regioni e degli enti locali» è stata modificata in «Contenimento dell'uso degli strumenti derivati e dell'indebitamento delle regioni e degli enti locali».

⁸⁵ V. legge, 27 dicembre 2013, n. 147, in *Suppl. ordinario* n. 87, alla *Gazz. Uff.*, 27 dicembre 2013, n. 302, *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - Legge di stabilità 2014*.

⁸⁶ V. Corte cost. n. 58/2010.

contratto di finanziamento che include l'acquisto di cap da parte dell'ente stipulato nullo, nullità che può essere fatta valere solo dall'ente stesso.

Infine, ad opera dell'articolo 1, comma 572, lett. f, è stato abrogato il comma 6 dell'articolo 62 che lasciava aperta la possibilità di ristrutturare il contratto derivato a seguito di modifica della passività alla quale il medesimo era riferito, con la finalità di mantenere la corrispondenza tra la passività rinegoziata e la collegata operazione di copertura.

Restano fermi gli obblighi di comunicazione ai sensi e per gli effetti dell'articolo 41, commi 2-*bis* e 2-*ter*, l. n. 448 del 2001, al Ministero dell'economia e delle finanze che trasmette, altresì, mensilmente alla Corte dei conti copia della documentazione ricevuta.

Dall'analisi dell'evoluzione normativa a cui si è assistito nell'ultimo decennio in ordine al tema che si indaga, seppur nella consapevolezza che trattasi per lo più di interventi volti a calmierare gli effetti negativi conseguenti al ricorso alla finanza derivata da parte degli enti locali, risulta, ad oggi, un quadro d'insieme ordinato all'interno del quale si possono rinvenire le norme di comportamento che il soggetto pubblico deve porre in essere per accedere al mercato finanziario⁸⁷.

Le problematiche permangono invece rispetto ai contratti in essere stipulati in passato dalle Pubbliche amministrazioni sui quali, come già osservato, si è ad oggi registrato un ampio filone giurisprudenziale, oggetto di indagine nel prosieguo della presente trattazione.

4. *La capacità negoziale dell'Amministrazione e l'operatività in finanza derivata: i vincoli legislativi e l'interpretazione della Corte costituzionale*

Come osservato in premessa, molteplici sono le questioni giuridiche che si presentano all'interprete nell'analisi del fenomeno dei derivati, anche in virtù dell'inevitabile intrecciarsi di aspetti pubblicistici e privatistici che contraddistinguono la vicenda.

In questo paragrafo, prima di entrare nel vivo del dibattito giurisprudenziale sviluppatosi sul tema, si vuole porre l'attenzione su un profilo di indubbia rilevanza per l'oggetto della presente trattazione, ossia la legittimazione 'a monte' della Pubblica amministrazione a negoziare strumenti finanziari derivati.

⁸⁷ Cfr. F. CAPUTO NASSETTI, *I contratti ...*, cit., 721, laddove sottolinea: «Nonostante questo percorso accidentato del legislatore, il quadro vigente che ne risulta appare fornire un equilibrato insieme di norme di comportamento che guidano gli enti pubblici nel negoziare contratti derivati finanziari. Il rammarico che emerge consiste nel fatto che se tale quadro normativo fosse stato concepito ab origine e pianificato alla fine degli anni novanta, anziché essere il risultato di interventi di emergenza miranti a rimediare a specifiche situazioni nel corso del primo decennio del nuovo secolo, si sarebbero potuti evitare scandali, contenziosi e sprechi di denaro pubblico».

Il ragionamento prende le mosse dalla generale capacità di diritto privato – nel duplice senso di ‘capacità giuridica’ ossia di attitudine ad essere titolare di rapporti giuridici, e di ‘capacità d’agire’, ossia di attitudine ad instaurare rapporti giuridici⁸⁸ – correlata alla soggettività giuridica *ex* articolo 11 codice civile, riconosciuta allo Stato e agli enti pubblici⁸⁹.

In altre parole, questi ultimi godono della medesima capacità di tutte le persone giuridiche (con le limitazioni proprie dell’essere soggetti giuridici ‘artificiali’ e non persone fisiche), potendo agire secondo gli strumenti del diritto privato che si affiancano a quelli classici del diritto amministrativo nel perseguimento dell’interesse pubblico⁹⁰.

Alla tipicità propria dell’attività amministrativa autoritativa, si contrappone, quindi, la capacità generale di diritto comune, a cui si ricollega anche la capacità di concludere negozi atipici.

In tale contesto, la questione che si pone all’interprete, pertinente a tutti i settori dell’agire della Pubblica amministrazione al di là dell’ambito di indagine prescelto, si sposta sull’esistenza o meno di limiti ovvero deroghe entro cui circoscrivere l’autonomia degli enti pubblici a concludere contratti e, ai nostri fini, contratti derivati (il riferimento, pertanto, è specificatamente alla capacità d’agire).

Senza alcuna pretesa esaustiva, si osserva come in argomento le posizioni registrate in dottrina e giurisprudenza possano essere ricondotte sostanzialmente a due indirizzi.

Secondo il primo, le Pubbliche amministrazioni possono porre in essere qualsiasi negozio giuridico non espressamente proibito da un intervento normativo⁹¹.

⁸⁸ Secondo l’approccio tradizionale, infatti, la seconda è conseguenza della prima ma non si identifica in essa e, mentre la capacità giuridica anche degli enti pubblici non è sottoposta ad alcuna limitazione, alla stessa conclusione non si può pervenire per quanto riguarda la relativa autonomia che deve essere finalizzata al soddisfacimento dell’interesse pubblico. In pratica, la tradizionale limitazione correlata al perseguimento del soddisfacimento di un interesse pubblico affidato alla cura dell’Amministrazione non incide sulla sua attitudine ad essere titolare di rapporti giuridici, bensì sulla sua capacità d’agire ossia di porre in essere rapporti giuridici.

⁸⁹ Cfr., *ex multis*, S.A. ROMANO, *L’attività privata degli enti pubblici*, Milano, 1979, 59 ss.; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1993, 351 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011, 69 ss.

⁹⁰ Al riguardo, indubitabile è il tentativo, peraltro da alcuni auspicato, di affermare il modello negoziale, finalizzato a rendere l’apparato amministrativo più snello, con conseguente prevalenza del diritto comune sul diritto pubblico: agire secondo il diritto comune è la regola, agire secondo il diritto pubblico è l’eccezione.

⁹¹ Cfr. G. PERICU, M. GOLA, *L’attività consensuale dell’amministrazione pubblica*, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, Bologna, 2005, II, 293 ss.: «Anche lo Stato e gli enti pubblici sono soggetti giuridici e, in quanto tali, salvo specifiche limitazioni legislative, possono operare nel mondo del diritto in modo pieno, così come la persona fisica. D’altronde, ipotizzare, in rapporto a singole figure negoziali,

Rispetto al secondo, esse possono «*assumere impegni solo nei limiti e nei modi stabiliti dalla legislazione che regola la loro attività per il perseguimento dei fini che sono loro assegnati (in tal senso cfr. tra le altre decisioni Cons. Stato Ad. Gen.n.2/2000 del 17 febbraio 2000)*»⁹².

Rinviano *infra* alcune considerazioni relative alla violazione della normativa sull'evidenza pubblica, la domanda può così essere formulata: a fronte del riconoscimento di una generale capacità d'agire, la disciplina di settore può elevarsi a regola proibitiva o, meglio, restrittiva della legittimazione a contrarre derivati?

Il problema si pone soprattutto per il periodo di vigenza dell'articolo 41, legge finanziaria del 2002 fino al 2008, anno in cui il legislatore si preoccupa di inserire limiti più stringenti alla capacità degli enti di negoziare derivati⁹³.

Ed infatti, l'articolo 41 consentiva ed anzi imponeva il ricorso alla finanza derivata all'interno di una politica volta alla ristrutturazione dell'indebitamento, con l'unica precisazione di cui al comma 2, dalla quale si è estrapolata la necessaria convenienza economica del derivato e il consequenziale divieto di concludere derivati con funzione speculativa.

Con l'adozione del DM n. 389 del 2003, dalla totale mancanza di limitazioni espressamente indicate si passa ad una regolamentazione certamente più dettagliata, ma contenuta in una norma di fonte secondaria.

una capacità giuridica speciale, motivata da esigenze di rispetto del pubblico interesse, è privo di significato, ove si consideri che il singolo negozio giuridico, in sé considerato, è di per sé neutro rispetto al pubblico interesse normativamente determinato che ogni P.A. deve perseguire. Ciò non esclude che singole disposizioni di legge o statutarie vietino la possibilità di porre in essere particolare negozi. In tal modo, non si nega il principio della capacità generale, che, anzi, viene confermato, sulla base dell'ovvia considerazione che si è reso necessario un intervento normativo esplicito per proibire un comportamento che altrimenti, in via generale, sarebbe stato consentito. Sempre nel senso di un'Amministrazione che può stipulare qualunque contratto di diritto privato, tipico o atipico che sia cfr. G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo*, Milano, 2013, vol. I, 239 ss. Si veda anche V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica ... cit.*, 73 ss, che si esprime nel senso di ritenere come, in linea generale, i negozi preclusi al soggetto pubblico siano solamente quelli vietati da specifiche disposizioni laddove afferma: «*In prima istanza è possibile affermare che le organizzazioni pubbliche hanno la capacità d'agire generale e quindi la capacità negoziale che consente di stipulare qualsiasi negozio, salvi espressi divieti di legge (incapacità d'agire speciali)*», salvo poi evidenziare: «*Ma detta capacità incontra una serie di limitazioni e di vincoli posti dal diritto pubblico, rispecchiando anche in tale sede, quanto previsto dal codice all'art. 11, in ordine alla capacità generale. Vincoli e limitazioni che si esprimono in tre direzioni. Sul versante propriamente negoziale vi sono alcuni negozi che ad esse sono senz'altro preclusi da specifiche disposizioni di legge (...). In secondo luogo, la stipulazione dei negozi da parte delle pubbliche Amministrazioni, laddove consentito, siano essi alternativi o meno all'esercizio di poteri amministrativi, è sottoposta sempre in misura più o meno incisiva ed estesa (ma in qualche misura sempre) a norme di diritto pubblico derogatorie rispetto al diritto comune; norme che ormai nelle leggi e nella giurisprudenza vengono etichettate come "evidenza pubblica". (...). Ancora più delicata e perplessa è la problematica che si configura nella terza direzione sopra indicata; laddove si tratta di stabilire in quali casi la capacità negoziale possa esercitarsi nella cura di interessi della collettività, cioè nell'ambito dell'amministrazione in senso sostanziale; e segnatamente, laddove siano previsti dalle leggi appositi poteri (e procedimenti) amministrativi con riferimento all'oggetto. Si tratta della problematica che emerge dalla cit. norma di cui all'art. 1, 1° bis co., L. proc. Amm. (...)*».

⁹² Cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 13 novembre 2002, n. 6281 con nota di B. MARCHETTI, *Atto di aggiudicazione e potere di rinegoziazione della pubblica amministrazione nei contratti ad evidenza pubblica*, in *Gior. Dir. Amm.*, 2003, 5, 503 e R. DAMONTE, *La rinegoziazione delle condizioni contrattuali*, in *Urb. appalti*, 2003, 5, 577.

⁹³ Cfr. A. SCOGNAMIGLIO, *Autotutela e attività contrattuale della pubblica amministrazione ... cit.*, 321.

Resta, pertanto, il problema seppur sotto una luce diversa.

La soluzione deve partire dal riconoscimento della natura imperativa alle disposizioni *de quibus*, ancorando il dettato normativo alla Carta costituzionale.

Nella specie, come già sottolineato in premessa ed evidenziato dalla Corte costituzionale n. 52 del 2010 più volte citata, il divieto di concludere contratti speculativi può essere ricondotto in prima battuta ai commi 4 e 6, articolo 119 della Costituzione, che rispettivamente enunciano il vincolo dell'equilibrio finanziario e la necessaria finalizzazione dell'indebitamento alle spese di investimento⁹⁴.

Tale conclusione non è però la sola ed anzi deve intendersi rafforzata dall'ulteriore richiamo alla materia di legislazione concorrente del "coordinamento della finanza pubblica" di cui al 3° comma, articolo 117, Cost.

Al riguardo, anche in ottemperanza ai vincoli comunitari imposti dall'adesione al patto di stabilità, la piena attuazione del coordinamento della finanza pubblica non può dirsi esaurito nell'esercizio del potere legislativo da parte dello Stato, ma implica anche l'esercizio di poteri di ordine amministrativo, di regolazione tecnica, di rilevazione di dati e di controllo affinché la finalità di coordinamento sia concretamente realizzata.

Così si è espressa la Corte costituzionale in ben due occasioni: sentenze n. 376 del 2003⁹⁵ e n. 52 del 2010⁹⁶, proprio con riferimento alla normativa in materia di derivati.

Nella specie e per quanto qui di interesse, si legge: «*La disciplina delle condizioni e dei limiti dell'accesso degli enti territoriali al mercato dei capitali rientra principalmente nell'ambito di quel "coordinamento della finanza pubblica" che l'articolo 117, terzo comma, della Costituzione attribuisce alla potestà legislativa concorrente delle Regioni, vincolata al rispetto dei principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato. (...) Tuttavia, il coordinamento finanziario può richiedere, per la sua stessa natura, anche l'esercizio di poteri di ordine amministrativo, di regolazione tecnica, di rilevazione di dati e di controllo: onde, attesa la specificità della materia, non può ritenersi preclusa alla legge statale la possibilità, nella materia medesima, di prevedere e disciplinare tali poteri, anche in forza dell'art. 118, primo comma, della Costituzione. Il carattere "finalistico" dell'azione di coordinamento esige che al livello centrale si possano collocare non solo la determinazione delle norme fondamentali che reggono la materia, ma altresì i poteri puntuali eventualmente necessari perché la finalità di coordinamento - che di per sé eccede inevitabilmente, in parte, le possibilità di intervento dei livelli territoriali sub-statali - possa essere concretamente realizzata*». Ed infine: «*Il potere di coordinamento attribuito dal comma 1 dell'impugnato articolo 41 al Ministero dell'economia deve essere inteso in armonia con i criteri ora indicati: vale a dire come potere di adottare le misure tecniche*

⁹⁴ *Ibidem*, 325.

⁹⁵ Cfr. Corte costituzionale, 30 dicembre 2003, n. 376, in *Foro amm. CDS*, 2003, 3569 chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'articolo 41, legge finanziaria per il 2002.

⁹⁶ Cfr. Corte cost. n. 52/2010.

necessarie per assicurare che l'accesso al mercato da parte degli enti territoriali, comprese le Regioni, avvenga con modalità idonee, come si esprime l'incipit della stessa norma, a consentire di "contenere il costo dell'indebitamento e di monitorare gli andamenti di finanza pubblica", in armonia con i vincoli e gli indirizzi concernenti la cosiddetta finanza pubblica allargata. In questo senso circoscritto deve intendersi anche il riferimento al "contenuto" del coordinamento, la cui determinazione è rimessa dalla norma impugnata al decreto del Ministro».

Alla luce del quadro così delineato, punto di partenza per il riconoscimento della legittimazione dell'Amministrazione a concludere contratti derivati è la distinzione tra derivati di copertura e derivati speculativi (cfr. paragrafo 2 con particolare riguardo al contratto c.d. *no par* e alla presenza di costi occulti nell'operazione): solamente nel primo caso l'ente locale può dirsi legittimato a procedere.

A fronte di un derivato con funzione invece speculativa, il contratto dovrà essere tacciato di nullità per mancanza della capacità d'agire in capo al soggetto pubblico *ex* articolo 1418 del codice civile.

5. *Le questioni controverse nell'ambito della finanza derivata: la giurisprudenza amministrativa si pronuncia sui derivati in mano pubblica*

Riprendendo dalle considerazioni da ultimo riportate si evidenzia come il tentativo operato dal legislatore con l'introduzione della possibilità e, in alcuni casi, dell'obbligatorietà per le Amministrazioni locali di fare ricorso, tra l'altro, agli strumenti di finanza derivata per la copertura dei rischi connessi all'accesso al mercato dei capitali (comma 1, articolo 41, legge n. 448 del 2001) si sia, in realtà, trasformato in una "bomba finanziaria ad orologeria"⁹⁷ innescata da un ricorso improprio a tali strumenti⁹⁸.

Anche i successivi interventi normativi, volti a razionalizzare il loro utilizzo, non hanno impedito l'emersione a livello locale di ingenti danni a carico dei bilanci degli enti, dato evidenziato dalla Corte dei Conti in sede di controllo di gestione⁹⁹.

A fronte delle esposizioni finanziarie registrate, come già rilevato in premessa, gli enti territoriali hanno, in numerosi casi, proceduto all'annullamento dei provvedimenti di autorizzazione delle operazioni in derivati e dei contratti collegati, atti successivamente impugnati dagli intermediari finanziari dinnanzi al Giudice amministrativo.

Al riguardo, non si registra a tutt'oggi un orientamento uniforme soprattutto a causa delle problematiche connesse al fenomeno.

Ed infatti, alle difficoltà legate alle caratteristiche degli strumenti finanziari

⁹⁷ Così a livello mediatico si è più volte denominato il fenomeno.

⁹⁸ Corte dei conti, *Giudizio sul rendiconto generale dello Stato 2008*, 25 giugno 2009, in *www.corteconti.it*, 41.

⁹⁹ *Ibidem*, 41.

derivati – si pensi, puramente a titolo esemplificativo, alla presenza o assenza di ‘costi occulti’ nell’operazione –, si aggiungono quelle afferenti alla legittimità o meno del ricorso all’annullamento d’ufficio¹⁰⁰ nell’esplicazione del tradizionale potere di autotutela¹⁰¹, con riflessi anche sulla giurisdizione.

Risulta con ogni evidenza l’importanza che riveste quest’ultimo aspetto anche per delinearne correttamente la sfera degli strumenti di reazione al fenomeno della finanza derivata in mano pubblica e individuare la ‘corretta via’ da percorrere per gli enti territoriali: giudice civile – con annessa la questione dell’incardinamento della controversia presso la Corte inglese, come spesso avvenuto dalle parti – ovvero ricorso all’annullamento d’ufficio quale strumento di reazione proprio del soggetto pubblico avverso un provvedimento ritenuto illegittimo – in questo caso il conferimento dell’incarico di gestione attiva dell’indebitamento tramite operazioni in strumenti finanziari derivati.

Due sono i profili che si vogliono indagare relativi alla vicenda dei derivati ‘in mano’ pubblica, peraltro, ben individuati anche dal Consiglio di Stato che ne ha rimesso l’esame all’Adunanza Plenaria¹⁰².

Il primo riguarda la natura degli atti oggetto di controversia, ossia la loro stessa configurazione quali negozi di natura privatistica – nella specie, atti unilaterali di recesso dai contratti di finanza derivata – e come tali posti in essere rispetto ad un rapporto contrassegnato da posizioni paritetiche con giurisdizione del giudice ordinario, ovvero quali atti espressione di un potere autoritativo esercitato dal soggetto pubblico nel contesto di un rapporto di supremazia nei confronti del privato, con giurisdizione del giudice amministrativo¹⁰³.

¹⁰⁰ In argomento si veda *ex multis* E. CANNADA BARTOLI, voce *Annulabilità e annullamento*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1958, II, 484; R. CHIEPPA, voce *Provvedimenti di secondo grado*, in *Enc. dir.*, Milano, 2008, Annali II-2; A. POLICE, voce *Annulabilità e annullamento*, in *Enc. dir.*, Milano, 2007, Annali I; F. SAITTA, *L’amministrazione delle decisioni prese: problemi vecchi e nuovi in tema di annullamento e revoca a quattro anni dalla riforma della legge sul procedimento*, in *Diritto e società*, 2009, 3-4, 583 ss.; D.U. GALETTA, *I provvedimenti amministrativi di secondo grado*, in *La Pubblica amministrazione e il suo diritto*, a cura di M.R. Spasiano, D. Corletto, M. Gola, D.U. Galetta, A. Police, C. Cacciavillani, Parma, 2012, 319.

¹⁰¹ Cfr. F. BENVENUTI, voce *Autotutela*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1959, IV, 537 ss. secondo il quale con l’espressione «autotutela» si intende «quella parte di attività amministrativa con la quale la stessa pubblica amministrazione provvede a risolvere i conflitti, potenziali o attuali, insorgenti con altri soggetti, in relazione ai suoi provvedimenti o alle sue pretese»; G. CORAGGIO, *Annullamento d’ufficio degli atti amministrativi*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1988, 5.

¹⁰² Consiglio di Stato, Sez. V, ordinanza, 14 ottobre 2013, n. 4998 e 4999, in *www.giustiziamministrativa.it*, chiamato a pronunciarsi su TAR Piemonte, Torino, Sez. I, 21 dicembre 2012, n. 1389, in *Foro amm.* TAR, 2012, 12, 3759 e n. 1390, in *www.giustiziamministrativa.it*. Sul punto *amplius infra*.

¹⁰³ In argomento si veda S.S. SCOCA, *Provvedimenti di autotutela e loro qualificazione: nuovo conflitto sulla giurisdizione?*, in *Giur. it.*, 11, 2012. L’Autore, nell’affrontare la problematica, pone a confronto la posizione assunta, nell’ambito della finanza derivata, dall’ordinanza della Corte di Cassazione, Sez. Un., 29 maggio 2012, n. 8515 – che ha qualificato l’atto adottato dall’Amministrazione alla stregua di atto di autotutela quale atto negoziale finalizzato a dichiarare invalido il vincolo negoziale sorto con l’intermediario finanziario optando, quindi, per la giurisdizione del giudice ordi-

In proposito, per un verso, assume particolare importanza l'osservanza da parte dell'intermediario finanziario degli obblighi informativi previsti dalla normativa di settore, per altro verso, invece si deve indagare il corretto esercizio del potere di annullamento d'ufficio ad opera dell'Amministrazione procedente¹⁰⁴.

Su quest'ultimo punto insiste il secondo aspetto da analizzare: ci si interroga in dettaglio sugli effetti che l'atto di autotutela produce sul contratto stipulato 'a valle' del procedimento amministrativo¹⁰⁵, nonché sulla competenza a conoscere dello stesso¹⁰⁶.

nario) e quella sposata dal Consiglio di Stato con la sentenza n. 5032 del 2011 (su cui si veda *amplius infra* anche per i riferimenti bibliografici) di segno contrario. Per un commento all'ordinanza della Corte di Cassazione si veda anche A. TRAVI, *La giurisdizione sul contratto fra giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria: la disciplina del c.p.a. e i nuovi interrogativi*, in *Urb. appalti*, 2012, 11, 1148.

¹⁰⁴ A favore del riconoscimento del potere discrezionale dell'Amministrazione di procedere in autotutela anche dopo la conclusione del contratto, pur in assenza di una norma che lo preveda espressamente, sono orientate sia la giurisprudenza, amministrativa e civile, sia la dottrina. In questo senso cfr. nella giurisprudenza ordinaria di legittimità, *ex multis*, già Cass. civ., Sezioni Unite, 5 giugno 1956, n. 1907; nella giurisprudenza amministrativa, l'affermazione del potere di agire in autotutela anche dopo la conclusione del contratto è principio indiscusso. In dottrina, cfr. R. DE NICTOLIS, Artt. 120-125, 133, comma 1, lett. e), in *Codice del processo amministrativo commentato*, a cura di R. De Nictolis, Torino, 2012, 2034 ss.; M. IMMORDINO, *I provvedimenti amministrativi di secondo grado*, in *Diritto amministrativo*, F.G. Scoca, (a cura di), Torino, 2011, 443; F.G. SCOCA, *Annullamento dell'aggiudicazione ... cit.*, 811.

¹⁰⁵ La questione è oggetto di ampio e diffuso dibattito in dottrina e in giurisprudenza. In argomento si rinvia *ex multis* anche per gli ulteriori riferimenti bibliografici a A. CARULLO, *La sorte del contratto dopo l'annullamento dell'aggiudicazione*, in *giust.amm.*, 13.10.2010; V. CERULLI IRELLI, *L'annullamento dell'aggiudicazione e la sorte del contratto*, in *Gior. dir. amm.*, 2002, 11, 1195 ss.; F. CINTIOLI, *Annullamento dell'aggiudicazione, buona fede e metodo giuridico*, in www.giustizia-amministrativa.it; S. DETTORI, *Il rapporto di presupposizione nel diritto amministrativo. Contributo allo studio della funzione complessa*, Napoli, 2006, 153 ss.; G. GRECO, *Accordi e contratti della pubblica amministrazione tra suggestioni interpretative e necessità di sistema*, in *Dir. amm.*, 2002, 3, 413 ss.; F.G. SCOCA, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, in *Foro amm. - TAR*, 2007, 2, 797 ss.; E. STICCHI DAMIANI, *La «caducazione» del contratto per l'annullamento dell'aggiudicazione alla luce del Codice degli appalti*, in *Foro amm. TAR*, 2006, 11, 3719 ss.; S. VARONE, *L'invalidità contrattuale nella dialettica fra atto e negozio nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica*, *Foro amm. - CDS*, 2003, 5, 1648 ss. Si veda anche G. PERICU, M. GOLA, *L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica*, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazarroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, Bologna, 2005, vol. II, 300, che distinguono tra contratto che non ha avuto ancora esecuzione e contratto già in parte eseguito.

¹⁰⁶ Rispetto al rapporto sussistente tra annullamento dell'aggiudicazione e contratto *medio tempore* stipulato con specifico riferimento al riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, nella giurisprudenza ordinaria, anche dopo l'entrata in vigore della legge 21 luglio 2000, n. 205, è prevalso l'orientamento secondo il quale spetta al Giudice ordinario la cognizione sulla validità ed efficacia del contratto. Nella specie, il ragionamento dei Giudici di legittimità poggia sulla conclusione del negozio, eletto quale unico spartiacque: tutto ciò che sta 'a monte' di esso, ossia la procedura ad evidenza pubblica fino all'aggiudicazione, rientra nella giurisdizione amministrativa; tutto ciò che si pone 'a valle', ossia le questioni concernenti la vicenda contrattuale appartiene a quella ordinaria. In questo senso, V. Cass. civ., Sezioni Unite, 28 dicembre 2007, n. 27169, in *Dir. proc. amm.*, 2008, con nota di M. RAMAJOLI, *La Cassazione riafferma la giurisdizione ordinaria sul rapporto contrattuale tra amministrazione e aggiudicatario*, 523 ss.; Cass. civ. Sezioni Unite,

Non potendo, in questa sede, dar conto dell'acceso dibattito generato al riguardo, ci si limiterà, nel prosieguo della presente trattazione, ad indicare, da un lato, le principali questioni affrontate nell'esame delle vertenze aventi ad oggetto i contratti derivati, dall'altro lato, le risultanze cui i Tribunali amministrativi sono pervenuti al riguardo, sottolineando fin d'ora la difficoltà per l'interprete di delineare un quadro delle posizioni assunte dai Giudici, spesso con evidenti margini di contraddittorietà anche rispetto, per l'appunto, alla stessa giurisdizione.

23 aprile 2008, n. 10443 in *Foro amm. CDS*, 2008, 4, II, 1062 ss.; 16 luglio 2008, n. 19502 e 18 luglio 2008 in *Foro amm. CDS*, 2008, 10, 2657 ss.; 30 luglio 2008, n. 20596, in *Giust. civ.*, 2009, 7-8, I, 1700 ss.; 11 gennaio 2011, n. 391, in *Riv. dir. pubbl. comunit.*, 2011, 1, 258 ss. A fronte di tale impostazione netta a favore della giurisdizione del giudice ordinario si registrano però alcune aperture a partire dall'ordinanza della Cass. civ., Sezioni Unite, 7 novembre 2008, n. 26790, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 11, 1587 ss. *Contra*, con richiamo alla direttiva 2007/66/CE, v. Cass. civ. Sezioni Unite, ordinanza 10 febbraio 2010, n. 2906, in *www.giustamm.it*, 2010, 2, che ha invece riconosciuto la giurisdizione del giudice amministrativo; ugualmente Cass. civ. Sezioni Unite, 8 agosto 2012, n. 14260. A commento della pronuncia si vedano C. LAMBERTI, *La svolta delle Sezioni Unite sulla sorte del contratto pubblico. Il punto di vista dell'amministrativista*, in *Urb. appalti*, 2010, 4, 421 ss.; G. DE ROSA, *Quale giudice può decidere la sorte del contratto a seguito di aggiudicazione annullata? L'impatto della direttiva ricorsi*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2010, 3-4, 1035 ss.; E. SANTORO, *Una pietra miliare nel cammino verso l'effettività della tutela: le sezioni unite affermano la giurisdizione del giudice amministrativo sulla sorte del contratto, anticipando il recepimento della direttiva 2007/66/CE*, in *Riv. giur. edilizia*, 2010, 2, 399 ss. Conforme Cass. civ., Sezioni Unite, 5 marzo 2010, n. 5291, in *Foro amm. CDS*, 2010, 2, 279 ss. Nella giurisprudenza amministrativa, invece, almeno prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 53 del 2010, si è assistito a un'alternanza delle posizioni assunte. *Ex multis*, per la caducazione del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione V. Consiglio di Stato, 5 maggio 2003, n. 2332, in *Riv. giur. edilizia*, 2003, I, 1598 ss.; Sez. V, 4 gennaio 2011, n. 11. Si allinea alla posizione espressa dalla Cass. civ. Sezioni Unite n. 27169 del 2007, Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 30 luglio 2008, n. 9 in *Foro amm. CDS*, 2008, 12, 3284 ss. con nota di F.G. SCOCA, *Aggiudicazione e contratto: la posizione dell'adunanza plenaria*. Tra i diversi commenti alla decisione *de qua* volta a porre termine all'annosa discussione giurisprudenziale si richiama anche M. RAMAJOLI, *L'adunanza plenaria risolve il problema dell'esecuzione della sentenza di annullamento dell'aggiudicazione in presenza del contratto*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 4, 1165 ss.; C. E. GALLO, *Contratto ed annullamento dell'aggiudicazione: la scelta dell'adunanza plenaria*, in *Foro amm. CDS*, 2, 9, 2364 ss. Successivamente, in linea generale e come già anticipato, i giudici amministrativi riaffermano la propria giurisdizione. Si veda, Consiglio di Stato, Sez. IV, 15 giugno 2010, n. 3759; Sez. V, 20 ottobre 2010, n. 7578; Sez. VI, 12 dicembre 2011, n. 6492; Sez. III, 23 maggio 2013, n. 2802; tutte rinvenibili in *www.giustiziamministrativa.it*. Rispetto a tale orientamento deve però rinviarsi a Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 3 giugno 2011, n. 10, in *Foro amm. CDS*, 2011, 6, 1842 ss. che ha riconosciuto la giurisdizione del giudice amministrativo a conoscere dei vizi del procedimento e quella del giudice ordinario a conoscere dei vizi del contratto. Sussiste la prima anche con riguardo alla sorte del contratto solo nelle ipotesi espressamente previste *ex lege*. Si vedano i commenti di S. SPUNTARELLI, *Questioni interpretative in ordine alla costituzione di società commerciali da parte dell'Università*, in *Urb. appalti*, 2011, 12, 1456 ss. e M. GRANIERI, *Di università imprenditoriale, società spin-off e finalità istituzionali dell'ente*, in *Foro it.*, 2011, III, 365 ss.

Abstract

Financial derivatives and italian local bodies

by Sara Forasassi

This study is an overview of the main issues concerning the derivatives. In particular, it regards the issue of financial derivatives of the Italian local bodies. Italian local authorities have made extensive use of financial derivative instruments as part of the restructuring of its debt. In addition to the problem related to the use of the financial derivatives, it is focused the critical use of renegotiation of the same derivatives contracts, a very common practice adopted by Italian local bodies. The study shows the different types of financial derivatives and examines the legislative terms regarding those contracts imposed to the Italian public authorities. Then, it examines the issues of Italian local bodies with a specific analysis regarding the use of the self-redress power and the consequences concerning the effectiveness of financial contracts.

Le novità in materia di S.C.I.A. in seguito al Decreto Legislativo 30 giugno 2016 n.126: luci ed ombre

di Luca Griselli

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Dalla D.I.A. alla S.C.I.A. prima della riforma “Madia”: un breve *excursus*. – 3. Il problema della tutela del terzo controinteressato. – 4. La teoria pubblicistica. – 5. La teoria privatistica. – 6. La Legge Madia. – 7. Il Decreto Legislativo 30 giugno 2016 n.126. – 8. Conclusioni.

1. *Introduzione*

La Legge 7 agosto 2015 n. 124 (in Gazz. Uff., 13 agosto 2015, n. 187), meglio nota come legge “Madia”, è intervenuta a tutto campo nell’ambito della “*riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*”, delegando il Governo ad emanare numerosi decreti nelle più svariate materie (cittadinanza digitale, conferenza dei servizi, semplificazione e accelerazione dei procedimenti, trasparenza, pubblicità e anti-corrruzione, società pubbliche, impiego pubblico etc.).

Si tratta di una riforma profonda e ambiziosa¹, che tra l’altro ha nuovamente “messo mano” ad un istituto non poco tormentato, qual è la segnalazione certificata di inizio attività, già nota come denuncia (o dichiarazione) di inizio attività².

¹ La legge 7 agosto 2015, n. 124 (c.d. legge Madia) ha posto le basi per una caleidoscopica revisione di molteplici settori del diritto amministrativo (in argomento, cfr. F. FRANCARIO, *Autotutela amministrativa e principio di legalità (nota a margine dell’art. 6 della l. 7 agosto 2015, n. 124)*, in *www.federalismi.it*; B. G. MATTARELLA, *La riforma della pubblica amministrazione - Il contesto e gli obiettivi della riforma*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2015, pp. 621 ss.; L. FIORENTINO, *La riforma della Pubblica amministrazione - L’organizzazione amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, pp. 621 ss.; G. MELIS, *Una buona legge e molto da fare*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, p. 581; D. U. GALETTA, *Accesso civico e trasparenza della Pubblica Amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del Decreto Legislativo n. 33/2013*, in *www.federalismi.it*; G. CORSO, *La riorganizzazione della P.A. nella legge Madia: a survey*, in *www.federalismi.it*; S. BATTINI, *La riforma della Pubblica amministrazione - Le norme sul personale*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2015, pp. 621 ss.; G. MANFREDI, *Il tempo è tiranno: l’autotutela nella legge Madia*, in *Urb. e appalti*, 2016, pp. 5 ss.). A.tanza” pur trattandosi di S.C.A.tanza” pur trattandosi di S.C.

² 1. L’art. 5 della L. 124/15 stabilisce che: “1. Il Governo è delegato ad adottare, entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi per la precisa individuazione dei procedimenti oggetto di segnalazione certificata di inizio attività o di silenzio assenso, ai sensi degli articoli 19 e 20 della legge 7 agosto 1990, n. 241, nonché di quelli per i quali è necessaria l’autorizzazione espressa e di quelli per i quali è sufficiente una comunicazione preventiva, sulla base dei principi e criteri direttivi desumibili dagli stessi articoli, dei principi del diritto dell’Unione europea relativi all’accesso alle attività di servizi e dei principi di ragionevolezza e proporzionalità, introducendo anche la disciplina generale delle attività non assoggettate ad autorizzazione preventiva espressa, compresa la definizione delle modalità di presentazione e dei contenuti standard degli atti degli interessati e di svolgimento della procedura, anche telematica, nonché degli strumenti per documentare o attestare gli effetti prodotti dai predetti atti, e prevedendo altresì l’obbligo di comunicare ai soggetti interessati,

Questo breve scritto si propone di operare una prima disamina delle principali novità introdotte in argomento dalla L. 124/15, anche alla luce del D. Lgs. 30 giugno 2016 n.126 (in Gazz. Uff., 13 luglio 2016, n. 162), recante “*Attuazione della delega in materia di segnalazione certificata di inizio attività (S.C.I.A.), a norma dell’articolo 5 della legge 7 agosto 2015, n. 124*”³.

all’atto della presentazione di un’istanza, i termini entro i quali l’amministrazione è tenuta a rispondere ovvero entro i quali il silenzio dell’amministrazione equivale ad accoglimento della domanda.

2. I decreti legislativi di cui al comma 1 sono adottati su proposta del Ministro delegato per la semplificazione e la pubblica amministrazione, di concerto con il Ministro dell’interno in relazione alle autorizzazioni previste dal testo unico delle leggi di pubblica sicurezza, di cui al regio decreto 18 giugno 1931, n. 773, previa intesa, ai sensi dell’articolo 3 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, in sede di Conferenza unificata di cui all’articolo 8 del medesimo decreto legislativo n. 281 del 1997 e previo parere del Consiglio di Stato, che è reso nel termine di trenta giorni dalla data di trasmissione di ciascuno schema di decreto legislativo, decorso il quale il Governo può comunque procedere. Lo schema di ciascun decreto legislativo e’ successivamente trasmesso alle Camere per l’espressione dei pareri delle Commissioni parlamentari competenti per materia e per i profili finanziari e della Commissione parlamentare per la semplificazione, che si pronunciano nel termine di sessanta giorni dalla data di trasmissione, decorso il quale il decreto legislativo può essere comunque adottato. Se il termine previsto per il parere cade nei trenta giorni che precedono la scadenza del termine previsto al comma 1 o successivamente, la scadenza medesima è prorogata di novanta giorni. Il Governo, qualora non intenda conformarsi ai pareri parlamentari, trasmette nuovamente i testi alle Camere con le sue osservazioni e con eventuali modificazioni, corredate dei necessari elementi integrativi di informazione e motivazione. Le Commissioni competenti per materia possono esprimersi sulle osservazioni del Governo entro il termine di dieci giorni dalla data della nuova trasmissione. Decorso tale termine, i decreti possono comunque essere adottati.

3. Entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore di ciascuno dei decreti legislativi di cui al comma 1, il Governo può adottare, nel rispetto dei principi e criteri direttivi e della procedura di cui al presente articolo, uno o più decreti legislativi recanti disposizioni integrative e correttive”.

³ Esorbita invece dalla presente trattazione il contenuto dello schema di decreto legislativo in materia di individuazione di procedimenti oggetto di autorizzazione, segnalazione certificata di inizio attività, silenzio assenso e comunicazione e di definizione dei regimi amministrativi applicabili a determinate attività e procedimenti, adottato dal Consiglio dei Ministri ai sensi dell’art. 5 della legge 7 agosto 2015, n. 124 (e noto come SCIA 2). In ordine a tale schema la Commissione speciale istituita presso il Consiglio di Stato ha reso il proprio parere in data 4 agosto 2016, n. 1784. Il decreto in esame, oltre a effettuare una ricognizione delle attività private in materia di edilizia, ambiente e commercio, compie una duplice opera di semplificazione: in primo luogo, introducendo regimi meno restrittivi in tali materie, pur nel rispetto delle esigenze di tutela sottese alle disposizioni attualmente in vigore; in secondo luogo, dando attuazione alla concentrazione dei regimi di cui all’art. 19-*bis* della legge n. 241 del 1990, introdotto dall’art. 3, comma 1, lett. c) del decreto legislativo n. 126 del 2016.

Si tratta di schema che contiene interessanti novità e che andrà a completare la disciplina introdotta con il d.lgs. 126/16 (SCIA 1), ma che essendo *in fieri* potrà essere adeguatamente commentato soltanto una volta pubblicato nella sua versione definitiva. Il che vale a maggior ragione, se sol si considera che nel richiamato parere n. 1784/2016 il Consiglio di Stato ha suggerito al Governo di introdurre talune modifiche al decreto, “*per prevenire sicure incertezze e contenzioso in sede applicativa della riforma*”.

2. Dalla D.I.A. alla S.C.I.A. prima della riforma "Madia": un breve excursus

Non sembra un fuor d'opera effettuare una breve sintesi dello "stato dell'arte", cui eravamo arrivati prima dell'intervento della Legge Madia⁴.

E in tale ottica non può non essere evidenziato come la S.C.I.A. costituisca forse una delle migliori dimostrazioni di quante difficoltà incontri il legislatore a mantenere la promessa della semplificazione e della trasparenza nei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione. Basti considerare che si tratta di istituto interessato da una, a dir poco, sterminata evoluzione normativa: il che ha generato un sistema connotato da ampia incertezza, che è l'esatto contrario della trasparenza⁵.

La Denuncia di Inizio Attività è stata introdotta, in via generale, dall'art. 19 della L. 7 agosto 1990, n. 241⁶, che nel tempo ha subito molteplici modifiche, a partire dalla novella di cui all'art. 2, comma 10, L. 24 dicembre 1993 n. 537⁷,

⁴ In argomento, per una esaustiva ricognizione dell'istituto, si vedano le seguenti trattazioni: M.A. SANDULLI, *Denuncia di inizio attività*, Riv. Giurid. Ed., 2004, Parte II, pp. 121 ss.; G. ACQUARONE, *La denuncia di inizio attività. Profili teorici*, Milano, 2000; E. BOSCOLO, *I diritti soggettivi a regime amministrativo*, Padova, 2001; R. DE NICTOLIS, *Natura giuridica della denuncia di inizio di attività in materia edilizia e tutela del terzo*, in *Urb. e App.*, 2003, pp. 1376 ss.; F. DELFINO, *Commento all'art. 22*, in *Testo unico dell'edilizia*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, 2008, pp. 394 ss.; P. PROVENZANO, *Riassumendo sulla D.I.A.*, in *Foro amm.* 2010, pagg. 1152 ss.

⁵ Per una compiuta disamina della relativa evoluzione normativa cfr. C. di Stato, Ad. Plen., 27 settembre 2011 n. 15.

⁶ Nella sua formulazione originaria, l'art. 19 cit. prevedeva che: "*Con regolamento adottato ai sensi del comma 2 dell'art. 17 della legge 23 agosto 1988, n. 400, da emanarsi entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge e previo parere delle competenti Commissioni parlamentari, sono determinati i casi in cui l'esercizio di un'attività privata, subordinato ad autorizzazione, licenza, abilitazione, nulla osta, permesso o altro atto di consenso comunque denominato, può essere intrapreso su denuncia di inizio dell'attività stessa da parte dell'interessato all'amministrazione competente. In tali casi spetta all'amministrazione competente verificare d'ufficio la sussistenza dei presupposti e dei requisiti di legge richiesti e disporre, se del caso, con provvedimento motivato, il divieto di prosecuzione dell'attività e la rimozione dei suoi effetti, salvo che, ove ciò sia possibile, l'interessato non provveda a conformare alla normativa vigente detta attività ed i suoi effetti entro il termine prefissatogli dall'amministrazione stessa*".

⁷ Che ha interamente sostituito il testo dell'art. 19 della L. 241/1990, stabilendo che "*1. In tutti i casi in cui l'esercizio di un'attività privata sia subordinato ad autorizzazione, licenza, abilitazione, nulla-osta, permesso o altro atto di consenso comunque denominato, ad esclusione delle concessioni edilizie e delle autorizzazioni rilasciate ai sensi delle leggi 1° giugno 1939, n. 1089, 29 giugno 1939, n. 1497, e del decreto-legge 27 giugno 1985, n. 312, convertito, con modificazioni, dalla legge 8 agosto 1985, n. 431, il cui rilascio dipenda esclusivamente dall'accertamento dei presupposti e dei requisiti di legge, senza l'esperimento di prove a ciò destinate che comportino valutazioni tecniche discrezionali, e non sia previsto alcun limite o contingente complessivo per il rilascio degli atti stessi, l'atto di consenso si intende sostituito da una denuncia di inizio di attività da parte dell'interessato alla pubblica amministrazione competente, attestante l'esistenza dei presupposti e dei requisiti di legge, eventualmente accompagnata dall'autocertificazione dell'esperimento di prove a ciò destinate, ove previste. In tali casi, spetta all'amministrazione competente, entro e non oltre sessanta giorni dalla denuncia, verificare d'ufficio la sussistenza dei presupposti e dei requisiti di legge richiesti e disporre, se del caso, con provvedimento motivato da*

alla quale sono seguiti ulteriori interventi normativi, tra cui si possono ricordare: l'art. 21, comma 1, lett. aa), della L. 11 febbraio 2005 n. 15, l'art. 3, comma 1, del D.L. n. 14 marzo 2005 n. 35, convertito in L. 14 maggio 2005 n. 80⁸, nonché l'art. 9 della L. 18 giugno 2009 n. 69⁹.

La Segnalazione certificata di inizio attività appare per la prima volta sul proscenio nel 2010, prendendo il posto della Dichiarazione di inizio attività. Infatti, l'art. 49, comma 4bis, del D.L. 31.5.2010 n. 78, conv. con modifiche in L. 30.7.2010 n. 122 (primo decreto c.d. anticrisi), per l'ennesima volta, ha sostituito

notificare all'interessato entro il medesimo termine, il divieto di prosecuzione dell'attività e la rimozione dei suoi effetti, salvo che, ove ciò sia possibile, l'interessato provveda a conformare alla normativa vigente detta attività ed i suoi effetti entro il termine prefissatogli dall'amministrazione stessa".

⁸ Con cui il testo dell'art. 19 L. 241/1990 è stato nuovamente sostituito, passando dalla Denuncia alla Dichiarazione di inizio attività e così disponendo: "1. Ogni atto di autorizzazione, licenza, concessione non costitutiva, permesso o nulla osta comunque denominato, comprese le domande per le iscrizioni in albi o ruoli richieste per l'esercizio di attività imprenditoriale, commerciale o artigianale il cui rilascio dipenda esclusivamente dall'accertamento dei requisiti e presupposti di legge o di atti amministrativi a contenuto generale e non sia previsto alcun limite o contingente complessivo o specifici strumenti di programmazione settoriale per il rilascio degli atti stessi, con la sola esclusione degli atti rilasciati dalle amministrazioni preposte alla difesa nazionale, alla pubblica sicurezza, all'immigrazione, all'amministrazione della giustizia, alla amministrazione delle finanze, ivi compresi gli atti concernenti le reti di acquisizione del gettito, anche derivante dal gioco, alla tutela della salute e della pubblica incolumità, del patrimonio culturale e paesaggistico e dell'ambiente, nonché degli atti imposti dalla normativa comunitaria, è sostituito da una dichiarazione dell'interessato corredata, anche per mezzo di autocertificazioni, delle certificazioni e delle attestazioni normativamente richieste.

L'amministrazione competente può richiedere informazioni o certificazioni relative a fatti, stati o qualità soltanto qualora non siano attestati in documenti già in possesso dell'amministrazione stessa o non siano direttamente acquisibili presso altre pubbliche amministrazioni.

2. L'attività oggetto della dichiarazione può essere iniziata decorsi trenta giorni dalla data di presentazione della dichiarazione all'amministrazione competente. Contestualmente all'inizio dell'attività, l'interessato ne dà comunicazione all'amministrazione competente.

3. L'amministrazione competente, in caso di accertata carenza delle condizioni, modalità e fatti legittimanti, nel termine di trenta giorni dal ricevimento della comunicazione di cui al comma 2, adotta motivati provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione dei suoi effetti, salvo che, ove ciò sia possibile, l'interessato provveda a conformare alla normativa vigente detta attività ed i suoi effetti entro un termine fissato dall'amministrazione, in ogni caso non inferiore a trenta giorni. È fatto comunque salvo il potere dell'amministrazione competente di assumere determinazioni in via di autotutela, ai sensi degli articoli 21-quinquies e 21-nonies. Nei casi in cui la legge prevede l'acquisizione di pareri di organi o enti appositi, il termine per l'adozione dei provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione dei suoi effetti sono sospesi, fino all'acquisizione dei pareri, fino a un massimo di trenta giorni, scaduti i quali l'amministrazione può adottare i propri provvedimenti indipendentemente dall'acquisizione del parere. Della sospensione è data comunicazione all'interessato.

4. Restano ferme le disposizioni di legge vigenti che prevedono termini diversi da quelli di cui ai commi 2 e 3 per l'inizio dell'attività e per l'adozione da parte dell'amministrazione competente di provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione dei suoi effetti.

5. Ogni controversia relativa all'applicazione dei commi 1, 2 e 3 è devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo".

⁹ Per una completa ricostruzione delle svariate modifiche che hanno interessato l'art. 19 l. n. 241/1990 vedasi F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2007, p. 999 ss..

il testo dell'art. 19 della L. 241/1990, a cominciare appunto dalla stessa denominazione dell'istituto¹⁰.

Il modello della S.C.I.A. è stato successivamente recepito: dall'art. 5 del D.L. 13.5.2011 n. 70 (conv. in L. 12.7.2011 n. 106) (disposizioni urgenti per l'economia) che, in materia di "costruzioni private", ha previsto l'estensione della S.C.I.A. agli interventi edilizi precedentemente realizzabili tramite D.I.A. (comma 1, lett. b); dall'art. 12 D.Lgs. 387/2003 in materia di promozione dell'energia elettrica da fonti rinnovabili; dagli artt. 87 e 87bis del D.Lgs. 1 agosto 2003 n. 259, in materia di comunicazioni elettroniche; dall'art. 38 del D.L. 112/2008 in materia di attività produttive; dagli artt. 8, 17 e 64 del D.Lgs. 59/2010 attuativo della Direttiva 2006/123/CE.

Il modello della D.I.A., prima delle modifiche apportate dalla L. 122/2010, si articolava in una D.I.A. a legittimazione differita, per effetto della quale l'attività denunciata poteva essere intrapresa, con contestuale comunicazione, solo dopo il decorso del termine di trenta giorni dalla comunicazione (art. 19, comma 2, primo periodo, della legge n. 241/1990) e in una D.I.A. a legittimazione immediata, che consentiva l'esercizio dell'attività sin dalla data di presentazione della dichiarazione (art. 19, comma 2, secondo periodo, con riferimento all'esercizio delle attività di impianti produttivi di beni e di prestazioni di servizi di cui alla direttiva 2006/123/CE).

Modifiche significative sono state apportate all'art. 19 della legge n. 241/1990 dal citato D.L. 78/2010, che ha previsto sempre l'immediato inizio dell'attività oggetto dell'informativa a seguito della presentazione della S.C.I.A. (efficacia immediatamente legittimante); il tutto facendo comunque salvi i poteri dell'amministrazione di vietare, entro il modificato termine di sessanta giorni dal ricevimento della segnalazione, l'esercizio dell'attività in assenza delle condizioni di legge, nonché il potere di autotutela esercitabile in caso di decorso infruttuoso di tale termine e dei poteri sanzionatori e di vigilanza di cui all'art. 21 L. 241/1990.

Dunque, sembra esservene abbastanza per lamentarsi dell'eccessiva produzione normativa, spesso peraltro dettata da "furore" contingente e non sempre connotata da coerenza e logicità.

A ciò deve aggiungersi che si sono registrati anche tentativi di "manipolazione" dell'istituto da parte delle singole legislazioni regionali.

I quali, peraltro, si sono scontrati con la ferma posizione della Corte Costituzionale.

¹⁰ Parallelamente, in materia edilizia si è assistito all'elaborazione del medesimo istituto, connotato tuttavia da peculiarità sue proprie (la Denuncia inizio attività è stata introdotta dagli artt. 22 e 23 del d.P.R. 6 giugno 2001 n. 380 ed ha seguito binari non sempre coincidenti con la disciplina generale della DIA, prima, e della SCIA, poi).

Quest'ultima, con una prima sentenza¹¹ ha, da un lato, escluso che la disciplina della S.C.I.A. possa riguardare la materia della concorrenza, risultando a tale proposito indifferente la qualificazione operata dal legislatore¹²; d'altro lato, ha ritenuto che la stessa attenga senz'altro alla determinazione del livello essenziale delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali. Con la conseguenza che, dovendo tali diritti ricevere un trattamento omogeneo su tutto il territorio dello Stato, la competenza legislativa non può che essere intestata in via esclusiva allo Stato stesso, ai sensi dell'art. 117, c. 2, lett. m) Cost.

La Corte Costituzionale si è nuovamente pronunciata sull'argomento¹³, in relazione ad una normativa della Regione Toscana, che aveva previsto la possibilità dei Comuni di esercitare poteri sanzionatori per la repressione degli abusi edilizi, anche oltre il termine di trenta giorni dalla presentazione della SCIA, in un numero di ipotesi più ampio rispetto a quello previsto dai commi 3 e 4 dell'art. 19 della legge n. 241 del 1990.

La Corte ha sottolineato che nell'ambito della materia concorrente «governo del territorio», *“i titoli abilitativi agli interventi edilizi costituiscono oggetto di una disciplina che assurge a principio fondamentale e tale valutazione deve ritenersi valida anche per la denuncia di inizio attività (DIA) e per la SCIA che, seppure con la loro indubbia specificità, si inseriscono in una fattispecie il cui effetto è pur sempre quello di legittimare il privato ad effettuare gli interventi edilizi (sentenze n. 121 del 2014, n. 188 e n. 164 del 2012)”*.

Ha, inoltre, chiarito che anche le condizioni e le modalità di esercizio dell'intervento della pubblica amministrazione (che, come si è visto, in funzione del decorso dei vari termini previsti dall'art. 19, può consistere nell'esercizio di poteri inibitori *tout court* o di autotutela), *“debbono considerarsi il necessario completamento della disciplina di tali titoli abilitativi, poiché la individuazione della loro consistenza e della loro efficacia non può prescindere dalla capacità di resistenza rispetto alle verifiche effettuate dall'Amministrazione successivamente alla maturazione degli stessi”*.

Di conseguenza, a giudizio della Corte Costituzionale, anche la disciplina di dette condizioni e modalità costituisce espressione di un principio fondamentale della materia «governo del territorio» e non può, per ciò stesso, essere derogata dalla legislazione regionale.

3. Il problema della tutela del terzo controinteressato

A partire dall'introduzione della Denuncia inizio attività – poi Dichiarazione inizio attività, ora S.C.I.A.-, il tema su cui dottrina¹⁴ e giurisprudenza sono state

¹¹ C. Cost., 27 giugno 2012 n. 164.

¹² Il riferimento è alla previsione dell'art. 49, comma 4ter, del citato 78/2010, che ha precisato che il comma 4bis *“attiene alla tutela della concorrenza ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettera e), della costituzione, e costituisce livello essenziale delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali ai sensi della lettera m) del medesimo comma”*.

¹³ Corte Cost., 9 marzo 2016 n. 49.

¹⁴ In argomento cfr. W. GIULIETTI, *Attività privata e potere amministrativo. Il modello della dichiaraz-*

maggiormente impegnate ha riguardato le modalità di tutela del terzo controinteressato nei confronti dell'attività oggetto della S.C.I.A..

Il caso più frequente ha interessato l'operatività dell'istituto nella materia edilizia: il che ben si comprende, dato che, mentre a fronte di un intervento assentito con permesso di costruire il terzo asseritamente leso dispone dell'azione classica del giudizio amministrativo, e cioè del ricorso volto a richiedere l'annullamento del titolo medesimo, in presenza di un intervento avviato in base a D.I.A./S.C.I.A. si è posto il problema del tipo di azioni esperibili (e inizialmente persino dell'effettiva appartenenza di tali controversie alla giurisdizione amministrativa).

Prima che intervenisse nella materia l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la già citata sentenza n. 15/11, e prima dell'introduzione del comma 6ter nell'art. 19 l. 241/1990, si registravano essenzialmente due orientamenti contrapposti, di cui si darà brevemente conto nei prossimi paragrafi.

4. *La teoria pubblicistica*

Il primo di essi, riconducibile alla c.d. teoria pubblicistica, tendeva a far ricadere la D.I.A. nell'alveo della struttura del silenzio assenso, così assumendone la natura di provvedimento amministrativo tacito. Il secondo, invece, riconducibile alla c.d. teoria privatistica, riteneva preferibile valorizzare la natura soggettivamente ed oggettivamente privatistica della D.I.A.¹⁵

In estrema sintesi, secondo i sostenitori della teoria pubblicistica vi sarebbe stata una sostanziale assimilazione tra la D.I.A. e l'istituto del silenzio – assenso di cui al successivo art. 20 L. 241/1990. In tale ottica, la D.I.A. non avrebbe rappresentato un istituto di liberalizzazione dell'attività privata, ma un mero schema procedimentale di semplificazione. Essa sarebbe stata, dunque, equiparabile ad un'istanza per conseguire un provvedimento amministrativo (tacito) di assenso all'attività.

In realtà, nel testo originario dell'art. 19 L. 241/1990 non vi era alcun appiglio che permettesse una tale assimilazione. Essa in effetti era stata concepita solo ed esclusivamente per ricondurre a tutti i costi anche la fattispecie della D.I.A. nell'alveo delle consuete modalità di tutela del terzo, per sottoporla al classico giudizio impugnatorio: in tale prospettiva la D.I.A., decorso il termine per

ione di inizio attività, Torino, 2008, p. 213. A. TRAVI, *La DIA e la tutela giuridica del terzo fra pronunce del g.a. e riforme legislative del 2005*, in *Urb. e app.*, 2005, p. 1332. A. BIANCHI, *Denuncia di inizio attività edilizia e tutela giurisdizionale del terzo*, in *Le riforme della L. 7 agosto, n. 241. Tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, a cura di L.R. PERFETTI, Padova, 2008, p.191.

¹⁵ Per una compiuta ed esaustiva sintesi delle due teorie si possono vedere la sentenza del C. di Stato, Sez. VI, n. 717/09 e l'ordinanza della IV Sez. n. 14/11.

l'esercizio dei poteri inibitori da parte della p.a., si sarebbe consolidata e avrebbe acquisito la dignità di titolo amministrativo tacito, come tale impugnabile innanzi al Giudice amministrativo, entro il noto termine decadenziale di sessanta giorni¹⁶.

L'accoglimento della teoria pubblicistica avrebbe comportato almeno due fondamentali implicazioni. Da un lato, la tutela del contro - interessato sarebbe stata affidata al classico rimedio impugnatorio, e cioè all'azione costitutiva di annullamento della D.I.A. (dopo il decorso del termine per l'esercizio del potere inibitorio ed entro 60 giorni dalla conoscenza della D.I.A., secondo le medesime regole elaborate dalla giurisprudenza a proposito della conoscenza del permesso di costruire). La seconda implicazione avrebbe riguardato il profilo della tutela dell'affidamento del titolare della D.I.A., la cui posizione sostanziale sarebbe risultata inattaccabile una volta decorso il termine per l'esercizio dell'azione giurisdizionale di annullamento del titolo tacito (salvo l'esercizio del potere di autotutela da parte della P.A.)¹⁷.

5. *La teoria privatistica*

La teoria privatistica si basava sulla pregiudiziale constatazione che l'equiparazione della D.I.A. al silenzio-assenso avrebbe snaturato l'istituto, mortificando le ragioni stesse, per cui esso era stato concepito e introdotto. Infatti, la D.I.A. è nata come strumento di liberalizzazione delle attività private (sia pure soggette a controllo della P.A.) e non di mera semplificazione procedurale.

¹⁶ La tesi, originariamente priva di supporto normativo, ha trovato nuova linfa, in seguito a due novelle legislative: (i) l'art. 3 del d.l. 35/05, che ha introdotto nel comma 3 dell'art. 19 la previsione espressa della salvezza del potere di autotutela di cui agli artt. 21 *quinquies* e *nonies* L. 241/1990. Si è ritenuto, infatti, che l'attribuzione del potere di autotutela – e cioè di un potere di secondo grado- presuppone inevitabilmente che vi sia un provvedimento amministrativo sul quale esercitarlo. Con la conseguenza che detta attribuzione avrebbe significato il riconoscimento legislativo che la dia sarebbe stata equiparabile ad un atto tacito di assenso (cfr. ad esempio T.A.R. Abruzzo, Pescara n. 494/05). Si è, inoltre, rilevato che una volta riconosciuto che la d.i.a. è soggetta al potere di annullamento di ufficio, essa a maggior ragione dovrebbe essere soggetta al potere di annullamento giurisdizionale; (ii) la seconda norma, di cui si sono avvalsi i sostenitori della teoria pubblicistica, era rappresentata dall'art. 9, c. 6, l. n. 69/09, che aveva introdotto nel comma 5 dell'art. 19, a fianco della previsione della giurisdizione esclusiva per ogni controversia relativa all'applicazione dell'art. 19 stesso, il seguente periodo: “*il relativo ricorso giurisdizionale, esperibile da qualunque interessato nei termini di legge, può riguardare anche gli atti di assenso formati in virtù delle norme sul silenzio assenso previste dall'articolo 20*”. Anche tale previsione, dal significato in realtà piuttosto oscuro e controverso, è stata intesa come volta a manifestare l'intenzione del legislatore di equiparare la dia al silenzio assenso (da ultimo tale disposizione è stata abrogata) (in argomento può vedersi T.A.R. Campania, Napoli n. 7807/09). In argomento cfr. S. VALAGUZZA, *La D.I.A., l'inversione della natura degli interessi legittimi e l'azione di accertamento come strumento di tutela del terzo*, in *Dir. Proc. Amm.*, vol. 4, 2009, p. 1268.

¹⁷ In proposito cfr. C. di Stato, Sez. V, n. 5811/08.

Il che si desumeva in primo luogo dal testo dell'art. 19 L. 241/1990, che sin dall'inizio aveva previsto espressamente che ogni atto di assenso espresso (comunque denominato) “è *sostituito*” dalla denuncia/dichiarazione (ora segnalazione) del privato: da ciò discendeva che non vi sarebbe più alcun atto amministrativo ampliativo, nè un potere della P.A. di emetterlo o negarne il rilascio.

In altri termini, la legittimazione allo svolgimento dell'attività discenderebbe direttamente dalla legge e non troverebbe più fondamento in un provvedimento amministrativo.

A tal proposito, si è parlato in dottrina e giurisprudenza di passaggio dallo schema norma – potere – effetto, allo schema norma – fatto – effetto¹⁸. E ancor più efficacemente si è prospettato il passaggio da uno schema, in cui l'esercizio dell'attività non è consentito sino al rilascio del provvedimento, così da essere sottoposto ad una sorta di condizione sospensiva, ad uno schema in cui l'esercizio dell'attività è immediatamente consentito dalla legge, così da essere sottoposto ad una sorta di condizione risolutiva (rappresentata dall'eventuale esercizio del potere inibitorio della P.A. nel termine di legge¹⁹).

Quanto agli argomenti addotti dalla teoria pubblicistica, di cui s'è brevemente riferito *supra*, ad essi venivano contrapposte varie argomentazioni.

Si evidenziava innanzi tutto che la previsione espressa del potere di autotutela non avrebbe comportato la trasformazione della D.I.A. in atto amministrativo di assenso tacito, ma solo il riconoscimento (originariamente dubbio) che anche l'attività oggetto della D.I.A. era soggetta al potere di intervento a posteriori della Pubblica amministrazione, sia pure nel rispetto dei requisiti sostanziali e procedurali propri dell'autotutela (si è fatto riferimento ad un potere di autotutela *sui generis*, in quanto non avente ad oggetto un provvedimento amministrativo da riesaminare).

Si osservava, inoltre, che la previsione espressa del potere di autotutela anche in relazione alla D.I.A. avrebbe semmai dimostrato proprio la persistente natura privatistica della D.I.A. medesima, dato che, se il legislatore avesse inteso equipararla ad un atto di assenso tacito, non vi sarebbe stato alcun bisogno di detta previsione (dovendosi pianamente applicare la disciplina propria di ogni atto amministrativo e, dunque, anche le regole dell'autotutela).

Come è noto, la teoria privatistica ha posto notevoli problemi di inquadramento, quanto alle tecniche di tutela giurisdizionale del terzo controinteressato.

Tuttavia, essa ha infine prevalso nella giurisprudenza amministrativa, sfociata nella nota pronuncia dell'Ad. Plen. C. di Stato n. 15/11.

La quale, sostanzialmente facendo propria la tesi prospettata da autorevole

¹⁸ Ad. Plen. 15/11, cit.

¹⁹ Sul punto cfr. G. GRECO, *La SCLIA e la tutela dei terzi al vaglio dell'Adunanza Plenaria: ma perché, dopo il silenzio assenso e il silenzio inadempimento, non si può prendere in considerazione anche il silenzio diniego?*, in *Dir.proc.amm.*, 2011, 359 ss.

dottrina²⁰, in sintesi ha affermato che la disciplina della D.I.A. comporta un capovolgimento delle posizioni sostanziali delle parti (il segnalante è titolare di un interesse oppositivo, a che non vengano esercitati i poteri inibitori; il controinteressato sarebbe titolare di un interesse ampliativo, a che essi vengano esercitati).

A fronte di tale capovolgimento, il decorso del termine per l'esercizio dei poteri inibitori non avrebbe integrato un'ipotesi di silenzio – assenso, bensì una diversa ed originale fattispecie di silenzio – diniego, in ordine all'esercizio dei poteri inibitori stessi (si sarebbe trattato di una sorta di provvedimento tacito di archiviazione, conseguente all'accertamento della sussistenza dei presupposti della D.I.A.).

Il suddetto provvedimento di archiviazione sarebbe risultato lesivo per l'interesse legittimo pretensivo del controinteressato, la cui tutela giurisdizionale, dunque, sarebbe rientrata nei binari classici dell'azione costitutiva di annullamento *ex art. 29 c.p.a.*, da esercitare negli ordinari termini decadenziali (sessanta giorni dall'effettiva conoscenza della lesione, ovvero dell'esistenza del provvedimento tacito di archiviazione).

L'Adunanza Plenaria ha anche precisato che l'azione di annullamento del provvedimento tacito di archiviazione avrebbe potuto essere accompagnata dall'azione di adempimento/condanna della p.a. ai sensi dell'art. 30 c.p.a. all'adozione del provvedimento richiesto (e cioè all'inibizione dell'attività oggetto della D.I.A.).

Infine, ha chiarito che, qualora l'attività oggetto della D.I.A. fosse stata avviata prima della scadenza del termine per l'esercizio dei poteri inibitori (e cioè nelle ipotesi di D.I.A. a legittimazione immediata), il terzo che avesse subito una lesione immediata avrebbe comunque potuto contare su un valido apparato di tutela cautelare, proponendo un'azione di accertamento autonomo dell'insussistenza dei presupposti dell'attività medesima²¹.

La soluzione proposta dall'Adunanza Plenaria aveva, dunque, fornito una ricostruzione complessivamente soddisfacente dell'intera disciplina, idonea ad approntare strumenti di tutela del terzo (di merito e cautelari) adeguati ed efficaci. Allo stesso tempo la suddetta soluzione garantiva anche il titolare della D.I.A., che decorso il termine per l'esercizio dell'azione di annullamento avverso il diniego tacito di archiviazione, avrebbe potuto contare sul definitivo consolidamento del proprio titolo.

²⁰ Si veda ancora G. GRECO, *La SCLIA e la tutela dei terzi al vaglio dell'Adunanza Plenaria: ma perché, dopo il silenzio assenso e il silenzio inadempimento, non si può prendere in considerazione anche il silenzio diniego?*, *cit.*

²¹ Secondo l'Adunanza Plenaria: "Nell'intervallo temporale tra la presentazione della segnalazione certificata di inizio attività e lo spirare del termine perentorio per l'esercizio del potere inibitorio il terzo può proporre davanti al giudice amministrativo un'azione di accertamento, al fine di ottenere misure cautelari; tale azione, decorso invano il termine per l'esercizio del potere inibitorio, si converte automaticamente in azione di annullamento del diniego tacito di adozione del provvedimento inibitorio".

Tuttavia, il legislatore ha ritenuto di dover intervenire nuovamente e, con l'art. 6, comma 1, lettera c), del d.l. 13 agosto 2011 n. 138, ha aggiunto il comma 6ter all'art. 19 della l. 241/1990, così disponendo: “*la segnalazione certificata di inizio attività, la denuncia e la dichiarazione di inizio attività non costituiscono provvedimenti taciti direttamente impugnabili. gli interessati possono sollecitare l'esercizio delle verifiche spettanti all'amministrazione e, in caso di inerzia, esperire esclusivamente l'azione di cui all'art. 31, commi 1, 2 e 3, del decreto legislativo 2 luglio 200, n. 104*”.

Dunque, se per un verso è stata confermata l'impostazione dell'Adunanza Plenaria, per quanto riguarda la natura privatistica della D.I.A./S.C.I.A. (che non costituisce un atto amministrativo di assenso tacito), per altro verso è stato invece disatteso il sistema di tutela giurisdizionale del terzo, concepito dalla medesima sentenza, così riaprendo una disputa che sembrava ormai sopita²².

6. *La Legge Madia*

Con il dichiarato obiettivo di attuare una profonda riforma dell'organizzazione e dell'esercizio delle funzioni delle Pubbliche amministrazioni, la L. 124/15 (c.d. Legge Madia) ha, tra l'altro, inciso nuovamente sull'istituto della Segnalazione certificata di inizio attività.

Le norme della legge Madia che riguardano la S.C.I.A. sono contenute negli articoli 5 e 6.

L'art. 6 ha inciso direttamente sull'istituto, modificando significativamente e direttamente l'art. 19 della L. 240/1990.

L'art. 5 prevede invece una delega legislativa, concernente vari aspetti, tra cui la precisa individuazione dei procedimenti oggetto di segnalazione certificata di inizio attività o di silenzio assenso, ai sensi degli artt. 19 e 20 L. 241/1990, nonché dei procedimenti per i quali è sufficiente la mera comunicazione preventiva, ovvero è ancora necessaria l'autorizzazione espressa, e l'introduzione di una disciplina generale delle attività non soggette ad autorizzazione preventiva espressa, compresa la definizione delle modalità di presentazione e dei contenuti standard degli atti degli interessati e di svolgimento della procedura, dei termini e degli obblighi della P.A. di indicare quali effetti produce il relativo decorso.

Le modifiche direttamente apportate agli articoli 19 e 20 della L. 241/1990 dall'art. 6 della L. Madia hanno confermato che la S.C.I.A. non è un modello di semplificazione dell'azione amministrativa, ma è uno strumento di liberalizzazione privatistico, imperniato sulla diretta legittimazione *ex lege* dell'attività del segnalante (può, dunque, dirsi definitivamente acquisito il “modello” sostanziale descritto dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 15/11, salvo per quanto riguarda la disciplina processuale).

²² G. GRECO, *Ancora sulla SCLIA: silenzio e tutela del terzo, (alla luce del comma 6-ter dell'art. 19 l. 241/90)*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc.2, 2014, pag. 645.

L'art. 6 ha integralmente sostituito i commi 3 e 4 dell'art. 19 della L. 241/1990 e le novità salienti sono le seguenti.

Il comma 3 elenca i poteri di cui dispone la P.A. a fronte della presentazione della SCIA.

Si tratta di poteri inibitori, repressivi e conformativi.

Infatti, l'amministrazione competente, in caso di accertata carenza dei requisiti e dei presupposti per l'esercizio dell'attività oggetto di segnalazione, nel termine di sessanta giorni dal ricevimento della stessa, deve vietare motivatamente la prosecuzione dell'attività e imporre la rimozione degli eventuali effetti dannosi di essa. Tuttavia, *“qualora sia possibile conformare la suddetta attività intrapresa e i suoi effetti alla normativa vigente”*, la P.A. dovrà invitare il privato a provvedere, disponendo la sospensione dell'attività intrapresa e prescrivendo le misure necessarie con la fissazione di un termine non inferiore a trenta giorni per l'adozione di queste ultime.

Il comma 3 si conclude precisando che, laddove il privato si sottragga all'adozione delle misure prescritte nel termine stabilito l'attività si intende definitivamente vietata.

Nel “nuovo” comma 4 è scomparso ogni riferimento al potere inibitorio di cui alla precedente formulazione del medesimo comma, che consentiva alla P.A. di vietare l'attività oggetto di S.C.I.A., anche una volta spirato il termine di sessanta giorni dalla sua presentazione, in presenza del pericolo di un danno per il patrimonio artistico e culturale, per l'ambiente, per la salute, per la sicurezza pubblica o la difesa nazionale (c.d. “interessi sensibili”) e previo motivato accertamento dell'impossibilità di tutelare comunque tali interessi mediante conformazione dell'attività dei privati alla normativa vigente.

Il “nuovo” comma 4 è stato riformulato, e prevede ora che, decorso il termine per l'adozione dei provvedimenti (inibitori, conformativi e repressivi) di cui al comma 3, primo periodo, ovvero di cui al comma 6-bis²³ (che riguarda i poteri di vigilanza in materia edilizia) *“l'amministrazione competente adotta comunque i provvedimenti previsti dal medesimo comma 3 in presenza delle condizioni previste dall'articolo 21-nonies”*.

La nuova norma presenta l'indubbio pregio di aver eliminato talune ambiguità, che scaturivano dall'approssimazione con cui era stato precedentemente disciplinato l'esercizio del potere di autotutela⁽²⁴⁾.

Da un lato, è stato espunto ogni riferimento al potere di revoca della

²³ Il citato comma 6bis dispone che: *“Nei casi di Scia in materia edilizia, il termine di sessanta giorni di cui al primo periodo del comma 3 è ridotto a trenta giorni. Fatta salva l'applicazione delle disposizioni di cui al comma 4 e al comma 6, restano altresì ferme le disposizioni relative alla vigilanza sull'attività urbanistico-edilizia, alle responsabilità e alle sanzioni previste dal decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n.380, e dalle leggi regionali”*.

²⁴ In argomento cfr. S. D'ANCONA, *L'annullamento d'ufficio tra vincoli e discrezionalità*, Napoli, Editoriale scientifica, 2015.

S.C.I.A., che era parso un vero e proprio fuor d'opera²⁵. Infatti, è noto che la revoca dei provvedimenti amministrativi, nelle sue varie accezioni e modulazioni, presuppone sempre e comunque un apprezzamento a carattere discrezionale da parte della Pubblica amministrazione²⁶. Per converso, in materia di S.C.I.A. non vi è spazio per valutazioni discrezionali, dato che la segnalazione del privato sostituisce solo gli atti di assenso comunque denominati il cui rilascio dipenda esclusivamente dall'accertamento di requisiti e presupposti richiesti dalla legge o da atti amministrativi a contenuto generale. Specularmente, l'unica forma di autotutela ipotizzabile in relazione alla S.C.I.A. è prospettabile allorché sia accertato che difettino i suddetti requisiti e presupposti: sicché si versa sempre e comunque sul terreno dell'attività vincolata.

D'altro lato, il nuovo comma 4 ha opportunamente chiarito che, a fronte di una S.C.I.A. priva dei necessari presupposti, laddove sia decorso il termine per l'esercizio dei poteri a carattere inibitorio, la P.A. può esercitare gli stessi poteri, ma solo laddove sussistano le condizioni stabilite dall'art. 21 *nonies* per l'esercizio del potere di annullamento di ufficio²⁷. Dunque, la nuova formulazione fa venir meno ogni possibile appiglio per i sostenitori della teoria "pubblicistica", dal momento che chiarisce inequivocabilmente che l'accostamento dei poteri di autotutela alla S.C.I.A. non può essere inteso quale suggerimento in ordine alla

²⁵ La revoca del provvedimento amministrativo è disciplinata dall'art. 21 *quinquies* della L. 241/1990, in base al quale "Per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento o, salvo che per i provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, il provvedimento amministrativo ad efficacia durevole può essere revocato da parte dell'organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge. La revoca determina la inidoneità del provvedimento revocato a produrre ulteriori effetti. Se la revoca comporta pregiudizi in danno dei soggetti direttamente interessati, l'amministrazione ha l'obbligo di provvedere al loro indennizzo".

²⁶ "L'articolo 21 *quinquies* della legge n. 241/1990 prevede che 'per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento o, salvo che per i provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, il provvedimento amministrativo ad efficacia durevole può essere revocato da parte dell'organo che lo ha emanato'. La norma ha, dunque, codificato l'istituto della revoca, confermando la natura giuridica di esso, pacificamente riconosciuta come provvedimento di ritiro di un atto inopportuno per diversa valutazione dell'interesse pubblico originario. Risultando giustificato il ritiro per revoca dalla inopportunità del provvedimento, cioè dalla sua non rispondenza o non conformità ad esigenze di interesse pubblico, risulta evidente che anche la fattispecie della revoca per 'mutamento della situazione di fatto' deve essere ricondotta entro l'alveo naturale dello specifico potere di autotutela" (T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 24 aprile 2015 n. 919).

²⁷ L'art. 21 *nonies* così dispone: "Il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'articolo 21 *octies*, esclusi i casi di cui al medesimo articolo 21 *octies*, comma 2, può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole comunque non superiore a diciotto mesi dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, inclusi i casi in cui il provvedimento si sia formato ai sensi dell'articolo 20, e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge. Rimangono ferme le responsabilità connesse all'adozione e al mancato annullamento del provvedimento illegittimo".

natura provvedimento della stessa, ma solo quale parametro di riferimento per l'esercizio degli stessi poteri (inibitori, conformativi repressivi) di cui al precedente comma 3, nell'ipotesi in cui si sia superato il termine di sessanta giorni (occorrerà, dunque, la ben nota "ponderazione" degli interessi in gioco e non potrà, in ogni caso, essere superato il termine ragionevole ora espressamente indicato in diciotto mesi).

Dunque, come evidenziato dal parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato, che ha esaminato lo schema di decreto legislativo adottato dal Governo in attuazione dell'art. 5 della L. Madia²⁸: "*Tale norma (l'art. 21 nonies n.d.r.) viene ... richiamata nel meccanismo della SCLA di cui all'art. 19 con una funzione innovativa, che non può più definirsi di 'autotutela' in senso tecnico, poiché l'autotutela costituisce un provvedimento di secondo grado ed esso appare impossibile nel caso di specie, dove il provvedimento iniziale manca del tutto*".

In relazione al termine "ragionevole" la disciplina dei poteri di autotutela è poi completata dalla modifica generale introdotta dalla L. Madia allo stesso art. 21 *nonies* L. 241/1990, che si ripercuote anche sull'istituto della S.C.I.A.

Esso, infatti, nella formulazione novellata, prevede che l'autotutela non può mai essere esercitata oltre il termine di diciotto mesi "*dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici*".

Si tratta di una delle più rilevanti novità introdotte dalla L. Madia²⁹, com'è stato evidenziato anche nel citato parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato.

In precedenza, come è noto, l'art. 21 *nonies* si limitava ad indicare la necessità di rispettare un "termine ragionevole" per l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio: il che aveva dato luogo a pericolose oscillazioni interpretative, che minavano alla base l'esigenza di certezza nei rapporti giuridici, che sempre viene invocata in linea teorica, ma sovente è disattesa in linea pratica³⁰.

²⁸ Affare n. 433/2016, Adunanza del 15 marzo 2016.

²⁹ In argomento cfr. M. A. SANDULLI, *Gli effetti diretti della L. 7 agosto 2015 n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio-assenso e autotutela*, in www.federalismi.it, n. 17/15, 9, S. D'ANCONA, *L'annullamento d'ufficio dopo la riforma Madia*, in *Giurisprudenza italiana*, dicembre 2015, pagg. 2748 e ss., *Interesse pubblico, discrezionalità amministrativa e istanza di parte nell'annullamento d'ufficio: riflessioni sui recenti sviluppi dottrinari e giurisprudenziali fra diritto interno e diritto comunitario*, in *Riv. It. di Dir. Pubbl. Comunitario*, fasc. 3-4 2009, pp. 537-574., *Termine ragionevole nell'annullamento d'ufficio: riflessioni in tema di effettività della tutela*, in *Foro Amm.*, TAR, 2008, pp. 1521-1545.

³⁰ In proposito, cfr. ancora S. D'ANCONA, *L'annullamento d'ufficio dopo la riforma Madia*, cit., che sottolinea come una parte della giurisprudenza avesse privilegiato un'interpretazione di tipo oggettivo della nozione del termine ragionevole, ancorandola alle circostanze di fatto e alla complessità del procedimento (cfr. ad esempio, T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 30 gennaio 2007 n. 115, punto 13, secondo cui: "*La ragionevolezza del termine di cui al citato art. 21 nonies della legge n. 241/90 entro cui può essere annullato d'ufficio un provvedimento amministrativo va invero valutata in concreto tenendo in debito conto il grado di complessità degli interessi coinvolti nella vicenda*"). Mentre secondo un altro orientamento giurisprudenziale occorre avere riguardo agli stati soggettivi dei destinatari

Con la precisa “quantificazione” del termine entro cui è consentito l’esercizio del potere di autotutela, per la prima volta si introduce una regola, che sovverte l’impostazione da sempre invalsa nel diritto amministrativo, che vedeva prevalere l’esigenza di consolidare l’attività della P.A. (mediante l’imposizione del ben noto termine decadenziale per la proposizione del ricorso giurisdizionale avverso i relativi provvedimenti).

Come sottolineato dal richiamato parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato, la previsione del suddetto “confine temporale” di diciotto mesi introduce un “nuovo paradigma” nei rapporti giuridici tra cittadino e pubblica amministrazione: *“nel quadro di una regolamentazione attenta ai valori della trasparenza e della certezza, il legislatore del 2015 ha fissato termini decadenziali di valenza nuova, non più volti a determinare l’impugnabilità degli atti nell’interesse dell’amministrazione, ma a stabilire limiti al potere pubblico nell’interesse dei cittadini, al fine di consolidare le situazioni soggettive dei privati”*³¹.

In proposito, peraltro, la disciplina introdotta dalla L. Madia presenta qualche residuo cono d’ombra.

In primo luogo, mentre l’individuazione del *dies a quo* per la decorrenza dei diciotto mesi non presenta incertezze, laddove si tratti di annullamento d’ufficio di provvedimenti amministrativi, non è invece precisato quale sia la regola in caso di S.C.I.A..

In tale ultima ipotesi, infatti, il termine potrebbe essere fatto decorrere sia dal momento della presentazione della S.C.I.A., sia dal momento in cui sia decorso il termine (di trenta o sessanta giorni), entro il quale la P.A. può esercitare i propri ordinari poteri inibitori.

del provvedimento (colpa, buona fede etc.), così configurando una concezione “soggettiva” della nozione medesima (cfr. ad esempio C. di Stato, Sez. VI, 20 febbraio 2008 n. 578, secondo cui: *“l’amministrazione accademica ha omesso di valutare il considerevole lasso di tempo (cfr. art. 21-nonies, legge n. 241/1990, introdotto dall’art. 14, legge n. 15/2005) decorso dal momento del conseguimento del titolo di studi, contrassegnante l’epilogo della carriera universitaria del F. Il principio comunitario di tutela dell’affidamento, declinato dalla normativa nazionale con la sottolineatura della necessità di una congrua motivazione in rodine alla ricorrenza di esigenze idonee a giustificare la compressione di posizioni consolidate per effetto del tempo, avrebbe dovuto imposto la valutazione, nella specie omessa, di un interesse pubblico di spessore tale da giustificare l’incisione di posizioni ormai consolidate. Detta deficienza risulta nella specie particolarmente accentuata, se solo si considera che l’azzeramento della carriera universitaria è stato decretato in virtù di vizi meramente formali, tanto più in rapporto ad un decreto di annullamento intervenuto addirittura a distanza di sei anni dall’atto di iscrizione alla facoltà di Pedagogia ritenuto irregolare con grande ritardo, suscitando nel ricorrente il ragionevole affidamento che le cose fossero, al contrario, regolari sotto ogni profilo, in relazione ad un corso di laurea destinato a rimanere attivo, per i soggetti iscritti prima della menzionata soppressione, fino al 2007”*.

³¹ In altri termini, ad avviso della Commissione Speciale *“è possibile affermare che la legge n. 124, con la novella all’art. 21-nonies della legge n. 241, abbia introdotto una nuova ‘regola generale’ che sottende al rapporto tra il potere pubblico e i privati: una regola di certezza dei rapporti, che rende immutabile l’assetto (provvedimentale-documentale-fattuale) che si è consolidato nel tempo, che fa prevalere l’affidamento.*

Una regola speculare – nella ratio e negli effetti – a quella dell’impugnabilità, ma creata, a differenza di quest’ultima, in considerazione delle esigenze di certezza del cittadino (mentre l’impugnabilità considera, da decenni, quelle dell’amministrazione, con un termine nove volte più breve)”.

Come evidenziato dal Consiglio di Stato (Commissione speciale, cit.), su un piano logico, la seconda soluzione potrebbe apparire più corretta, in quanto i diciotto mesi costituiscono il margine temporale entro il quale l'amministrazione può rivedere le proprie decisioni. Il dato letterale (che opera un riferimento sostanziale alla "attribuzione di vantaggi economici") e la scelta del legislatore del settembre 2011 di non attribuire all'inerzia dell'amministrazione valenza di diniego di contestazione dell'utilizzo della D.I.A./S.C.I.A. potrebbero, però, indurre a ritenere corretta la prima soluzione.

In secondo luogo, il legislatore avrebbe dovuto farsi carico delle possibili prassi elusive, chiarendo *expressis verbis* che il termine di diciotto mesi non può ritenersi rispettato in caso di mero avvio del procedimento di autotutela (occorrendo che entro tale termine il procedimento sia anche concluso, eventualmente ipotizzando una possibilità di proroga del termine stesso, nelle fattispecie più complesse).

Infine, il legislatore non ha precisato se il limite dei 18 mesi valga anche per le ipotesi di accertate dichiarazioni mendaci allegate alla S.C.I.A.: il che andrebbe viceversa puntualizzato, dal momento che il comma 3 dell'art. 19 è stato soppresso nella parte in cui prevedeva che: "*in caso di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci, l'amministrazione, ferma restando l'applicazione delle sanzioni penali di cui al comma 6, nonché di quelle di cui al capo vi del testo unico di cui al decreto del presidente della repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, può sempre e in ogni tempo adottare i provvedimenti di cui al primo periodo*".

Il problema si pone perché il nuovo comma 2bis dell'art. 21 *nonies* prevede ora che i provvedimenti amministrativi conseguiti sulla base di dichiarazioni mendaci siano annullabili anche oltre i 18 mesi in caso di sentenza passata in giudicato che accerti la falsità, mentre nulla specifica laddove si versi nella fattispecie della S.C.I.A.

7. *Il Decreto Legislativo 30 giugno 2016 n.126 (in Gazz. Uff., 13 luglio 2016, n. 162)*

Da ultimo, è stato pubblicato il D.Lgs. 126/2016, recante la "*Attuazione della delega in materia di segnalazione certificata di inizio attività (S.C.I.A.), a norma dell'articolo 5 della legge 7 agosto 2015, n. 124*".

Rispetto allo schema sottoposto al Consiglio di Stato e alle competenti Commissioni parlamentari, per l'espressione dei rispettivi pareri, vi sono modifiche sostanziali, a cominciare dall'impostazione di fondo, come si dirà.

Come si evince dall'art. 1, il D.Lgs. 126/2016 in realtà reca unicamente la disciplina generale applicabile ai procedimenti relativi alle attività private non soggette ad autorizzazione espressa e soggette a segnalazione certificata di inizio di attività, ivi incluse le modalità di presentazione delle segnalazioni o istanze alle pubbliche amministrazioni.

Mentre per l'esercizio della restante parte della delega, il medesimo D.Lgs. 126/2016 rinvia a “*successivi decreti legislativi*”; i quali, ai sensi e in attuazione della delega di cui all'articolo 5 della legge n. 124 del 2015, dovranno individuare le attività oggetto di procedimento di mera comunicazione o «S.C.I.A.» od oggetto di silenzio assenso, nonché di quelle per le quali è necessario il titolo espresso (cfr. art. 1, comma 2, D.Lgs. 126/2016).

In attesa di poter esaminare anche i successivi decreti delegati, si passa ad un breve commento del contenuto del citato D.Lgs. 126/2016.

In primo luogo, va evidenziato come, rispetto all'originaria versione, è completamente cambiata la “tecnica” legislativa. Lo schema di decreto delegato sottoposto all'esame consultivo del Consiglio di Stato, infatti, non prevedeva di “novellare” l'art. 19 della L. 241/1990, bensì di introdurre un corpo normativo a sé stante, che avrebbe dovuto pertanto essere coordinato con le previsioni generali di cui alla richiamata L. 241/1990.

La Commissione Speciale (parere cit.) aveva segnalato le criticità di una siffatta scelta, evidenziando come l'utilizzo della tecnica della novella avrebbe assicurato che la regolazione dell'istituto della S.C.I.A. rimanesse concentrata nel medesimo provvedimento legislativo e risultasse, quindi, agevolmente conoscibile nella sua interezza. Per altro verso, aveva anche sottolineato come tale soluzione (quella della “novella”) sarebbe valsa ad impedire che “*disposizioni legislative che regolano il medesimo istituto restino allocate in diversi testi normativi, con evidente sacrificio delle esigenze di semplificazione normativa, ma anche di quelle di coerenza, di razionalità e di coordinamento dell'assetto regolativo*”³².

Il legislatore delegato ha recepito il suggerimento del Consiglio di Stato e, dunque, con l'art. 3 ha operato una diretta modifica della L. 241/1990, di cui tra breve si dirà.

L'art. 2 reca invece un'autonoma regolamentazione in materia di “*informazione di cittadini e imprese*” e, in sintesi, impone alle Amministrazioni statali di adottare (e alle altre PA di recepire e pubblicare sul proprio sito) moduli unificati e stan-

³² Il Consiglio di Stato aveva inoltre precisato che: “*L'uso della tecnica della novella non appare precluso, nella fattispecie, dalla disposizione di delega. È vero, infatti, che gli articoli 19 e 20 della legge n. 241 del 1990 sono indicati dalla norma di delega legislativa quali disposizioni da cui ricavare criteri e principi direttivi, sicché potrebbe apparire incoerente novellare, con il decreto legislativo, proprio quelle norme dalle quali vanno desunti i parametri delega, ma è altresì vero che le suddette disposizioni sono citate, ai fini appena ricordati, solo per la classificazione dei regimi abilitativi ai quali restano soggetti i procedimenti amministrativi contestualmente catalogati (delega al momento non esercitata) e non anche per la definizione della disciplina generale delle attività non assoggettate ad autorizzazione preventiva espressa.*”

Anzi, a ben vedere, l'ampiezza dell'oggetto della delega nella specie concretamente esercitata (significata proprio dall'espressione “disciplina generale”) non può non implicare anche la potestà di novellare la disciplina legislativa vigente, rispetto alla quale quella introdotta ex novo con il presente decreto legislativo si pone in una relazione logica di integrazione e di completamento, che, a sua volta, postula l'inserimento dell'innovazione nella medesima disposizione legislativa dedicata a comprendere ed esaurire l'intero regime regolativo della S.C.I.A.”.

dardizzati, che definiscano, per tipologia di procedimento, i contenuti tipici delle istanze, delle segnalazioni e delle comunicazioni preventive³³.

Tali moduli dovranno definire esaustivamente, per tipologia di procedimento, i contenuti tipici e la relativa organizzazione dei dati delle istanze, segnalazioni e comunicazioni, nonché della documentazione da allegare (per la S.C.I.A. l'elenco degli stati, qualità personali e fatti oggetto di dichiarazione sostitutiva, di certificazione dia atto di notorietà, nonché delle attestazioni e asseverazioni dei tecnici abilitati necessari a corredo della segnalazione)³⁴. Si prevede anche la possibilità per il privato di elezione del domicilio digitale per le comunicazioni con la p.a.

Recependo un suggerimento del Consiglio di Stato, è stata introdotta una regola di notevole importanza, stabilendo che *“l'amministrazione può chiedere all'interessato informazioni o documenti solo in caso di mancata corrispondenza del contenuto dell'istanza, segnalazione o comunicazione e dei relativi allegati a quanto indicato nel comma 2. È vietata ogni richiesta di informazioni o documenti ulteriori rispetto a quelli indicati ai sensi del comma 2, nonché di documenti in possesso di una pubblica amministrazione”* (art. 2, comma 4). In base a tale previsione, dunque, si rende obbligatorio per la P.A. indicare in modo esaustivo “a monte” quale sia tutta la documentazione necessaria, da allegare al modulo unificato. Per contro, le Amministrazioni competenti non potranno avventurarsi in richieste di integrazioni istruttorie estranee a tale previa indicazione e potranno soltanto evidenziare la mancata corrispondenza degli allegati presentati con quelli previsti in quella sede.

Sono stati, inoltre, previsti poteri sostitutivi (delle Regioni nei confronti degli Enti locali e del Governo nei confronti delle Regioni) in caso di mancata pubblicazione dei documenti e della modulistica, di cui sopra (art. 2, comma 3): con la precisazione che tali poteri possono essere sollecitati anche dai cittadini.

Infine, è stata prevista la sanzione disciplinare della sospensione con privazione della retribuzione, a carico dei dipendenti che non osservino gli obblighi di cui sopra (pubblicazione modulistica e richiesta documenti ultronei).

Come si accennava, l'art. 3 del d.lgs. 126/16 incide direttamente sul corpo della L. 241/1990.

³³ Per la presentazione di istanze, segnalazioni o comunicazioni alle amministrazioni regionali o locali, con riferimento all'edilizia e all'avvio di attività produttive, i suddetti moduli sono adottati, in attuazione del principio di leale collaborazione, in sede di Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo n. 281 del 1997, con accordi ai sensi dell'articolo 9 dello stesso decreto legislativo o con intese ai sensi della legge 5 giugno 2003, n. 131, tenendo conto delle specifiche normative regionali.

³⁴ Dalla previsione relativa alla modulistica uniforme, il Consiglio di Stato ha ritenuto di poter *“ricavare esegeticamente i principi di ‘concentrazione’ e di ‘esaustività’ della modulistica, che deve indirizzare l'attività attuativa da parte delle amministrazioni pubbliche nella redazione dei ‘moduli unificati’”. Questi dovranno quindi, sotto la responsabilità dell'amministrazione o di chi la sostituirà, essere effettivamente ‘unificati’ e – appunto – esaustivi, e non rinviare di fatto ad altri formulari presso altre amministrazioni, né consentire in via istruttoria la richiesta di documenti diversi?”*.

Innanzitutto, viene inserito l'art. 18bis che, in attuazione della delega legislativa, sancisce l'obbligo di rilasciare immediatamente la ricevuta della ricezione della S.C.I.A. (o dell'istanza o comunicazione), da assolvere anche in via telematica. Il comma 1 dell'art. 18bis prevede, inoltre, che la ricevuta, oltre ad attestare la presentazione della S.C.I.A., indichi i termini entro cui l'amministrazione, ove previsto, è tenuta a rispondere, ovvero entro i quali il silenzio dell'amministrazione equivale ad accoglimento dell'istanza.

Il medesimo art. 18bis comma 1 prevede, poi, che il mancato rilascio della ricevuta non impedisce la produzione degli effetti dell'istanza, segnalazione o comunicazione del privato.

L'art. 18bis comma 2 stabilisce, infine che nel caso di istanza, segnalazione o comunicazione presentate ad un ufficio diverso da quello competente, i termini di cui agli articoli 19, comma 3, e 20, comma 1, decorrono dal ricevimento dell'istanza, segnalazione o della comunicazione da parte dell'ufficio competente.

L'art. 3, comma 1, lettera a), del D.Lgs. 126/16 incide direttamente sul testo dell'art. 19, modificando in particolare la disciplina della sospensione cautelare dell'attività oggetto di S.C.I.A.. Con la singolarità che la "novella" introdotta dal Decreto delegato modifica il testo già "novellato" dalla legge delega.

Come si è visto, infatti, l'art. 6 della L. 125/15 aveva sostituito anche il comma 3 dell'art. 19, prevedendo espressamente l'obbligo della P.A. di sospendere l'attività intrapresa dal privato in carenza dei relativi presupposti, in attesa dell'eventuale conformazione da parte di quest'ultimo nel termine assegnato. Tale sospensione costituiva un tassello rilevante nell'impalcatura del nuovo art. 19, comma 3, e la sua operatività era generalizzata. Per contro, il D.Lgs. 126/16 ha stabilito che la sospensione potrà essere disposta solo in presenza di attestazioni non veritiere o pericolo per la tutela di interessi pubblici sovraordinati (ambiente, beni culturali, sicurezza, etc.³⁵).

Tale (ulteriore) modifica attuata dal legislatore delegato desta non poche perplessità, non solo in quanto incide sul testo dell'art. 19, comma 3, modifi-

³⁵ Il testo attualmente vigente dell'art. 19 comma 3 è il seguente: "*L'amministrazione competente, in caso di accertata carenza dei requisiti e dei presupposti di cui al comma 1, nel termine di sessanta giorni dal ricevimento della segnalazione di cui al medesimo comma, adotta motivati provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione degli eventuali effetti dannosi di essa. Qualora sia possibile conformare l'attività intrapresa e i suoi effetti alla normativa vigente, l'amministrazione competente, con atto motivato, invita il privato a provvedere, [l'inciso "disponendo la sospensione dell'attività intrapresa e" è stato soppresso dal d.lgs. 126/16 n.d.r.] prescrivendo le misure necessarie con la fissazione di un termine non inferiore a trenta giorni per l'adozione di queste ultime. In difetto di adozione delle misure da parte del privato, decorso il suddetto termine, l'attività si intende vietata. Con lo stesso atto motivato, in presenza di attestazioni non veritiere o di pericolo per la tutela dell'interesse pubblico in materia di ambiente, paesaggio, beni culturali, salute, sicurezza pubblica o difesa nazionale, l'amministrazione dispone la sospensione dell'attività intrapresa. L'atto motivato interrompe il termine di cui al primo periodo, che ricomincia a decorrere dalla data in cui il privato comunica l'adozione delle suddette misure. In assenza di ulteriori provvedimenti, decorso lo stesso termine, cessano gli effetti della sospensione eventualmente adottata*".

cando quanto stabilito dalla Legge delega. Ma anche in quanto introduce una disciplina che non pare neppure adeguatamente coordinata con quanto stabilito dall'art. 21 *nonies* della L. 241/1990 (nel testo a sua volta modificato dalla L. Madia). In particolare, s'ingenera il dubbio che il "nuovo" comma 3 dell'art. 19 permetta al privato di "conformare" la propria attività anche in presenza di una S.C.I.A. accompagnata da attestazioni non veritiere, ciò che sembra per contro non consentito dal richiamato art. 21*nonies*, comma 2bis (introdotto dalla L. Madia).

Si profila, dunque, un possibile vizio del decreto delegato. Infatti, secondo l'insegnamento della Corte Costituzionale in tema di eccesso di delega³⁶, benché si debba escludere che la funzione del legislatore delegato sia limitata ad una mera scansione linguistica di previsioni stabilite dal delegante, la previsione di cui all'art. 76 Cost. richiede l'emanazione, da parte del legislatore delegato "di norme che rappresentino un coerente sviluppo e un completamento delle scelte espresse dal legislatore delegante... Il sindacato costituzionale sulla delega legislativa deve, così, svolgersi attraverso un confronto tra gli esiti di due processi ermeneutici paralleli, riguardanti, da un lato, le disposizioni che determinano l'oggetto, i principi e i criteri direttivi indicati dalla legge di delegazione e, dall'altro, le disposizioni stabilite dal legislatore delegato, da interpretarsi nel significato compatibile con i principi e i criteri direttivi della delega. Il che, se porta a ritenere del tutto fisiologica quell'attività normativa di completamento e sviluppo delle scelte del delegante, circoscrive, d'altra parte, il vizio in discorso ai casi di dilatazione dell'oggetto indicato dalla legge di delega, fino all'estremo di ricomprendere in esso materie che ne erano escluse (sentenze n. 229, n. 182 e n. 50 del 2014)"³⁷.

Nella specie, per le ragioni sin qui riferite, non pare che il legislatore delegato abbia sviluppato in modo coerente le scelte del legislatore delegante.

Infine, l'art. 3 del D.Lgs. 126/16 ha introdotto l'art. 19bis alla L. 241/1990, che riguarda l'ipotesi in cui, per l'esercizio di una determinata attività, occorrono più segnalazioni certificate da inoltrare a diverse amministrazioni (Concentrazione dei regimi amministrativi).

In tal caso, si prevede che l'interessato sia tenuto a presentarne una sola allo Sportello unico che, ai sensi del primo comma dell'art. 19bis, dev'essere indicato sul sito istituzionale di ciascuna amministrazione. L'amministrazione che riceve la S.C.I.A. la trasmetterà immediatamente alle altre amministrazioni interessate al

³⁶ C. Cost., 24/09/2015 n. 194.

³⁷ Per una rassegna della giurisprudenza costituzionale in tema di eccesso di delega legislativa cfr. D. DE LUNGO, *La recente giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di eccesso di delega*, in *Federalismi.it* n. 12/2013. In argomento, inoltre, cfr. R. ZACCARIA, E. ALBANESI, *La delega legislativa tra teoria e prassi*, in *La delega legislativa nei più recenti sviluppi*, in AA.VV. *La delega legislativa. Atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta, 24 ottobre 2008*, Milano, 2009, 333 ss.; per un'analisi dell'espansione dell'istituto della delega può leggersi G. TARLI BARBIERI, *La delega legislativa nei più recenti sviluppi*, in AA.VV. *La delega legislativa*, cit., pagg. 93 ss. Più in generale può leggersi A. CELOTTO, E. FRONTONI, *Legge di delega e decreto legislativo*, in *Enc. dir.*, VI agg., Milano, 2002, 706 ss.

fine di consentire, per quanto di loro competenza, il controllo sulla sussistenza dei requisiti e dei presupposti per lo svolgimento dell'attività e la presentazione, almeno cinque giorni prima della scadenza dei termini di cui all'articolo 19, commi 3 e 6-bis, di eventuali proposte motivate per l'adozione dei provvedimenti ivi previsti.

Il comma 3 riguarda l'ipotesi in cui l'efficacia della S.C.I.A. sia condizionata all'acquisizione di atti di assenso, comunque denominati, o pareri di altri uffici e amministrazioni (c.d. S.C.I.A. "non pura", che presuppone la previa acquisizione di pareri e atti non surrogabili, qual'è ad esempio l'autorizzazione paesaggistica in materia edilizia).

Rispetto alla formulazione originaria, che la Commissione consultiva del C. di Stato aveva criticato, si è stabilito un miglior raccordo della disciplina della S.C.I.A. "non pura" con la disciplina della conferenza dei servizi (è previsto che l'interessato presenti allo Sportello Unico la "*relativa istanza*", a seguito della quale è previsto il rilascio della ricevuta ai sensi dell'articolo 18-bis. In tali casi, il termine per la convocazione della conferenza di cui all'articolo 14 della L. 241/1990 decorre dalla data di presentazione dell'istanza e l'inizio dell'attività resta subordinato al rilascio degli atti medesimi, di cui lo sportello darà comunicazione all'interessato).

Al di là di quale imprecisione lessicale (si fa riferimento alla presentazione della "istanza" pur trattandosi di S.C.I.A.), l'impressione è che la soluzione prescelta dal legislatore delegato non sia ottimale, in quanto foriera di incertezze applicative e di tempistiche incerte (il che contrasta con la logica semplificatoria propria della S.C.I.A.). Sarebbe stato preferibile o eliminare in radice la stessa ipotesi della S.C.I.A. non pura (limitando il modello della S.C.I.A. alle sole ipotesi in cui il privato può effettivamente autocertificare tutti i presupposti del caso), ovvero prevedere una diversa soluzione (ad esempio facendo carico al privato dell'obbligo di acquisire tutte le autorizzazioni non surrogabili, quale condizione per presentare la S.C.I.A.).

8. Conclusioni

L'impressione finale è che il (primo) decreto attuativo della L. Madia in materia di S.C.I.A., pur contenendo spunti di interesse e misure di semplificazione (la cui effettiva efficacia andrà peraltro misurata in concreto, nella prassi di tutti i giorni), sia nel complesso non del tutto soddisfacente.

In primo luogo, come si è visto, la delega è stata attuata soltanto in parte e, per alcuni profili, il D.Lgs. 126/16 sembra persino porsi in contrasto con la Legge delega, così esponendosi alla possibile eccezione di incostituzionalità per violazione dell'art. 76 Cost..

In secondo luogo, benché vi siano indubbiamente talune importanti novità (ad esempio, per quanto riguarda l'introduzione del principio di "tassatività" della documentazione che può essere richiesta unitamente alla S.C.I.A.), alcuni aspetti della disciplina non sembrano idonei a conseguire le finalità di semplificazione da essa sottintese (mi riferisco, tra l'altro, alle nuove regole in materia di S.C.I.A. "non pura"³⁸).

Ma quel che sembra maggiormente criticabile è il "silenzio assordante" del legislatore (in primo luogo di quello delegante) a proposito dei profili processuali, che l'istituto della S.C.I.A. avrebbe viceversa imposto di affrontare.

In seguito alla pronuncia dell'Adunanza Plenaria (n. 15/11) e all'introduzione del comma 6ter all'art. 19 della L. 241/1990 (che, nelle intenzioni del legislatore, avrebbe dovuto portare chiarezza per quanto concerne gli strumenti di tutela giurisdizionale del controinteressato: cfr. *supra* par. 4), si sono registrati almeno tre diversi orientamenti giurisprudenziali, ai quali corrispondono altrettante soluzioni, con diverse implicazioni in ordine alla "qualità" e alle stesse modalità della tutela del terzo³⁹.

³⁸ In argomento si veda da ultimo A. CARAPELUCCI, *L'imbroglione della semplificazione*, Roma, 2016.

³⁹ Secondo la sentenza del TAR Lombardia, Milano, Sez. II 15 aprile 2016 n. 735 il momento in cui il terzo controinteressato esercita il proprio potere di sollecitazione nei confronti della P.A., di cui all'art. 19, comma 6ter, L. 241/1990, costituisce una sorta di spartiacque per individuare il tipo di tutela spettante al terzo stesso. Ove il terzo abbia richiesto l'intervento dell'amministrazione prima del decorso di sessanta giorni dal momento in cui ha avuto piena conoscenza del contenuto lesivo della denuncia di inizio di attività, potrà ottenere dal Giudice amministrativo una sentenza che ordini alla Pubblica amministrazione di esercitare i poteri di tipo inibitorio (senza cioè alcuna ponderazione degli interessi in gioco). Qualora la richiesta di intervento pervenga oltre i sessanta giorni il ricorso giurisdizionale non sarà inammissibile, ma potrà solo conseguire –in caso di accoglimento– una sentenza che ordini alla P.A. di prendere in considerazione la richiesta stessa, al fine dell'esercizio dei poteri discrezionali di "autotutela" impropria (considerando cioè l'affidamento del titolare della SCIA, l'interesse pubblico, il tempo trascorso etc.). In tale ipotesi, peraltro, il Giudice amministrativo non potrebbe conoscere della fondatezza dei profili di presunta illegittimità della S.C.I.A. dedotti dal ricorrente nella propria sollecitazione (e successivamente riversati nel giudizio amministrativo). Ad avviso del T.A.R. Lombardia, infatti, si tratterebbe "di censure dirette a evidenziare specifici profili di illegittimità della denuncia di inizio di attività. Conseguentemente, la cognizione in ordine a tali allegazioni è preclusa dal generale divieto, imposto al giudice, di pronunciarsi in ordine a poteri non ancora esercitati dall'amministrazione (articolo 34, comma 2 cod. proc. amm.)". Profondamente diversa è l'impostazione di cui alla sentenza del C. di Stato, Sez. IV, 12 novembre 2015 n. 5161. In tale occasione il Supremo consesso amministrativo (in parte ricfacendosi alla sentenza dell'Ad. Plen. n. 15/11) ha affermato che, a fronte di effetti eventualmente lesivi delle posizioni giuridiche dei terzi prodotti dalla dichiarazione di inizio attività, la tutela dei controinteressati sarebbe assicurata da "uno strumento di tutela che sia compatibile con la natura privatistica della D.I.A. costituito, in particolare, da un'azione di accertamento autonomo che il terzo può esperire per veder acclarata la insussistenza dei presupposti che legittimano lo svolgimento dell'attività sulla scorta di una semplice denuncia, ai sensi dell'art. 31 commi 1, 2 e 3 del dlgs n. 104/2010 (Cons.Stato Sez. IV 26/7/2012 n. 4255)". Tuttavia, secondo il Consiglio di Stato occorre che "detta azione sia rispettosa del termine decadenziale entro cui attivarsi giudizialmente e al riguardo

Il che non pare accettabile, in primo luogo per l'intrinseca contraddittorietà di un intervento legislativo, che si dichiara finalizzato a riportare certezza e trasparenza nel sistema, trascurando completamente di risolvere uno degli elementi di maggiore incertezza per gli operatori (mi riferisco, da un lato, alla necessità di conoscere quali siano gli strumenti di tutela delle posizioni sostanziali del terzo controinteressato e, d'altro lato, all'altrettanto fondamentale esigenza, per il privato che si avvalga della S.C.I.A., di poter contare in tempi certi sul consolidamento dell'attività intrapresa in base ad essa).

In secondo luogo, perché il mancato intervento del legislatore a proposito del sistema processuale applicabile in relazione alle attività soggette a S.C.I.A. ha dato luogo ad un intervento "sostitutivo" e "creativo" del Giudice amministrativo.

In taluni casi quest'ultimo ha persino concepito un sistema di termini processuali, decadenze e preclusioni, di cui non v'è traccia nella disciplina positiva (cfr. la nota 38).

occorre fare riferimento ai principi vigenti in tema di decorrenza del termine per impugnazione dei titoli edilizi, con l'individuazione del relativo dies a quo. Nel caso di presentazione di D.I.A. il termine decadenziale per proporre azione di accertamento inizia a decorrere dal momento in cui il controinteressato ha avuto piena conoscenza della dichiarazione di inizio attività in base alla quale l'intervento viene realizzato (Cons. Stato Sez. IV 6/12/2013; Cons. Stato Sez. VI 9/2/2009 n. 717)...". Specularmente "la possibilità di "sollecitazione" di cui al citato comma 6 ter dell'art.19 della legge n.241/90 non esclude che il terzo possa e debba esperire autonoma azione dia accertamento nel termine decadenziale dall'avvenuta conoscenza della pratica edilizia (e nella specie tale azione non è stata attivata nei termini prescritti). Inoltre, fermo restando che la Pubblica Amministrazione non ha l'obbligo giuridico di pronunciarsi in maniera esplicita sulla istanza diretta a sollecitare l'esercizio di autotutela (la norma de qua parla peraltro di esercizio di verifiche spettanti e non di esercizio di autotutela) trattandosi di manifestazione tipica della discrezionalità amministrativa (Cons. Stato Sez. IV 26/8/2014 n. 4309; idem 7/7/2014 n. 3426), il potere di sollecitazione del terzo non è da intendersi come esercitabile ad libitum, bensì rimane assoggettato al rispetto del termine di decadenza decorrente dalla conoscenza della D.I.A..." (C. di Stato n. 5161/16 cit.). Secondo altra giurisprudenza, infine, la tutela del terzo non sarebbe soggetta a limitazioni, a seconda del momento in cui esso presenti la "sollecitazione" di cui all'art. 19, c. 6ter, cit.. In particolare "il comma 6 ter allude alla possibilità, per il terzo, di sollecitare la Amministrazione ad adottare, a seguito delle "verifiche" di sua competenza, provvedimenti di primo grado, e non provvedimenti in autotutela secondaria... il legislatore non ha inteso limitare nel tempo questa facoltà riconosciuta al terzo, evidentemente titolare di una posizione soggettiva qualificata tale da consentirgli di esperire l'azione ex art. 31 c.p.a.. ...Nella misura in cui il terzo può, ai sensi del comma 6-ter dell'art. 19 L. 241/90, sollecitare senza limiti di tempo le Amministrazioni queste possono - proprio perché la norma lo consente - esercitare i poteri inibitori, o comunque assumere determinazioni coerenti con la rilevata illegittimità di una S.c.i.a. o di una D.i.a. e della attività intrapresa sulla base di essa, e ciò parimenti senza limiti di tempo" (TAR Piemonte, Sez. II, 1 luglio 2015, n. 1114). In tale ottica, al terzo sarebbe stata concessa la "possibilità di "risvegliare" i poteri di vigilanza, di controllo e sanzionatori delle Amministrazioni in qualsiasi momento". Inoltre, la richiamata pronuncia ha chiarito che: "l'azione ex art. 31 c.p.a. può ormai sfociare anche in un accertamento della fondatezza della pretesa e nella conseguente condanna della Amministrazione ad adottare i provvedimenti necessari per conformarsi al dettato giurisdizionale: tale azione è pertanto idonea ad assicurare una pienezza ed effettività della tutela laddove non sussistano margini di discrezionalità in capo alla Amministrazione" (TAR Piemonte n. 1114/15 cit.; in termini non dissimili cfr. TAR Veneto, Sez. II, 12 ottobre 2015, n. 10389).

Il che, oltre ad essere fonte di ulteriori incertezze applicative, pare inammissibile, a tacer d'altro in ossequio al ben noto principio di separazione dei poteri, in base al quale le "regole del gioco", soprattutto quelle di carattere processuale, devono essere stabilite dal legislatore e non dal Giudice.

Abstract

The news on the S.C.I.A. following the Legislative Decree 126 of June 30, 2016: lights and shadows

by Luca Griselli

The aim of this essay is to analyse the last reform of the "segnalazione certificata d'inizio attività" in order to see if this new regulation is able to resolve the different problems, underlined by the doctrine and the administrative case law, regarding this theme.

The first part is dedicated to the historical evolution of article 19 L. n. 241, and in particular to the different solutions made by the case law regarding the judicial protection of the third parties.

In the final part of the essay we will seek an answer for the question if the new regulation can give an end to all the problematic aspects underlined in the first part.

Giurisprudenza

Il diritto fondamentale all'istruzione degli studenti disabili e i confini della giurisdizione amministrativa esclusiva

di Alessandra Bifani Sconocchia

SOMMARIO: 1. Il caso. – 2. La decisione dell'Adunanza Plenaria. – 3. Diritti fondamentali e giudice amministrativo. – 4. Riflessioni conclusive.

1. *Il caso*

Con ordinanza n. 4374 del 21 settembre 2015 la sesta sezione del Consiglio di Stato ha rimesso all'Adunanza Plenaria la definizione dei criteri identificativi dell'ambito della giurisdizione esclusiva amministrativa sulle controversie relative alla erogazione di pubblici servizi nonché in ordine alla estensione o meno della giurisdizione amministrativa anche alla fase esecutiva del P.E.I. (Piano Educativo Individualizzato)¹. La questione attiene, pertanto, al rapporto che intercorre tra i poteri dell'amministrazione in tema di servizio scolastico ed il diritto all'istruzione dello studente disabile.

Si rende necessario riassumere brevemente i termini della questione partendo dal primo grado di giudizio, per trattare successivamente i punti salienti della vicenda che ai nostri fini maggiormente interessano. Il T.A.R. Campania con pronuncia del 21 gennaio 2015 n. 370 ha dichiarato il difetto di giurisdizione del g.a. in ordine al ricorso presentato dalla madre di un minore studente disabile al fine di ottenere l'annullamento di un provvedimento adottato dal dirigente scolastico dell'istituto frequentato dal figlio con il quale erano state assegnate a quest'ultimo un numero di ore settimanali di sostegno inferiori rispetto a quelle adeguate allo stato di disabilità del minore stesso². La ricorrente chiedeva, altresì, l'accertamento del diritto del figlio ad avere, anche per gli anni futuri, un insegnante di sostegno per un numero congruo di ore per la patologia specifica. A sostegno della declinatoria di giurisdizione, il giudice campano aveva richiamato quanto affermato dalle SS.UU. della Corte di Cassazione nella sentenza del 25 novembre 2014, n. 25011³ nella quale è stata affermata la giurisdizione del g.o.

¹ Il P.E.I. è il piano educativo individualizzato predisposto per l'alunno con disabilità al fine di programmare non solo l'attività scolastica ma anche gli interventi necessari per la sua socializzazione e riabilitazione. È regolato dall'articolo 12, comma 5 della legge 5 febbraio 1992, n. 104 e dall'articolo 5 del Decreto del Presidente della Repubblica del 24 febbraio 1994.

² Si precisa che il T.A.R. si pronuncia con sentenza resa in forma semplificata dopo aver disposto – con ordinanza del 22 ottobre 2014, n. 1763 – la tutela cautelare ed aver preso atto del deposito – richiesto nella medesima ordinanza – del P.E.I. (Piano Educativo Individualizzato) relativo all'anno scolastico 2014/2015 da parte del dirigente scolastico dell'istituto coinvolto.

³ Corte di Cassazione, S.U., 25 novembre 2014, n. 25011 in www.cortedicassazione.it; da

con riguardo alle controversie relative alla fase successiva alla adozione del P.E.I.

A seguito di ricorso in appello presentato dalla stessa ricorrente in primo grado al fine di ottenere la riforma della sentenza citata T.A.R. n. 370/2015, la sesta sezione del Consiglio di Stato, in luogo di applicare direttamente il recente indirizzo interpretativo delle SS.UU. alla particolare questione in esame, ha ritenuto opportuno – con ordinanza n. 4374/2015 – rimettere ai sensi dell’art. 99, comma 1, c.p.a. all’Adunanza Plenaria la questione circa i criteri per l’individuazione degli esatti confini della giurisdizione esclusiva del g.a. nella materia in esame. Nell’ordinanza di rimessione la sesta sezione ha evidenziato come sia possibile individuare, in base alla normativa di riferimento rappresentata in particolare dagli artt. 12 e ss. della “*Legge quadro per l’assistenza, l’integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate*” n. 104/1992, due fasi antecedenti alla adozione del P.E.I.: una di accertamento nella quale si rilevano, in virtù di criteri tecnico-discrezionali, i bisogni educativi speciali (BES) presenti nella scuola con determinazione delle “gravità” delle situazioni rilevate di *handicap* di ciascuno studente ed una in cui si individua il percorso “personalizzato” e le risorse necessarie per realizzarlo (salva la possibilità di modifica nel corso dell’anno scolastico). Una volta rispettati tali *step* si procede con l’erogazione del servizio pubblico individualizzato. Ora, in virtù di quanto detto, mentre la sesta sezione ravvisa la possibilità di ricondurre le predette fasi e tutte le determinazioni da assumere all’art. 133, comma 1, c.p.a. (ossia alle “controversie in materia di pubblici servizi” di competenza esclusiva del g.a.), diversamente le SS.UU., nella citata sentenza n. 25011/2014, sembrano aver voluto scindere, con riguardo alla tutela giurisdizionale, le predette fasi. In aggiunta, la sezione rimettente non manca di sottolineare la specializzazione del g.a. in tema di giudizio sugli atti discrezionali nonché il grado di tutela che esso è in grado di assicurare rispetto al bene della vita perseguito. Pertanto, essa pone all’Adunanza Plenaria il seguente quesito: se in tema di sostegno scolastico la giurisdizione del g.a. sia piena o, invece, limitata alla fase procedurale che culmina con la predisposizione del P.E.I. e, di conseguenza, se sia o meno competente il g.o. per la fase esecutiva dello stesso. Si vedrà di qui a poco che l’Adunanza Plenaria ha nella sostanza sviato il fulcro della domanda soffermandosi piuttosto su quale sia la corretta applicazione dei criteri di riparto di giurisdizione affermati dalle SS.UU. con esclusivo riferimento alle domande formulate in primo grado.

2. *La decisione dell’Adunanza Plenaria*

Come già accennato, l’Adunanza Plenaria risponde alla questione rimessa dalla sesta sezione con esclusivo riguardo alle domande presentate dalla ricor-

ultimo cfr. Cons. Stato, sez. VI, 30 agosto 2016, n. 3723 in www.giustizia-amministrativa.it.

rente e, quindi, senza un intervento chiarificatore della questione in termini più generali.

In primo luogo essa rileva che le domande della ricorrente (una impugnatoria diretta all'annullamento del provvedimento del dirigente scolastico relativo al numero di ore di sostegno e l'altra di accertamento circa la sussistenza in capo al figlio del diritto di avere, anche per gli anni futuri, un insegnante di sostegno per un numero di ore adeguate al suo handicap) non attengono ad una fase esecutiva del P.E.I. quanto, piuttosto, alle fasi prodromiche allo stesso⁴ e che, pertanto, risulta ininfluyente ai fini della decisione del caso la questione della estensione della giurisdizione esclusiva del g.a. in materia di servizio pubblico scolastico anche alla fase esecutiva del piano educativo individualizzato.

Nel rilevare poi le ragioni poste a fondamento dalle SS.UU. nella pronuncia n. 25011/2014 circa la esclusione della giurisdizione del g.a. per le questioni attinenti alla fase esecutiva del P.E.I. (individuate nell'assenza, una volta adottato il piano, di un qualsivoglia potere dell'amministrazione scolastica di ridurre il numero di ore di sostegno stabilito nel piano nonché nella possibilità, in caso di mancata o parziale attuazione del piano, di invocare tutela per la discriminazione indiretta subita dinanzi al g.o. ai sensi della legge 1 marzo 2006, n. 67 e del decreto legislativo 1 settembre 2011, n. 150), l'Adunanza Plenaria si limita ad affermare che esse non potrebbero altrettanto valere nel caso in esame, attinente ad una fase antecedente, e ciò in quanto in tal caso non è ravvisabile alcun profilo discriminatorio che potrebbe sussistere unicamente in caso di mancata o parziale attuazione del piano (e, quindi, solo nella fase esecutiva).

Sebbene i giudici del supremo collegio non si siano pronunciati nei termini richiesti sulla questione a loro rimessa, tuttavia non vanno trascurati i rilievi svolti in ordine alla definizione della giurisdizione esclusiva del g.a. in tema di servizi pubblici, soprattutto con riguardo ad alcuni passaggi relativi alla tutela dei diritti fondamentali davanti al giudice amministrativo.

In primo luogo essa ha osservato che l'ampiezza dell'ambito di giurisdizione esclusiva del g.a. in materia di servizi pubblici è confermata dallo stesso dato lessicale utilizzato dal legislatore all'art. 133, comma 1, *lett. c)*, c.p.a. che fa riferimento in generale "a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione .. in un procedimento amministrativo" che, pertanto, non permette alcuna possibile interpretazione restrittiva della competenza del g.a. in materia⁵ se non in presenza di espresse eccezioni di legge.

⁴ Il provvedimento impugnato è stato adottato in data 24 luglio 2014 (n. 1853/B19) ossia anteriormente alla adozione del Piano Educativo Individualizzato avvenuta in data 7 novembre 2014. Pertanto l'azione impugnatoria –volta a censurare il numero di ore assegnato (undici) all'allunno disabile in quanto non adeguato alla sua patologia – attiene ad un provvedimento adottato dall'amministrazione scolastica nella fase di formazione del piano.

⁵ Così si legge in Cons. Stato, Ad. Plen., 12 aprile 2016, n.7 (punto 4.2): "non rinvenibile anche nella giurisprudenza più restrittiva delle Sezioni Unite", in www.giustizia-amministrativa.it.

In secondo luogo si è sottolineato che la giurisdizione del g.a. non è esclusa allorquando la situazione giuridica per cui si invoca tutela integri un diritto soggettivo “fondamentale”, e ciò in quanto tale caratteristica non sembra poter assurgere ad eccezione innominata all’ambito di giurisdizione esclusiva del g.a.. Anzi, la cognizione dei diritti fondamentali non può essere assolutamente esclusa dall’ambito della potestà giurisdizionale del g.a. allorquando l’esercizio dei pubblici poteri sia diretto a garantire la loro integrità ed a determinarne la latitudine in presenza di altri interessi di rilievo costituzionale: ne discenderebbe una menomazione della *ratio* alla base della giurisdizione esclusiva del g.a.. Sul punto l’Adunanza richiama a sostegno anche la pronuncia delle SS.UU. n. 25011/2014 per sottolineare come la cognizione dei diritti fondamentali da parte del g.a. non debba indurre a ritenere che essa possa condurre ad una minore tutela degli stessi, considerato che il giudice amministrativo può offrire una tutela piena e conforme al dettato costituzionale al pari di quella offerta dal giudice ordinario⁶.

Infine si osserva che neppure la natura vincolata o tecnica dell’esercizio del potere pubblico può rappresentare un limite al perimetro della giurisdizione esclusiva del g.a. il quale anzi dovrà, seppure nei limiti del sindacato sulla discrezionalità tecnica, stabilire se l’amministrazione abbia correttamente applicato i criteri tecnico-scientifici al fine di definire il numero di ore di sostegno spettanti allo studente disabile.

Da ultimo l’Adunanza Plenaria compie una importante precisazione che va a corroborare l’attuale orientamento circa la competenza giurisdizionale del g.a. in materia di diritti fondamentali: escludere dal perimetro della giurisdizione esclusiva del g.a. la cognizione dei diritti fondamentali (come ad esempio, nel caso specifico, il diritto all’istruzione dello studente disabile) porterebbe come conseguenza non solo quella di svuotare la potestà cognitiva del g.a. nelle materie indicate dall’art. 133 c.p.a. citato ma, soprattutto, quella di vanificare la *ratio* sottesa alla attribuzione di alcune materie alla giurisdizione esclusiva del g.a. ossia la possibilità di concentrare dinanzi ad una medesima autorità giurisdizionale la tutela di situazione giuridiche contraddistinte da un intreccio di interessi pubblici e diritti soggettivi, evitando che lo spezzettamento delle competenze tra diversi giudici si traduca esclusivamente in una minore tutela per il cittadino.

⁶ Nella pronuncia citata le SS.UU. affermano che “la sussistenza di poteri conferiti dalla legge alla pubblica amministrazione anche quando il bene della vita coinvolto è proiezione di un diritto fondamentale, trova conferma sia nel riconoscimento, ad opera della Corte costituzionale, della idoneità del giudice amministrativo ‘ad offrire piena tutela ai diritti soggettivi, anche costituzionalmente garantiti, coinvolti nell’esercizio della funzione amministrativa’ (sentenza n. 140 del 2007)”.

3. *Diritti fondamentali e giudice amministrativo*

In tema di diritti fondamentali, l'aspetto di maggiore attenzione e sul quale ruotano le tesi prospettate dalla dottrina e dalla giurisprudenza non riguarda la loro affermazione come tali quanto, piuttosto, le modalità per rendere effettiva la loro tutela⁷. Emblematica è difatti l'affermazione della Corte Costituzionale per cui "al riconoscimento della titolarità di diritti non può non accompagnarsi il riconoscimento del potere di farli valere innanzi a un giudice in un procedimento di natura giurisdizionale"⁸; questo per osservare che ciò che maggiormente conta è il grado di protezione loro offerta dall'ordinamento cui appartengono. La stessa Consulta, più di recente, si è chiesta cosa resterebbe infatti di un diritto qualora "non potesse essere fatto valere dinanzi ad un giudice per avere effettiva tutela"⁹.

L'impostazione tradizionale che per molti anni ha rappresentato un punto fermo nella giurisprudenza di legittimità in materia di tutela dei diritti fondamentali è stata quella della "impermeabilità" di questi ultimi rispetto ad ogni intervento autoritativo del potere pubblico¹⁰. I diritti fondamentali si presentavano cioè "inaffievolibili" rispetto all'esercizio del potere pubblico con la conseguenza che qualsivoglia provvedimento autoritativo adottato verso gli stessi non avrebbe potuto avere incidenza alcuna perché l'amministrazione avrebbe agito "in carenza di potere"¹¹.

Tale impostazione si afferma con due pronunce rese dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione verso la fine degli anni settanta¹² ove, in particolare, si

⁷ Sul rapporto tra diritti fondamentali e giudice amministrativo *amplius* M. R. SPASIANO, *Diritti fondamentali e giudice amministrativo*, in *Giustamm.it*, 5, 2011, 1-11; F. DINELLI, *Il riparto di giurisdizione e la teoria dei diritti indegradabili*, in AA.VV., *Problematiche del riparto di giurisdizione dopo il codice del processo amministrativo*, Napoli, 2013, 63 ss.; M. NIGRO, *Introduzione*, in *Nuovi orientamenti giurisprudenziali in tema di ripartizione della giurisdizione fra giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Foro amm.*, 1981, 2143 ss.; A. PROTO PISANI, *Giudice ordinario (civile e penale) e pubblica amministrazione (relazione alla Tavola rotonda tenuta sull'argomento nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma, 23 aprile 1983)*, in *Foro amm.*, 1983, 2047 ss.; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984; A. SCHREIBER, *Il riparto di giurisdizione fra degradazione del diritto e disapplicazione dell'atto amministrativo*, in *Foro amm.*, 1986, 1598 ss.; L. FERRAJOLI, *Per una teoria dei diritti fondamentali*, in *Dir. Pubbl.*, 2010, 143 ss.; P. BONETTI, A. CASSATELLA, F. CORTESE, A. DEFFENU, A. GUAZZAROTTI, *Giudice amministrativo e diritti costituzionali*, Torino, 2012.

⁸ Corte cost., 11 febbraio 1999, n. 26 in *www.giurcost.it*.

⁹ Corte cost., 22 ottobre 2014, n. 238 in *www.giurcost.it*.

¹⁰ Cfr. Corte Cass., S.U., 17 giugno 2013, n. 15115; Id., 27 febbraio 2013, n. 4848; Id. 5 dicembre 2011, n. 25925; Id. 6 febbraio 2009, n. 2867 in *www.cortedicassazione.it*.

¹¹ D. MESSINEO, *La doppia tutela dei diritti «incomprimibili»*, in *Foro amm. Tar*, 2009, 2477 ss..

¹² Corte Cass., S.U., 9 marzo 1979, n. 1463 e 6 ottobre 1979, n. 5172; cfr. anche Corte Cass., 20 febbraio 1992, n. 2092, tutte consultabili sul sito *www.cortedicassazione.it*. In particolare nella prima pronuncia, relativa alle localizzazioni di centrali nucleari, si è affermato che "la menomazione del diritto soggettivo che può derivare dall'esplicazione dell'attività pubblica nel perseguimento dell'in-

escludeva la cognizione da parte del g.a. dei diritti fondamentali in considerazione del fatto che l'esercizio dei pubblici poteri non fosse nemmeno ipotizzabile nei confronti di diritti primari; difatti, ove mai l'amministrazione avesse adottato un provvedimento nei confronti di un diritto fondamentale ci si sarebbe trovati dinanzi ad un comportamento illecito della p.A. sindacabile in sede di giurisdizione ordinaria con declaratoria di nullità del provvedimento a causa di difetto assoluto di attribuzione¹³. Pertanto si negava la possibilità per l'autorità pubblica di incidere su tali diritti che, ove mai fossero stati destinatari di un provvedimento, non avrebbero subito compressione alcuna.

In realtà, come acutamente rilevato¹⁴, tale impostazione della "indegradabilità" dei diritti fondamentali celava un valore più ideologico che giuridico. Difatti, con la sempre maggiore consapevolezza per cui l'effettività dei diritti (non solo fondamentali) è indissolubilmente legata al sistema di tutela loro offerto da un dato ordinamento giuridico¹⁵, la tesi prospettata ha iniziato a prestare il fianco a numerose critiche per poi essere definitivamente superata per le ragioni di seguito riportate.

In primo luogo ci si è iniziato a domandare perché la caratteristica della "fondamentalità" di un diritto dovrebbe integrare un limite all'esercizio del potere pubblico nei confronti dello stesso. E ciò a maggior ragione in presenza di un ordinamento come il nostro in cui, a differenza di quanto accade in altri¹⁶, non v'è "una "super-norma" che individui una "gerarchia" tra i diritti costituzionalmente riconosciuti, dalla quale si evinca quali diritti costituzionali sono "fondamentali" e quali no"¹⁷. Si è giunti quindi a ritenere che la qualità che contraddistingue i diritti fondamentali dagli altri non possa tradursi in un limite all'intervento dei pubblici poteri anche in considerazione del fatto che è la stessa Carta costituzionale a prevedere in molteplici casi un intervento delle autorità pubbliche sugli stessi¹⁸.

Un altro fattore che ha spinto la giurisprudenza e la dottrina ad interrogarsi sulla validità dell'impostazione tradizionale è rappresentato dalle novità legislati-

teresse collettivo trova immediata tutela nell'ordinamento, con azione davanti al giudice ordinario, in base al principio di conservazione dei diritti individuali (art. 2043 cod. civ.)".

¹³ R. GIOVAGNOLI, *Diritti fondamentali e giudice amministrativo: un binomio davvero impossibile?*, in *Urb. e appalti*, 2005, 1159 ss..

¹⁴ M. NIGRO, *Introduzione*, cit., 2143 ss..

¹⁵ F. LEDDA, *La giurisdizione amministrativa raccontata ai nipoti*, *Scritti giuridici*, Padova, 2002.

¹⁶ Come accade nell'ordinamento spagnolo e tedesco rispettivamente con l'art. 53, comma 1 della Costituzione spagnola e con l'art. 19, comma 2 della Legge fondamentale tedesca.

¹⁷ A. PACE, *La garanzia dei diritti fondamentali: il ruolo del legislatore e dei giudici "comuni"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 3, 1989, 698; A. CARRATTA, *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione*, in *Riv. dir. process.*, 2010, 27 ss.; G. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, Torino, 2010, 423 ss.; A. PIOGGIA, *Giudice amministrativo e applicazione diretta della Costituzione: qualcosa sta cambiando?*, in *Dir. pubbl.*, 2012, 49 ss..

¹⁸ Si pensi ad esempio alle limitazioni applicabili ex art. 16 Cost. alla libertà di circolazione e di soggiorno per motivi di sanità e sicurezza.

ve che hanno man mano incrementato il numero di strumenti processuali di cui il giudice amministrativo può avvalersi al fine di garantire una tutela giurisdizionale piena anche con riguardo ai diritti soggettivi. Difatti, una delle principali ragioni poste a fondamento della tesi dell'”inaffievolibilità” dei diritti fondamentali risiedeva proprio nella considerazione per cui il giudice amministrativo non sarebbe stato in grado di apprestare idonea e piena tutela in tema di diritti primari al pari di quella offerta da quello ordinario¹⁹.

Tuttavia, anche a seguito di un primo mutamento di prospettiva e nonostante il g.a. avesse iniziato ad occuparsi di diritti fondamentali²⁰, lo scetticismo in ordine al grado di tutela offerto dal g.a. non era venuto meno, considerata anche la natura prettamente impugnatoria del processo amministrativo e gli effetti della radicata contrapposizione degli interessi legittimi rispetto ai diritti soggettivi.

Una prima svolta si ebbe con la storica pronuncia della Cassazione in tema di risarcibilità degli interessi legittimi²¹ e con il riconoscimento, con legge 21 luglio 2000 n. 205, del potere del g.a. di disporre il risarcimento del danno ingiusto sia in sede di giurisdizione di legittimità che esclusiva nonché di nuove tecniche di tutela come quella cautelare²². In questo modo si innescò non solo il progressivo abbandono della concezione autoritaria dei rapporti tra p.A. e cittadini ma anche la predisposizione di un sistema che non avrebbe più consentito che “il gioco della distinzione dei diritti soggettivi e interessi legittimi lasci(asse) il cittadino senza tutela”²³.

Ovviamente ancora più incisive (ed anzi decisive) sono state le novità apportate con decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104 che ha introdotto il codice del processo amministrativo con lo scopo di rivedere il processo dinanzi alle autorità giurisdizionali amministrative ed “adeguare le norme vigenti alla giurisprudenza della Corte Costituzionale e delle giurisdizioni superiori, di coordinarle con le norme di procedura civile (...) e assicurare la concentrazione delle tutele”²⁴. Il c.p.a. ha fatto proprio, tra l'altro²⁵, il principio della pluralità delle azioni predisponendo, accanto all'azione di annullamento, quella di condanna, quella avverso il c.d. silenzio-inadempimento ed

¹⁹ L. CORAGGIO, *La teoria dei diritti indegradabili: origini ed attuali tendenze*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 483 ss.; F. CARINGELLA, *Giudice amministrativo e diritti fondamentali*, Relazione al convegno organizzato per il trentennale del T.A.R. Lecce, 14-15 marzo 2008, in www.giustizia-amministrativa.it, 4.

²⁰ Cons. Stato, sez. VI, 7 dicembre 1994, n. 1745 in *Riv. amm. Rep. It.*, 1995, 170; T.A.R. Lazio, 12 maggio 1993, n. 730, *TAR 1993*, I, 1615; cfr. V. CAIANIELLO, *La tutela dei diritti fondamentali in cento anni di giustizia amministrativa*, Scritti in onore di Aldo Bozzi, Padova, 1992.

²¹ Corte Cass. S.U., 22 luglio 1999, n. 500 in www.cortedicassazione.it.

²² L'art. 7 della legge 21 luglio 2000, n. 205 modificò gli artt. 35, comma 1, decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80 e 7, comma 3, legge 6 dicembre 1971, n. 1034; cfr. G. D'ANGELO, *Giudice amministrativo e valutazioni tecniche dopo la l.21 luglio 2000, n.205*, in *Dir. amm.*, 2005, 660.

²³ A. TRAVI, *Gli artt. 24 e 111 Cost. come principi unitari di garanzia*, in *Foro it.*, n. 6, 2011, 11.

²⁴ Art. 44, comma 1, legge delega 18 giugno 2009, n. 69.

²⁵ Sono numerosi gli aspetti di rilievo, tra i quali, l'adeguamento del sistema di impugnazioni rispetto a quello previsto nel processo ordinario (artt. 91 ss.), la previsione dei mezzi istruttori anche nel giudizio di legittimità (artt. 63 ss.) e la previsione di una tutela cautelare atipica di cui all'art. 61.

anche quella di adempimento²⁶. Si è assistito così ad una trasformazione del processo amministrativo da giudizio sull'atto (ossia sulla legittimità del provvedimento della p.A.) a giudizio sul rapporto intercorrente tra p.A. e destinatario dell'atto²⁷.

Nonostante ci siano ancora degli aspetti dibattuti come quello relativo alla questione dell'atipicità delle azioni²⁸ nel giudizio amministrativo²⁹, non può negarsi che la nuova impostazione del processo amministrativo ed il principio della pluralità delle azioni consente di offrire una tutela piena dei diritti primari quale, nel caso in esame, il diritto all'istruzione del disabile³⁰.

Anzi, la crescente sensibilità del g.a. in tema di diritti fondamentali si evince in modo chiaro anche dalla disposizione dell'art. 55, comma 2, c.p.a. che esclude la subordinazione a cauzione della concessione o del diniego della misura cautelare quando "la domanda cautelare attenga a diritti fondamentali della persona o ad altri beni di primario rilievo costituzionale".

Un'altra disposizione in tal senso è rappresentata da quella contenuta

²⁶ L'azione di annullamento è prevista all'art. 29 mentre quella di condanna, quella avverso il silenzio-inadempimento e di nullità sono previste rispettivamente agli artt. 30, 31 comma 1, 2, 3, e 31, comma 4. L'azione di adempimento è prevista all' art. 34, *lett. c*), secondo periodo introdotto con decreto legislativo 14 settembre 2012, n. 160.

²⁷ M. R. SPASIANO, *Diritti fondamentali e giudice amministrativo*, cit., 9; A. PACE, *Diritti degli handicappati e inadempienze della pubblica amministrazione*, in *Giust. civ.*, 1980, 1995 ss.; G. MONACO, *Spunti sulla tutela dei diritti sociali innanzi al giudice amministrativo*, in *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, "a cura di" E. CAVASINO, G. SCALA, G. VERDE, Napoli, 2013, 425-440; M. S. GIANNINI, A. PIRAS, voce *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc.dir.*, XIX, 1970, 255 ss.

²⁸ L'atipicità del sistema delle azioni previste dal c.p.a. è stata affermata dall'Adunanza Plena del Consiglio di Stato con sentenza 11 luglio 2011, n. 15; in particolare essa ha osservato che la possibilità di esperire azioni atipiche derivi proprio dall'art. 1 dello stesso c.p.a. che – in linea con i principi costituzionali ed il diritto eurounitario – afferma il principio di effettività della tutela giurisdizionale; in argomento cfr. M. CORRADINO, S. DAMIANI, *Il processo amministrativo*, Torino, 2014, 187.

²⁹ Favorevole al predetto principio è M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 557 ss.; sul versante opposto troviamo A. TRAVI, *La tipologia delle azioni nel nuovo processo amministrativo*, in *La gestione del nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzativi e riforme strutturali*, Atti del LVII Convegno di studi amministrativi di Varenna del 23-25 settembre 2010, Milano, 2011. In argomento si rileva che nei lavori per l'adozione del decreto del Ministro della Giustizia 20 luglio 2012, n. 140 (c.d. secondo correttivo al codice del processo amministrativo) era stata prevista – ma successivamente espunta dal testo adottato – una azione atipica all'art. 28-*bis* per cui le parti nel giudizio amministrativo avrebbero potuto proporre "le azioni costitutive, dichiarative e di condanna idonee a soddisfare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio".

³⁰ Sul tema cfr. S. TROILO, *I "nuovi" diritti sociali: la parabola dell'integrazione scolastica dei disabili tra principi e realtà*, atti del Convegno di studi "La democrazia costituzionale tra nuovi diritti e deriva mediale", Verona 16-17 ottobre 2015, in www.forumcostituzionale.it; C. S. VIGILANTI, *Il diritto all'istruzione dei disabili come paradigma della tutela dei diritti sociali*, 2012, in www.forumcostituzionale.it; F. GIRELLI, *L'assegnazione delle ore di sostegno agli studenti disabili nel "seguito" delle decisioni di incostituzionalità*, in Appendice a C. COLAPIETRO, *Diritti dei disabili e Costituzione*, 2011, 111 ss..

nell'art. 133, comma 1, lett. *p*), che devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche le controversie relative a “diritti costituzionalmente tutelati”. Il coacervo di norme finora indicate rappresenta la traduzione sul piano legislativo di quanto affermato dalla giurisprudenza sul tema in disamina: l'allusione va in particolare ad una storica pronuncia della Consulta³¹ nella quale è stato negato che la natura della “fondamentalità” di un diritto possa radicare la giurisdizione in capo al g.o., considerando che non esiste “alcun principio o norma del nostro ordinamento che riservi esclusivamente al giudice ordinario – escludendone il giudice amministrativo – la tutela dei diritti costituzionalmente protetti”. Anzi, la Consulta ha sostenuto con vigore l'ideoneità del g.a. “ad offrire piena tutela ai diritti soggettivi, anche costituzionalmente garantiti, coinvolti nell'esercizio della funzione amministrativa”. Tale impostazione è stata seguita più di recente anche dalla Corte di Cassazione³² che non solo ha smentito, con riguardo al giudice ordinario, la sua qualità di giudice naturale dei diritti soggettivi coperti da garanzia costituzionale, ma ha anche affermato che la categoria dei diritti fondamentali non deve essere considerata come una “area impenetrabile all'intervento dei pubblici poteri autoritativi”³³, sancendo in via definitiva il tramonto della tesi dell'indegradabilità dei diritti fondamentali³⁴.

La fattispecie in esame concerne specificamente il diritto all'istruzione dei soggetti con *handicap* in quanto diritto fondamentale. Si tratta di un diritto che consiste (anche) nell'assegnazione di un numero di ore di sostegno calcolate in base alle esigenze dello studente e che, in tal modo, consente il suo sviluppo ed inserimento all'interno della società.

Il nostro ordinamento, quale Stato sociale ed in ossequio ai principi costituzionali di cui agli artt. 34 e 38, comma 3, Cost., promuove difatti la riduzione delle diseguaglianze e l'integrazione sociale dei soggetti più deboli e ciò anche

³¹ Corte cost., 27 aprile 2007, n. 140 in *www.giurcost.it*; M. R. SPASIANO, *Diritti fondamentali e giudice amministrativo*, cit., 7.

³² Corte Cass., S.U., n. 25011/2014 cit.; si sottolinea che nonostante in tale pronuncia la Cassazione abbia dichiarato la giurisdizione del giudice ordinario perché il caso integrava una ipotesi di comportamento discriminatorio per cui il d.lgs. 150/2011 dispone la competenza del g.o., essa non ha mancato di sfatare l'idea per cui i diritti primari possano ricevere piena tutela solo dinanzi al g.o..

³³ I quali invece, prosegue la Corte, “sono sempre più spesso chiamati, non solo all'assolvimento dei compiti rivolti ad attuare i diritti costituzionalmente garantiti, ma anche ad offrire ad essi una tutela sistemica, nel bilanciamento con le esigenze di funzionalità del servizio pubblico e tenendo conto, ai fini del soddisfacimento dell'interesse generale, del limite delle risorse disponibili secondo le scelte allocative compiute dagli organi competenti”; cfr. T.A.R. Bari, sez. II, 2 febbraio 2016, n. 119 in *www.giustizia-amministrativa.it*.

³⁴ R. GAROFOLI, *La giurisdizione esclusiva nel Codice del processo amministrativo: evoluzione, dubbi interpretativi e posizioni antistoriche*, in *www.giustiziamministrativa.it*, 8.

attraverso l'attribuzione al soggetto disabile del diritto all'educazione ed all'istruzione nel percorso scolastico ed universitario³⁵.

Il diritto all'istruzione dei disabili è inoltre oggetto di tutela a livello europeo ed internazionale: l'art. 21 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea vieta infatti qualsiasi forma di discriminazione fondata (anche) sulla disabilità mentre il successivo art. 26 riconosce in favore dei disabili delle misure idonee a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e la partecipazione alla vita della comunità³⁶. Sul versante internazionale, il nostro ordinamento ha ratificato con legge 3 marzo 2009, n. 18 la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità³⁷ che impone agli Stati aderenti l'adozione di un sistema educativo di inserimento dei soggetti affetti da disabilità anche mediante l'abbattimento delle barriere (sociali e fisiche) che ne impediscano la partecipazione a una società libera.

In tema di diritto dello studente disabile all'insegnamento di sostegno ha assunto un ruolo fondamentale la sentenza della Consulta del 26 febbraio 2010, n. 80 con la quale sono state dichiarate illegittime quelle norme che, in punto di dotazione organica degli insegnanti di sostegno, ponevano un limite massimo al numero dei posti degli insegnanti di sostegno ed escludevano la possibilità di assumere insegnanti di sostegno in deroga una volta esperiti gli strumenti di tutela³⁸. Anche il Consiglio di Stato con la pronuncia 21 aprile 2010, n. 2231³⁹ ha puntualizzato quanto affermato dalla Corte Costituzionale ed ha aperto la strada a numerose altre pronunce di giudici amministrativi sul tema. Difatti, numerose pronunce in tema di diritto all'istruzione degli studenti disabili sono sfociate in condanne dell'amministrazione all'assegnazione delle ore adeguate alla patologia, all'adeguamento dell'organico degli insegnanti di sostegno o in condanne al risarcimento del danno e al pagamento delle spese processuali⁴⁰.

³⁵ In particolare l'art. 12 della l. n. 104/1992 garantisce al disabile "il diritto all'educazione e all'istruzione della persona handicappata nelle sezioni di scuola materna, nelle classi comuni delle istituzioni scolastiche di ogni ordine e grado e nelle istituzioni universitarie" e pone come obiettivo dell'integrazione scolastica quello dello "sviluppo delle potenzialità della persona handicappata nell'apprendimento, nella comunicazione, nelle relazioni e nella socializzazione."

³⁶ Corte Cass. S.U., n. 25011/2014 cit.

³⁷ Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD) approvata a New York il 13 dicembre 2006.

³⁸ La Corte Costituzionale ha dichiarato incostituzionali il comma 413 (nella parte in cui fissa un limite massimo al numero dei posti degli insegnanti di sostegno) e 414 (nella parte in cui esclude la possibilità, già contemplata dalla legge 27 dicembre 1997, n. 449, di assumere insegnanti di sostegno in deroga, in presenza nelle classi di studenti con disabilità grave, una volta esperiti gli strumenti di tutela previsti dalla normativa vigente) dell'art. 2 della Legge Finanziaria 2008 del 24 dicembre 2007, n. 244. Il legislatore si è adeguato alla pronuncia della Consulta con l'adozione della legge 30 luglio 2010, n.122.

³⁹ Cons. Stato, VI sez., 21 aprile 2010, n. 2231; Id. ordinanza 13 aprile 2012, n. 1390, entrambe in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁰ T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 16 gennaio 2015, n. 73; T.A.R. Calabria, sez. II, 14

4. *Riflessioni conclusive*

Dal quadro generale legislativo e giurisprudenziale delineato sul tema in disamina, è possibile trarre alcune considerazioni finali.

In primo luogo, sembra ritenersi ormai superata la tesi dell'”inaffievolibilità” dei diritti fondamentali e pacifica la competenza del giudice amministrativo anche in presenza di tali diritti a condizione, tuttavia, che il caso ricada in una delle materie devolute alla sua giurisdizione esclusiva e che la loro violazione derivi da atti o comportamenti materiali dell'amministrazione posti in essere nell'esercizio di un potere autoritativo.

Resta da capire quale valore vada attribuito alla sentenza in commento e quale significato debba darsi al mancato pronunciarsi dell'Adunanza Plenaria sulle questioni a lei rimesse. Difatti si è già rilevato come l'Adunanza Plenaria non abbia risposto alla questione rimessa dal Collegio relativa alla definizione dei parametri in base ai quali possa individuarsi la giurisdizione del g.a. a norma dell'art. 133, comma 1, lett. c), c.p.a. nonché alla richiesta di valutare se la sua giurisdizione debba considerarsi limitata alla fase propedeutica alla formazione del P.E.I., con devoluzione al g.o. delle controversie relative alla fase esecutiva del piano.

L'Adunanza Plenaria, se da un lato non ha definito i parametri in base ai quali stabilire con chiarezza i confini della giurisdizione del g.a. nella materia dei servizi pubblici, dall'altro non ha nemmeno contestato quanto affermato dalle Sezioni Unite della Cassazione che hanno escluso dall'ambito di giurisdizione del g.a. la fase successiva alla adozione del P.E.I.. Questo atteggiamento può essere letto in due modi: o nel senso dell'adesione all'orientamento della Cassazione oppure nel non volersi pronunciare sulla questione lasciando ancora aperta la questione a futuri *revirements*.

Ai fini di una maggiore chiarezza e per stimolare una ulteriore riflessione si ricorda brevemente che l'orientamento tradizionale della Cassazione⁴¹, sul quale è poi intervenuta la citata sentenza SS.UU. n. 25011/2014, era nel senso della devoluzione alla giurisdizione del g.a. delle controversie sull'assegnazione delle ore di sostegno sull'assunto per cui il giudice era chiamato a vagliare la correttezza del potere-dovere riconosciuto dalla normativa di settore all'amministrazione scolastica al fine di dare “concretezza alle aspettative degli alunni mediante un'equa e ragionevole utilizzazione delle risorse, da ripartire fra gli

gennaio 2015, n. 16; T.A.R. Toscana, Firenze, sez. I, 23 gennaio 2014, n. 151; T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. III, 3 dicembre 2014, n. 3111; T.A.R. Toscana, sez. I, 18 aprile 2012, n. 763; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. II, 6 dicembre 2011, n. 2889; T.A.R. Campania, sez. IV, 16 dicembre 2011, n. 5901; T.A.R. Lazio, sez. III *bis*, 23 dicembre 2011, n. 10150; T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. II, 8 settembre 2010, n. 2547; T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, 23 novembre 2010, n. 14112 tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴¹ Cons. Stato, Ordinanza 25 marzo 2009, n. 7103 in www.dirittocivilecontemporaneo.com.

aventi titolo sulla base di provvedimenti emanati anche alla luce di superiori scelte discrezionali”.

Tuttavia è bene sottolineare che tale caso verteva su una richiesta dei genitori dell'alunno disabile di aumentare il numero di ore assegnategli perché ritenute inadeguate alle sue necessità e, quindi, le SS.UU. avevano affermato la competenza del g.a. perché si richiedeva di pronunciarsi su una valutazione discrezionale svolta dalla p.A. (e quindi compiuta nella fase antecedente alla adozione del piano educativo⁴²).

Diversamente, le Sezioni Unite si sono trovate a pronunciarsi su un caso differente, concernente il comportamento discriminatorio dell'amministrazione scolastica che aveva concesso all'alunno disabile un numero di ore ridotto rispetto a quello a lui spettante e già determinato ai sensi del P.E.I. previamente adottato.

Pertanto esse affermano la competenza del g.o. per la fase esecutiva del P.E.I. giustificandola in virtù del fatto che in questa fase mancherebbe un potere discrezionale dell'amministrazione, essendosi esso ormai esaurito con la adozione dello stesso.

Sebbene alcuni⁴³ abbiano letto nell'orientamento delle Sezioni Unite la definitiva attribuzione alla competenza del g.o. delle questioni relative all'assegnazione delle ore di sostegno, diversamente qui si sostiene che la peculiarità del caso esaminato dalla Cassazione⁴⁴ non consente di affermare un definitivo cambio di rotta e dichiarare la competenza del g.o. su tali controversie e ciò, si ripete, perché nel caso esaminato dalle SS.UU., che la stessa Adunanza Plenaria definisce “peculiare” (punto 4.2 della sentenza), era la stessa normativa di riferimento (art. 3 l. n. 67/2006) a prevedere la competenza del giudice ordinario⁴⁵.

⁴² Il caso verteva su una questione di adeguatezza o meno delle ore assegnate dall'amministrazione scolastica all'alunno disabile per il quale si ritiene pacifica, sia all'epoca che in base all'attuale orientamento della Cassazione, la competenza giurisdizionale del giudice amministrativo.

⁴³ A. AMOROSO, *Il ritorno “a casa” delle controversie sul sostegno scolastico*, 2015, in *www.questionegiustizia.it*.

⁴⁴ Sul punto T.A.R. Napoli, sez. IV, 18 agosto 2015, n. 4264, in *www.giustizia-amministrativa.it*: “Sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo sull'intera materia del sostegno scolastico e tale assunto non è smentito dalla sentenza delle Sezioni Unite di Cassazione, con cui è stata devoluta alla giurisdizione ordinaria sul presupposto che l'inadeguato sostegno scolastico alle disabilità gravi configuri una ipotesi di discriminazione rilevante ai sensi della l. n. 67 del 2000, posto che detta decisione ha avuto riguardo alla diversa ipotesi che l'Amministrazione scolastica non abbia correttamente dato esecuzione ad un P.E.I. esistente e aggiornato per l'anno scolastico in corso, laddove, nel caso oggetto del presente giudizio, il documento di Programmazione Educativo (o Educativo-didattica) Individuale è stato redatto per l'anno in corso ma non contiene l'indicazione del numero delle ore di sostegno necessarie in relazione alla patologia di cui il disabile risulta affetto e ai contenuti del profilo dinamico funzionale”; cfr. T.A.R. Napoli, sez. IV, 1 ottobre 2015, n. 4659 in *Foro Amm.* 2015, 10, 2650.

⁴⁵ Così si legge al punto 2.7. della sentenza SS.UU. n. 25011/2014: “In conclusione, dal

Inoltre, ove si seguisse tale strada, come sottolineato anche dalla sezione rimettente e dall'Adunanza Plenaria in commento, ne deriverebbe una interpretazione “*abrogans*” dell'ambito di operatività dell'art. 133, comma 1, lett. *c*), c.p.a. (punto 4.5 della sentenza) con conseguente svuotamento del contenuto e degli effetti della norma. Ci si chiede infatti perché, una volta ammessa la “conformazione” di tali diritti al fine di realizzare finalità di “interesse pubblico”, si dovrebbe escludere la giurisdizione del giudice amministrativo⁴⁶.

Un esempio di quel che vuole qui sostenersi è dato dalla recente sentenza del T.A.R. Campania 19 gennaio 2016, n. 252⁴⁷ che, nel rigettare il ricorso della famiglia dell'alunno disabile che chiedeva, in luogo delle diciotto ore assegnate dal P.E.I., l'assegnazione di un numero di ore di sostegno pari alla durata dell'intero orario di frequenza scolastica, ha tenuto conto sia dell'ordinanza delle SS.UU. della Cassazione 19 gennaio 2007, n. 1114⁴⁸ (che ha affermato la competenza giurisdizionale esclusiva del g.a. in materia) che della sentenza n. 25011/2014 (che ha affermato la competenza del g.o. per i comportamenti discriminatori afferenti l'assegnazione delle ore di sostegno) affermando che nel caso di specie l'ultima pronuncia non possa applicarsi non essendovi stata alcuna discriminazione nei confronti dell'alunno disabile considerato che gli sono state assegnate

quadro legislativo di riferimento si evince che una volta che il piano educativo individualizzato, elaborato con il concorso determinante di insegnanti della scuola di accoglienza e di operatori della sanità pubblica, abbia prospettato il numero di ore necessarie per il sostegno scolastico dell'alunno che versa in situazione di handicap particolarmente grave, l'amministrazione scolastica è priva di un potere discrezionale, espressione di autonomia organizzativa e didattica, capace di rimodulare o di sacrificare in via autoritativa, in ragione della scarsità delle risorse disponibili per il servizio, la misura di quel supporto integrativo così come individuato dal piano, ma ha il dovere di assicurare l'assegnazione, in favore dell'alunno, del personale docente specializzato, anche ricorrendo – se del caso, là dove la specifica situazione di disabilità del bambino richiede interventi di sostegno continuativi e più intensi – all'attivazione di un posto di sostegno in deroga al rapporto insegnanti/alunni, per rendere possibile la fruizione effettiva del diritto, costituzionalmente protetto, dell'alunno disabile all'istruzione, all'integrazione sociale e alla crescita in un ambiente favorevole allo sviluppo della sua personalità e delle sue attitudini. L'omissione o le insufficienze nell'apprestamento, da parte dell'amministrazione scolastica, di quella attività doverosa si risolvono in una sostanziale contrazione del diritto fondamentale del disabile all'attivazione, in suo favore, di un intervento corrispondente alle specifiche esigenze rilevate, condizione imprescindibile per realizzare il diritto ad avere pari opportunità nella fruizione del servizio scolastico: l'una e le altre sono pertanto suscettibili di concretizzare, ove non accompagnate da una corrispondente contrazione dell'offerta formativa riservata agli altri alunni normodotati, una discriminazione indiretta, vietata dalla L. n. 67 del 2006, art. 2 per tale intendendosi anche il comportamento omissivo dell'amministrazione pubblica preposta all'organizzazione del servizio scolastico che abbia l'effetto di mettere la bambina o il bambino con disabilità in una posizione di svantaggio rispetto agli altri alunni.”

⁴⁶ L. DIOTALLEVI, *La giurisdizione sui “diritti fondamentali” alla luce dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale in tema di processo amministrativo*, in *Giur. cost.*, 1, 2015, 274 (punto 4).

⁴⁷ T.A.R. Campania, sez. IV, 19 gennaio 2016, n. 252 in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁸ Corte Cass., S.U., ordinanza 19 gennaio 2007, n. 1114 in www.edscuola.it.

le ore così come stabilite nel piano educativo⁴⁹. I giudici campani hanno pertanto affermato la competenza del g.a. a giudicare tali questioni appunto perché “la quantificazione concreta delle ore di sostegno attribuibili contenuta nel suddetto PEI deve ritenersi assistita da ampia discrezionalità, la quale per converso non può che essere sindacata nei limiti della palese illogicità ed incongruità – alla luce della motivazione e dell’istruttoria compiuta dalle competenti autorità scolastiche – vizi che non è dato ravvisare nella specie”. Ne è conseguito che “non può censurarsi la decisione dell’Amministrazione di attribuire all’alunno portatore di handicap esattamente quanto l’Amministrazione, con la redazione del PEI, ha tecnicamente e discrezionalmente valutato come idoneo ad assicurare le specifiche necessità di tutela e assistenza del caso singolo, con conseguente rigetto del ricorso, non potendosi il giudice amministrativo, in mancanza delle specifiche censure di cui sopra, sostituirsi all’Amministrazione preposta alla gestione del servizio pubblico scolastico.”

Ad ogni modo, far dipendere la competenza giurisdizionale a seconda della fase di formazione del P.E.I. in cui ci si trova non si pone in linea con il principio della effettività della tutela giurisdizionale sancito dal c.p.a. e, ancor prima, a livello costituzionale ed eurounitario⁵⁰. Al tempo stesso, non si può però negare che considerare competente il g.a. anche per la fase esecutiva del P.E.I. si porrebbe in netto contrasto con i principi giurisprudenziali in materia di riparto giurisdizionale portando il g.a. a pronunciarsi su un caso vertente sul diritto e non sul potere⁵¹ (ormai esaurito). È difatti noto, in linea con quanto statuito dalla Corte Costituzionale (sentenza 6 luglio 2004, n. 204), che la giurisdizione del g.a. può sussistere se ed in quanto il caso riguardi l’esercizio di un potere o comportamento “autoritativo” della p.A. il che porta correttamente a ritenere competente la giurisdizione ordinaria per la fase esecutiva del piano educativo.

L’attuale stato delle cose è caratterizzato pertanto da uno spezzettamento delle competenze giurisdizionali con riguardo ad una medesima fattispecie (del g.a. per le controversie fino alla adozione del P.E.I. e del g.o. per la fase esecutiva) che pone non poche difficoltà nello stabilire con precisione quali questioni attengano alla fase esecutiva e quali invece a quella di adozione o modificativa.

⁴⁹ Il T.A.R. non ha mancato di sottolineare l’insussistenza di un “automatismo tra valutazione della gravità della A.S.L. e la quantificazione delle ore di sostegno scolastico atteso che tale ultima determinazione è.. rimessa alla valutazione delle autorità scolastiche nel *PEP*”.

⁵⁰ La pluralità di giurisdizioni è contemplata “al fine di assicurare, sulla base di distinte competenze, una più adeguata risposta alla domanda di giustizia, non già con il rischio di compromettere la possibilità stessa che a tale domanda sia data risposta” così in F. BILE, *La Giustizia*, in *La Costituzione ha 60 anni: la qualità della vita sessant’anni dopo*, Atti del Convegno di Ascoli-Piceno, 14-15 marzo 2008, a cura di M. RUOROLO, Napoli, 2008, 148.

⁵¹ F. G. SCOCA, *Osservazioni eccentriche, forse stravaganti, sul processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2015, 847 (punto 10). Si rileva che in base alla disciplina del P.E.I. non è prevista la possibilità di modifica dello stesso una volta adottato, ipotesi ammessa solo al termine dell’anno scolastico.

L'unico criterio che può essere seguito per orientarsi in questa nebbia è rappresentato dall'esercizio o meno, nel caso concreto, del potere autoritativo da parte dell'amministrazione⁵².

Abstract

The students with disabilities fundamental right to education and the boundaries of exclusive administrative jurisdiction

by Alessandra Bifani Sconocchia

The paper concerns the relationship between the public Administration power on the educational service and the disable student's right to education. In particular, the Plenary Assembly of the Council of State rules about criteria for defining the administrative judge's jurisdiction on public services. The decision is important because it underlines that the fundamental rights protection offered by the administrative judge is no less strong than the ordinary one. Further, the decision states the administrative judge's ability to offer a full protection of these rights when they fall within his sphere of exclusive competence.

⁵² Ad esempio in caso di modifica al piano derivante ad una verifica in corso d'opera dovrebbe ritenersi competente il g.a. perché si tratterebbe, sebbene il P.E.I. sia già esecutivo, di una valutazione discrezionale compiuta dal gruppo di lavoro. Ove si contesti invece la mancata o parziale attuazione del piano è competente, come affermato dalle SS.UU. nella pronuncia n. 25011/2014, il g.o..

Hanno collaborato a questo numero:

Vittoria Berlingò

Professore associato di Diritto Amministrativo dell'Università degli Studi di Messina

Alessandra Bifani Sconocchia

Dottore di ricerca in Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II

Cristiano Celone

Professore associato di Diritto Amministrativo dell'Università degli Studi di Palermo

Sara Forasassi

Professore a contratto di Diritto dell'economia presso l'Università degli Studi di Bologna

Josep Ramon Fuentes i Gasó

Professor Titular de Dret Administratiu, Centre d'Estudis de Dret Ambiental de Tarragona (CEDAT), Universitat Rovira i Virgili

Luca Griselli

Avvocato del Foro di Milano

Marco Mazzamuto

Professore ordinario di Diritto Amministrativo dell'Università degli Studi di Palermo

Marina Rodríguez Beas

Professor de Dret Administratiu, Centre d'Estudis de Dret Ambiental de Tarragona (CEDAT), Universitat Rovira i Virgili

Anna Romeo

Professore ordinario di Diritto Amministrativo dell'Università degli Studi di Messina

FINITO DI STAMPARE NEL MESE DI NOVEMBRE 2016
PRESSO LA BUONA STAMPA, NAPOLI

