

NUOVE AUTONOMIE

RIVISTA QUADRIMESTRALE DI DIRITTO PUBBLICO

Anno XXV – Nuova serie
N. 2/2016 (maggio-agosto)

INDICE

DOTTRINA

LOREDANA GIANI

*Destinazione e fruibilità dei beni (di interesse pubblico). Spunti per una
rivisitazione della dinamica regolativa* 163

FIorenzo LIGUORI

La lunga strada storta: dalle autorizzazioni amministrative alla nuova s.c.i.a. 185

ARISTIDE POLICE

*La cooperazione pubblico-privato nel governo dell'economia e l'instabilità
delle decisioni pubbliche* 223

DARÍO GABRIEL CIMINELLI

El rol de la auditoría administrativa en el litigio de interés público 239

ANGELA CASSIA COSTALDELLO E LUIS ALBERTO HUNGARO	
<i>L'adeguamento dei Municipi in Brasile alle esigenze della Politica Nazionale dei Rifiuti Solidi (PNRS): le sfide e le possibili soluzioni</i>	249
FRANCISCO GARCIA-GARRIDO	
<i>La intervención de actores privados en el desarrollo de actividades reguladoras: la evolución del Derecho Administrativo en el espacio</i>	269
SARA FORASASSI	
<i>Gli strumenti finanziari derivati in mano pubblica. Parte II</i>	289

Dottrina

Destinazione e fruibilità dei beni (di interesse pubblico). Spunti per una rivisitazione della dinamica regolativa¹.

di Loredana Giani

SOMMARIO: 1. La parabola della formula proprietaria tra destinazione (del bene), fruibilità (della collettività) e sfruttamento economico. – 2. Destinazione del bene e rivisitazione della dinamica regolativa. – 3. La categoria del bene comune come risposta alla crisi dello schema proprietario. La criticità di un modello dagli incerti confini. – 4. Gli usi civici tra interesse paesaggistico e bene comune. – 5. Cenni sull'esperienza dei *commons*. – 6. Verso un ripensamento delle forme di tutela. Spunti dal quadro normativo in essere.

1. *La parabola della formula proprietaria tra destinazione (del bene), fruibilità (della collettività) e sfruttamento economico.*

Il settore dei beni, in particolare dei beni pubblici e delle proprietà collettive, è stato oggetto di un rinnovato interesse da parte della dottrina e della giurisprudenza che ne hanno evidenziato non solo la rilevanza, ma anche la problematicità derivante essenzialmente dalla duplice valenza del bene come strumento per la soddisfazione dell'interesse di un singolo (*uti cives*) o di una collettività e del bene come *res* suscettibile di uno sfruttamento economico individuale. La prima riconducibile al bene nella sua astratta potenzialità in ordine alla soddisfazione di quegli interessi che trovano un radicamento – nella loro dimensione tanto positiva quanto negativa riconducibile al profilo della doverosità (per il soggetto pubblico) – nella norma costituzionale, anche nella prospettiva della garanzia delle generazioni future; la seconda al bene in quanto risorsa e, dunque, oggetto (sia pure solo potenziale) di uno sfruttamento economico, con tutti i problemi che ne discendono in relazione alla garanzia dei principi concorrenziali da un lato, e degli interessi dei singoli, parti della collettività, all'accesso al bene ed alla sua conservazione dall'altro. Ed è proprio questa duplice dimensione a mettere in crisi il quadro concettuale tradizionale che trova nella proprietà pubblica il nucleo attorno al quale ruota la costruzione delle diverse formule tese a tutelare gli interessi della collettività interessata alla fruizione del bene ed alla conservazione dello stesso, anche per la garanzia delle generazioni future. Si pensi agli interventi che si sono susseguiti in relazione al bene acqua che da bene pubblico, secondo la definizione contenuta all'art. 1 del T.U. del 1933, con carattere di demanialità solo in caso di sussistenza di un pubblico interesse, diviene “bene pubblico” *tout court* da salvaguardare e utilizzare “secondo criteri di solidarietà”

¹ Il presente saggio è destinato al volume in cui saranno raccolti gli Atti del XXI Convegno Annuale di Studi, tenutosi a Copanello (CZ) il 24-25 giugno 2016, “*I beni pubblici tra titolarità e funzione*”.

(in base a quanto prescritto nella legge Galli, nel tentativo di limitare la demania-
lità), per poi essere classificato bene demaniale statale, secondo quanto espres-
samente previsto nel Codice dell'ambiente (artt. 144); o ancora alla vicenda dei
beni culturali; o agli usi civici, dichiarati aree di interesse paesaggistico, come le
aree assegnate alle università agrarie (art. 142, lett. h del Codice dei beni culturali
e del paesaggio); o alla nuova categoria, tanto discussa, ma ancora in attesa di una
sua collocazione normativa, dei beni comuni.

Rivolgendo lo sguardo al passato la proprietà, o meglio la disciplina della
proprietà, e quella di alcuni beni, hanno sempre risentito della necessità (avvertita
dal sistema giuridico) di garantire la collettività in ordine alla loro fruizione. Basti
pensare alla disciplina delle *res communis omnium* (il cui antesignano, come avverti-
va Marciano, può essere riscontrato nelle *res nullius*) e delle *res in uso publico*, cioè di
quelle *res humani iuris* comprendenti tutte le cose non suscettibili di apprensione
individuale; vuoi per diritto naturale; vuoi, soprattutto dopo le elaborazioni di
Ulpiano, per appartenenza alle *res* del popolo romano (*publicae*, in quanto desti-
nate all'uso pubblico e quindi *extracommercium* ed *extrapatrimonium*, o in quanto
destinate a sostenere i costi della organizzazione del popolo romano); vuoi per
appartenenza alle *universitas*, riconducibili a una determinata collettività. Dunque,
dei beni soggetti ad una peculiare disciplina, quale l'*operis novi mutatio publici iuris
tenendi gratia*, o gli *interdetti* fondati sulla sovranità dei *cives* e sul loro diritto all'uso
comune delle cose pubbliche. Ai fini che qui interessano è utile evidenziare, con
riferimento a quest'ultimo istituto, l'intima connessione che esso palesa tra pro-
prietà, sovranità² (sovranità della collettività di cui il singolo è parte – che spiega,
tra l'altro, le ragioni per cui la proprietà collettiva ha preceduto quella privata) e
sovranità del singolo che, proprio in quanto parte della sovranità della comunità,
può anche diventare *dominus ex iure Quiritium*, esercitando sulla cosa uno "*ius
utendi, fruendi abutendi*".

Una connessione che viene diversamente declinata nel medioevo e nella
suddivisione tra "*dominium eminens*" e "*dominium utile*"³. Si pensi alla costituzione
delle università agrarie, agli usi civici e alle magnifiche regole alpine che, come
rilevava la dottrina, "non sono abusi, non sono privilegi, non sono usurpazioni:
è un altro modo di possedere, un'altra legislazione, un altro ordine sociale che,
inosservato, discese da remotissimi secoli sino a noi"⁴.

Formule giuridiche che "traballano" a fronte della svolta individualista
imposta dalla rivoluzione francese in cui la proprietà, nei dibattiti dell'epoca,
viene legittimata come istituzione fondata sulla libertà individuale e sulla difesa
contro il potere dispotico dello Stato, per cui, come sottolineava Paolo Grossi "il

² P. CATALANO, *Populus Romanus Quirites*, Torino, 1974.

³ P. GROSSI, *Proprietà (dir. Int.)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1988, XXXVII, p. 240.

⁴ P. CATTANEO, *Su la bonificazione del Piano di Magadino*, in *Scritti economici*, a cura di A. BERTOLINO, Firenze, 1956, III, pp. 187 ss.

proprietario subisce per il solo possesso dei beni una palingenesi che lo separa dai mortali e lo colloca tra i modelli”⁵.

E la richiamata configurazione individualista, con riferimento alla nostra esperienza, viene mantenuta tanto nello Statuto albertino, quanto nel Codice civile del 1865, per subire una mitigazione, sia pure parziale, nel 1942 quando si assiste ad una riformulazione dello stesso concetto di proprietà, visto però in una prospettiva dinamica. Basti pensare al dettato dell’art. 832 c.c.⁶ in cui si colgono spunti solidaristici⁷. Ma si tratta di una formula lontana da quella della proprietà collettiva prima richiamata che trova una certa corrispondenza in alcuni istituti, quali quelli relativi alla proprietà pubblica, lo strumento di garanzia degli interessi (pubblici). In entrambi i casi si coglie la comune matrice, in quanto la stessa disciplina della proprietà pubblica, riconducibile allo Stato persona, è anch’essa espressione dello schema individualistico. La medesima formula viene riproposta nella duplice accezione, anche in sede costituente, dove non si rintracciano con chiarezza le coordinate per la individuazione dei confini tra l’una e l’altra categoria⁸ incentrate, come detto, sulla formula proprietaria. Ma proprio la scelta di elevare il regime dominicale a strumento di tutela, a causa della rigidità delle formule utilizzate dal legislatore del codice, ha finito col relegare la dimensione fattuale del diritto nel mondo della irrilevanza giuridica, ponendo in secondo piano il profilo della destinazione del bene e della sua fruibilità che, ove oggetto di una diversa considerazione, forse avrebbe potuto portare alla adozione di formule differenti che ancora stentano ad affermarsi.

Ed è così che lo schema concettuale proposto, nel corso degli anni, non è riuscito a fare i conti con il mutamento dei valori espressi dal polo sociale da un lato, e con quello operato nel quadro giuridico dall’altro, soprattutto a seguito dell’innesto del principio concorrenziale.

Si tratta di una questione non nuova. Infatti non si può non rammentare

⁵ P. GROSSI, *Un altro modo di possedere*, in *Per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, 1977, p. 8.

⁶ P. RESCIGNO, *Per uno studio sulla proprietà*, in *Riv. Dir. Civ.*, Padova, 1972, I, p. 33.

⁷ P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della proprietà*, Napoli, 1971, pp. 65 ss.

⁸ Sul punto significativamente V. CERULLI IRELLI (*Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983) sottolinea l’assenza, anche nei principi di diritto positivo, di “una norma che afferma essere in principio riservate le cose appropriabili al dominio privato; così da rendere necessaria (per le proprietà collettive) una espressa normativa di deroga. Che anzi, semmai è vero l’opposto, ché, sul versante costituzionale, la proprietà privata in tanto è conosciuta e tutelata in quanto, nelle varie discipline delle varie categorie di beni, essa, come modello, riesce ad assicurare dei beni stessi la funzione sociale, nonché a renderli accessibili a tutti; e, sul versante della legislazione ordinaria, vige piuttosto il principio del diritto potenziale di dominio dello Stato su tutto il territorio, sancito all’art. 827 del Codice” (p. 25). ID., *Beni pubblici*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, II, Torino, 1987; ID., *I beni pubblici nel codice civile: una classificazione in via di superamento*, in *Econ. Pubbl.*, 1990, pp. 523 ss.; ID., *Utilizzazione economica e fruizione collettiva dei beni pubblici*, in *astrid-online*, 2003. Sul punto è d’obbligo il richiamo alle riflessioni di M.S. GIANNINI, *Basi costituzionali della proprietà privata*, in *Politica del diritto*, 1971, pp. 443 ss.

che la dottrina già all'inizio degli anni '60 aveva evidenziato l'inidoneità della teoria dei "beni pubblici", "niente più di un'espressione verbale, con cui non si è riusciti a spiegar nulla"⁹, sottolineando l'insufficienza della classificazione civilistica, fonte di estrema confusione, soprattutto in considerazione della ritenuta insufficienza del solo regime proprietario, addirittura suggerendo l'abbandono del concetto di "demanio". La prospettiva d'analisi proposta, muovendo dalla considerazione del profilo finalistico, abbandonando il profilo delle formule pur criticate, mirava, però, prevalentemente a indagare il ruolo della pubblica amministrazione con riferimento alle diverse categorie di beni codificate dal legislatore, ricoprendo essa primariamente il ruolo di garante del corretto uso dei beni¹⁰. Ed in questo contesto si radica la nozione oggettiva di bene pubblico riconducibile alla utilità che esso fornisce per una "collettività pubblica"¹¹, offrendo l'input a quelle successive ricostruzioni che hanno spostato l'attenzione sull'uso del bene, ponendo in secondo piano il profilo proprietario¹² in favore di una categoria, che emerge grazie alla assunzione di una visione storicistica, di una proprietà "oggettivamente pubblica", caratterizzata dall'essere finalizzata alla soddisfazione di interessi della collettività, "utilità sociali", "bisogni collettivi", e condizionata dalla stessa socialità del bene¹³. Socialità che, però, era rimessa alla esclusiva valutazione della p.a.¹⁴, tradizionalmente deputata a cogliere quella pro-

⁹ Così M.S. GIANNINI, *I beni pubblici*, Roma, 1963, pp. 5 ss.

¹⁰ Sul punto non si possono non richiamare le ricostruzioni elaborate sempre negli anni Sessanta sul tema. Cfr. U. POTOTSHNIG, *Vecchi e nuovi strumenti nella disciplina pubblica delle acque*, in *Riv. Trim. dir. Publ.*, 1969, pp. 1009 ss.; F. BENVENUTI, *Il demanio fluviale*, in *Dir. Maritt.*, 1961, pp. 476 ss.; S. CASSESE, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, Milano, 1969; e sul finire degli anni Settanta, V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Premesse per una teoria dell'uso dei beni pubblici*, Napoli, 1979.

¹¹ M.S. GIANNINI, *op. cit.*, p. 9.

¹² G. PALMA, *I beni appartenenti allo Stato, agli enti pubblici e agli enti ecclesiastici*, in *Trattato* diretto da P. RESCIGNO, Torino, 1982, e con approfondimento in sede monografica in *Il regime giuridico della proprietà pubblica*, Torino, 1999.

¹³ Una prospettiva che ha trovato una evoluzione da parte della dottrina privatistica in relazione ai c.d. beni extra mercato sulla quale si rinvia alle interessanti riflessioni di A. GAMBINO, *Beni extra mercato*, Milano, 2004.

¹⁴ Cass., I, 21 maggio 1955, n. 1488; II, 6 ottobre 1954, n. 3317; "A far venire meno la demanialità del bene non è sufficiente il semplice fatto della cessazione, anche per lungo tempo, dell'uso pubblico, ma occorre la cessazione di qualsiasi possibilità dell'uso stesso, potendo l'uso mancare, ma la distinzione persistere; cosicché non basta il solo non uso, ancorché protratto per lungo tempo, in quanto vi si oppone il principio della imprescrittibilità, che, come impedisce che il privato possa, usando esclusivamente della cosa pubblica, acquistarne la proprietà, così impedisce che il pubblico perda il diritto di uso per la sola inerzia. Né sarebbe sufficiente il disuso congiunto al contrario possesso immemorabile, perché i beni demaniali non possono essere oggetto di usucapione, né di atti di alienazione, e quindi l'istituto dell'immemorabile potrà utilizzarsi soltanto quale semplice indizio della volontà del potere sovrano di far cessare la destinazione della cosa all'uso pubblico, quando sia accompagnata da circostanze tali da far ritenere la esistenza di tale volontà", con nota di A.M. SANDULLI, *Appunti in tema di inizio e cessazione della demanialità*, in *Giur. It.*, 1956, p.

iezione collettiva della funzione sociale che risulta l'elemento che legittima non solo la costruzione di istituti che si discostano dal modello del *dominium* prima richiamato ma che legittimano anche una sua compressione¹⁵.

E se già la stessa disciplina dei diritti reali e della proprietà per certi versi rappresentano la espressione di una rivisitazione, in chiave fattuale, della disciplina delle cose, il ricorso a nuove categorie concettuali che si aggiungono, sovrappongono a quelle civilistiche, mostra l'insufficienza della sola dimensione legislativa, fondata sul dato proprietario, la sua non piena rispondenza alle esigenze sociali, a quel dato fattuale richiamato in precedenza che è il canone primario di garanzia della effettività.

Senza dubbio uno dei principali momenti di crisi del disegno normativo è rappresentato dall'ingresso del mercato, e cioè dalla assunzione di una visione del bene come oggetto di sfruttamento economico (individuale) che crea le condizioni per una difficile convivenza delle categorie tradizionali con i principi in materia di concorrenza; particolarmente evidente se si considera il lavoro di adeguamento operato nelle sedi giurisprudenziali in cui, in diverse occasioni si è tentata una lettura "*market oriented*" della disciplina codicistica, cercando di tenere ferme, però, alcune coordinate essenziali tese a garantire una coniugazione della concorrenza, ammesso che sia un valore, con quei valori etico-sociali, tra i quali la cooperazione, che non vedono nel "profitto" l'obiettivo esclusivo del mercato e, pur non escludendolo, lo pongono quale obiettivo mediato con altri valori, perseguibili per mezzo di essi. E così, se da un lato, dunque, il regime dominicale aveva rappresentato il momento principe anche della garanzia della fruizione del bene da parte della collettività, dall'altro la apertura ad una visione del bene come *res* destinataria di un "potenziale" sfruttamento economico, ha portato ad un graduale sviluppo di formule tese a garantire questo profilo. Si pensi alla formula del servizio universale, di interesse generale, tesa a garantire l'accesso generalizzato al bene in ottemperanza ai canoni di quella che la stessa Commissione definì come "la specificità del modello europeo di società, nel contesto di una politica che concilia dinamismo del mercato, coesione e solidarietà"¹⁶; o ancora alle forme di tutela del fruitore via via sviluppate: gli *standards* di qualità dei servizi, le carte dei servizi e, da ultimo, le *Authorities* di settore; o al tentativo di individuare nuove categorie giuridiche quali appunto quella dei beni comuni.

523 ss., il quale, a proposito della "dinamica della demanialità" del bene, e dunque della manifestazione di volontà del soggetto pubblico, cui va ricondotto un carattere meramente dichiarativo, dipendendo esso (il carattere della demanialità) dalle stesse caratteristiche oggettive del bene, e dalla sua idoneità alla sua funzione di soddisfazione di un interesse pubblico.

¹⁵ A. M. SANDULLI, *Spunti per lo studio dei beni privati di interesse pubblico*, in *Il diritto dell'economia*, 1956, pp. 163 ss.; Id., *Beni pubblici*, in *Enc. Dir.*, 1959, V, pp. 277 ss.; ID, *Demanio comunale*, in *Enc. Dir.*, 1963, XII, pp. 86 ss.; ID, *Demanio eminente*, in *Enc. Dir.*, 1964, XIII, pp. 928 ss.

¹⁶ Comunicazione della Commissione 11 settembre 1996, C281, *I servizi di interesse generale*.

Si tratta di una parabola evolutiva non certo nuova. Sia consentito sul punto richiamare le parole di Marx il quale nella sua “Misera della filosofia” rilevava: “Venne infine un tempo in cui tutto ciò che gli uomini avevano considerato come inalienabile divenne oggetto di scambio, di traffico, e poteva essere alienato; il tempo in cui quelle stesse cose che fino allora erano state comunicate ma mai barattate, donate ma mai vendute, acquisite ma mai acquistate – virtù amore, opinione, scienza, coscienza, ecc. – tutto divenne commercio”. Una parabola che esprime l’esigenza di trovare un bilanciamento tra quei contrapposti interessi prima richiamati che periodicamente porta a ridiscutere le formule approntate dal legislatore.

Provando a sostituire la lente attraverso cui leggere il fenomeno, assumendo la prospettiva finalistica prima accennata, si possono rintracciare nel nostro sistema, e non solo, delle formule che prescindono dal modello “proprietario”. Si pensi proprio agli usi civici (accomunati, spesso non a ragione, alla categoria dei *commons*) che, sin dai tempi in cui si sedeva attorno alla tavola del Cardinale John Morton Itlodeo – secondo la immaginifica descrizione che ne fa Thomas More nella sua Utopia, pubblicata a Lovanio nel 1516 – vedono nell’*enclosure*, e quindi nella tutela/prevalenza dell’interesse individuale, l’inizio della loro fine.

Quelle recinzioni – sulle quali si ricordano le pagine di William Foster Lloyd¹⁷ – la cui apposizione pone fine a quei diritti consuetudinari che le comunità rurali potevano vantare su pascoli, boschi, fiumi, foreste, cioè su quei beni che consentivano loro di ottenere le materie prime per il loro sostentamento, donde il fine che oggi definiremmo “sociale” del bene. Ed è proprio questo che potremmo chiamare l’antesignano della privatizzazione, all’origine di quel movimento di masse verso le città, verso le industrie e che, nella sua deriva se si vuole più triste, porta alla costituzione delle cosiddette “*work houses*”, il cui ingresso, significativamente (nel caso di Liverpool) veniva indicato come “*the arch of sorrow*”, a sottolineare come esse fossero ben lungi dal rappresentare, come da alcuni si vorrebbe far credere, il primo esempio di *social housing*. Un processo di privatizzazione che autori quali Marx, e molto più tardi Karl Polanyi, individuano quale nascita del capitalismo e motore della rivoluzione industriale, e, non da ultimo, come disastro sociale di enormi proporzioni che vide quale *extrema ratio* al dilagare di vagabondaggio e criminalità, la estensione della pena capitale anche a ragazzi e ragazze di tredici anni, nonché la creazione delle colonie penali quali l’Australia. Quelle recinzioni dei *landlords* britannici che in una epoca molto vicina a noi riportano alla esperienza peruviana di Rancas – come raccontata nel romanzo “Rulli di tamburo” di Manuel Scorza – nella quale si è assistito ad una lunga lotta tra *comuneros* e gli uomini “ingiacchettati di cuoio nero”.

¹⁷ Si tratta di due conferenze raccolte nel volume *Two Lectures on the Checks to Population*, Oxford, 1833.

2. Destinazione del bene e rivisitazione della dinamica regolativa

In questa prospettiva in cui si rende necessario trovare una chiave di lettura per interpretare la dinamica proprietà pubblica-proprietà privata/mercato, l'indagine non può che prendere le mosse dagli spunti offerti a conclusione di un convegno dedicato alla categoria dei beni pubblici da un illustre studioso, un caro amico prematuramente scomparso, il quale rilevava come ormai “di beni pubblici (e privati) si può forse ancora parlare, anche se in una accezione ben diversa rispetto al passato, e cioè con riferimento alle esigenze collettive, ovvero di quelle individuali nel generale regime del bene (“godimento” che, notoriamente tende da qualche tempo a sostituire la proprietà come categoria giuridica fondamentale, alla cui stregua ricondurre il rapporto tra soggetti e beni)”¹⁸, spostando, quindi, l'attenzione sul profilo della fruizione. Si tratta di una sollecitazione che può trovare una ancor valida sponda nel sempre vivo insegnamento di Sandulli che, lucido interprete della realtà e dei suoi cambiamenti, distingueva tra beni di interesse pubblico e beni di interesse privato, assumendo, quale riferimento per la loro classificazione, proprio il profilo funzionale, o meglio l'interesse che essi (beni) mirano a soddisfare: di gruppi sociali o collettivi, i primi; privati i secondi.

Si individuano, così, due percorsi paralleli, originanti nel profilo funzionale – relativo alla destinazione del bene e alla sua fruibilità – e ciò anche indipendentemente dal regime proprietario e, dunque, senza necessità (intesa quale *condicio sine qua non*) di una classificazione pubblicistica antecedente. È quanto è accaduto, ad esempio, in materia di reti, per le quali permane il vincolo di destinazione all'uso pubblico del bene o in materia di beni culturali e in un certo senso quanto si vorrebbe realizzare con il richiamo alla categoria del bene comune.

La disciplina autonoma dei profili inerenti la fruizione potrebbe aprire la via anche al superamento di quei problemi di compatibilità di parte della disciplina della generale categoria (dei beni di proprietà collettiva) con il regime tipico del sistema concorrenziale, e con il codice binario (costo/ricavo) sul quale esso è fondato.

Ovviamente il condizionale è d'obbligo perché per fare ciò occorrerebbe superare quella concezione della regolazione limitata alla formula “meno Stato, più mercato”, all'origine di quella *debtonation* che parte della dottrina economica¹⁹, e non solo, vede come “l'inizio della deregolamentazione e della privatizzazione della finanza”, seguendo un percorso inverso, nel tentativo di ricondurre all'interno della “*rule of law*” l'azione dei governi, in modo da confinare l'esercizio dei poteri (legislativo ed esecutivo) entro un quadro valoriale complesso nella prospettiva di una *governance* democratica che intercetti anche quei beni la cui fruibilità è legata alla soddisfazione di diritti fondamentali.

¹⁸ A. ROMANO TASSONE, *Relazione di sintesi*, in *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, a cura di A. Police, Milano, 2008, pp. 697 ss., in particolare p. 706.

¹⁹ A. PETTIFOR, *Debtonation. How Globalization Dies*, in *www.opendemocracy.net*.

La autonomizzazione del profilo finalistico, specularmente a quello della fruibilità, si porrebbe quale elemento per mezzo del quale superare anche quella incomunicabilità tra settore sociale e settore economico, quella mancata interferenza dell'uno sull'altro che ostacolando la riflessività sistemica, si pone all'origine di una crisi tra società e diritto che si radica nella dimostrata incapacità della regolazione di costruire "quadri regolativi di controllo delle relazioni tra singole aree di autonomia dei privati e di istituzionalizzare arene pubbliche dove negoziare le situazioni di conflitto sociale, assegnando al diritto il compito di assicurare un consenso discorsivo"²⁰. Questo non comporta necessariamente l'abbandono del principio concorrenziale, o il ritorno a forme di assistenzialismo o di nazionalizzazione, ma solo una revisione di quelle forme di innamoramento assolutistico che hanno caratterizzato alcuni studi sulla regolazione, in favore della assunzione di una prospettiva diversa in cui essa, la regola di mercato ed il profitto che porta con sé, non siano intesi in senso assoluto. E questo, a mio avviso, lo si coglie appieno se si accetta l'idea che la regolazione non sia per la concorrenza, ma per il mercato inteso in senso ampio, come luogo in cui si inserisce il sistema sociale. Dunque una regolazione che subisce (e recepisce) le perturbazioni provenienti dal sistema sociale, divenendo il riflesso della società di cui esso è espressione, coniugando il principio di mercato con quei valori sociali che sono il nucleo delle norme fondanti il nostro sistema, e la stessa struttura della Unione europea, nella sua evoluzione verso un modello politico, come avuto in mente già da Altiero Spinelli.

Questo cambio di prospettiva consente di evidenziare un triplice e imprescindibile ruolo del sistema giuridico, una volta scelto il modello economico: disporre di un sistema di relazioni che, in applicazione dei principi di solidarietà e sussidiarietà, garantisca la realizzazione e la operatività dello stesso sistema economico, attraverso una regolazione che ordini e coordini le attività, strutturi e risolva i conflitti; garantire il suo adattamento alle interferenze, esprimendo i bisogni, manifestati dal sistema sociale, funzionando da garante del rispetto i quei valori fondamentali che sono il limite naturale ed intrinseco della scelta del modello economico²¹; garantire l'applicazione del principio democratico in relazione ai principi del costituzionalismo e della *rule of law*. E ciò in quanto la relazione tra diritto ed economia si pone in una posizione di mutua influenza, così che il sistema politico coglie gli *input* provenienti dai sottosistemi non giuridici e li trasforma in regole che avranno effetti su di essi.

Ed è in questa prospettiva che, come rilevava Habermas nel suo volume *Morale, diritto, politica*²², i diritti fondamentali si pongono quali "condizioni discorsive di un processo (...) di formazione dell'opinione e della volontà", e la norma non

²⁰ A. FEBBRAJO, C. PENNISI, *Introduzione*, in G. Teubner, *Il diritto come sistema autopoietico*, Milano, 1996, in particolare p. XI.

²¹ Sia consentito richiamare L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, 2002.

²² Ed. italiana a cura di L. CEPPI, Torino, Einaudi, 2007, p. 85.

può che essere il risultato di un processo che, muovendo dagli impulsi provenienti dal polo sociale, venga filtrato a livello politico anche attraverso la garanzia di una effettività, in termini di azionabilità giuridica dei diritti fondamentali a garanzia di quella “dignità intangibile” dell’individuo²³ che assume rilievo come limite sia esterno sia interno all’attività delle istituzioni, degli altri individui e dello stesso soggetto interessato che, pertanto, dovrà esercitare i propri diritti fondamentali orientandoli verso il bene della collettività, legittimando in tal modo il potere politico²⁴. È chiaro, dunque, che l’intervento dello Stato muta la sua consistenza ma non scompare, dovendo essere funzionale alla concorrenzialità del mercato, e allo stesso tempo al mercato considerato nel suo complesso, e, pertanto, deve essere realizzato attraverso l’introduzione di elementi esterni che assicurino un bilanciamento anche con elementi di politica sociale, in relazione ai quali lo Stato è solo il garante potendo (dovendo) allo stesso tempo limitare quegli effetti, particolarmente evidenti in relazione alla globalizzazione, che portano alla costruzione di una cittadinanza disuguale, in cui l’origine della disuguaglianza va rintracciata proprio in relazione al possesso dei mezzi (non soltanto economici) sufficienti per assicurare l’accesso a diversi e più vantaggiosi ambiti.

In questo senso, dunque, l’interesse pubblico, o forse più corretto dire gli interessi della collettività al funzionamento del mercato, alla sua stabilità e al rispetto dei diritti fondamentali, si collocano al suo interno, proprio attraverso gli strumenti della legislazione e dell’amministrazione, “per svolgervi la sua parte, costruttiva e ricostruttiva, in un processo di incessante controllo e regolazione, di garanzia e tutela”²⁵ e finiscono per influenzare le stesse categorie giuridiche, verso un recupero di quella fattualità del diritto che è l’elemento chiave per una reinterpretazione del sistema anche in chiave di effettività.

3. *La categoria del bene comune come risposta alla crisi dello schema proprietario. La criticità di un modello dagli incerti confini*

In questa prospettiva la rilettura della dinamica dei beni non può che prendere atto della necessità di riflettere sul macro-modello che poggia sullo schema proprietario, radicando su di esso le forme di tutela, includendo nell’ambito della

²³ P. F. SAVONA, *In limine juris. La genesi extra ordinem della giuridicità e il sentimento del diritto*, Napoli, 2005.

²⁴ HABERMAS, *op. ult. cit.*, p. 87.

²⁵ G. MARONGIU, *Interesse pubblico e attività economica*, in *Jus*, 1991, anche in *La democrazia come problema*, vol. I, t. 2°, *Diritto amministrazione ed economia*, Bologna, 1994, pp. 333 ss., in particolare p. 450: il mercato “è una vera e propria costruzione sociale intrisa di norme, oltre che di diritto privato, di diritto pubblico: un luogo in cui l’interesse generale funziona – per via interna – da limite e garanzia, e forse anche da forma propulsiva”, p. 451.

riflessione anche quei profili riguardanti la destinazione del bene e la sua fruibilità, garantendo così il godimento da parte della collettività, l'utilizzazione da parte dei membri della collettività, e l'eventuale sfruttamento del bene stesso da parte dei singoli. Per certi versi sembra rispondere a tale esigenza la graduale emersione di nuove categorie, quali quella dai confini certo non chiari, soprattutto in ragione dell'assenza di uno statuto giuridico, del bene comune rispetto alla quale non si possono non esprimere delle perplessità, soprattutto se si considerano le sue origini e i confini che nella disciplina da cui essa origina viene ad avere.

Frutto se si vuole di una traduzione letterale del termine *commons*, nella accezione fatta propria dagli economisti, da cui è stata importata, essa assume una valenza contenutistica del tutto differente rispetto ai *commons* richiamati in apertura, ricomprendendo non solo i beni materiali quali acqua, terra, foreste, ma anche quei servizi che per anni hanno rappresentato la principale espressione dello Stato sociale, fino ad arrivare a beni immateriali quali internet o la cultura in generale²⁶. Dunque una categoria – di beni non rivali, cioè non escludibili – assai ampia la cui portata può essere ben compresa se si riguardano le riflessioni sviluppate in reazione a quello che molto significativamente venne indicato come “secondo movimento delle recinzioni”²⁷, inteso come “una dinamica globale e diffusa di espropriazione di risorse comuni con conseguente trasferimento di prerogative di dominio collettivo a quello di mercato”²⁸; come reazione all'affermarsi delle teorie neoliberali e liberiste e delle politiche di tutela della proprietà e di privatizzazione che esse portano con sé.

Non è un caso, infatti, che il nucleo problematico primario della categoria, venne ricercato dagli economisti nella limitatezza delle risorse e nel loro essere direttamente o indirettamente collegate alla soddisfazione/realizzazione di diritti fondamentali²⁹. Una limitatezza in relazione alla quale Hardin³⁰, già nel lontano 1968, parlava proprio di “tragedia dei beni comuni” a sottolineare che in relazione ad essi la mano invisibile di Adam Smith, anche in questo caso, non sarebbe riuscita a controllare gli effetti negativi degli interessi personali, con la vittoria del *free rider*³¹, che, noncurante degli interessi collettivi, avrebbe perseguito il proprio vantaggio a discapito degli altri, pur consapevole della limitatezza delle risorse che egli sta utilizzando per il suo esclusivo profitto. Ma nel sottolineare la importanza della regolamentazione pubblica Hardin

²⁶ V. CERULLI IRELLI, L. DE LUCIA, *Beni comuni e diritti collettivi*, in *Labsus, Laboratorio per la solidarietà*, www.labsus.org.

²⁷ L'espressione è di J. BOYLE, *The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain*, in *Law and contemporary problems*, n. 66, 2003, pp. 33-75.

²⁸ In tal senso L. COCCOLI, *Introduzione. Ieri, oggi, domani: i beni comuni tra passato e futuro*, in *Commons. Beni comuni. Il dibattito internazionale*, a cura di L. Coccoli, goWare, 2013.

²⁹ F. CASSANO, “*Homo civicus. La ragionevole Follia dei beni comuni*”, Bari, Dedalo, 2004.

³⁰ G. HARDIN, *The Tragedy of the Commons*, Science, vol. 162, n. 3859, 1968, pp. 1243-1248.

³¹ In tal senso si esprimeva già David Hume nel suo *Treaties on Human Nature*, Londra, 1738.

accomunò due esempi: il primo relativo al pascolo utilizzato da più utenti, il secondo relativo all'inquinamento, evidenziando come in entrambi i casi la massimizzazione del profitto – che caratterizza l'atteggiamento dell'*homo oeconomicus* marginalista – e la carenza di investimenti non avrebbero potuto non portare alla rovina del bene.

Una tragedia che, come evidenziano le critiche alla tesi Hardiniana, è stata evitata “grazie a soluzioni collettive dei problemi legati alle risorse comuni”. Soluzioni che possono anche prescindere da formule istituzionali³², viste addirittura quale “origine” di alcuni dei mali. È interessante notare che nell'elaborare la sua critica al modello Hardiniano la Olstrom, in accordo con quanto già sottolineato da Crowe³³, mette in guardia rispetto all'opzione per una disciplina interamente pubblicistica evidenziando proprio i rischi di cattura del regolatore: “ogni volta che enti legislativi nazionali sono stati utilizzati come gli unici sistemi amministrativi in grado di gestire i problemi di risorse comuni, piccoli gruppi altamente organizzati [hanno] sovvertito a loro vantaggio il processo normativo, impedendo ai gruppi più numerosi, ma non organizzati di persone coinvolte di esservi efficacemente rappresentati”. Un timore non nuovo se si ricordano le parole di Innes, docente di diritto costituzionale, che sul finire del XIX secolo rilevava come il problema della scomparsa dei *commons* fosse essenzialmente imputabile ad una prevalenza dei ricchi sui poveri, alla mancanza di una loro rappresentatività, significativamente sintetizzata nell'espressione “*The poor had no lawyer*”³⁴. Ciò nonostante la Olstrom non escludeva aprioristicamente forme di regolazione (anche pubblicistica), pur evidenziando come la falla degli studi condotti sul tema fosse individuabile nella sottovalutazione “della creatività delle persone direttamente coinvolte nei problemi relativi alle risorse comuni”. Più in particolare individuava quali condizioni per la sopravvivenza del bene comune – che evidentemente ha una valenza puramente economica –, la presenza di una comunità stabile, di ridotte dimensioni, aggregata attorno a valori comuni, la presenza di un sistema regolatorio flessibile la cui effettività è garantita da un sistema sanzionatorio e, infine, la possibilità di accesso a meccanismi condivisi e poco costosi per la risoluzione dei conflitti.

³² E. OLSTROM, *Collective Action and the Tragedy of the Commons*, in G. Hardin e J. Baden (a cura di), *Managing the Commons*, W.H. Freeman, San Francisco, 1977, pp. 173 ss.

³³ B. CROWE, *The Tragedy of the Commons Revisited*, in *Science*, vol. 166, n. 3909, 1969, pp. 1103 ss.

³⁴ Non si può non ricordare come C. INNES, docente di diritto costituzionale, nel suo volume *Lectures on Scotch Legal Antiquities* (Edinburg, 1872) scriveva: *Looking over our community, the land held in common was of vast extent... Now as cultivation increased, the tendency in agricultural mind was to occupy these wide commons, and our lawyers let themselves to appropriate the poor men's grazing to the neighboring baron. They pointed to his charter with its clause of parts and pertinent, with its general clause of mosses and moors – clauses taken from the style book, not with any reference to the territory conveyed in that charter; and although the charter was hundreds of years old, and the lord had never possessed any of the common, when it can be divided, the lord got the whole that was allocated to the estate, and the poor cottar none. The poor had no lawyers*”.

Se fin qui gli spunti di riflessione per il giurista sono indubbiamente preziosi, quando si passa all'analisi dei confini della categoria non possono non sorgere delle perplessità, soprattutto se si considerano le successive evoluzioni che essa ha avuto nell'ambito della dottrina economica³⁵.

Si consideri, ad esempio lo studio condotto da Carol Rose³⁶ la quale muove da una distinzione tra “bene comune” e “risorsa comune”, evidenziando come alcuni beni pur non essendo di proprietà comune, risultano essere una risorsa comune per la collettività quali, ad esempio, i beni oggetto del primo movimento di *enclosure*, quali pascoli e boschi, che di fatto erano di proprietà privata ma rappresentavano una risorsa comune per gli abitanti del posto, enucleando, così, una caratterizzazione sociale. Ma il richiamo al concetto di “risorsa” di fatto consente all'autrice di operare un ulteriore ampliamento dei confini della categoria includendovi, ad esempio, le infrastrutture che, indipendentemente dal regime proprietario, rappresentano comunque una risorsa per la collettività. E in questo senso lo sono certamente il sistema stradale e autostradale, ma anche quello ferroviario, portuale, le strutture sanitarie, nonché quelle scolastiche, e gli esempi potrebbero continuare.

E proprio in quanto “risorse”, la accessibilità, la fruibilità da parte della collettività, più ampia possibile, genererebbe non un momento di crisi – o una tragedia, per usare la terminologia Hardiniana –, ma al contrario, rappresenterebbe un vantaggio per la collettività stessa, risultando uno strumento per incrementare vantaggi e benefici in favore delle stesse collettività quali, ad esempio, lo sviluppo del commercio. Nella prospettiva prescelta dall'autrice l'utilizzo delle infrastrutture, pur nei limiti di capienza delle stesse, non porrebbe un problema di danneggiamento degli altri, come invece nell'esempio di Hardin dell'uso del pascolo, bensì un problema di garanzia dell'accesso al bene da parte di tutti i soggetti interessati, spostando l'attenzione dal profilo proprietario a quello della fruizione. Di qui il titolo (*The Comedy of the Commons*) di senso opposto rispetto allo studio di Hardin il quale, tra l'altro, proprio dopo il lavoro della Rose, riconobbe che il titolo del suo studio sarebbe dovuto essere “*The Tragedy of the Unmanaged Commons*”, individuando, così, l'elemento centrale nel fattore “gestione” del bene comune.

Il richiamo al concetto di “risorsa” evidenzia una diversa prospettiva che nel corso degli anni ha consentito un ampliamento – direi snaturamento – del concetto

³⁵ La dottrina sul punto è assai ampia. Sia consentito rinviare a AA.VV., *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica*, a cura di MATTEI, REVIGLIO, RODOTÀ, Torino, 2007; V. REVIGLIO, *Per una riforma del regime giuridico dei beni pubblici. Le proposte della Commissione Rodotà*, in *Politica del diritto*, 2008, pp. 531 ss.; AA. VV., *Beni pubblici. Dal governo democratico dell'economia alla riforma del Codice civile*, a cura di MATTEI, REVIGLIO, RODOTÀ, Roma, 2010; V. MARELLA, *Il diritto dei beni comuni. Un invito alla discussione*, in *Riv. critica dir. privato*, 2011, pp. 103 ss.; U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Bari, 2012; A. DI PORTO, *Res in usu publico e beni comuni. Il nodo della tutela*, Torino, 2013; A. MASSARUTTO, *Il dovere dei doveri. I beni comuni e la scienza triste*, in *Ragion pratica*, 2013, pp. 376 ss.

³⁶ C. M. ROSE, *The Comedy of the Commons: Commerce, Custom, and Inherently Public Property*, in Faculty Scholarship Series, Paper 1828, 1986, in <http://digitalcommons.law.yale.edu>, pp. 711 ss..

comprensivo, ad esempio, dei c.d. *new commons o semicommons*³⁷, cioè beni che hanno origini e caratterizzazioni differenziate, fino ad includere quelle risorse che, con l'evolversi della società, hanno acquisito una propria rilevanza in termini di accessibilità, quali, ad esempio quei beni, anche immateriali, prima non esistenti o non valutabili in termini di risorsa, quali ad esempio internet, ma non solo, i progressi nelle scienze mediche (si pensi a tutta la questione relativa all'accesso da parte delle popolazioni più povere alle terapie per l'HIV), cioè quei beni intellettuali³⁸ (*the intangible commons of the mind*) i quali sono oggetto di questo secondo movimento di privatizzazione che trova la sua giustificazione principe nell'esigenza di reperire gli investimenti necessari per lo sviluppo. O ancora alle risorse genetiche vegetali, non a caso definite nel trattato FAO del 1983 in termini di "patrimonio comune dell'umanità", il cui obiettivo è stata subito vanificato dalla possibilità, riconosciuta in molti stati occidentali, di brevettare tali risorse. E gli esempi potrebbero continuare, si pensi ai c.d. *urban commons* (ad esempio un quartiere particolare di una città, un parco, ecc.), le tradizioni nazionali, il paesaggio, il patrimonio culturale nazionale e locale.

Ma una siffatta indiscutibile ampiezza evidenzia quella ambiguità semantica che di fatto costituisce il vero nucleo problematico che da un lato ostacola la stessa definizione dei principi di un possibile quadro regolatorio, essendo certamente complesso, individuare dei tratti comuni tra un bene demaniale, un uso civico, sia esso un pascolo, un legnatico, un ghiandatico, le università agrarie, le aragoste del Maine e internet³⁹; dall'altro consente che si faccia ricorso alla categoria alcune volte in modo del tutto strumentale.

4. *Gli usi civici tra interesse paesaggistico e bene comune*

La necessità di un ripensamento delle formule emerge con palmare evidenza se si considerano le sorti che sono toccate alla categoria degli usi civici, qualificati

³⁷ C. HESS, *Mapping the New Commons*, 2008, in SSRN, <http://ssrn.com/abstract=1356835>.

³⁸ Sul punto è d'obbligo il richiamo allo scritto di JAMES BOYLE, *The second enclosure movement and the construction of the Public domain*, in *Law and Contemporary Problems*, 2003, pp. 33 ss., consultabile anche in <http://creativecommons.org/licenses/by-sa/1.0> il quale parla appunto di "intangible commons of the mind".

³⁹ Il richiamo è al lavoro di P. GROSSI, "Un altro modo di possedere". *L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, in *Quad. fiorentini*, 1977. Sul tema non si possono non richiamare anche i lavori di V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, cit.; F. MARINELLI, *Gli usi civici*, in *Trattato dir. civ. comm.*, Cicu, Messineo e Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2003; P. STELLA RICHTER, *Proprietà collettive, usi civici e interesse pubblico*, in *Dir. Amm.*, 2013, pp. 183 ss.; M. VACCARELLA, *Titolarità e funzione nel regime dei beni civici*, Bologna, 2008; E. BOSCOLO, *Beni pubblici, beni privati e beni comuni*, in *Riv. giur. urb.*, 2013, pp. 362 ss. Per una ricognizione normativa C. ALVISI, *Usi civici*, in *Contratto e impresa*, 2005, pp. 825 ss.

come beni paesaggistici, accomunati ai beni comuni, a discapito della peculiarità della stessa categoria elaborata proprio per rispondere alle esigenze manifestate in ordine alla fruizione di alcuni beni, correlati ad esigenze fondamentali dell'individuo. Facendo leva sul "mutato quadro economico", anche per evitare che la categoria andasse incontro ad una sua "enclosure", l'interesse correlato all'uso civico è stato ancorato dal legislatore del Codice dei beni culturali e del paesaggio all'interesse paesaggistico (art. 142)⁴⁰. Ma questo ancoraggio inesorabilmente rischia di determinare la scomparsa della categoria dovuta ad uno snaturamento dell'istituto stesso il cui fine non era certo quello della tutela del paesaggio e, non da ultimo, ad una sua fagocitosi all'interno della più ampia categoria del bene comune. Basti a tal fine pensare a quelle decisioni nelle quali, muovendo dalla constatazione del non assoggettamento del bene ad un regime proprietario privato, e della sua destinazione alla soddisfazione di un interesse generale della collettività di riferimento, sono state ritenute legittime forme di sfruttamento del bene assolutamente incompatibili con il suo fine originario e forse anche con quello ambientale⁴¹. I giudici costituzionali hanno infatti ritenuto di dovere "adeguare" il "modello" alle rinnovate esigenze espresse dalla società moderna, aprendo la possibilità di un ingresso "legittimo" nel bilanciamento tra contrapposti interessi, anche dell'interesse alla realizzazione di interventi di sviluppo del territorio, quali la disciplina di semplificazione delle procedure "per la realizzazione su terreni montani gravati da usi civici di opere pubbliche necessarie alla salvaguardia e alla valorizzazione delle zone montane"⁴². Così facendo, però, sono stati legittimati usi dello stesso che, sebbene tesi a soddisfare un interesse della collettività, di fatto rischiano di essere incompatibili proprio con lo stesso

⁴⁰ Sul punto cfr. E. BOSCOLO, *Oltre il territorio: il suolo quale matrice ambientale e bene comune*, in *Urbanistica e appalti*, 2014, pp. 129 ss.

⁴¹ Corte cost., 30 settembre 1991, n. 511 nella quale si legge che "le diverse più remunerative possibilità di occupazione, prodotte dal sopravvenuto sviluppo industriale del Paese anche nelle zone tradizionalmente agricole, hanno ridotto a dimensioni modestissime le economie familiari di produzione per il consumo, determinando un progressivo abbandono dell'esercizio degli usi civici collegati a quelle economie". Cfr. Corte cost., 21 novembre 1997, n. 345 con nota di F.G. SCOCA, *Usi civici e irragionevolezza regionale*, in *Giur cost.*, 1997, pp. 3400 ss. nella quale l'uso civico diviene lo strumento attraverso cui "salvaguardare una serie di zone che si sono conservate nel loro stato naturale e tradizionale". Ma l'utilità connessa all'uso civico viene sostituita, di fatto, con altra economicamente più vantaggiosa, della apposizione di un'opera funzionale ad un impianto di rete per il trasporto dell'energia elettrica. In tal senso cfr. anche Corte cost. 10 maggio 1995, n. 156 nella quale si sottolinea che in relazione alle aree gravate da uso civico deve svolgersi "una ponderazione dell'interesse pubblico alla costruzione di un'opera ordinata allo sviluppo economico del territorio montano con l'opposto interesse al mantenimento degli usi civici quali strumenti di conservazione della forma originaria del territorio, e quindi strumenti di tutela dell'ambiente", con la conseguenza che "l'organo statale investito della domanda di esproprio non può compiere tale valutazione con piena cognizione di causa senza aver sentito il parere della regione interessata".

⁴² Corte cost., 10 maggio 1995, n. 156.

fine proprio dell'uso civico, “*godimento collettivo di un terreno sottoposto a uso civico*”. Si pensi proprio alla realizzazione sullo stesso di un'opera funzionale al trasporto di energia elettrica⁴³ o a quanto, ad esempio, è accaduto in sede di programmazione del territorio per le “regole ampezzane”⁴⁴. È evidente che si è operata una diversa valutazione tanto del profilo della destinazione, rivolta sì alla soddisfazione di un interesse della collettività, ma certamente un interesse diverso da quello originario, quanto della fruibilità.

Si tratta di una impostazione che, tra l'altro, si pone in contrasto con l'innesto del valore paesaggistico ambientale nel quadro dei “beni ad uso civico” considerati di “interesse paesaggistico” e, dunque, sottoposti a vincolo.

Altrettanto problematico è l'innesto nella categoria dell'interesse ambientale che diviene il motore della tutela e l'elemento che per certi versi giustifica il permanere di quell'impianto normativo degli usi civici che radica la tutela negli enti locali, territoriali e addirittura nei Commissari⁴⁵ – proprio in ragione della competenza in materia ambientale⁴⁶. E ciò in quanto si rischia che l'uso civico

⁴³ In senso contrario Corte cost., 11 luglio 1989, n. 391 nella quale si legge espressamente: “già secondo le finalità della legge del 1927 la destinazione pubblica dei beni di demanio civico non si determina in funzione dell'esercizio dei diritti di uso civico, connesso ad economie familiari di consumo sempre meno attuali, bensì in funzione dell'utilizzazione di tali beni a fine di interesse generale. Per i beni silvo-pastorali la destinazione pubblica all'utilizzazione come fattori produttivi, impressa dalla legge del 1927 (art. 11, lett. A e 12, comma 1), viene subordinata, nel nuovo ordinamento costituzionale, all'interesse di conservazione dell'ambiente naturale, in vista di una utilizzazione come beni ecologici, tutelato dall'art. 9, comma 2, Cost.”. In senso analogo, Corte cost., 30 dicembre 1991, n. 511. Cfr. anche Corte cost., 27 luglio 2006, n. 310.

⁴⁴ Sul punto cfr. le riflessioni di C. CACCIAVILLANI, *La perequazione urbanistica nell'esperienza italiana*, in AA. VV., *Perequazione urbanistica. Materiali per una comparazione giuridica*, Torino, 2015, pp. 13 ss.

⁴⁵ Sul punto non si possono sottacere le perplessità espresse da parte della dottrina in relazione al riconoscimento (da parte della Corte costituzionale) della competenza dei commissari: “È degno di nota (e fonte di meraviglia) che la Corte ritenga che l'interesse paesaggistico ed ambientale sia garantito (non dagli organi amministrativi competenti ma) «dal potere di iniziativa processuale dei Commissari»: si tratta di una strana tesi sulla pertinenza, l'efficacia e, soprattutto, la sufficienza della tutela giudiziaria ad assicurare la cura di interessi che esigono di essere analizzati e valutati attraverso istruttorie e decisioni tecnico-discrezionali (estetiche, igieniche, geologiche ed altro) e quindi non attraverso decisioni assunte secondo parametri di pieno diritto” (così Corte cost., 21 novembre 1997, n. 345 con nota di F.G. SCOCA, *Usi civici e irragionevolezza regionale*, in *Giur cost.*, 1997, cit., in particolare p. 3407). In linea con la decisione richiamata cfr. Corte cost., ord. 11 febbraio 2014, n. 21 nella quale si esclude il contrasto con la disciplina CEDU e in particolare con il principio di imparzialità del giudice di cui all'art. 6.

⁴⁶ Cfr. Corte cost., 1 aprile 1993, n. 133, 8 febbraio 1995, n. 46 e 21 novembre 1997, n. 345. In senso difforme si erano espressi i giudici di Cassazione 28 gennaio 1994, n. 858 i quali avevano evidenziato l'autonomia dell'interesse alla conservazione degli usi civici rispetto all'interesse ambientale. Con riferimento all'innesto dell'interesse ambientale è indubbio che la sovrapposizione tra i due interessi potrebbe anche non sussistere poiché, come rilevato dallo stesso giudice costituzionale, “per una efficace tutela del paesaggio e dell'ambiente non è sufficiente un intervento successivo alla soppressione degli usi civici, ma occorre che lo stato possa far valere gli interessi di

divenga, come in parte è già accaduto, uno strumento attraverso cui “salvaguardare una serie di zone che si sono conservate nel loro stato naturale e tradizionale”⁴⁷, stabilendo un rapporto servente tra i due interessi che finisce con lo snaturare quello connesso all’uso civico, correlato alla “esplicazione del diritto collettivo di godimento a favore della collettività utente e proprietaria dei beni”⁴⁸, nella misura in cui si specifica che a fondamento degli stessi vi sia “l’interesse della collettività generale alla conservazione degli usi civici nella misura in cui essa contribuisce alla salvaguardia dell’ambiente e del paesaggio, in ragione del vincolo paesaggistico”, con evidente spostamento del baricentro verso un diverso profilo funzionale dei predetti beni⁴⁹. Con il rischio, tra l’altro, di rendere impossibile in alcuni casi (si pensi alla costituzione dei Parchi) l’esercizio dei diritti ad esso (uso civico) correlati.

Infatti basta pensare ai contenuti dei diritti civici ed è subito evidente come vi possa certamente essere una “inconciliabilità” o meglio, come rilevato dalla dottrina britannica, un “potenziale” o reale conflitto tra essi e l’interesse ambientale⁵⁰.

Analoghe osservazioni possono svolgersi con riferimento alla categoria del bene comune⁵¹, utilizzata per una rilettura dell’uso civico⁵² in quanto questo pro-

cui è portatore sin dalla formazione del piano straordinario di accertamento demaniale, concorrendo a verificare se sussistono o meno le condizioni per la loro stessa affermazione” (Corte cost., 18 luglio 2014, n. 210 relativa alla legittimità costituzionale della legge regionale sarda 2 agosto 2013, n. 19 e a monte dello Statuto regionale per contrasto con gli artt. 9 e 117, comma 2, lett. s).

⁴⁷ Corte cost., ord. 22 luglio 1998, n. 316. Sul punto non si può non rinviare al lavoro di F. MARINELLI, *Trasporto di energia e vincoli ambientali*, in *Rass. giur. energia elettrica*, 1988, pp. 309 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Verso una nuova legge nazionale sugli “usi civici”: problemi aperti*, in O. Fanelli (a cura di), *Gli usi civici. Realtà attuali e prospettive*, Atti del Convegno di Roma, 1-2 giugno 1989, Milano, 1991, p. 51.

⁴⁸ Così Corte cost., 25 luglio 1996, n. 310.

⁴⁹ W. GIULIETTI, *Poteri dispositivi sui beni civici e principi di pubblicità*, in www.giustamm.it, ne sottolinea la “transizione da una tutela del bene legata al collegamento con la comunità d’origine ad una salvaguardia indifferenziata dello stesso, percepito nella sua dimensione collettiva indivisibile, ed in quanto tale appartenente all’intera collettività dei cittadini” (p. 2).

⁵⁰ L. 431/85, d.l. 27 giugno 1985 n. 312, art. 1 – ord. 22 luglio 1998, n. 316: “*premesso che la giustificazione dell’introduzione di vincoli paesaggistici generalizzati in base a tipologie risiede nella valutazione che l’integrità ambientale è un bene unitario, che può risultare compromesso anche da interventi minori e che deve, pertanto, essere salvaguardato nella sua interesse con il più ampio coinvolgimento di aree allo stato naturale o che abbiano subito minori alterazioni ad opera dell’uomo, rispetto alle destinazioni tradizionali; e considerato che le tipologie indicate dal legislatore rispondono ad una scelta diretta a salvaguardare vaste porzioni di territorio, non solo secondo profili tipicamente paesistici, ma anche secondo lo specifico regime giuridico – usi civici comprendono vaste aree con destinazione a pascolo naturale o a bosco risalenti nel tempo nelle diverse regioni in relazione agli obblighi gravanti e alla particolare sensibilità alla conservazione da parte delle collettività interessate, in modo da consentire il mantenimento di una serie di porzioni omogenee del territorio, accomunate da un regime speciale e caratterizzate dalla tendenza alla conservazione dell’ambiente naturale o tradizionale come patrimonio dell’uomo e della società in cui vive*”. In senso analogo Corte cost., 18 luglio 1997, n. 247, ord. 17 marzo 1998, n. 68 e 8 maggio 1998, n. 158

⁵¹ In tal senso S. RODOTÀ, *Beni comuni: una strategia contro lo Human divide*, *Postfazione*, in M. R. Marella (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato*, Verona, 2012, p. 327.

⁵² Sul punto, cfr. F. MARINELLI, *Usi civici e beni comuni*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2, 2013, pp. 406 ss., il quale sottolinea: “proprietà collettiva riferita ad una specifica collettività, chiusa od aperta che sia”

cesso, come limpidamente evidenziato da una parte della dottrina⁵³, è all'origine di un innesto sui predetti beni di ulteriori profili pubblicistici, come illustrato dal Prof. Grossi⁵⁴, che non avrebbe dovuto incidere, sul loro *ubi consistam* la cui nota caratterizzante non è rappresentata dalla loro scarsità, dalla difficoltà di alcuni soggetti di accedervi, né dal loro essere atti a soddisfare un interesse “generale” di una collettività più o meno diffusa, bensì quella di soddisfare un interesse specifico di una “determinata collettività” di utenti (lo sfruttamento del bene per esigenze legate al loro sostentamento) cui va ad aggiungersi quello ambientale che però non dovrebbe sostituirlo o vanificarlo.

5. *Cenni sull'esperienza dei commons*

Interessanti spunti per ciò che concerne gli usi civici possono trarsi dalla considerazione della “reale” esperienza dei *commons* britannici il cui esempio più noto è forse quello del Northumberland (Allendale e Hexhamshire).

Nel Commons Act del 2006 relativo al sistema Inglese e Gallese viene proposto un modello antitetico a quello prevalente nell'esperienza dell'isola, incentrato su quello che potremmo definire del “cittadino autarchico”, ed il cui obiettivo dichiarato è quello di proteggere le “*common lands*”, in modo da garantire uno sviluppo sostenibile, assicurando benefici per le imprese agricole operanti sul territorio; l'accesso pubblico e la tutela della biodiversità, prevedendo, a tal fine, una gestione condivisa tra *commoners* e proprietari terrieri realizzata attraverso i cosiddetti “*common councils*” cui sono riconosciuti poteri di disciplinare il pascolo ed altre attività agricole.

Recependo gli impulsi provenienti dal *Common Land Policy Statement* del 2002⁵⁵, che in apertura individua quale obiettivo dichiarato quello di “*protect what remains of our common land by restricting the grounds for its de-registration*” (i presupposti per la loro sclassificazione), sono contemplate delle previsioni volte a evitare gli abusi e forme di sviluppo delle aree non autorizzate, nonché la regolamentazione delle attività in esso svolte in modo da garantire un bilanciamento tra i danni ad esse conseguenti ed i benefici perseguiti. Sono

per gli usi civici; “proprietà comune diffusa, senza una specifica comunità di riferimento”, per, aggiungerei alcuni, beni comuni (p. 417). Beni “uguali nella funzione, che è quella di permettere il loro utilizzo collettivo in misura ragionevole, cioè garantendone un uso sostenibile che lo perpetui nel tempo, permettendo così un loro affidamento alle generazioni future” (p. 417).

⁵³ W. GIULIETTI, *op. cit.*

⁵⁴ P. GROSSI, *La proprietà collettiva e la sua dimensione ambientale e sociale: introduzione ai lavori*, in *Archivio Scialoja-Bolla*, 2007, p. 11 ss.; ID, “*Usi civici*” una storia vivente, *ivi*, 2008, p. 19 ss.; ID, *Itinerari fra moderno e pos-moderno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, pp. 1059 ss.; E. BOSCOLO, *Beni pubblici, beni privati e beni comuni*, in *Riv. Giur. Urb.*, 2013, p. 362 ss.

⁵⁵ Department for Environment, Food and Rural Affairs, luglio, 2002.

inoltre vietati trasferimenti o comunque cessioni dei diritti dei *commoners* se non assieme al trasferimento della proprietà che, come è chiaro, risulta gravata da una serie di pesi e servitù.

Si tratta di una disciplina di principio la cui concreta attuazione è demandata alla emanazione di “orders” da parte del *Secretary of State*, sempre per quanto concerne l’Inghilterra e dell’Assemblea Nazionale per il Galles.

È interessante notare come a base del sistema di regole così emanato vi sia la considerazione della necessità di garantire un intervento (pubblico) che in qualche modo faccia fronte alla intrinseca vulnerabilità di questi beni, dovuta, vuoi al loro scarso valore, vuoi alla assenza di un soggetto direttamente interessato alla loro protezione (*no one person has a dominant interest in its protection*).

Dopo una ricognizione dei *commons* e delle modifiche intercorse sotto il regime del *Common Registration Act* del 1965, il provvedimento del 2006 individua nella classificazione (*common register*) il fulcro attorno al quale ruotano, e dal quale dipendono, i diritti riconosciuti sui *commons*. E la connessione con i profili ambientali, che pure è presente (anche grazie agli impulsi derivanti dalla normativa comunitaria), viene vista dalla dottrina come “fonte di potenziali conflitti”, in quanto viene evidenziato come la legislazione in materia abbia per certi versi spinto verso una ridefinizione delle *common lands* in termini di vere e proprie risorse ambientali, senza in ciò considerare la natura dei diritti riconosciuti sulle aree che, come anche nel nostro caso, ben potrebbero porsi in contrasto con la tutela ambientale in senso puro⁵⁶. Aree il cui sfruttamento è finalizzato, però, non al mero profitto, ma al sostentamento di alcune fasce di popolazione, all’esercizio di alcune specifiche attività, in altri termini una forma condivisa di benessere tra un gruppo che presenta un legame con quel territorio, e cui sono riconosciuti alcuni diritti sui quali tutt’ora si fondano alcune organizzazioni quali i *Common Good Fund*.

Più marcata, nel senso della tutela dei *common* l’esperienza scozzese⁵⁷ anche in ragione della caratterizzazione agricola del sistema economico. Ma in generale, in entrambi i sistemi del Regno unito si assiste al riconoscimento di una funzionalizzazione che giustifica il legame con le autorità locali, con la disciplina di stampo pubblicistico e con forme di autoregolamentazione dei *commoners*.

6. Verso un ripensamento delle forme di tutela. Spunti dal quadro normativo in essere

Tornando alla nostra esperienza, il rilievo del profilo funzionale del bene stenta ad emergere quale momento caratterizzante, oggetto di un autonomo regime giuridi-

⁵⁶ Sul punto si rinvia all’interessante lavoro di C.R. RODGERS, E.A. STRAUGHTON, A.J.L. WINCHESTER, M. PIERACCINI, *Contested Common Land. Environmental Government Past and Present*, Earth Scan, London, 2011.

⁵⁷ Sul punto cfr. *The Land of Scotland and the Common Good. Report of the Land Reform Review Group*, Maggio, 2014.

co, rimanendo le diverse forme di tutela sempre ancorate allo schema proprietario. Si pensi già solo al riconoscimento dell'obbligo per l'amministrazione di valutare tutte le proposte avanzate dai privati in relazione alla possibile utilizzazione del bene⁵⁸; o ancora alla riconosciuta irrilevanza del non uso del bene ai fini della usucapione, escludendo, pertanto, che la sua occupazione da parte del privato possa essere all'origine di una sua diversa classificazione anche in relazione ad una sua sdemanializzazione⁵⁹ o, anche, alla sua sclassificazione come uso civico, o allo stesso regime concessorio che garantisce proprio la permanenza del diritto dominicale in capo al soggetto pubblico⁶⁰.

Il profilo proprietario, pertanto, rimane l'elemento prevalente attorno al quale viene costruita la garanzia del vincolo di scopo secondo uno schema che si pone di fatto nel solco tracciato dalle note sentenze della Cassazione annotate dal Prof. Sandulli, nelle quali il giudice individuava nella "essenza del bene pubblico" quel legame che giustifica lo statuto pubblicistico e la insuscettibilità del bene stesso di appropriazione privata.

Ma proprio la considerazione dell'essenza del bene consente di assumere una diversa e più ampia prospettiva, rivalutando il profilo della molteplice appartenenza (riflesso dei profili connessi alla destinazione ed alla fruizione del bene), così come delineato dalla giurisprudenza⁶¹ e dalla stessa dottrina privatistica⁶², che porta di necessità alla costruzione di un modello flessibile che, in considerazione della natura e della funzione del bene, offra una disciplina (anche pubblicistica) di quella appartenenza di utilità di cui parla la dottrina privatistica.

In questo senso il nostro legislatore offre diversi esempi, oltre quello richiamato degli usi civici, dai quali è possibile trarre spunti interessanti per l'individuazione dei tratti essenziali di un possibile modello.

Accanto a opzioni tradizionali per un modello pubblicistico, troviamo degli interventi che, pur ricadendo appieno nello schema proprietario pubblico, presentano una autonoma considerazione del profilo della fruibilità che, in alcuni casi, è specificamente garantito anche rispetto a beni di proprietà privata.

⁵⁸ Cons. Stato, A.P., 25 febbraio 2013, n. 15.

⁵⁹ Cons. Stato, sez. VI, 22 novembre 2010, n. 8199. In linea con questo orientamento cfr. Corte cost., 18 luglio 2014, n. 2014 in relazione all'art. 1 della legge regionale Sardegna n. 19/2013 in materia di sdemanializzazione di terreni appartenenti al demanio civico, con la quale la Corte ha riconosciuto la incostituzionalità del nuovo editto delle Chiudende, negando la possibilità ai comuni di realizzare piani di accertamento dei rispettivi demani civici esistenti sul proprio territorio che avrebbero avuto come conseguenza la sdemanializzazione di aree prive ormai della destinazione funzionale originaria di terreni a pascolo o boschivi, o per i quali non fosse documentabile la originaria sussistenza del vincolo, attribuendo ad essi nuove fruizioni.

⁶⁰ Cons. Stato, sez. V, 29 dicembre 2014, n. 6414.

⁶¹ Sul punto non si può non richiamare Cass., S.U., 14 febbraio 2011, n. 3665.

⁶² Il richiamo è al lavoro di N. IRTI, *L'acqua tra beni comuni e concessioni (o la pluralità di appartenenze)*, in *Dialoghi sul diritto dell'energia*, vol. I, *Le concessioni idroelettriche*, a cura di M. Defocatis e A. Maestroni, Torino, 2014, pp. 1 ss.

Rientra certamente nella prima ipotesi considerata la disciplina dell'acqua, rispetto alla quale il legislatore, riconoscendone la rilevanza, ha effettuato una opzione per il modello tradizionale, statuendone la demanialità, indipendentemente dal suo contenitore⁶³. E anche in relazione ad una ipotesi di proprietà pubblica, spunti interessanti possono trarsi dalla lettura della lett. e) del comma 1 dell'art. 3 del d.l. 5 ottobre 1993, n. 400⁶⁴ recante “*disposizioni per la determinazione dei canoni relativi a concessioni demaniali marittime*” nel quale il profilo della fruibilità viene in considerazione in relazione ai rapporti con i concessionari di beni demaniali in capo ai quali grava l'obbligo “*di consentire il libero e gratuito accesso e transito, per il raggiungimento della battigia antistante l'area ricompresa nella concessione, anche al fine di balneazione*”. Si tratta evidentemente di una disposizione che incide sull'uso del bene demaniale marittimo, attraverso la previsione delle modalità di accesso ad essa⁶⁵ la cui determinazione grava in capo all'ente concessionario che deve intervenire a tutela dei diritti dei cittadini. E sul punto singolare notare, però, che nel fare ciò l'amministrazione, secondo quanto di recente affermato dal giudice amministrativo, deve utilizzare gli strumenti della “*programmazione, visitazione dei contenuti delle singole concessioni, rimozione immediata di cancelli non autorizzati*”⁶⁶, non potendo *sic et simpliciter* fare ricorso ad una generica ordinanza recante un “*indistinto e generalizzato ordine di creazione degli accessi pedonali aperti per 24 ore*”, senza considerare contenuti e natura delle singole concessioni. Dunque un intervento sì doveroso, finalizzato ad assicurare un “*diritto civico*” ma che per essere legittimo deve “*essere mirato, ragionevole e proporzionale e, soprattutto chiaro nei suoi contenuti concreti*”. Un potere che è assistito da un potere sanzionatorio che va dalla semplice imposizione della “*eliminazione di cancelli, identificati nel dettaglio, apposti senza autorizzazione e/o in contrasto – con motivazioni da esternare in riferimento a ciascuna delle situazioni contemplate – con la specifica (tipologia di) concessione*” fino alla revoca (o decadenza) dalla concessione stessa, il tutto senza che l'amministrazione debba farsi carico di eventuali problemi di sicurezza delle strutture poste sull'area demaniale.

Anche nel sistema di tutela dei beni culturali e paesaggistici il profilo della fruibilità diviene oggetto di autonoma considerazione. È certamente il caso dei beni culturali di proprietà privata rispetto ai quali, va precisato, prevale in linea generale comunque lo schema proprietario. Si pensi agli istituti quali la prelazione (artt. 61 ss.), in caso circolazione dei beni, l'espropriazione degli stessi per implementare le condizioni di tutela ai fini della fruizione pubblica (artt. 95 e 96), la proprietà dello Stato in caso di ritrovamento (art. 91). Non manca, però, la considerazione di alcuni profili di tutela relativi alla

⁶³ Sul punto si rinvia alle osservazioni svolte da S. S. SCOCA, *Le acque tra utilizzazione e sfruttamento*, relazione al Convegno *I beni pubblici tra titolarità e funzione*, Copanello, 25-26 giugno 2016, in corso di pubblicazione.

⁶⁴ Principio confermato anche nella legge comunitaria per il 2010 (L. n. 217/2911) che all'art. 11, comma 1, lett. d) espressamente contempla il “*diritto libero e gratuito di accesso alla battigia anche a fini di balneazione*”.

⁶⁵ Corte Cost., 22 luglio 2011, n. 235.

⁶⁶ Tar Campania, Napoli, sez. VII, 11 febbraio 2016, n. 800.

fruizione cui è espressamente dedicato il Capo I del Titolo II del codice che contempla la possibilità di assoggettare a visita da parte del pubblico, con modalità da concordarsi con i proprietari e con il sovrintendente, i beni immobili che rivestono un interesse eccezionale e le collezioni (art. 104), ponendo in capo al Ministero ed alle regioni, nell'ambito delle rispettive competenze, l'obbligo di vigilare affinché “*siano rispettati i diritti di uso e di godimento che il pubblico abbia acquisito sulle cose e i beni*” per i quali la fruizione è garantita, confermando il principio espresso in apertura dello stesso Codice col quale si garantisce in generale la fruibilità dei beni appartenenti al patrimonio culturale (art. 2, comma 4). Uno schema analogo a quello previsto nell'ipotesi di partecipazione pubblica alle spese sostenute per il restauro o per gli interventi conservativi (art. 38), e nell'ipotesi di cessione del bene (art. 55, comma 2, lett. e).

Si tratta di una linea di pensiero che trova una valida sponda anche in quella parte di giurisprudenza della Cassazione⁶⁷ che recupera l'idea di bene comune, a patto, però, di superare il regime proprietario come cardine della tutela, riconoscendo in capo al soggetto pubblico, ma anche alle comunità di utenti, il potere/dovere di vigilare che i “doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale” siano garantiti⁶⁸ anche in relazione a beni di proprietà privata, in linea con le stesse prescrizioni contenute all'art. 1 del Protocollo n. 1 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo che legittima, in presenza di un “interesse pubblico legittimo”, un'ingerenza sulla proprietà privata a condizione che questa mantenga “un «giusto equilibrio» tra le esigenze di interesse generale della comunità e gli imperativi della salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo”⁶⁹, disponendo, eventualmente, forme di indennizzo in favore del proprietario⁷⁰. In questo senso, dunque, la garanzia dell'interesse della collettività

⁶⁷ Cass., S.U., 14 febbraio 2011, n. 3665, cit.; Cass., S.U., 18 febbraio 2011, n. 3937. Sull'ampio dibattito originato dalle decisioni richiamate si rinvia a F. CORTESE, *Dalle valli da pesca ai beni comuni: La Cassazione rilegge lo statuto dei beni pubblici?*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2011, pp. 1170 ss.; C. M. CASCIONE, *Le Sezioni Unite oltre il Codice civile. Per un ripensamento della categoria dei beni pubblici*, in *Giur. it.*, 2011, pp. 12 ss. Sulla medesima linea, già prima delle richiamate decisioni, V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Proprietà, dovere dei beni in titolarità pubblica*, in *Titolarità pubblica e regolazione dei beni*, Annuario Aipda, Milano, 2004, pp. 61 ss.; ID., *Beni pubblici (uso dei)*, in *Dig. Disc. Pubbl.* II, Torino, 1987.

⁶⁸ Sul punto TAR Lazio, Roma, Sez. III bis, 4 marzo 2015, n. 3752.

⁶⁹ Così Corte E.D.U., sez. II, 23 settembre 2014, ric. n. 46154/11 – *Valle Pierimpì società agricola s.p.a. v Italia*, in particolare § 69. Per una analisi critica della decisione, raffrontata alla sentenza della Cassazione prima richiamata, cfr. T. GRECO e M GRECO, *Valli da pesca, demanialità ed esérance légitime del privato nella giurisprudenza CEDU*, in *Danno e responsabilità*, 2015, pp. 129 ss.

⁷⁰ Così Corte E.D.U., sez. II, 23 settembre 2014, ric. n. 46154/11 – *Valle Pierimpì società agricola s.p.a. v Italia*, cit. § 71 e 72 ove espressamente si prevede che “Al fine di stabilire se la misura in causa rispetti il «giusto equilibrio» richiesto e, soprattutto, se non faccia pesare sul ricorrente un onere sproporzionato, si devono prendere in considerazione le modalità di indennizzo previste dalla legislazione interna. Senza il versamento di una somma ragionevolmente rapportata al valor e del bene, una privazione della libertà costituisce normalmente un pregiudizio eccessivo. (...) Tuttavia, l'articolo 1 del Protocollo n. 1 non garantisce in tutti i casi il diritto a un risarcimento integrale. (...) Gli obiettivi legittimi «di pubblica utilità», come quelli che possono essere perseguiti dalle misure di riforma economica o di giustizia sociale, possono essere argomenti a favore di un

può trovare una adeguata tutela anche al di fuori dello schema proprietario pubblico, ove si dia rilievo al profilo funzionale nella sua duplice declinazione prima individuata, e ciò eventualmente anche facendo riferimento alla categoria del bene comune che, però, necessiterebbe di una preliminare definizione contenutistica onde evitare un uso strumentale della categoria stessa.

Abstract

Destination and usability of assets (of public interest).
Ideas for a review of the regulatory dynamics

by Loredana Giani

The essay deals with the theme of assets, and in particular of public assets by following the evolutionary trajectory of civil and public law which, on various occasions, have highlighted the failure of the “proprietary regime” as the keystone around which to formulate the rules intended to guarantee the collective interest. From this perspective it also offers a critical interpretation of the category of the public asset which, precisely because of the absence of a specific discipline, does not lend itself to replacing the traditional categories, also highlighting that the superimposition of different conceptual categories (commons, public assets, landscape assets) lends itself to interpretations that are likely to lead to conflict with the very *ubi consistam* of the initial category. From this point of view the functional profile of the asset has, or better should have, a central importance, but it struggles to emerge as a fundamental moment characterising the legal regime, regardless of its proprietary regime, ensuring the right balance between the general interest of the community and the imperatives of protecting fundamental individual rights.

La lunga strada storta: dalle autorizzazioni amministrative alla nuova s.c.i.a.

di Fiorenzo Liguori

SOMMARIO: 1. Il diritto di intraprendere e il potere di autorizzare. – 2. L'apertura dei mercati nella normativa europea e nazionale. – 3. Semplificare e liberalizzare. – 4. Le attività libere. – 5. Denuncia, dichiarazione e segnalazione di inizio attività. – 6. Natura giuridica e rimedi giurisdizionali. – 7. Poteri dell'amministrazione e tutela dei terzi. – 8. Le trasformazioni del modello tra diritto privato e diritto amministrativo. – 9. I poteri "successivi" della pubblica amministrazione alla luce della legge n. 124 del 2015. – 10. Il potere inibitorio e l'oggetto del giudizio. – 11. Una s.c.i.a. più chiara.

1. *Il diritto di intraprendere e il potere di autorizzare*

La legittimazione allo svolgimento delle attività private deriva, nella nostra tradizione ordinamentale, da un formale provvedimento permissivo, spesso a contenuto discrezionale, la cui funzione è verificare in concreto la compatibilità con l'interesse pubblico di quanto il privato intende fare, sul presupposto della sua potenziale pericolosità sociale¹.

Sia che si tratti di autorizzazioni a carattere discrezionale che di fattispecie vincolate, è il provvedimento amministrativo che abilita all'esercizio dell'attività privata.

L'autorizzazione ha funzione legittimante: se manca, l'attività è svolta *sine titulo*, ed è cioè illecita².

In alcuni casi il modello autorizzatorio è utilizzato al fine di permettere non solo il controllo di "non contrasto" in senso stretto – in termini, per così dire, negativi e di conservazione – ma anche la conformazione dell'attività privata, ponendo obblighi di condotta nello svolgimento dell'autorità autorizzativa.

Con il moltiplicarsi delle funzioni dell'intervento pubblico nell'economia, si fa luogo pure alla "introduzione di vincoli all'autonomia privata per esigenze di tutela dell'economia", che rendono decisamente più complesso il fenomeno autorizzatorio³.

Se prima il modello egemone era quello delle autorizzazioni di polizia (in cui è essenziale la qualificazione di un'attività in termini di pericolosità e la contemporanea individuazione dei requisiti che deve in concreto presentare per minimizzare il rischio per l'interesse generale) in seguito il modello si diversifica avendo riguardo

¹ G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, VIII, Milano, 1958, vol. I, 262.

² A. ORSI BATTAGLINI, *Autorizzazioni amministrative*, voce in *Dig. Pubbl.*, II, Torino, 1986, 72 ss. Sul provvedimento amministrativo come *condicio iuris* per lo svolgimento dell'attività, U. FORTI, *Autorizzazioni (dir. amm.)*, in *Novissimo Dig. It.* 1957, 1581 ss.

³ V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Attività economica privata e potere amministrativo*, Napoli, 1962, 163.

specialmente alle “autorizzazioni con esame del bisogno” per quelle attività private suscettibili, nel loro ordinato esercizio, di generare un’utilità sociale.

È così che si produce la definizione autoritativa dei mercati.

In questa logica il potere discrezionale si esprime non solo riguardo alla compatibilità dell’iniziativa con l’interesse generale, ma anche alla selezione tra i destinatari, quando l’esercizio sia contingentato e cioè a “numero chiuso”, oltre che alla stessa conformazione dell’attività autorizzata. Questo potere penetrante dovrebbe essere dato in funzione dell’utilità sociale, finalità che però può confondersi con la tutela delle imprese già presenti sul mercato ed anche tradursi nella garanzia di una rendita a favore di politici e burocrati⁴.

Peraltro, nonostante la diversità delle figure emergenti dall’evoluzione accennata, il minimo comune denominatore del modello era dato pur sempre – secondo la tradizionale scienza pubblicistica – dal riconoscimento in capo al privato della titolarità di una preesistente posizione giuridica di diritto, il cui esercizio è tuttavia subordinato alla previa verifica della compatibilità dell’attività con l’interesse pubblico, rimessa in via esclusiva al potere amministrativo autorizzatorio⁵.

Ma è davvero problematico parlare di un diritto preesistente in presenza di valutazioni discrezionali e se l’attività anche nella fattispecie vincolate non è lecita in mancanza di un espresso e preventivo titolo autorizzatorio.

Le autorizzazioni discrezionali presentano infatti un chiaro contenuto costitutivo, dando vita ad una situazione giuridica nuova similmente a ciò che accade nei procedimenti concessori, ma anche nei procedimenti vincolati, pur essendo il diritto allo svolgimento dell’attività attribuito dalla legge, il suo esercizio lecito necessita di un previo provvedimento formale⁶.

Se occorre un atto permissivo necessario per svolgere l’attività in maniera non abusiva, il cittadino non è titolare di un diritto, che come tale si può esercitare liberamente, ma di una posizione la cui soddisfazione dipende dall’esercizio del potere amministrativo, ed è, perciò, incerta, e che nell’ordinamento nazionale si identifica con l’interesse legittimo pretensivo.

2. *L’apertura dei mercati nella normativa europea e nazionale*

Siamo ormai al terzo decennio di un processo di trasformazione contraddistinto dal tendenziale superamento dell’atto di consenso preventivo con soluzioni improntate alla logica della liberalizzazione.

⁴ M. CLARICH, *Autorizzazioni e concessioni: presidi dell’interesse pubblico o barriere all’accesso al mercato?*, in *Astrid – Rassegna*, n.17/2014.

⁵ O. RANELLETTI, *Concetto e natura delle autorizzazioni e delle concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1894, IV, 31. Questa risalente ricostruzione viene riattualizzata da A.M. SANDULLI, *Nozioni in tema di provvedimenti autorizzativi*, in *Riv. trim. dir. pubb.* 1957, 784.

⁶ Sul punto, A. ORSI BATTAGLINI, *o. cit.*

Questo processo trova le sue ragioni nell'esigenza di dare attuazione ai principi comunitari ma anche nell'intenzione di combattere la corruzione, alimentata dagli eccessi di burocrazia e, specie negli ultimi anni, di contrastare la crisi della finanza pubblica accrescendo la competitività del sistema produttivo nazionale.

Tutto ciò in correlazione, se non in dipendenza, della acquisita consapevolezza culturale circa la priorità dei diritti rispetto al potere⁷.

In particolare l'Autorità Antitrust, istituita nel 1990, assume nei fatti la guida di tale processo, segnalando al Governo i settori dove intervenire e raccomandando soluzioni più rispettose delle libertà economiche, incentrate sulla limitazione ai soli interessi fondamentali (salute e sicurezza della persona, tutela della sua libertà e dell'ambiente in cui vive) della possibilità di interferire con l'esercizio dell'attività economiche.

Le valutazioni discrezionali del bisogno economico del mercato cedono il passo alle previsione di requisiti standardizzati, norme e prescrizioni tecniche indirizzate direttamente agli operatori economici: la struttura dei mercati non può più essere definita in via autoritativa (cfr. dossier 1993 sul commercio nonché le direttive europee sulle banche n. 77/780 e 89/646, recepite col D.P.R. n. 350 del 1985 e con il d.lgs. n. 481 del 1992), e perciò la discrezionalità amministrativa viene bandita e residuano soltanto valutazioni tecniche che non investono, quand'anche opinabili, la ponderazione degli interessi coinvolti.

Si produce così l'abbattimento di molte "barriere artificiali erette dal legislatore attraverso la regolazione giuridica dell'accesso al mercato"⁸.

Anche le attività riservate (in via originaria, come nel caso delle telecomunicazioni; o per effetto di una scelta legislativa, come la produzione e distribuzione di energia elettrica) sono investite da questa evoluzione: la cancellazione del monopolio pubblico è infatti accompagnata dall'apertura dei mercati un tempo riservati a tutti i soggetti idonei, purché in possesso di requisiti prefissati.

In questi settori si producono le innovazioni più forti, con il passaggio da un regime concessorio (caratterizzato dalla presenza di valutazioni discrezionali, e che presuppone la riserva in mano pubblica) ad un regime autorizzatorio non discrezionale (che presuppone la libertà di iniziativa, pur all'interno di regole prefissate).⁹

Sono dunque i settori riservati a segnare il più significativo cambiamento nel dosaggio tra autorità e libertà, a chiaro vantaggio di quest'ultima con il passaggio al regime delle cosiddette autorizzazioni conformi al diritto europeo, da rilasciare

⁷ F. MERUSI, *La semplificazione: problema amministrativo o legislativo?*, in *Dir. amm.*, 2007, 689.

⁸ M. CLARICH, *Autorizzazione e concessioni*, cit. In tema, S. TORRICELLI, *Libertà economiche europee e regime del provvedimento amministrativo nazionale*, Rimini, 2013; A. NEGRELLI, *Accesso al mercato e autorizzazioni amministrative nazionali*, Milano, 2016.

⁹ Su questo processo, e sulle sue ricadute sulle nozione di servizio pubblico, mi permetto di rinviare a F. LIGUORI, *Attività liberalizzate e compiti dell'amministrazione*, Napoli, 2000, 90 ss. Fondamentale sul tema, R. VILLATA, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, 2006.

sulla base di requisiti definiti in termini oggettivi, escludendo ogni valutazione discrezionale.

Prendono anche forma (nel campo delle comunicazioni elettroniche) le c.d. autorizzazioni generali, che comportano in realtà il superamento dell'atto amministrativo espresso, e la sottoposizione ad un regime giuridico che prevede il solo onere della comunicazione della volontà di operare in quel campo.

Nell'ambito di tale evoluzione viene in particolare rilievo la disciplina di cui al d.lgs. n. 59 del 2010 (attuazione della direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno) che, pur non riguardando la generalità dei regimi autorizzatori, incide su molti di essi.

Questa liberalizzazione abbraccia "qualunque attività economica, di carattere imprenditoriale o professionale, svolta senza vincolo di subordinazione, diretta allo scambio di beni o alla fornitura di altra prestazione anche a carattere intellettuale". Vi sono, però, delle importanti esclusioni (artt. 2 e ss.): la disciplina "recede" rispetto ai regimi speciali (art. 9) e, comunque, non si applica alle attività connesse con l'esercizio di pubblici poteri, ad alcuni servizi sociali, ai servizi d'interesse economico generale assicurati alla collettività in regime di esclusiva e a quelli non economici.

Entro i limiti applicativi del decreto, "l'accesso e l'esercizio delle attività di servizio costituiscono espressione della libertà d'iniziativa economica e non possono essere sottoposti a limitazione non giustificate o discriminatorie".

Vengono quindi elencati i requisiti cui non può essere subordinato l'accesso ad un'attività di servizio e quelli invece ammessi perché legati alla sussistenza di motivi imperativi di interesse generale. Nel rispetto dei principi di non discriminazione, di proporzionalità, nonché delle disposizioni introdotte dal decreto.

Tra i motivi imperativi d'interesse generale rientrano le ragioni di pubblico interesse, quali l'ordine pubblico, il mantenimento dell'equilibrio finanziario del sistema di sicurezza sociale, la tutela dei consumatori e dell'ambiente ma non il bisogno economico di mercato, cioè "la discrezionalità in senso proprio"¹⁰.

Il numero dei titoli autorizzatori per l'accesso e l'esercizio di un'attività di servizi può essere limitato solo per ragioni correlate alla scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche disponibili (in tali casi, le autorità competenti applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali e assicurano la predeterminazione e la pubblicazione dei criteri e delle modalità atti ad assicurare l'imparzialità, cui le stesse devono attenersi).

Il decreto nella sostanza si limita a tradurre sul piano interno la direttiva comunitaria: si tratta di un recepimento fatto con norme generali che si applicano indistintamente a tutti gli operatori, prescindendo dalla dimensione

¹⁰ M. CLARICH, *op. cit.*

della loro attività ed omettendo quel “paziente lavoro di revisione della legislazione”¹¹ solo all’esito del quale può aversi una indicazione chiara degli spazi “liberi” di cui può fruire l’iniziativa economica privata.

È tuttavia rilevante¹² la scelta di introdurre quale criterio distintivo (non più quello tra autorizzazioni e concessioni bensì) quello tra regime autorizzatorio, inclusivo di tutte le ipotesi di controllo *ex ante* (cfr. considerando n. 39) e controllo *ex post*. Viene peraltro indubbiamente riconosciuta una priorità logica e giuridica al regime del controllo *ex post*: solo quando l’interesse pubblico non possa essere efficacemente tutelato da un controllo che potrebbe rivelarsi tardivo, sarebbe giustificata l’introduzione di un controllo *ex ante* (cfr. considerando n. 54).

Il criterio guida della scelta tra controllo *ex ante* ed *ex post* è il principio di proporzionalità: avendo di mira l’interesse pubblico da perseguire occorre valutare se la misura *ex post* è sufficiente o meno alla garanzia di quell’interesse. Molti requisiti risultano banditi (cittadinanza, bisogno economico del mercato, reciprocità tra stati) ed i regimi sono sottoposti ad un controllo orizzontale tra gli Stati membri.

Ma il legislatore nazionale non si è limitato al recepimento della direttiva servizi ed ha anche reiteratamente emanato altre norme di liberalizzazione, intendendo come tale ogni misura volta a ridurre le barriere all’accesso al mercato.

Il d.l. n. 138 del 2011, per ciò che attiene alle attività economiche, impone che comuni, province, regioni e Stato adeguino i rispettivi ordinamenti al principio secondo cui l’iniziativa e l’attività economica privata sono libere ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge; divieto possibile solo in alcuni casi, tra cui i vincoli derivanti dall’ordinamento dell’Unione europea e dagli obblighi internazionali e il danno alla sicurezza, alla libertà alla dignità umana e il contrasto con l’utilità sociale. Sono in ogni caso soppresse le disposizioni normative statali incompatibili con il principio ora sancito. Nella parte in cui dispone la soppressione automatica delle norme in contrasto, la normativa è stata però dichiarata incostituzionale da Corte Cost., 20 luglio 2012, n. 200, che ne ha stigmatizzato la portata incerta e indefinibile e le ricadute sul piano delle competenze legislative regionali.

Nell’intento programmatico di favorire la ripresa economica il legislatore è tornato più volte a ripetere principi ed adottare soluzioni simili a quelle appena descritte. Il d.l. n. 201 del 2011, conv. nella l. n. 214 del 2011 (che non si applica ad alcuni settori: professioni, trasporto di persone mediante autoservizi pubblici non di linea, servizi finanziari), ribadisce il principio della libertà di accesso, di

¹¹ B.G. MATTARELLA, *La s.c.i.a., ovvero dell’ostinazione del legislatore pigro*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 1328 ss.

¹² M. CLARICH, *op. cit.*

organizzazione e di svolgimento delle attività, fatte salve le esigenze imperative di interesse generale e abroga immediatamente molte restrizioni (ad es. il divieto di esercizio di una attività economica al di fuori di una certa area geografica e l'abilitazione a esercitarla solo all'interno di una determinata area; l'imposizione di prezzi minimi o commissioni per la fornitura di beni o servizi). Una specifica disposizione si riferisce alla definizione del regime amministrativo, che deve essere giustificato sulla base dell'esistenza di un interesse generale, nel rispetto del principio di proporzionalità.

Il d.l. n. 1 del 2012, conv. nella l. n. 27 del 2012, all'art. 1 introduce, poi, un meccanismo di abrogazione basato sull'emanazione di regolamenti governativi: si dispone, in particolare, l'abrogazione delle norme che prevedono limiti numerici, autorizzazioni, licenze, nulla osta o preventivi atti di assenso dall'amministrazione comunque denominati per l'avvio di un'attività economica non giustificati da un interesse generale, costituzionalmente rilevante e compatibile con l'ordinamento dell'Unione europea nel rispetto del principio di proporzionalità.

Il d.l. n. 5 del 2012, convertito in l. n. 35 del 2012, provvede tra l'altro ad eliminare taluni regimi autoritativi obsoleti ovvero ad alleggerire adempimenti eccessivamente onerosi previsti dal Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza (art. 13) e prevede la possibilità di dar vita a sperimentazioni convenzionali in funzione semplificante per taluni procedimenti riguardanti attività economiche (art. 12), rispetto ai quali spetterà alla fonte regolamentare individuare le attività sottoposte ad autorizzazione, a s.c.i.a. con asseverazioni, a s.c.i.a. senza asseverazioni ovvero a mera comunicazione ovvero del tutto libera.

Significativa è pure la l. n. 180 del 2011, recante "Norme per la tutela della libertà l'impresa. Statuto delle imprese" che proclama (art.2) il diritto dell'impresa di operare in un contesto normativo certo e la progressiva riduzione degli oneri amministrativi a carico delle imprese, in particolare delle micro, piccole e medie imprese, in conformità a quanto previsto dalla normativa europea.

Scorrendo questi provvedimenti normativi ridondanti, ripetitivi, di difficile coordinamento, è d'obbligo rammentare che la semplificazione amministrativa, e la liberalizzazione che ne costituisce la misura massima, costituiscono, prima e più che un problema dell'amministrazione, un problema del legislatore¹³, la cui soluzione implica la riduzione della disciplina giuridica ad un ambito circoscritto di regole, chiare ed agevolmente individuabili. L'affastellarsi di disposizioni del tipo di quelle esaminate, di non agevole lettura e coordinamento, spesso generiche e dotate di una valenza ideologica più che precettiva, costituisce un chiaro sintomo della difficoltà del legislatore nell'attuare un cambio di paradigma nella disciplina delle attività economiche.

È comunque improbabile che norme siffatte possano far cogliere l'obiettivo

¹³ F. MERUSI, *op. cit.*, 688.

di una piena liberalizzazione, intendendo per tale la completa ritrazione del condizionamento pubblicistico e la effettiva garanzia della piena libertà del privato. In applicazione del principio di proporzionalità¹⁴, è tuttavia possibile alleggerire il condizionamento pubblicistico, riducendo le restrizioni e gli assenti all'accesso al mercato, soprattutto quelli connessi all'esame del bisogno, al contingentamento, alla "protezione" di chi già opera al suo interno¹⁵.

Le affermazioni di principio sulla priorità del diritto di impresa cominciano infatti a fare breccia nella giurisprudenza costituzionale e amministrativa¹⁶; ma è anche vero che là dove la liberalizzazione incrocia la semplificazione, essa è spesso rinviata perché legata all'emanazione di regolamenti; là dove ne prescinde, è affermata da norma enfatiche e frequentemente smentita da eccezioni basate sulla presenza di interessi pubblici rilevanti¹⁷.

3. *Semplificare e liberalizzare*

La tendenza sommariamente descritta viene comunemente classificata alla voce "liberalizzazione" ma la dilatazione semantica - e le vere e proprie sovrapposizioni con diversi fenomeni (semplificazione, *in primis*) - di tale termine è davvero forte. Al riguardo sono intervenute¹⁸ le necessarie precisazioni e le

¹⁴ Che riguarda anche gli interventi legislativi regionali: Corte Cost., 15 marzo 2013, n. 38; 12 aprile 2013 n.65; 18 aprile 2014 n. 104.

¹⁵ E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, a cura di F. FRACCHIA, Milano, 2014, 328.

Vanno ricordate anche le specifiche norme che sono state dettate in tema di commercio, farmacie e servizio di trasporto con l'istituzione di un'apposita autorità di regolazione dei trasporti (art. 37, d.l. n. 201 del 2012, conv. nella l. n. 214 del 2012: per quanto attiene ai taxi, comuni e regioni nell'ambito delle proprie competenze, provvedono, previa acquisizione di parere da parte dell'AGCM, ad adeguare il servizio dei taxi nel rispetto di una serie di criteri stabiliti dalla legge; l'autorità può tra l'altro impugnare direttamente dinanzi al TAR Lazio gli atti amministrativi in tema di servizio taxi). Un ulteriore settore di intervento attiene all'accesso alle professioni regolamentate: ai sensi dell'art. 3, d.l. n. 138 del 2011, fermo restando l'esame di Stato, gli ordinamenti professionali devono garantire che l'esercizio dell'attività risponda senza eccezioni ad alcuni principi, tra cui quello di libera concorrenza.

¹⁶ M. CLARICH, *op. cit.*, anche per la casistica.

¹⁷ M. OCCHIENA, Relazione al Convegno su *La difficoltà di liberalizzare*, Milano, 9 maggio 2014. Per un esame critico dei tentativi di riforma cfr. inoltre, R. OCCHILUPO, *La riduzione di tempi e costi di avvio dell'attività d'impresa in Italia. Ancora (vani) tentativi di riforma*, in *Mercato concorrenza regole*, 2012, 39 ss., M. RAMAJOLI, *Liberalizzazioni: una lettura giuridica*, in *Liberalizzare o regolamentare: il diritto amministrativo di fronte alla crisi*, a cura di F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE e F. SAITTA, Milano, 2013, 3 ss. Per una visione che rivaluta le misure regolatorie dei mercati, comprese le barriere all'ingresso, se proporzionate agli obiettivi da cogliere, si veda B.G. MATTARELLA, A. NATALINI, a cura di, *La regolazione intelligente, Un bilancio critico delle liberalizzazioni italiane*, Firenze, 2013.

¹⁸ Fondamentali, tra gli altri, G. CORSO, *Attività economica privata e deregulation*, in *Rin. trim. dir.*

distinzioni tra liberalizzazione economica, amministrativa, piena, temperata.

Può dirsi – in prima approssimazione – che si ha una liberalizzazione quante volte una attività prima riservata, ovvero il cui svolgimento risultava comunque subordinato all’acquisizione del previo consenso dell’amministrazione, diviene direttamente (e cioè senza la preliminare intermediazione dei pubblici poteri) accessibile a tutti gli interessati in possesso dei requisiti richiesti in via generale.

All’interno di questo fenomeno di notevole ampiezza si deve distinguere, ancora, tra liberalizzazioni piene e quelle che indicherei come semplificazioni ad effetto liberalizzante.

Tra le prime si possono isolare: quei casi - per vero rari - in cui anche lo svolgimento dell’attività è libero e sottoposto (non a vigilanza pubblica nell’interesse pubblico, ma) unicamente alle regole comuni; e quei casi in cui permane una disciplina di tipo amministrativo ed una vigilanza affidata dalla legge all’autorità amministrativa.

Nell’una e nell’altra ipotesi l’attività è in sé libera poiché la legittimazione a svolgerla discende direttamente dalla legge e non occorre alcun procedimento per il suo avvio, ma nel primo manca la sottoposizione a vigilanza pubblica per assicurare il rispetto di norme dettate a tutela dell’interesse pubblico.

All’esterno di queste ipotesi di “liberalizzazione” in senso proprio ve ne sono altre - ben più frequenti - che vedono l’alleggerimento della disciplina amministrativa, ma che richiedono comunque un procedimento per avviare l’attività: si tratta pur sempre di “semplificazione”, che produce però un effetto liberalizzante se il controllo già previsto *ex ante* viene ricollocato *ex post*, e dunque l’attività può essere “liberamente” avviata, pur restando regolata da norme di tipo amministrativo, sul cui rispetto l’amministrazione è, appunto, chiamata a svolgere un doveroso controllo.

Il criterio adottato per distinguere le misure ad effetto liberalizzante dalle misure di mera semplificazione va dunque incentrato sulla collocazione temporale del potere: prima o dopo l’attivazione dell’iniziativa.

L’effetto liberalizzante (in senso relativo) va attribuito a tutte le misure che trasformano il potere di consentire in potere di vietare¹⁹, ad espressione non necessaria ma eventuale, con la conseguente configurazione in capo all’interessato di una posizione giuridica oppositiva e non più pretensiva.

pubbl., 1998, 629 ss.; *Liberalizzazione: le premesse di diritto europeo*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2007, 279 ss.; *Liberalizzazione amministrativa ed economica*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. CASSESE, Milano, 2006; S. CASSESE, *Quattro paradossi sui rapporti tra poteri pubblici ed autonomie private*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 389 ss.; M. CLARICH, B. G. MATTARELLA, *Un nuovo sistema regolatorio per lo sviluppo economico*, in *Analisi giuridica dell’economia*, 2013, 363. In tema, cfr. ora, anche E. SCOTTI, *La segnalazione di inizio attività*, in Alb. ROMANO, a cura di, *L’azione amministrativa*, Torino, 2016, 615 ss.

¹⁹ In tema, M. CLARICH, *op. cit.*. Cfr. anche W. GIULETTI, *Attività privata e potere amministrativo. Il modello della dichiarazione di inizio attività*, Torino, 2008.

Muovendo da tale discriminazione, con le notevoli ricadute in punto di disciplina e di istituti applicabili che esso comporta, si può distinguere tra misure di liberalizzazione e misure di semplificazione, non in termini di reciproca esclusione ma delineando un rapporto tra specie e genere.

Nell'ambito delle attività che si possono ritenere liberalizzate, oltre a quelle che si è detto essere sottoposte unicamente a vigilanza, e con riguardo alle quali la liberalizzazione può dirsi piena, ve ne sono in effetti altre che prevedono un obbligo di preventiva comunicazione dell'intenzione di intraprendere l'attività, adempimento che comporta l'apertura di un procedimento doveroso di controllo²⁰, per le quali appare più appropriato parlare di semplificazione con effetto liberalizzante.

Nell'una e nell'altra ipotesi si tratta di attività regolate, posto che anche le c.d. attività libere sono per lo più disciplinate anche da norme di tipo amministrativo.

La differenza si coglie per la previsione soltanto nel secondo caso di un onere procedimentale a carico dell'interessato, cui si riconnette, dalla parte dell'amministrazione, il dovere di apertura di un procedimento di controllo, con possibile esito inibitorio.

Tale soluzione si esprime nell'istituto della s.c.i.a. ed è quella di gran lunga più frequente, ma è anche quella che ha prodotto più incertezze.

La spinta verso forme di liberalizzazione più certe emerge ora con evidenza dall'articolato del secondo decreto attuativo della c.d. legge Madia (il decreto legislativo 25 novembre 2016 n. 222) con il quale si è proceduto, ad una "codificazione" dei regimi amministrativi previsti con riferimento alle varie attività private, suddivise per gruppi omogenei *ratione materiae*, perseguendo l'obiettivo della concentrazione dei regimi amministrativi di cui all'art. 19 bis.

L'operazione di codificazione si propone dunque di risolvere i dubbi circa il regime applicabile alle diverse attività e, nel merito, pare orientata a introdurre regimi meno restrittivi (emblematico il caso dell'edilizia²¹).

²⁰ Su questo profilo, cfr., S. TUCCILLO, *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, Napoli, 2016.

²¹ Secondo il decreto legislativo n. 222 del 2016 è questo il settore riguardato dalle più cospicue novità. Anzitutto l'art. 1, comma 2, al fine di assicurare la uniformità del regime giuridico degli interventi edilizi, prevede la istituzione di un "glossario unico", funzionale alla celere individuazione della "categoria" cui ricondurre l'intervento e della relativa regolamentazione.

In linea con l'intendimento della codificazione come "individuazione attiva", cioè innovativa e non meramente ricognitiva dell'esistente, viene notevolmente valorizzato il ricorso alla CILA, che ha mero valore notiziale e che, quindi, si colloca a metà strada tra il regime dell'attività libera e quello della SCIA (anche in relazione ai poteri della p.a.: v. *infra*). In specie, come rilevato dal Consiglio di Stato nel parere n. 1784 del 2016 (in www.giustizia-amministrativa.it), "l'attività assoggettata a CILA non solo è libera, come nei casi di SCIA; ma, a differenza di quest'ultima, non è sottoposta ad un controllo sistematico, da espletare sulla base di procedimenti formali e di tempistiche perentorie, ma deve essere 'soltanto'

4. *Le attività libere*

Qualche caso di liberalizzazione piena, e cioè di attività autenticamente libera, è tuttavia configurabile.

La libertà di accesso presuppone l'assenza di interessi pubblici potenzialmente esposti a subire un pregiudizio per effetto dell'iniziativa privata: in questi casi, dunque, non è neppure configurabile una relazione tra interessi privati e pubblici²²; relazione che se c'è, deve essere regolata.

In realtà, questa eventualità è più teorica che reale, se è vero che anche quando si proclama che le attività sono libere si precisa subito che tale libertà è ammessa nei limiti in cui ciò è consentito dalla legge.

In questi casi, più che all'assenza di una relazione, e dunque di una valutazione (preventiva) che verifichi i rischi per l'interesse pubblico, siamo di fronte ad una valutazione già effettuata dal legislatore che, nei limiti di ciò che è consentito, ritiene inutile affidare all'amministrazione un ruolo di filtro, lasciando direttamente agli interessati l'applicazione della norma, che tuttavia disciplina l'attività e la sottopone a vigilanza pubblica²³.

Nel caso dei servizi di interesse generale, sono libere, ma regolate, senza l'onere di un contatto preventivo con l'autorità, alcune attività, tra le quali l'auto-produzione di un servizio postale o aeroportuale.

Al medesimo schema rispondono, all'esterno dell'area dei servizi di interesse generale, molte attività disciplinate dal Codice della strada, ed altre, quali l'attività di deposito dei rifiuti, che è libera, ma regolata, e che se viene svolta in violazione della disciplina dettata (luoghi, orari, differenziazione) può essere sanzionata.

Lo svolgimento dell'attività non richiede alcun contatto preventivo con una p.a., e può essere considerata come libera, anche se entro i margini segnati da regole di tipo amministrativo²⁴.

La previsione di un contatto preventivo, quando prevista, non ha peraltro sempre lo stesso valore: in alcune ipotesi non è tale da porre in discussione la

conosciuta dall'amministrazione, affinché essa possa verificare che, effettivamente, le opere progettate importino un impatto modesto sul territorio”.

In sintesi, seguendo un criterio residuale, le attività allo stato sottoposte al regime della CILA vengono completamente liberalizzate; la CILA, invece, costituisce il regime da applicare in mancanza di una norma specifica che disponga diversamente (sicché la CILA assume il ruolo oggi ricoperto dalla SCIA). Viene poi abolita la DIA alternativa al permesso (un tempo c.d. super d.i.a.), sostituita da una SCIA con inizio posticipato dei lavori (si tratta di una semplificazione anche, se non soprattutto, terminologica). Infine, anche il certificato di agibilità può essere sostituito da una segnalazione certificata.

²² F. GIGLIONI, *L'accesso al mercato nei servizi di interesse generale: una prospettiva per riconsiderare liberalizzazioni e servizi pubblici*, Milano, 2008, 205.

²³ F. GIGLIONI, *op. cit.*, 206.

²⁴ M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013, 176.

piena libertà di accesso, poiché si tratta di soddisfare un mero bisogno informativo senza che sia necessario l'avvio di un procedimento volto al controllo dell'attività intrapresa: ed infatti le conseguenze della mancata comunicazione non incidono sulla legittimità dell'attività ma producono una semplice infrazione amministrativa, non essendo prevista la doverosa attivazione di un puntuale procedimento di controllo né comunque un potere inibitorio esercitabile dall'amministrazione²⁵.

È quanto accade, ad esempio, nel campo delle attività che integrano servizi di interesse generale, per l'importazione di gas (art. 3 commi 5 e 7, d.lgs. n. 164 del 2000)²⁶ oppure nelle ipotesi di autoproduzione di servizi postali (art. 8 d. lgs. n. 261 del 1999 e 105 d.lgs. n. 259 del 2003) e di assistenza a terra negli aeroporti (art. 5 d.lgs. n. 19 del 1999)²⁷.

Il modello più liberale, nonostante l'enfasi con il quale viene talvolta enunciato, relativamente diffuso con riguardo ad attività "semplici" dei soggetti privati, che costituiscono esplicitazione di libertà personali non incidenti direttamente sulla sfera economica, non riceve una diffusione e un'applicazione ampia riguardo alle modalità di accesso a un mercato concorrenziale.

Bisogna tuttavia rilevare che anche sul versante delle attività libere qualcosa negli ultimi anni si è andato muovendo, in particolare nel campo delle attività edilizie²⁸.

L'attuale formulazione dell'art. 6 del TUED (come risultante dalle modifiche apportate dal d.l. n. 40 del 2010 convertito in l. n. 73 del 2010, art. 5, dall'art. 17 della l. n. 64 del 2014 di conversione del d.l. n. 133 del 2014 e, da ultimo, dall'art. 54, l. n. 221 del 2015) costituisce in effetti la disposizione che meglio esemplifica il significato di ciò che può intendersi oggi per attività libere, nel duplice senso: dell'essere le stesse prodotte di una liberalizzazione, non essendo più richiesto alcun titolo per il loro svolgimento (e neppure la comunicazione dell'interessato); e della perdurante necessità del rispetto delle regole di tipo amministrativo, e cioè

²⁵ E. BOSCOLO, *Commento all'art. 6, in Testo Unico dell'Edilizia*, a cura di M.A. SANDULLI, III ed., Milano, 2015, 200, che individua in ciò la principale differenza strutturale rispetto alla scia. Ciò vale certamente per le ipotesi contraddistinte dall'assenza di obblighi comunicativi, ma anche quando siano previsti in termini di mera informazione, la liberalizzazione è da ritenersi autentica ed il potere inibitorio non è configurabile (ivi, 201).

²⁶ Mentre, ad esempio, per l'utilizzo di frequenze radio (art. 27, comma 1, d. lgs. 259 del 2003), non è neppure richiesta la comunicazione.

²⁷ Si tratta peraltro di norme di settore che si limitano a ribadire e rafforzare un assetto liberalizzato già riconosciuto in via generale dall'art. 9 della l. n. 287 del 1990.

²⁸ In tema, E. BOSCOLO, *Commento*, cit.; nonché S. TUCCILLO, *Le liberalizzazioni possibili nel settore edilizio e il ruolo dell'amministrazione*, in F.LIGUORI, C. ACOCELLA, a cura di, *Liberalizzazioni. Istituzioni, dinamiche economiche e lavoro nel diritto nazionale ed europeo*, Napoli, 2015, 197 ss., anche per altri riferimenti, e A. BARTOLINI, *La c.d. liberalizzazione delle attività edilizie*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, III, Napoli, 2011, 1835

nella specie, delle “previsioni degli strumenti urbanistici comunali” nonché delle altre normative di settore che hanno incidenza sull’attività edilizia (e, in particolare, delle norme antisismiche, di sicurezza, antincendio, igienico-sanitarie, di quelle relative all’efficienza energetica nonché delle disposizioni contenute nel codice dei beni culturali e del paesaggio).

Attività, dunque, che si possono realizzare liberamente²⁹, senza alcun onere procedimentale, ma che sottostanno pur sempre alle regole pubblicistiche dettate per la loro realizzazione.

Ma è necessario che alla semplificazione procedimentale si accompagni quella normativa, senza la quale anche la liberalizzazione diventa un insostenibile percorso ad ostacoli. In effetti non sono pochi i casi nei quali la vera soluzione liberalizzante risiede nella pura e semplice abrogazione di norme: nel T.U. delle leggi di sicurezza pubblica, ad esempio, sono rimaste diverse ipotesi di regolamentazione in eccesso di attività commerciali e artigianali³⁰ che meriterebbero di essere in larga parte abrogate.

È il caso, per esemplificare, delle agenzie matrimoniali, per le quali, fino alle ricordate liberalizzazioni del 2012 (art. 13 d.l. n. 5 del 2012), occorreva ancora un’autorizzazione del questore³¹, che oggi non è più richiesta, ma con riguardo alle quali la soluzione più adeguata non è tanto quella adottata, di sostituire, a disciplina pubblicistica invariata³², l’autorizzazione espressa con la s.c.i.a., bensì quella di una liberalizzazione autentica dell’attività, per il cui svolgimento è probabilmente sufficiente il rispetto del codice civile (e, se del caso, penale) con la cancellazione di ogni previsione di tipo amministrativo.

5. *Denuncia, dichiarazione e segnalazione di inizio attività*

Nell’ambito del quadro che si è delineato assumono un rilievo centrale le problematiche che contraddistinguono il modello a controllo successivo. Esse derivano certamente dalla convivenza di per sé difficile tra libertà e potere, posti in un diverso equilibrio, che per funzionare presuppone una nuova concezione dei rapporti tra l’individuo, con i suoi diritti (anzitutto quello di impresa), e amministrazione.

Ma la ricerca di un possibile nuovo equilibrio non è stata certo aiutata dalla marcata instabilità normativa, che ha dato vita ad una disciplina a strati, con

²⁹ Per alcune è previsto peraltro qualche onere aggiuntivo a carico del privato, che però non modifica il carattere “libero” delle attività.

³⁰ B.G. MATTARELLA, *o. cit.*, 2010, 1319.

³¹ Cass. I, 21 settembre 2010, n. 7187.

³² Che contempla perfino il potere del Questore di prevedere “nel pubblico interesse” ulteriori adempimenti rispetto a quelli dettati in una generale (tra i quali un registro da far vidimare in questura, la “sorvegliabilità dei locali”, ecc.).

numerose sovrapposizioni e notevoli difficoltà di coordinamento³³, prodotti da interventi legislativi che avrebbero voluto incrementare la competitività del sistema economico e produttivo, ma che in realtà hanno prodotto incertezze tali da rendere l'istituto quasi ingestibile.

Va da sé che le disposizioni legislative sono sempre passibili di revisione, e che perciò risultano definitive solo in termini relativi, ma vi sono casi, e questo è uno dei più emblematici, nei quali si passa il segno e la provvisorietà diventa l'unico dato certo.

Con il passaggio dal modello originario al modello risultante dall'intervento legislativo del 1993, la d.i.a. diventa, almeno sulla carta, la regola per tutti i procedimenti vincolati ed insieme lo strumento di punta per la riforma amministrativa³⁴.

L'aspetto innovativo più rilevante della disciplina procedimentale attiene alla natura del termine, previsto ora come perentorio, entro cui l'amministrazione deve operare le verifiche e, se del caso, inibire l'attività.

A dispetto della volontà del legislatore di rendere così l'istituto più "appealabile", esso in realtà resta a lungo ai margini del sistema per la difficoltà di fare breccia nella cultura tradizionale dell'amministrazione, ma anche per la cautela dei privati, i quali tutte le volte in cui è possibile preferiscono all'incertezza del nuovo strumento l'"ombrello protettivo" del provvedimento; viene comunque ampiamente utilizzato nel settore edilizio ed in quello del commercio al minuto, con una serie di alterazioni tutte problematiche (nel primo caso: alternative, estensione espressa anche a provvedimenti ritenuti espressione di discrezionalità tecnica, adempimenti ulteriori, avvio differito; nel secondo: mancata previsione di un termine per il controllo), le quali tuttavia non gli impediscono di porsi almeno nei settori indicati come modello generale per l'attività non discrezionale.

Nell'ultimo decennio le innovazioni legislative si susseguono a ritmi incalzanti: prima quelle introdotte dal d.l. n. 35 del 2005 (convertito nella l. n. 80 del 2005), e poi quelle approvate negli anni dal 2009 al 2011 (l. n. 59 del 2009, l. n. 69 del 2009, d.l. n. 78 del 2010, convertito dalla l. n. 122 del 2010, d.l. n. 138 del 2011, convertito nella l. 148 dello stesso anno)³⁵, infine ???.

³³ R. FERRARA, *La segnalazione certificata di inizio attività e la tutela del terzo: il punto di vista del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 199 ss.; R. DI PACE, *Le incertezze delle liberalizzazioni e il problema del riconoscimento del danno da violazione del legittimo affidamento*, intervento alla tavola rotonda del convegno "Le difficoltà di liberalizzare", Milano, Università Bocconi, 9 maggio 2014.

³⁴ Un esame puntuale della prima "riforma" della d.i.a. è svolto da L. FERRARA, *Diritti soggettivi ed accertamento amministrativo. Autorizzazione ricognitiva, denuncia sostitutiva e modi di produzione degli effetti*, Padova, 1996.

³⁵ Con riguardo al settore edilizio, vanno segnalate ulteriori modifiche introdotte dal d.l. n. 133 del 2014, che vanno complessivamente lette nel senso di riportare il modello speciale a quello disciplinato nell'art. 19 della l. n. 241 del 1990: ed infatti l'espressione "denuncia di inizio attività",

Con l'intervento legislativo del 2005 viene confermata la portata generale dell'istituto, ora espressamente (e contraddittoriamente) riferito anche alle concessioni non costitutive ed alle ipotesi in cui i presupposti e i requisiti siano dettati da atti amministrativi a contenuto generale.

Il legislatore adotta una formulazione più chiaramente inclusiva delle valutazioni tecniche tra gli adempimenti sostituibili ad opera dell'interessato³⁶ ma, nel contempo, attraverso un lungo elenco, individua i procedimenti esonerati dall'impatto della dichiarazione (che non è più chiamata denuncia). Viene, inoltre, dettata una disciplina procedimentale che prevede (mutuandolo dal settore edilizio) un tempo di attesa di trenta giorni tra dichiarazione e avvio, – introducendo per di più l'onere aggiuntivo della comunicazione dell'avvio effettivo e che contiene altresì il famigerato richiamo all'autotutela.

È, infine, prevista la devoluzione delle controversie relative alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

L'ambito applicativo dell'istituto risulta ampliato, ma siamo di fronte ad una involuzione della disciplina, che rischia di produrre un depotenziamento dei suoi aspetti liberalizzanti, se non addirittura la prevalenza della convinzione che si tratti di una fattispecie non dissimile dal silenzio-assenso, come in particolare la disposizione sull'autotutela sembra presupporre.

Con la novella del 2005 crescono, perciò, le difficoltà di decifrazione del modello e della sua natura, e nascono interrogativi sulla sua stessa utilità³⁷.

La l. 69/2009 aveva previsto poi che, nel caso di attività di impianti produttivi di beni e di servizi e di prestazioni di servizi di cui alla direttiva Bolkenstein, compresi gli atti che dispongono l'iscrizione in albi o ruoli o registri ad efficacia abilitante, l'attività potesse essere immediatamente attivata alla data di presentazione della dichiarazione.

Dopo qualche ulteriore modifica ad opera del d.lgs. n. 59 del 2010 (attuativo dalla citata direttiva), la d.i.a., ribattezza s.c.i.a., viene nuovamente rimodulata dalla l. n. 122 del 2010, di conversione del d.l. n. 78 del 2010

al di fuori di casi espressamente eccettuati, è sostituita, in tutto il corpus normativo di che trattasi (ed in specie nei primi due commi dell'art. 22 TUE) da “segnalazione certificata di inizio attività”, con quanto ne consegue in punto regime giuridico applicabile – onde si è puntato a risolvere i problemi di coordinamento tra le due discipline, sui quali si veda W. GIULIETTI, *Il controverso impatto della L. n. 122 del 2010 sulla d.i.a. edilizia*, in *www.giustamm.it*. La “denuncia” conserva una sua peculiarità, sotto il profilo regolatorio, ma tale peculiarità non investe la natura giuridica: la giurisprudenza, infatti, riferisce il predicato della natura privatistica anche alla d.i.a. edilizia, conformemente alla presa di posizione del legislatore del 2010, ed ancorché tale riforma abbia riguardato precipuamente l'art. 19 della legge n. 241 del 1990: cfr. Cons. St., Sez. IV, 20 dicembre 2013, n. 6160.

³⁶ In tema si può vedere, anche per la ricostruzione del dibattito, F. LIGUORI, *La segnalazione certificata (già dichiarazione) di inizio attività e la discrezionalità tecnica*, in *Scritti in memoria di Roberto Marra*, I, Napoli, 2012, 593 ss.

³⁷ M.A. SANDULLI, *Dalla d.i.a. alla s.c.i.a. Una liberalizzazione a rischio*, in *Riv. giur. ed.*, 2010, 468-469.

(Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economico).

Con questo intervento legislativo il testo dell'art. 19, come risultante delle diverse modifiche succedutesi nel tempo e sopra riassunte, viene integralmente sostituito ad opera dell'art. 49 comma 4-*bis* del d.l. citato, il quale precisa che la nuova disciplina attiene alla tutela della concorrenza (art. 117 Cost. lett. *l*), costituisce livello essenziale delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali (art. 117 Cost. lett. *m*)³⁸ e sostituisce direttamente ogni disciplina della d.i.a. dettata da norme statali o regionali.

L'obiettivo questa volta, per quanto perseguito non senza contraddizioni, è quello di rafforzare l'istituto, come sembra testimoniare la stessa idea di cambiarne ancora una volta la denominazione. La segnalazione deve essere corredata anche "dalle attestazioni e asseverazioni di tecnici abilitati" e perfino i pareri previsti dalla legge sono "comunque sostituiti dalle autocertificazioni, attestazioni e asseverazioni o certificazioni". L'attività può essere iniziata dalla data della presentazione ed il controllo successivo va svolto nel termine di sessanta giorni.

La previsione sull'autotutela è mantenuta in vita, eppure, in caso di dichiarazioni false o mendaci, l'amministrazione "può sempre e in ogni caso" adottare i provvedimenti di inibitoria con eventuale ordine di conformazione.

Viene inoltre previsto un ulteriore potere di intervento *sine die* in presenza del pericolo di un danno per gli interessi sensibili (arte e cultura, ambiente, salute, sicurezza pubblica, difesa nazionale).

Per effetto di questa rimodulazione dell'istituto, che pure ha fatto sorgere più di un dubbio³⁹, il punto cruciale, relativo alle conseguenze della estinzione del potere inibitorio generale, appare significativamente sdrammatizzato dalla differenziazione dei poteri di intervento ed in particolare della possibilità di intervenire in ogni tempo in caso di segnalazione travisante e dalla possibilità di tutelare, del pari in ogni tempo, i c.d. interessi "sensibili"⁴⁰.

Quest'ultima previsione si può leggere come un limite al potere di autotutela, da esercitare unicamente nelle ipotesi di contrasto dell'attività coi soli interessi nominati dal comma 4⁴¹; ma potrebbe anche voler dire soltanto che

³⁸ Sulla correttezza di tale riconduzione cfr. Corte Cost. 27 giugno 2012, n. 164 e Corte Cost. 15 maggio 2014, n. 127.

³⁹ In tema, cfr. M.A. SANDULLI, *Dalla d.i.a.*, cit., 472.

⁴⁰ E. BOSCOLO, *La dialettica tra la Plenaria e il legislatore sulla natura liberalizzante della d.i.a. e sullo schema di tutela del terzo: principi destinati a una vita effimera*, in *Giur. it.*, 2012, 4.

⁴¹ Tale lettura non è stata avallata dalla Corte costituzionale, che con la sentenza n. 188 del 4 luglio 2012, ha ritenuto che il comma 4 riflette la scelta del legislatore non già di circoscrivere ai soli interessi sensibili gli interventi dell'amministrazione successivi alla scadenza del termine per il controllo "ma quella, opposta, di assicurare una protezione ulteriore a taluni preminenti beni giuridici".

la scadenza dei termini non vale quando in gioco vi sono interessi sensibili e che perciò in questi casi il potere di controllare e inibire semplicemente non si consuma e può, anzi deve, essere esercitato in ogni tempo, senza subire i condizionamenti propri dell'autotutela⁴².

D'altronde, se l'autotutela fosse intesa per quello che normalmente è, e perciò riferita al provvedimento già emanato nel termine, non vi sarebbe ragione di operare forzature interpretative. Forzature che poi si riverberano sullo stesso potere sanzionatorio-repressivo, che secondo una lettura accreditata, andrebbe esercitato secondo i canoni dell'autotutela, condizionandone per di più l'esercizio alla presenza di un pericolo per i soli interessi "sensibili".

Al riguardo, la modifica legislativa introdotta con la legge di conversione del decreto "sblocca Italia" sembrava apportare qualche elemento di chiarezza, nella misura in cui espressamente circoscriveva l'espressione dell'autotutela alla protezione dei soli interessi "sensibili" (art. 25, comma 1, lett. *b-bis* l. n. 164 del 2014).

Tuttavia, il legislatore è ritornato sui suoi passi, con una soluzione che, se evita il riferimento espresso all'autotutela, consente comunque di intervenire con misure inibitorie anche oltre il termine di sessanta giorni, quando ricorrono le condizioni dettate dall'art. 21-*nonies* per poter procedere all'autoannullamento (art. 6, l. 7 agosto 2015 n. 124).

La tematica dell'autotutela resta davvero emblematica delle ambiguità coltivate nella decifrazione di questo istituto, riguardo al quale nulla è percepito nei suoi contenuti "veraci" ed ogni singolo passaggio ricostruttivo del modello è segnato da contraddizioni e da alterazioni quando non da veri e propri rovesciamenti di senso: da un atto privato (denuncia, dichiarazione o segnalazione che sia) scambiato per un provvedimento amministrativo tacito fino, per arrivare all'oggi, all'azione contro il silenzio-inadempimento che si vorrebbe riferire ad un potere che l'amministrazione non ha più. In definitiva l'istituto che dovrebbe sancire un riequilibrio del rapporto tra diritti e poteri a vantaggio dei primi, e sul quale la normativa in tema di liberalizzazione apertamente punta, non è in grado di assicurare alcuna certezza, neppure in termini di affidamento del cittadino nei contenuti consolidati degli istituti richiamati dalla legge.

6. *Natura giuridica e rimedi giurisdizionali*

La giurisprudenza, rispecchiando peraltro un dibattito teorico particolarmente articolato, ha manifestato indirizzi variegati e perfino contraddittori quando ha dovuto

⁴² M.A. SANDULLI, *Dalla d.i.a.*, cit., 477-478. In tema, cfr. M. RAMAJOLI, *La s.c.i.a. e la tutela del terzo*, in *Dir.proc.amm.*, 2012, 344

definire la natura del modello delineato dall'art. 19, allo scopo di risolvere le questioni in tema di tutela dei c.d. terzi: dalla equiparazione della (allora) d.i.a. ad un titolo tacito impugnabile, alla configurazione dell'inerzia nell'esercizio del potere inibitorio in termini di silenzio assenso, al riconoscimento di una ipotesi di silenzio-diniego, alla sua qualificazione in termini di silenzio inadempimento; in tutti i casi ricorrendo alla individuazione di diverse ragioni giustificative circa la previsione in capo all'amministrazione di poteri di autotutela e della stessa giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato⁴³, dopo aver definito in termini convincenti la natura privatistica della segnalazione certificata (un tempo dichiarazione) di inizio attività, aveva qualificato l'inerzia serbata dall'amministrazione in relazione all'esercizio dei poteri inibitori quale silenzio-diniego, riaffermando quindi, sulla scorta delle indicazioni della dottrina⁴⁴, che la tutela del terzo si compendia, dopo la scadenza del termine per l'esercizio dei riferiti poteri, nella domanda di annullamento del provvedimento tacito (non già di assenso in relazione alla legittimità dell'opera o dell'attività, ma) di diniego circa la sussistenza dei presupposti onde dare corso all'intervento inibitorio. E ciò benché manchi una espressa qualificazione del silenzio in termini di diniego⁴⁵.

In questa logica potevano se non altro trovare una più naturale collocazione sistematica anche le norme sui poteri di autotutela, da riferire ai provvedimenti inibitori⁴⁶, espressi o (il che costituisce una sostanziale novità) taciti di rigetto che siano, così ridimensionando la (diversamente fuorviante) previsione che richiama gli artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies* LPA.

Il percorso seguito dalla Plenaria conduce ad una costruzione un po' barocca⁴⁷, e comunque discutibile laddove, in assenza di una espressa qualificazione normativa in tal senso, inquadra come "atto", anziché come "fatto", con effetti decadenziali, la scadenza del termine perentorio⁴⁸.

La decisione è anche oltre misura creativa, specialmente nella individua-

⁴³ Cons. St., Ad. Plen., 29 luglio 2011, n. 15, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 171 con commenti di R. FERRARA, *La segnalazione certificata di inizio attività e la tutela del terzo*, cit. e L. BERTONAZZI, *Natura giuridica della S.c.i.a. e tecnica di tutela del terzo nella sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 15/2011 e nell'art. 19, comma 6-ter, della legge n. 241/90*.

⁴⁴ G. GRECO, *La s.c.i.a. e la tutela dei terzi al vaglio dell'Adunanza Plenaria: ma perché dopo il silenzio assenso ed il silenzio inadempimento non si può prendere in considerazione anche il silenzio diniego?*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 359.

⁴⁵ In tema G. GRECO, *Ancora sulla s.c.i.a.: silenzio e tutela del terzo (alla luce del comma 6-ter dell'art. 19 l. 241/1990)*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 651 ss..

⁴⁶ F. LIGUORI, *Note su diritto privato, atti non autoritativi e nuova denuncia di inizio attività*, in *www.giustamm.it*.

⁴⁷ M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 175.

⁴⁸ E. BOSCOLO, *Diritti soggettivi a regime amministrativo. L'art. 19 della L. 241/90 e altri modelli di liberalizzazione*, Padova, 2001, 365; G. ACQUARONE, *La denuncia di inizio attività. Profili teorici*, Milano 2000, 202. Sulla ricostruzione del modello, fondamentale L. FERRARA, *Diritti soggettivi ed accertamento amministrativo*, cit..

zione dei rimedi esperibili⁴⁹, se si tiene conto che interviene all'indomani dell'emanazione di un codice⁵⁰. Tuttavia è notevole l'apporto sistematico di diritto sostanziale, che dice una parola (forse) definitiva sulla natura della s.c.i.a. (atto con valenza comunicativa, non sostitutiva del provvedimento di assenso), sulla natura (di diritto soggettivo) della posizione del segnalante (“*agere licere* oggetto di denuncia”), sulla consustanzialità tra la originarietà del diritto soggettivo, tuttavia sottoposto a regime amministrativo, e la funzione di controllo che l'amministrazione deve svolgere in forme doverose e puntuali⁵¹.

7. *Poteri dell'amministrazione e tutela dei terzi*

Il “dialogo” con il legislatore conosce un ulteriore passaggio con il d.l. n. 138 del 2011 che, nel dettare misure di liberalizzazione, si preoccupa anche di operare alcuni importanti chiarimenti in ordine al principale istituto ideato per realizzarle.

In realtà, salvo che per la non secondaria questione della qualificazione del

⁴⁹ La creatività si esprime in particolare con riferimento alla individuazione della tutela attingibile da parte del controinteressato laddove questi intenda contestare l'iniziativa del dichiarante prima che sia spirato il termine per l'adozione del provvedimento inibitorio, *condicio sine qua non*, all'evidenza, perché possa formarsi il silenzio diniego: richiamando i più significativi passaggi della pronuncia n. 3 del 2011 (si tratta di Cons. St. Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3, in www.giustamm.it, con commento di N. PAOLANTONIO, *L'interesse legittimo come (nuovo) diritto soggettivo a margine a Cons. Stato, Adunanza Plenaria, 23 marzo 2011, n. 3*), in tema di azione risarcitoria autonoma, la Plenaria evidenzia che la giurisdizione del giudice amministrativo può riempirsi di contenuti ulteriori e più pregnanti rispetto alla mera tutela di annullamento, siccome quel giudice può erogare, ove ciò occorra a dare idonea protezione alla posizione di interesse legittimo vantata dal ricorrente, la tutela di accertamento – la quale costituisce, anche alla luce del dettato costituzionale, il *proprium* di ogni attività giurisdizionale (così come ritiene M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2005, 557; ID., *Le azioni*, in *Il nuovo codice di processo amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 1121 ss., spec. 1123-1124) – e, limitatamente ai procedimenti che non involgono valutazioni discrezionali (come ribadito da T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 8 giugno 2011, n. 1428, in *Foro amm.-Tar*, 2011, 1491), quella di condanna (sul tema dell'atipicità delle azioni in funzione della pienezza ed effettività della tutela vedi anche Cons. St. Ad. Plen., 28 maggio 2012, n. 28, in www.giustamm.it). Ai sensi dell'art. 30, primo comma, del Codice del processo amministrativo, l'azione di condanna può però essere esperita, al di fuori delle ipotesi di giurisdizione esclusiva e dei casi previsti dallo stesso art. 30 (domanda risarcitoria, anche in forma specifica, ai sensi e per gli effetti dei commi 2 e ss.), soltanto “contestualmente ad altra azione”: nell'ipotesi che interessa, quindi, contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento (tacito) di diniego. Riguardo al periodo antecedente alla formazione per silentium dell'atto da impugnare troverebbe dunque esplicitazione la tutela atipica di accertamento che è “corollario indefettibile dell'effettività della tutela”.

⁵⁰ Sul punto, cfr. M. RAMAJOLI, *La s.c.i.a. e la tutela del terzo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 329.

⁵¹ E. BOSCOLO, *La dialettica tra la Plenaria e il legislatore sulla natura liberalizzante della d.i.a. e sullo schema di tutela del terzo: principi destinati a una vita effimera*, in *Giur. it.*, 2012, 4.

silenzio, il legislatore segue la stessa impostazione della Plenaria, e così giunge finalmente a dire con chiarezza che non si tratta di un titolo tacito.

Il d.l. n. 138 del 2011, nel modificare ancora una volta l'art. 19, vi ha infatti introdotto un nuovo comma (il 6-ter) dove si conferma l'opzione per la natura non provvedimentale della segnalazione di inizio attività (in linea con l'ormai prevalente giurisprudenza) epperò si prevede che la tutela del terzo debba aver luogo esclusivamente nelle forme di cui all'art. 31 del Codice del processo amministrativo, e quindi dell'azione avverso il silenzio inadempimento⁵².

La soluzione prescelta prolunga il tempo dell'incertezza, esponendo il dichiarante alla reazione del controinteressato per un tempo ben maggiore rispetto alla soluzione incentrata sul silenzio-diniego; pare inoltre presupporre la formazione di un'inerzia in senso tecnico, consistente, nella specie, nel mancato esercizio dei poteri inibitori nel termine di legge, al cui intero decorso risulta condizionata ogni iniziativa processuale.

A questo secondo inconveniente sembra aver posto riparo lo stesso legislatore allorché, intervenendo sull'art. 31 del Codice del processo (cfr. d.lgs. n. 195 del 2011, c.d. primo correttivo), cui l'art. 19, comma 6-ter, rinvia, ha esteso il potere del giudice di accertare la fondatezza dell'istanza al di là delle ipotesi in cui siano decorsi i termini per la conclusione del procedimento (e sempreché si tratti di procedimenti a risultato certo), purché vi sia una previsione di legge in tal senso.

Si può, infatti, ritenere che tra "gli altri casi previsti dalla legge" (art. 31 nella formulazione novellata) vi sia appunto quello dell'azione promossa dal terzo per contestare la legittimità di un'attività intrapresa tramite s.c.i.a., anche quando proposta prima della scadenza del termine⁵³: d'altronde, se il termine per l'esercizio è perentorio l'istanza dovrebbe essere precedente alla sua scadenza, mentre il giudizio sull'inerzia può essere promosso entro l'anno (art. 31, co. 2, CPA).

Il legislatore ha infine cancellato le resistenze al superamento dello schema

⁵² Molto critico sulla scelta di qualificare la fattispecie in termini di silenzio-inadempimento, P. STELLA RICHTER, *Manuale di diritto urbanistico*, Padova, 2012, 155, il quale condivide gli argomenti della Plenaria circa la funzione dell'azione ex art. 31 c.p.a., volta a stimolare l'esercizio di un potere tuttora nella sfera di disponibilità dell'amministrazione e perciò non riferibile a poteri già esauriti. In tema cfr. anche L. MARTINES, *La segnalazione certificata di inizio attività. Nuove prospettive del rapporto pubblico-privato*, Milano, 2011, 206. Secondo E. SCOTTI, *La segnalazione*, cit., 650, l'interpretazione della previsione circa il carattere esclusivo dell'azione avverso l'inadempimento andrebbe orientata in conformità al dettato costituzionale che vieta di limitare la tutela giurisdizionale a particolari rimedi (art. 113, comma 2) nel senso di consentire comunque "tutte le azioni ammissibili nel giudizio amministrativo e che, in concreto, siano in grado di apportare tutela effettiva alle ragioni del terzo: dal rimedio avverso il silenzio, all'azione di condanna pubblicistica, all'azione di accertamento, alle tradizionali azioni impugnatorie di provvedimenti espressi, alle azioni risarcitorie".

⁵³ T.A.R. Veneto, Sez. II, 11 aprile 2013, n. 535 e 8 marzo 2012, n. 298; v. inoltre T.A.R. Lazio, Sez. II-bis, 18 luglio 2012, n. 6564.

provvedimentale, che trovavano terreno fertile sia in una limitata immaginazione istituzionale dei rapporti cittadino-p.a. sia nell'esigenza di effettività della regolazione, specie nella prospettiva del terzo.

L'esplicita qualificazione della natura della segnalazione è tuttavia accompagnata da un ulteriore dato: il riconoscimento in capo ai controinteressati del potere di sollecitare le verifiche e di reagire contro l'eventuale inerzia che, unito alle previsioni già in vigore dal 2005 sulla giurisdizione esclusiva e sull'autotutela, producono un risultato complesso, un'ibridazione di difficile decifrazione e gestione.

Cosicché, dopo l'Adunanza plenaria n. 15 del 2011 e dopo il co. 6-ter (introdotto dal d.l. n. 138 del 2011) è sì stata chiarita la natura della s.c.i.a., e con essa quella delle posizioni soggettive coinvolte (del presentatore della s.c.i.a. e del terzo) rispetto all'esercizio dei poteri riconosciuti all'amministrazione, ma rischia anche di essere "ulteriormente complicato il quadro complessivo dell'istituto"⁵⁴.

Giudice e legislatore hanno infatti escluso espressamente che si tratti di un titolo tacito e hanno definito le posizioni coinvolte in termini di interesse oppositivo del segnalante e di interesse pretensivo del terzo, ma le interpretazioni riguardo la natura e l'estensione dei poteri, il ruolo delle parti e quello del giudice sono ben lungi dall'essere pacifiche.

La novella del 2011, facendo riferimento ad un istituto pensato per "chiedere l'accertamento dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere" (art. 31, comma 1, c.p.a.), ha dato peraltro una risposta sufficientemente chiara sul punto preliminare relativo alla natura del controllo: l'esercizio delle verifiche, se può essere sollecitato dagli interessati, e se la sua omissione integra un inadempimento giustiziabile (esclusivamente) con il rimedio di cui all'art. 31, commi 1, 2 e 3 c.p.a., è evidentemente doveroso; ma non va confuso con un inesistente obbligo di pronunciarsi sulla s.c.i.a. presentata, che è una comunicazione e non un'istanza. L'intervento doveroso attiene unicamente ai poteri inibitori e ripristinatori, che devono obbligatoriamente essere esercitati tutte le volte in cui l'attività oggetto di s.c.i.a. risulti non consentita, perché in contrasto con la disciplina che la regola. Provvedimenti di tal fatta, tuttavia, "non possono nascere dal nulla", presupponendo "un procedimento già avviato, appunto, attraverso la presentazione della s.c.i.a."⁵⁵.

Il modello, in altre parole, impone all'amministrazione di procedere, ma non le impone di provvedere⁵⁶.

La verifica si traduce in un provvedimento solo in via eventuale, e cioè solo se il controllo si conclude con esito negativo, e perciò anche un eventuale attestato di chiusura (della fase di controllo) non costituisce titolo abilitativo.

⁵⁴ G. GRECO, *Ancora sulla s.c.i.a.*, cit., 645.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ A. TRAVI, *Dichiarazione*, cit., 353. In tema, cfr. anche l'ampia disanima di W. GIULIETTI, *Attività privata e potere amministrativo. Il modulo della dichiarazione di inizio attività*, Torino, 2008, 159 ss..

Si tratta di un controllo-riscontro, che, se si chiude sfavorevolmente, non produce rigetto dell'istanza, ma inibizione⁵⁷.

Ne risulta così avvalorata la natura di atto privato, espressione di un diritto soggettivo, su cui però si innesta una fase autoritativa eventuale, che costituisce un indubbio elemento di complessità in un modello pensato per semplificare; ma se la complessità è in qualche modo inevitabile, vista la combinazione di elementi privatistici e pubblicistici, occorre nondimeno limitarla allo stretto necessario.

8. *Le trasformazioni del modello tra diritto privato e diritto amministrativo*

L'istituto potrebbe produrre l'impatto massimo in termini pratici e teorici se, una volta stabilito che la legittimazione deriva direttamente dalla legge, senza alcuna intermediazione provvedimentale espressa o tacita, il rapporto con il terzo seguisse le logiche del diritto soggettivo⁵⁸.

In questa ottica, data la fonte legale del diritto di svolgere l'attività, tale diritto potrebbe essere messo in discussione solo da chi contrapponesse ad esso il suo diritto soggettivo, come nel caso della proprietà o della concorrenza. E la tutela accordata costituirebbe – in conformità con i canoni costituzionali – il fedele riflesso della configurazione delle posizioni soggettive dei privati e dei compiti dell'amministrazione. Ma siamo di fronte ad una stratificazione legislativa che non consente di accettare integralmente una tale, per quanto logica e coerente, costruzione.

Le modifiche via via intervenute hanno infatti finito con l'attribuire alla giustizia amministrativa uno spazio centrale, al cui interno trovano tutela anche i c.d. terzi. Ci si è dunque arrestati a metà del guado, come spesso è accaduto quando ci si è rivolti al diritto privato per cercare una soluzione ai problemi dell'amministrazione pubblica.

Non avrebbe, peraltro, incontrato ostacoli sul piano costituzionale e dei principi (art. 1, co. 1 *bis* l. 241/1990) il perseguimento dell'opzione più radicale, posto che l'assetto di interessi cui si dà attuazione mediante la s.c.i.a. è interamente predeterminato dalla norma, e perciò l'attività dell'amministrazione che l'atto privato sostituisce non si esprime con riguardo a relazioni multilaterali in cui l'assetto concreto viene da essa stessa plasmato con provvedimenti puntuali: l'equilibrio tra i diversi centri di interesse viene in questi casi cercato e trovato

⁵⁷ E. BOSCOLO, *Diritti soggettivi a regime amministrativo*, cit., 365.

⁵⁸ L. FERRARA, *op. cit.*, 360; C. CUDIA, *S.c.i.a. e d.i.a. in edilizia (pensavo fosse liberalizzazione e invece era un calesse)*, intervento alla tavola rotonda del convegno "Le difficoltà di liberalizzare", Milano, Università L. Bocconi, 9 maggio 2014. In tema cfr. anche le osservazioni di L. BERTONAZZI, *Natura giuridica della s.c.i.a. e tecnica di tutela del terzo nella sentenza dell'A.P. del Consiglio di Stato n. 15/2011 e nell'art. 19, comma 6-ter, della legge n. 241/90*, cit..

interamente sul piano della disciplina generale. Non si tratta cioè di una scelta che risolve un conflitto di interessi – ipotesi nella quale non si può rinunciare al più articolato strumentario che caratterizza il diritto e il processo amministrativo, e che prevede anche particolari tutele per i terzi – ma dell'applicazione di un assetto di interessi definito dalla norma⁵⁹.

Il legislatore, con una scelta che riduce indubbiamente la portata liberalizzatrice del modello, ha scelto invece di valorizzare il carattere multipolare della regolazione anche con riguardo a conflitti già risolti dalle norme, o da atti amministrativi generali, ed ha inteso garantire la tutela dei c.d. terzi (non solo con gli strumenti propri della tutela civile dei diritti ma) anche con quelli del diritto amministrativo consentendo loro la possibilità di intervenire nel procedimento e nel processo, avendogli riconosciuto un interesse legittimo pretensivo in tal senso.

La giurisdizione amministrativa esclusiva va così ad affiancare la tutela civile del diritto⁶⁰, che tuttavia non può essere del tutto soppiantata dalla prima, la quale può investire unicamente i rapporti tra cittadini e amministrazione (art. 103 Cost.) e non anche i rapporti tra privati. Non può perciò convincere l'avviso espresso con una pronuncia della IV Sezione del Consiglio di Stato (22 settembre 2014 n. 4764) che ricomprende tra le pronunce ammissibili in sede di giurisdizione esclusiva ai sensi dell'art. 133 co. 1 lett. a) del c.p.a., pure la condanna – di chi abbia presentato una segnalazione in carenza dei presupposti legittimanti – a risarcire il danno subito dal terzo, prioritariamente in forma specifica, e cioè mediante demolizione delle opere realizzate (che, nella specie, viene espressamente ordinata). Si tratta di una soluzione forzata, frutto evidente di una visione che assume come valore assoluto e incondizionato la concentrazione delle tutele, e che presuppone, senza esplicitarli, una serie di passaggi logici, basati comunque sull'idea, apertamente smentita dal comma 6-ter dell'art. 19, che la s.c.i.a., benché consista soggettivamente ed oggettivamente in un atto privato, valga come un provvedimento (nella specie, illegittimo, e che perciò avrebbe dovuto essere annullato, con conseguente irrogazione delle sanzioni previste).

Senonché il privato ha, tra gli altri diritti che gli sono riconosciuti, anche quello di rimanere privato⁶¹, e perciò il giudice amministrativo, anche nelle materie di sua esclusiva competenza, non ha alcun titolo per impartirgli ordini di sorta, potendo

⁵⁹ Il carattere intrinsecamente non autoritativo dell'attività vincolata è sostenuto da A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in Studi in ricorso di Capaccioli E., Milano, 1988, 269 ss. Con riguardo a tale teoria è stato condivisibilmente affermato che il modello delineato dall'art. 19 realizza “sul piano positivo ciò che una acuta dottrina aveva proposto in ordine alle autorizzazioni vincolate, riconducendole a meri atti ricognitivi”: F.G. SCOCA- M. D'ORSOGNA, *Silenzio, clamori di novità*, in questa *Dir. proc. amm.*, 1995, 441.

⁶⁰ Secondo quanto a suo tempo delineato da V. CERULLI IRELLI, *Moduli procedurali alternativi in materia di autorizzazione*, in *Dir. amm.*, 1993, 65.

⁶¹ G. FALCON, *La regolazione delle attività private e l'art. 19 L. 241 del 1990*, in *Dir. pubbl.*, 1997, 421

unicamente intimare all'amministrazione, ove ne ricorrano i presupposti, di assumere le determinazioni consequenziali all'accertamento dell'insussistenza dei presupposti legittimanti l'attività di cui alla s.c.i.a.

In definitiva, il legislatore, con una scelta discutibile – perché sacrifica la portata liberalizzante dell'istituto – ma nondimeno chiara, ha inteso, anche con riguardo al modello della s.c.i.a., adottare il modo di vedere le cose proprie del diritto amministrativo, che nella figura del terzo trova la sua espressione più significativa⁶²: un tale logica, è stata evidentemente ritenuta irrinunciabile anche per l'attività vincolata⁶³.

Di questa si dispone sì la deprovincializzazione, ma garantendo al terzo – che vanta una posizione differenziata rispetto al comune cittadino – una tutela equivalente a quella riconosciutagli nei confronti del provvedimento.

Egli pertanto ha, per ciò solo, titolo per chiedere tutela contro l'inosservanza di tali regole dettate per l'avvio e lo svolgimento dell'attività, e cioè per pretendere l'attuazione del diritto obiettivo, in questo caso reagendo al mancato esercizio dei poteri inibitori e repressivi che integrano il regime giuridico delle attività regolate⁶⁴.

Ma appunto di diritto obiettivo si tratta, e perciò l'iniziativa dei terzi deve rapportarsi a poteri che sono stati dalla legge sottoposti a termini perentori, proprio per trovare un punto di equilibrio tra l'affidamento di chi intraprende l'attività e l'effettività della regolazione, la quale ultima è diretta a contemperare gli interessi di tutte le parti cui la disciplina stessa attribuisce rilievo giuridico.

9. I poteri "successivi" della pubblica amministrazione alla luce della legge n. 124 del 2015

Il potere rispetto al cui esercizio il c.d. terzo può vantare un interesse qualificato va individuato, in primo luogo nel potere inibitorio⁶⁵, che è poi, per così dire, il potere "principe" ed originario che contraddistingue il modello.

⁶² C. MARZUOLI, *La privatizzazione fra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 393 ss.; A. TRAVI, *Nuovi fermenti del diritto amministrativo verso la fine degli anni '90*, in *Foro it.*, 1997, V, 175; per la visione del processo, in integrazione col procedimento, dal punto di vista del controinteressato, F. PUGLIESE, *Nozione di controinteressato e modelli di processo amministrativo*, Napoli, 1989. Per l'idea che la tematica del controinteressato risulti estranea all'istituto della d.i.a. come in origine pensato, ferma la facoltà per i terzi di agire a tutela dei loro diritti in sede civile, mi permetto un rinvio a F. LIGUORI, *Attività liberalizzate e compiti dell'amministrazione*, cit., spec. 314.

⁶³ Ritiene in generale, ma con l'eccezione delle ipotesi che danno luogo all'applicazione dell'art. 19, che anche nei casi di attività vincolata la legge attribuisca all'amministrazione un potere (di costituire l'effetto realizzando l'assetto di interessi prefigurato), F.G. COCA, *La teoria del provvedimento della sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995, 1 ss..

⁶⁴ F. TRIMARCHI BANFI, *Il terzo nel diritto amministrativo: a proposito di semplificazioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 25, ss.

⁶⁵ In senso contrario, prima dell'entrata in vigore del comma 6-ter, cfr. Cons. St., Sez. V, 22 febbraio 2008, n. 948; Sez. IV, 4 settembre 2002, n. 4453.

Il quadro legislativo antecedente all'ultimo intervento riformatore, di cui si dirà, risulta però caratterizzato dalla coesistenza di diversi poteri amministrativi passibili di solleccito da parte del terzo: oltre al potere inibitorio, bisogna considerare l'autotutela, cui si aggiunge l'inibitoria speciale senza termini quando si tratti di s.c.i.a. corredata da dichiarazioni false o mendaci (co. 3, terzo punto, disposizione ora abrogata dalla legge 124/2015, che però non ha toccato l'art. 21, comma 1 che, nell'escludere in questi casi la sanatoria o la conformazione dell'attività, presuppone la doverosa inibizione dell'attività); ed ancora il potere straordinario – previsto dal comma 4 nella sua penultima formulazione – di intervenire in ogni tempo in caso di pericolo di un danno per il patrimonio artistico e culturale, l'ambiente, la salute, la sicurezza pubblica e la difesa nazionale. Infine, i poteri sanzionatori e repressivi previsti per l'attività svolta in assenza o in difformità del titolo provvedimentale, (fatti salvi dall'art. 21, comma 2, poi abrogato dalla l. 124/2015, ma confermati per la sola materia edilizia dal comma 6 bis dell'art. 19).

Al riguardo si deve notare come sia comune l'attribuzione al legislatore dell'intenzione di riferire i sollecciti al potere di autotutela⁶⁶, e ciò benché si tratti di un potere discrezionale, anche nell'*an*, rispetto al quale, pur in presenza di un istanza, non sembrerebbe possibile configurare il silenzio-inadempimento⁶⁷. E non può essere la previsione del rimedio contro il silenzio-inadempimento ad avallare una sorta di “*ius singularè*” dell'autotutela quando riferita al modello di cui all'art. 19⁶⁸, se è vero che i poteri spettanti all'amministrazione non si esauriscono affatto con l'“autotutela”, e che perciò l'inadempimento ben può realizzarsi (ed essere giustiziabile) con riguardo a tutti e ciascuno di essi. Tutti questi poteri, anche quello straordinario di intervento a tutela di interessi sensibili, sono infatti da ricostruire in termini di esercizio doveroso, e perciò di adempimento/inadempimento.

Quando si riconosce all'interessato la possibilità di “sollecitare l'esercizio delle verifiche spettanti all'amministrazione” è logico riferirsi in primo luogo alle verifiche di cui al co. 3°, il cui esito, in caso di risultanze negative, è l'esercizio del potere inibitorio. Tale potere, tuttavia, decade, a differenza degli altri, quando sia decorso il termine di 60 giorni (o 30 per l'edilizia) fissato per il suo esercizio.

I sollecciti volti all'esercizio dell'inibitoria potrebbero comunque essere promossi entro il termine: sul piano processuale si ritiene che in questo caso

⁶⁶ In giurisprudenza, cfr. T.A.R. Abruzzo, Sez. I, 11 settembre 2014, n. 661; Cons. St., Sez. IV, 26 agosto 2014, n. 4309; Cons. St., Sez. IV, 4 febbraio 2014, n. 500.

⁶⁷ Cfr., ad esempio, M. CLARICH, *Manuale*, cit., 176; Per un diverso approccio, limitatamente alla s.c.i.a., C.E. GALLO, *L'articolo 6 della manovra economica d'estate e l'adunanza plenaria n. 15 del 2011: un contrasto soltanto apparente*, in www.giustamm.it; in giurisprudenza, cfr. Cons. St., Sez. IV, 26 agosto 2014, n. 4309, cit..

⁶⁸ Così, invece, ritiene Cons. St., Sez. IV, 26 agosto 2014, n. 4309, cit..

L'azione abbia ad oggetto direttamente l'accertamento, posto che il silenzio non ha avuto tempo di formarsi⁶⁹. È però ben possibile che il terzo inoltri il sollecito nei termini e l'amministrazione lasci scadere il termine senza attivarsi: a quel punto è da ritenere che il terzo possa impugnare (entro l'anno) il silenzio-inadempimento, senza dover ricorrere direttamente per l'accertamento (azione di problematica configurazione, almeno nella specie, alla luce del tenore del co. 6-ter e specialmente dell'avverbio "esclusivamente" ivi utilizzato). I poteri inibitori, infatti, sono poteri da esercitare immediatamente, fin dalla presentazione della segnalazione, e per il loro esercizio è previsto un termine finale, cosicché, nel caso di specie, risulta superabile la previsione secondo la quale l'azione nei confronti del silenzio è esperibile solo una volta decorsi i termini per la conclusione del procedimento⁷⁰. Avvalora tale lettura l'estensione (disposta col primo correttivo al codice) dell'azione *ex art.* 31 anche ai casi previsti dalla legge diversi dalla infruttuosa decorrenza del termine per provvedere.

Il terzo, dunque, può sollecitare tutte le verifiche doverose finché il potere c'è: e perciò quelle volte all'esercizio dell'inibitoria "ordinaria" soltanto entro 60 (o 30) giorni.

È stato obiettato che in tale modo risulterebbe piuttosto sacrificata la posizione del terzo, il quale si accorgerebbe per solito ben oltre tale termine dell'attività oggetto della s.c.i.a. Ma l'osservazione⁷¹ non sembra possa valere a negare la coerenza sistemica di una costruzione in base alla quale, scaduto il termine per la inibitoria generale, l'azione risulta rivolta a stimolare l'esercizio dei soli poteri residui⁷².

Si deve peraltro prendere in considerazione la diffusa opinione secondo la quale tra i poteri residui, e perciò sollecitabili, andrebbe annoverata l'autotutela (intesa in senso atecnico)⁷³, che, ricollegata la potere inibitorio non esercitato, ne produrrebbe una sorta di reviviscenza, anche se a condizioni diverse, proprie appunto del potere di riesame.

L'autotutela conquista, così, il centro della scena, e viene, per di più,

⁶⁹ G. GRECO, *Ancora sulla s.c.i.a.*, cit., che richiama, al riguardo, T.A.R. Veneto, Sez. II, 11 aprile 2013, n. 535; 8 marzo 2012, n. 298. Queste decisioni non sembrano, peraltro, rivolte a sostenere l'ammissibilità dell'azione di accertamento bensì a radicare la possibilità di esperire il rimedio di cui all'art. 31 anche nelle ipotesi in cui non sia decorso il termine per provvedere. Sulla necessità di una diffida perché detto rimedio sia esperibile, cfr. Cons. St., Sez. IV, 4 febbraio 2014, n. 500, cit..

⁷⁰ C.E. GALLO, *op. cit.*, 5. La Plenaria n. 15 del 2011 aveva, invece, ravvisato nella disposizione sul tempo dell'azione un ostacolo all'applicabilità dell'art. 31.

⁷¹ Sui risvolti anche pratici della lettura qui proposta si dirà in seguito.

⁷² Così, in particolare, T.A.R. Veneto, Sez. II, 8 marzo 2012, n. 298, cit., ove si legge che il terzo "pur trascorso il termine assegnato all'amministrazione per l'esercizio del potere inibitorio, potrà sollecitare, tramite diffida, oltre l'esercizio del potere di autotutela, anche l'esercizio dei poteri sanzionatori e repressivi".

⁷³ T.A.R. Veneto, Sez. II, 8 marzo 2012, n. 298.

secondo una linea di pensiero che ha fatto breccia in giurisprudenza⁷⁴, riferita allo stesso potere sanzionatorio, che ne risulta anche esso trasformato, per effetto del condizionamento del suo esercizio della stessa discrezionalità propria degli atti di secondo grado⁷⁵.

È una soluzione che lascia perplessi per più aspetti, anzitutto perché forza la lettera della legge⁷⁶, ideando la cd. “autotutela atipica”, che si espande su poteri diversi da quelli di secondo grado, i quali ultimi la norma si era limitata a richiamare (in senso “tecnico”).

Risulta comunque problematico riconoscere al terzo un titolo a stimolare l'autotutela, posto che sulla relativa istanza non potrebbe, almeno secondo i canoni tradizionali, configurarsi inadempimento⁷⁷.

La difficoltà di armonizzare la previsione che richiama gli artt. 21 *nonies* e *quinques* l. 241/1990 con una vicenda contraddistinta dalla mancanza (almeno *ab initio*) di un provvedimento ha condotto alla indebita ibridazione dell'autotutela ed alla sua estensione ad ogni iniziativa autoritativa assunta oltre il termine per l'inibitoria ordinaria. La previsione circa l'autotutela andrebbe invece ridimensionata, avendo riguardo al solo potere inibitorio già esercitato⁷⁸, che può essere corretto in sede di riesame in termini anche più favorevoli per il segnalante. E la relativa previsione non appare superflua⁷⁹, visto che il potere di riesame cade anch'esso con lo spirare del termine fissato per l'esercizio del potere originario⁸⁰.

Il sollecito, una volta decaduto il potere di inibire, va dunque riferito ai

⁷⁴ Cfr. A. TRAVI, *La tutela del terzo nei confronti della D.I.A.*, cit., 517 ss.; L. BERTONAZZI, *Natura giuridica della s.c.i.a.*, cit., 215 ss. In giurisprudenza tra le altre, Cons. St., Sez. VI, 14 novembre 2012, n. 5751; Sez. IV, 25 novembre 2008, n. 5811. Per una diversa impostazione della questione cfr., da ultimo, Cons. St., Sez. VI, 22 settembre 2014, n. 4780: Anche l'autore di queste riflessioni aveva espresso un avviso possibilista al riguardo, cfr. F. LIGUORI, *Osservazioni sulla natura e sulla disciplina delle dichiarazioni di inizio dell'attività*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazza*, Sez. II, Padova, 2007, 116 ss.

⁷⁵ Contra F. TRIMARCHI BANFI, *Il terzo*, cit., 49 ss., E. BOSCOLO, *I diritti soggettivi*, cit., 180 ss.

⁷⁶ Come rileva esattamente G. GRECO, *Ancora sulla s.c.i.a.*, cit., 652-3.

⁷⁷ Sul punto, cfr. i rilievi di F. TRIMARCHI BANFI, *Il terzo*, cit.. In tema cfr. anche E. SCOTTI, *Tra tipicità e atipicità dell'azione nel processo amministrativo a proposito di Ad. Plen. n. 15/11*, in *Dir. amm.*, 2011, 802. Sul potere di riesame e sui suoi risvolti doverosi cfr. A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo*, Napoli, 1991 e S. TUCCILLO, *Contributo*, cit.

⁷⁸ F. LIGUORI, *Note*, cit.; L. FERRARA, *D.I.A. e silenzio assenso tra autoamministrazione e semplificazione*, in *Dir. amm.*, 2006, 764; V. PARISSO, *Il silenzio della pubblica amministrazione tra prospettive attive e fattuali, alla luce delle novità introdotte dalla Legge 11 febbraio 2005 n. 15 e della legge 14 marzo 2005 n. 80*, in *Foro amm.-Tar*, 2006, 2811.

⁷⁹ Così, invece, A. GANDINO, *La nuova D.I.A. a proposito di semplificazione e autotutela*, in *Foro amm.-Tar*, 2005, 3805; W. GIULIETTI, *Attività privata*, cit. 192.

⁸⁰ Cfr. A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo*, cit., per la tesi secondo cui i poteri di secondo grado costituiscono ulteriore esercizio dello stesso potere esercitato in prima battuta. In termini di “riesercizio” si esprime G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, 1969, 206 ss.

poteri speciali nonché a quelli repressivi-sanzionatori; ma anche tali ultimi poteri, secondo la riferita interpretazione, dovrebbero sottostare ai canoni dell'autotutela; ciò sul presupposto che il potere repressivo-sanzionatorio produrrebbe le stesse utilità del potere inibitorio, e cioè l'accertamento dell'illiceità dell'attività e l'eliminazione delle conseguenze già prodotte⁸¹.

In realtà i due poteri sono diversi, e anche l'oggetto delle verifiche può essere diverso⁸²: essenzialmente l'analisi documentale per l'inibitoria, direttamente il fatto per gli altri poteri di intervento.

I poteri sanzionatori e repressivi inoltre non sempre hanno risvolti ripristinatori: cosicché le utilità prodotte non appaiono sempre sovrapponibili⁸³.

Non pare, dunque, impossibile distinguere tra un potere di intervento a contenuto inibitorio-ripristinatore, esercitabile unicamente nel rispetto del termine di legge, e un potere repressivo-sanzionatorio, esercitabile in ogni momento. All'esercizio del potere sanzionatorio corrisponde una pretesa dei singoli terzi fondata sull'assetto normativo di interessi che ricevono protezione diretta per tramite dei poteri amministrativi⁸⁴. I c.d. terzi, perciò – vigente la disposizione di cui all'art. 21, co. 2 – dovrebbero avere titolo per sollecitare l'applicazione delle sanzioni nel proprio interesse, senza incappare, di regola, nelle limitazioni che contraddistinguono i poteri di secondo grado.

Con riguardo a tali tematiche, interessa la sentenza della VI sez. del Consiglio di Stato n. 4780 del 22 settembre 2014⁸⁵, resa con riferimento ad una d.i.a. edilizia alternativa di un permesso di costruire, secondo la quale – a tutela dell'affidamento dell'interessato – l'irrogazione della sanzione, per essere legittima, deve essere preceduta dal previo annullamento della d.i.a. (equiparata *quoad effectum* al rilascio del provvedimento espresso), all'esito di una valutazione comparativa degli interessi da operarsi con apposito procedimento di secondo grado.

Si tratta di una decisione per più aspetti innovativa, che si segnala per il trasparente intento di non alterare i tratti del potere sanzionatorio, mirando invece a condizionare l'eventuale irrogazione della sanzione all'eliminazione preventiva del "titolo" attraverso una sorprendente riproposizione – a questi soli fini – della tesi che equipara la s.c.i.a. ad un provvedimento amministrativo espresso.

⁸¹ Non si potrebbe perciò accettare che la legge ammetta la coesistenza di due poteri in una stessa situazione con identico contenuto, ma diversi quanto al termine per l'esercizio: così tra gli altri, L. FERRARA, *Diritto soggettivo*, cit., 143; W. GIULIETTI, *Attività privata*, cit., 157, *contra* E. BOSCOLO, *I diritti*, cit.

⁸² G. GRECO, *Ancora sulla s.c.i.a.*, cit., 648. Per l'inquadramento della funzione di controllo e per la sua diversità rispetto al potere sanzionatorio e repressivo, cfr. E. BOSCOLO, *Diritti soggettivi*, cit., 167.

⁸³ C.E. GALLO, *L'articolo 6*, cit., 3.

⁸⁴ F. TRIMARCHI BANFI, *Il terzo*, cit.

⁸⁵ La sentenza si può leggere in *Federalismi.it*, con una nota di M.A. SANDULLI.

Ma un certo formalismo caratterizza la soluzione ideata, posto che il risultato pratico è il medesimo ed incide sull'effettività del potere sanzionatorio (e dunque della regolazione). Per conseguire un tale risultato si rimette in discussione l'unico dato certo finalmente acquisito, e cioè che la s.c.i.a. non è, a nessun effetto, un provvedimento tacito⁸⁶.

⁸⁶ Sul punto l'Adunanza plenaria era stata del tutto esplicita anche con riguardo alla tematica dell'autotutela, riferita non alla s.c.i.a., ma ai soli provvedimenti inibitori espressi o taciti. La Sesta Sezione, senza che una tale correzione di rotta possa considerarsi conseguenza necessaria dell'entrata in vigore del co. 6-ter, contraddice apertamente l'Adunanza plenaria e la ricostruzione sostanziale dell'istituto da essa operata, e ciò fa attraverso una interpretazione, invero solo presupposta, del comma 6-ter. Tale disposizione prevede che s.c.i.a. e d.i.a. "non costituiscono provvedimenti taciti direttamente impugnabili", senza nulla aggiungere in tema di annullabilità d'ufficio, ma la norma è precipuamente rivolta a risolvere la tematica della tutela del terzo, e solo per questo motivo si preoccupa di specificare il dato della non impugnabilità da parte dei controinteressati: pure in mancanza di una espressa precisazione al riguardo, una tale caratteristica avrebbe comunque costituito la conseguenza logica, al pari della non annullabilità d'ufficio, della qualificazione non provvedimentale della s.c.i.a. La decisione in commento, inoltre, guarda al modello generale di cui all'art. 19 l. n. 241 del 1990 laddove le tematiche settoriali oggetto del giudizio risultano disciplinate dall'art. 38, co. 2-bis, TUE, in base al quale le sanzioni (più lievi di quelle dettate per l'assenza del permesso) previste "in caso di annullamento del permesso di costruire si applicano anche agli interventi edilizi di cui all'art. 22, comma 3, in caso di accertamento dell'inesistenza dei presupposti per la formazione del titolo". La disposizione settoriale, beninteso, non introduce un caso di annullamento della segnalazione, ma si limita ad operare una equiparazione, quanto alle conseguenze sanzionatorie, della ben diversa ipotesi di "inesistenza della legittimazione del privato ad effettuare l'intervento" (così P. MARZARO GAMBÀ, *La denuncia di inizio dell'attività edilizia. Profili sistemati, sostanziali e processuali*, Milano, 2005, 262) ai casi di annullamento del permesso. Per effetto della disposta equiparazione (ai soli fini sanzionatori) dei casi di mancanza della legittimazione a realizzare l'intervento oggetto di s.c.i.a. all'ipotesi di annullamento del permesso di costruire, non possono trovare applicazione le (più gravi) sanzioni previste dall'art. 31 TUE bensì quelle (più lievi, e che a certe condizioni, consentono di conservare le opere) dettate dall'art. 38. In questo modo si è voluto evidentemente attribuire rilievo all'affidamento ingenerato nel privato (non solo nel caso di avvenuto rilascio del titolo, ma) anche nel caso di segnalazione che avrebbe dovuto essere negativamente riscontrata. Il rilievo dell'affidamento, dunque, non si spinge fino a contemplare la possibilità di non irrogare la sanzione, ma è frutto di una valutazione legale che incide non sull'"an", bensì sulla tipologia e sulla entità della sanzione da irrogare (si tratta invero di una considerazione dell'affidamento operata "a valle" dell'annullamento, ma anche di quella più efficace, posto che, secondo un indirizzo della giurisprudenza, quando si tratta di tutelare il territorio, l'annullamento, se non interviene a forte distanza di tempo, è giustificato dal solo interesse al ripristino della legalità: così Cons. St., Sez. V, 19 settembre 2008, n. 4538; Cons. St., Sez. IV, 12 marzo 2007, n. 1189; T.A.R. Sicilia, Palermo, 17 febbraio 2002, n. 359; Cons. St., Sez. V, 10 marzo 1999, n. 229). Non vi sarebbe, d'altronde, ragione di assicurare all'affidamento dell'interessato una tutela più forte nel caso di attività avviata sulla base della segnalazione dallo stesso presentata, e sulla quale l'amministrazione abbia omissso di esercitare entro il termine il potere di controllo e di inibizione, rispetto al caso di attività basata su un titolo espresso rilasciato dall'amministrazione (sul punto appare rilevante il principio enunciato dalla sentenza della IV Sez. del Consiglio di Stato, n. 1189 del 2007, secondo cui non occorre comparare gli interessi "quando l'annullamento sia derivato da comportamenti del soggetto che hanno indotto ad emanare un atto risultato, poi, illegittimo").

Sulle tematiche dell'autotutela vi sono stati ulteriori sviluppi normativi, ancora una volta contraddittori e non agevolmente decifrabili. Dapprima è intervenuta, come già ricordato, la disposizione (art. 25, comma 1, lett. b-bis) di cui alla legge di conversione del c.d. decreto “sblocca Italia” (legge 11.11.2014 n. 164, di conversione con modifiche del d.l. 12.9.2014 n. 133) delimitando l'operatività dell'autotutela alle sole ipotesi di cui al comma 4: ciò impedisce di riferirla (per la generalità dei casi) sia all'inibitoria oltre il termine che al potere sanzionatorio, come invece vorrebbero la dottrina⁸⁷ e la giurisprudenza fin qui prevalenti. La specificazione così dettata valeva dunque anche a neutralizzare il tentativo giurisprudenziale da ultimo analizzato da equiparare *quoad effectum* la s.c.i.a. al provvedimento espresso, per richiederne l'annullamento preventivamente all'irrogazione della sanzione⁸⁸.

In definitiva, vigente la disposizione dettata dalla l. n. 164 del 2014, la previsione sull'autotutela non era più invocabile al di là delle circoscritte ipotesi di cui al comma 4, e, perciò ad essa si poteva attingere solo per tutelare, anche oltre il termine perentorio fissato per il controllo e l'eventuale inibitoria, quegli specifici preminenti beni giuridici. Ma non poteva servire a far rivivere sempre e comunque un potere dal legislatore concepito “a tempo”, né a condizionare l'irrogazione delle sanzioni alla sussistenza dei presupposti propri dell'autotutela, trasformando in discrezionale una tipica manifestazione di attività vincolata.

Decorso dunque il termine fissato dal comma 3 dell'art. 19 (60 giorni, ridotti della metà per l'edilizia) residuavano, secondo il modello risultante della l. n. 164 del 2014:

- a) il potere inibitorio speciale *sine die* per i casi di dichiarazioni false o mendaci;
- b) il potere di autotutela, capace di far rivivere il potere inibitorio generale anche a termine spirato, ma unicamente a protezione dei c.d. interessi sensibili;
- c) il potere sanzionatorio, non “contaminato” dalla logica dell'autotutela.

L'esercizio di una tale gamma di poteri – ridimensionata ma pur sempre articolata – poteva essere sollecitato dagli interessati e sfociare, in caso di inerzia, nell'azione avverso il silenzio-inadempimento.

Il quadro risultante dall'art. 25 del c.d. decreto “sblocca Italia” è stato tuttavia notevolmente modificato per effetto dell'approvazione della legge 7 agosto 2015 n. 124 che, all'art. 6, detta nuove disposizioni, riscrivendo i commi 3 e 4 dell'art. 19 ed eliminando la appena introdotta delimitazione ai soli inte-

Anzi, si può ipotizzare che l'obbligo del cittadino di agire secondo i canoni di correttezza e buona fede nei contatti con l'amministrazione (in tema cfr. M. OCCHIANA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002, 313 ss.) debba avvertirsi in termini rafforzati quando, per scelta legislativa, il cittadino stesso sia posto in condizioni di produrre l'effetto già riservato alla fattispecie provvedimentale.

⁸⁷ A. TRAVI, *Dichiarazione*, cit., 363.

⁸⁸ Questa acquisizione è peraltro venuta meno per effetto della nuova modifica dell'art. 19 e dell'art. 21-*nonies* (di cui si è già riferito sopra).

ressi sensibili dell'intervento in autotutela. Inoltre, da un lato, si esclude, con la sola eccezione della materia edilizia (comma 6-*bis*), l'applicabilità del sistema sanzionatorio ordinario, dall'altro si chiarisce che il potere inibitorio generale sopravvive trasformato alla consumazione del termine di 60 giorni, potendo l'amministrazione intervenire anche dopo, sempre che ricorrano le condizioni di cui all'art. 21-*nonies*, secondo la cui nuova formulazione il termine ragionevole entro cui è ammesso l'intervento in sede di riesame è individuato in non più di "18 mesi dall'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici"⁸⁹.

⁸⁹ La scelta del legislatore della legge Madia è stata – in parziale controtendenza rispetto alle scelte operate pochi mesi prima con il c.d. decreto Sblocca-Italia – quella di mirare ad una *reductio ad unum* dei provvedimenti adottabili dalla p.a. riguardo ad una attività intrapresa alla stregua di una dichiarazione privata in funzione sostitutiva dell'atto di assenso, dopo la presentazione della stessa, nonché di obliterare – quasi del tutto – ogni differenza disciplinare tra i procedimenti che non involgono e quelli che involgono interessi sensibili.

In tale ottica il combinato disposto dei commi 3 e 4 dell'art. 19 (salve le ulteriori modifiche introdotte con il primo decreto attuativo: v. *infra*) è stato "semplificato" in quanto:

i) in caso di riscontrata carenza dei presupposti legittimanti, la p.a. deve adottare "motivati provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione degli eventuali effetti dannosi di essa", salvo che sia possibile conformare l'attività ai presupposti normativi della stessa;

ii) in quest'ultimo caso, l'amministrazione provvede a sospendere l'attività ed a prescrivere le misure necessarie alla regolarizzazione con assegnazione a tal uopo di un termine non superiore a trenta giorni (ma rileva notare che, a seguito del d.lgs. 30 giugno 2016, n. 126, il potere di sospensione è circoscritto all'ipotesi in cui vengano in rilievo interessi sensibili ovvero dichiarazioni false o mendaci);

iii) in caso di mancata conformazione alle prescrizioni della p.a., l'attività si intende senz'altro vietata;

iv) è stato espunto dal comma 4 qualsiasi riferimento agli interessi sensibili (riferimento reintrodotta, come detto, dal primo decreto attuativo nell'ambito del comma 3) sicché, decorso il termine di sessanta o trenta giorni, i provvedimenti di cui sopra possono essere adottati dalla p.a. "in presenza delle condizioni previste dall'art. 21-*nonies*", con la conseguenza che viene a cadere il discutibile e discusso riferimento all'art. 21-*quinquies*;

E' stato inoltre abrogato – ma non per la materia edilizia - il comma 2 dell'art. 21 nell'intento di limitare gli interventi da parte della p.a. a quelli previsti e disciplinati dal riformato art. 19.

Rileva, infine, la modifica dell'articolo 21-*nonies*, comma 1, nel senso che, per i provvedimenti di autorizzazione (dovendosi intendere il riferimento in modo ampio, come comprensivo anche delle fattispecie alternative a tale titolo espresso e quindi anche a quelle disciplinate dall'art. 19) e per quelli attributivi di vantaggi economici, il "termine ragionevole" per l'adozione di provvedimenti di secondo grado di carattere eliminatorio non può essere superiore a diciotto mesi. Tale termine non trova applicazione, in virtù di quanto stabilito dal "nuovo" comma 2-*bis* della norma in esame (introdotto dalla l. 7 agosto 1990, n. 124), con riguardo ai "provvedimenti amministrativi conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato".

A tale ultimo profilo si collegano, per altro verso, la riforma dell'art. 21-*quater* della legge sul procedimento, con l'introduzione di un termine finale anche per la durata del provvedimento

La previsione della possibilità di un intervento inibitorio anche dopo la scadenza del termine per l'esercizio del potere principale vede nella sostanza prevalere la linea che già considerava la cd. autotutela come una sorta di valvola di sicurezza azionabile a tutela di ogni interesse pubblico pur quando sia decorso il termine previsto per l'esercizio tempestivo del potere inibitorio generale. Valgono al riguardo, tuttavia, le considerazioni già svolte in ordine all'inconfigurabilità di un inadempimento giustiziabile anche rispetto ad un siffatto potere che, per quanto formalmente espunto dall'area delle determinazioni in via di autotutela, è concepito, al pari di queste ultime, come discrezionale, anche nell'*an*, e sottoposto alla medesima disciplina dettata dall'art. 21-*nonies*. Se poi, in continuità con la giurisprudenza già formatasi in vigenza della precedente formulazione del comma 3 dell'art. 19, prevarrà la diversa idea incentrata sulla ricerca di un recupero di spazi di intervento per l'amministrazione e per i terzi, si ritiene comunque che il potere che il giudice, su impulso del terzo, potrà ordinare di esercitare all'amministrazione rimasta inerte non potrà che essere quello (discrezionale) che sopravvive alla scadenza del termine di sessanta giorni, e non quello originario a contenuto vincolato, "consumato" dal decorso del tempo previsto per il suo esercizio, e che l'iniziativa del terzo non può riesumare⁹⁰.

Anche gli ultimi sviluppi normativi – che segnano un *revirement* a distanza di soli nove mesi negli indirizzi espressi dalla medesima maggioranza di governo sembrano, ad un primo esame, confermare che il solo tratto invariabile del tormentato modello di cui all'art. 19 è l'incertezza.

Quel che dopo la l. n. 124 del 2015 appare comunque sicuro è che il potere sanzionatorio sopravvive unicamente nella materia edilizia, la sola nella quale, dunque, può essere ancora oggetto di sollecitazione da parte del terzo, il quale, in questo modo, fa valere il proprio interesse alla effettività della regolazione, senza incorrere di regola nelle limitazioni proprie dell'autotutela.

Permane il potere di controllo e di inibizione-conformazione, nei termini in cui risulta configurato dalla legge, che pure può presentare una valenza multipolare⁹¹, e perciò il c.d. terzo, in quanto preso in considerazione dalla normazione sostanziale e rimediale, ha titolo per sollecitarne l'esercizio.

di sospensione dell'efficacia adottato in via cautelare dalla p.a. e l'abrogazione dell'art. 1, comma 136, della l. finanziaria per l'anno 2005 (l. 30 dicembre 2004, n. 311) che prevedeva una peculiare ipotesi di "autotutela a termine". Su questi ultimi sviluppi, cfr. A. AULETTA, *SCLA*, "codificazione" e "concentrazione" dei regimi amministrativi alla luce della riforma Madia, in S. TUCCILLO, a cura di, *Semplificare e liberalizzare. Amministrazione e cittadini dopo la legge 124 del 2015*, Napoli, 2016.

⁹⁰ Cfr. Tar Campania, Napoli, sez. IV, 5 aprile 2016, n. 1658, in www.giustizia-amministrativa.it; Tar Campania, Napoli, sez. II, 07 giugno 2016, n. 2855, in *Foro Amm.*, 2016, 6, 1615; Cons. Stato, sez. VI, 3 novembre 2016, n. 4610, www.giustizia-amministrativa.it.

⁹¹ È quanto presuppone la impostazione di G. GRECO, *Ancora sulla s.c.i.a.*, cit..

10. *Il potere inibitorio e l'oggetto del giudizio*

Per come sono formulate le disposizioni sostanziali e processuali che lo contemplan e lo presuppongono, può dunque dirsi che il potere inibitorio generale risulta configurato come un potere dettato anche a tutela dei c.d. terzi, che perciò hanno titolo per invocarne l'esercizio in sede procedimentale e giudiziale⁹².

Non si ritiene, tuttavia, che il sollecito delle verifiche sia in grado di produrre effetti anche con riguardo al potere inibitorio già esauritosi per decorso del termine. Diversa è la risposta proveniente al riguardo dallo stesso studioso che a suo tempo propose la soluzione del silenzio-diniego⁹³, il quale, beninteso, non mette in discussione la decadenza in cui è incorsa l'amministrazione ma riconosce al giudice il potere di far rivivere – attraverso l'effetto conformativo – il potere già esaurito, con “dissociazione” tra l'oggetto delle sollecitazioni (che non può riguardare un potere “consumato” ma solo i poteri che residuano “*sine die*”) e l'oggetto della tutela giurisdizionale (che riguarderebbe invece l'inerzia dell'amministrazione nel procedimento aperto con la s.c.i.a., e perciò anzitutto l'inibitoria). Si produrrebbe così anche una metamorfosi del giudizio sul silenzio, posto che il giudizio verterebbe su un potere non più nella sfera di disponibilità dell'amministrazione, laddove era stato ideato e disciplinato come un giudizio sul potere non esercitato ed in perdurante titolarità dell'amministrazione.

Nel valutare la praticabilità di una siffatta ricostruzione si deve tuttavia considerare che l'interesse pubblico è affidato alla cura dell'amministrazione sulla base del regime che il legislatore ha prescelto, anche per ciò che riguarda i termini per l'esercizio. Rispetto ad una disciplina così fatta e ad un interesse generale così determinato il terzo non dovrebbe poter ottenere più dell'attuazione del diritto obiettivo ed il giudice non potrebbe fare più di quanto non possa la stessa amministrazione cui la cura di quell'interesse è affidata, con condizioni e tempi che tengono conto del contemperamento degli interessi operato in sede normativa. Tra questi, l'affidamento del segnalante ha un suo specifico rilievo, imponendo un onere di tempestività e dell'azione amministrativa e della eventuale iniziativa in opposizione del terzo.

Nell'equilibrio tra gli interessi che l'art. 19 realizza – in combinazione con le singole discipline delle diverse attività – la posizione del terzo risulta espressamente considerata, anche attraverso la definizione degli strumenti di reazione e di sollecito.

Nell'ambito di un tale disegno, se al diretto interessato si chiede un'assunzione di responsabilità ai fini della semplificazione dell'avvio dell'attività, sembra ragionevole che al terzo si richieda di coltivare il suo (eventuale) interesse contrario

⁹² Altro è, come detto, distinguere la sede (generale o puntuale) nella quale i conflitti tra i diversi poli di interesse vengono risolti, con le eventuali implicazioni in tema di qualificazione delle posizioni soggettive.

⁹³ G. GRECO, *Ancora sulla s.c.i.a.*, cit., 664.

mediante iniziative da promuovere nel segno della rapidità, che gli impongono una particolare diligenza ma che non sembrano impossibili da attivare nei 60 giorni dall'inizio di una nuova attività, contestuale alla presentazione della segnalazione⁹⁴.

È la legge a delineare i contorni del potere, definendone condizioni, limiti e termini, ed in questo modo ripartisce i “costi sociali” delle scelte politiche, nel caso di specie della scelta semplificatrice.

Il giudice, chiamato all'attuazione del diritto obiettivo sull'azione del terzo, non può perciò far rivivere un potere esauritosi per mancato esercizio quando la legge ne abbia previsto il carattere temporaneo in ragione della ripartizione dei costi sociali prodotti dall'utilizzo del modello.

L'effetto conformativo⁹⁵ si produce facendo rivivere il potere solo se il terzo si è attivato entro il termine: unicamente in questo caso la pronuncia del giudice, ancorché intervenuta a termine scaduto, può avere effetti retroattivi⁹⁶, laddove

⁹⁴ Dell'avvio di una nuova attività non è difficile avvedersi, ma, sul piano della pubblicità degli atti, la s.c.i.a. andrebbe equiparata alle autorizzazioni o concessioni che, ai sensi dell'art. 23 lett. a) d.lgs. n. 33 del 2013, devono essere pubblicate sul sito istituzionale dell'amministrazione. Fermo restando che, nei singoli settori (e in quello edilizio in particolare) esistono già specifici obblighi di pubblicazione del “titolo”. Anche in campo edilizio, contrariamente all'opinione comune, che ribadisce regole pensate per la diversa ipotesi in cui l'attività sia stata autorizzata con un provvedimento (Cfr. Cons. St., Ad. Plen. n. 15 del 2011, cit., e in dottrina, tra gli altri, G. GRECO, *Ancora sulla s.c.i.a.*, cit., 669 ss.), è da ritenersi che chi vanta un potenziale interesse contrario sia tenuto, anche in ragione dell'obbligatoria pubblicità che si deve dare al “titolo”, a sollecitare tempestivamente l'intervento di controllo da parte dell'amministrazione, che ha carattere doveroso e potrebbe scongiurare il potenziale danno temuto dal terzo (l'uso della terminologia utilizzata dall'art. 688 ss. c.p.c. “procedimenti di nuova opera e di danno temuto” può valere anche a richiamare le regole in quel caso vigenti sia ai fini della delimitazione dei soggetti legittimati, che devono essere potenzialmente controinteressati in senso tecnico, sia ai fini della non rilevanza dell'attualità della lesione cfr. Cass., 30 luglio 1988, n. 4802). D'altronde, ove ciò per qualche motivo non accada (ed anche per l'ipotesi in cui, ancora una volta, gli inconvenienti pratici legati alla soluzione proposta dovessero prevalere sulle ragioni di sistema), il terzo potrà pur sempre agire per la tutela dei suoi diritti davanti al giudice ordinario ovvero sollecitare l'amministrazione ad esercitare i poteri “residui”, la cui estensione, ancorché da ultimo ridimensionata, appare ancora non trascurabile ed utile ad impedire la prosecuzione di attività avviate sulla base di dichiarazioni travisate, e potrà consistere ancora – ma nella sola materia edilizia – nell'irrogazione di sanzioni, anche con effetti ripristinatori, previste nelle ipotesi equiparabili ai casi di svolgimento dell'attività in carenza dell'atto di assenso dell'amministrazione o in difformità da esso. Sulle diverse possibili interpretazioni dell'art. 21, cfr. E. BOSCOLO, *Commento all'art. 21*, cit.; PULITANÒ, *Commento all'art. 21*, in *Procedimento e diritto di accesso agli atti amministrativi*, a cura di V. ITALIA-M. BESSANI, Milano, Sez. II, 507 ss..

⁹⁵ C.E. GALLO, *L'articolo 6*, cit., il quale richiama una risalente giurisprudenza sull'annullamento dell'atto negativo di controllo che farebbe rivivere l'originario potere da esercitare entro un termine di decadenza.

⁹⁶ *Contra* G. GRECO, *Ancora sulla s.c.i.a.*, cit., 661 ss. In giurisprudenza, T.A.R. Puglia Lecce, Sez. III, 18 settembre 2013, n. 1937; Cons. St., Sez. IV, 6 dicembre 2013, n. 5822; T.A.R. Piemonte, Sez. III, 1° luglio 2015 n. 1114. In senso contrario, v. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, 5 aprile 2016, n. 1658, secondo cui la “sollecitazione” deve essere formulata prima della scadenza del ter-

negli altri casi incontra il “limite esterno” costituito dalla irrevertibile decadenza del potere per il decorso di termini perentori⁹⁷. L'azione per attivare il potere generale di inibire l'attività può dunque, essere proposta soltanto qualora il terzo abbia sollecitato entro il termine l'esercizio del potere: la tutela accordata costituisce il fedele riflesso della configurazione del potere e delle situazioni soggettive coinvolte, e quindi anche i canoni costituzionali possono dirsi rispettati. In caso contrario, e cioè affidando al giudice amministrativo il potere di far rivivere un potere già esaurito (con una sorta di “dissociazione” tra l'oggetto delle sollecitazioni e l'oggetto della tutela giurisdizionale⁹⁸) si darebbe vita ad un sistema di tutela che appare in verità sbilanciato sul versante del giudice amministrativo, sul quale ancora una volta vengono scaricate tutte le tensioni di un sistema che vive una incerta e confusa fase di trasformazione.

11. *Una s.c.i.a. più chiara*

Il modello a controllo successivo è un ibrido da governare, riducendo al minimo le contraddizioni tra l'istanza della libertà del privato e l'esigenza di effettività della regolazione amministrativa. È stato a lungo un fertile terreno di sperimentazione, che è valso a chiarire anche non pochi essenziali profili di diritto amministrativo generale (atto ricognitivo e posizioni soggettive implicate; ammissibilità dell'azione di accertamento, ecc.), ma la semplificazione e la liberalizzazione, che ne costituisce la misura massima, dovrebbero diventare anche una sorta di canone ermeneutico. Nel senso che andrebbe orientata l'interpretazione verso la soluzione meno gravosa per il cittadino, anzitutto per il cittadino che intraprende, che deve essere la più semplice dal punto di vista strutturale e funzionale, e pure della intelligibilità da parte degli operatori, anche di altri paesi. Altrimenti, per dirla con Wittgenstein, non si aiuta la mosca a uscire dalla bottiglia.

Il passaggio del controllo *ex ante* al controllo *ex post* presuppone ed indica la consapevolezza ideologica della preesistenza dei diritti rispetto al potere⁹⁹ ed appare coerente con l'idea che il potere in senso sostanziale sia solo quello discrezionale¹⁰⁰.

mine previsto per l'inibitoria, poiché, diversamente opinando, sarebbe idonea a “riportare in vita” un potere ormai estinto.

⁹⁷ Su questo aspetto mi permetto un richiamo a F. LIGUORI, *Annullamento dell'atto negativo di controllo: decadenza del potere o del processo?*, commento a Cons. St., Sez. V, 8 luglio 1995, n. 1034 in *Dir. proc. amm.*, 1996, 719.

⁹⁸ Così G. GRECO, *Ancora sulla s.c.i.a.*, cit., 664.

⁹⁹ Così F. MERUSI, *La semplificazione: problema legislativo o amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2007, 689.

¹⁰⁰ Per tutti F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, Agg., VI, Milano, 2002, 80 ss.

Ma la preziosa acquisizione rischia di essere smarrita se si traduce, sul piano dell'effettività, nella ingestibilità del modello generale ideato per concretizzarla.

Le complicazioni del modello, con le conseguenti diffidenze in ambito economico e sociale verso le soluzioni incentrate sull'autoresponsabilità dell'interessato, ma anche l'affinamento delle tecniche per stanare (e surrogare, quando è vincolato) il potere rimasto inerte, danno vita, almeno in un ordinamento come quello italiano, a forti perplessità e giustificano perfino l'idea che sia più liberalizzante un titolo frutto di un controllo *ex ante* rispetto alle soluzioni pasticciate e contraddittorie incentrate sull'utopia della libertà di intraprendere senza chiedere il preventivo permesso, che in realtà si rivelano essere una semplificazione solo per l'amministrazione, che "scarica" sul privato una messe di adempimenti istruttori e la relativa responsabilità¹⁰¹.

La soluzione però non può più essere il ritorno indiscriminato al controllo *ex ante*, anche se reso più garantistico dalla riduzione della discrezionalità e dall'affinamento dei rimedi contro l'inerzia: il regime autorizzatorio deve ormai costituire per il diritto europeo un'eccezione ammissibile solo per motivi imperativi di interesse generale, e nel rigoroso rispetto del principio di proporzionalità.

Nonostante l'inefficienza del modello pensato per tradurlo in pratica, il cambiamento profondo dei rapporti tra Stato e mercato e tra diritti economici e cura dell'interesse pubblico è diventato comunque un dato di principio.

Le tecniche normative utilizzate per l'affermazione della priorità e prevalenza dei diritti (anzitutto del diritto d'impresa) sono, per usare un eufemismo, largamente perfettibili. La "pigrienza del legislatore", che si autorelega nella scrittura di norme generalissime senza incidere sulle singole discipline di stampo amministrativo per abrogarle, o almeno adeguarle ai nuovi principi, e nella riscrittura continua e contraddittoria del modello generale dettate dall'art. 19 l. 241/1990 costituisce un serio ostacolo all'effettività delle intenzioni di liberalizzare.

Lo strumento centrale della s.c.i.a. continua a presentare contraddizioni notevoli, sia perché fatta oggetto di continui e contraddittori rimaneggiamenti che ne rendono complesso l'utilizzo, sia perché, in particolare, la previsione in tema di autotutela – sulla quale, sul corso degli ultimi mesi, il legislatore è intervenuto due volte di seguito, seguendo logiche sensibilmente diverse, senza risolvere, a quanto sembra, i veri nodi della questione – rischia di farle smarrire la sua funzione di liberalizzazione ed anche la sua stessa natura di atto privato. Anche i meccanismi pensati per assicurare la tutela dei c.d. terzi nell'ambito della giustizia amministrativa, probabilmente non strettamente necessari, non possono comunque essere forzati oltre misura, in una visione panprocessualamministrativa. Per non snaturare del tutto l'istituto e per restituirgli credibilità (non è detto che basti, ma) sarebbe per certo utile attribuire alle cose i contenuti che il

¹⁰¹ B.G. MATTARELLA, *La s.c.i.a., ovvero dell'ostinazione del legislatore pigro*, cit..

loro stesso nome indica, interrompendo una tendenza a stravolgere i connotati di ogni istituto quando riferito al modello d.i.a.-s.c.i.a.

In questa chiave l'autotutela altro non dovrebbe essere che il potere di riesaminare i provvedimenti già eventualmente emanati e non il potere inibitorio, anch'esso ibridato, giacché il suo esercizio viene condizionato dalla sussistenza delle ragioni di interesse pubblico, dalla ragionevolezza del termine in cui interviene e dalla considerazione degli interessi dei destinatari e dei controinteressati (argomento *ex art. 21-nonies*)¹⁰²; allo stesso modo la logica dell'autotutela non dovrebbe "contaminare" il potere sanzionatorio, per sua natura doveroso e vincolato; e così l'oggetto del giudizio sull'obbligo di provvedere non dovrebbe essere diverso ("dissociato") dall'oggetto dei solleciti dei terzi che lo hanno originato; ed ancora lo stesso giudizio, in quanto volto ad accertare l'obbligo per l'amministrazione di esercitare un potere nella sua disponibilità, non dovrebbe essere trasformato in una sua versione alterata al fine di attribuirgli la capacità di riesumare poteri già estinti; e la stessa semplificazione-liberalizzazione, infine, non dovrebbe mutarsi nel suo opposto, o almeno non dovrebbe essere così tortuosa come fin qui è accaduto nello strano caso della d.i.a.-s.c.i.a.

L'istituto, espressione potenzialmente efficace di un diverso equilibrio tra diritti e potere, merita di essere valorizzato, ma occorre depurarlo dalle scorie accumulate nei suoi primi travagliati venticinque anni di vita.

¹⁰² Così G. GRECO, *Ancora sulla s.c.i.a.*, cit., 646. Per questo aspetto la l. n. 124 del 2015 apporta una correzione almeno sul piano terminologico, attraverso la riconduzione dell'intervento oltre il primo termine al medesimo potere inibitorio generale, per quanto esercitabile solo in presenza delle condizioni previste per l'autoannullamento.

Abstract

The long crooked way: from administrative authorizations to the new report of certified beginning of activity.

by Fiorenzo Liguori

The paper examines the evolution of authorizations aimed at legitimizing private activities, and the trend to replace permissive measures adopted by public administration with options inspired by liberalization and priority of ex post control. Among the several meanings of liberalization processes, the model laid down by art. 19, Law. N. 241/1990 will be analyzed as paradigm of simplification with 'liberalizing effects'. The tool, represented by a prior communication to the public administration to be fulfilled in order to allow the beginning of private activities, will be assessed with regard to the following subjects: the legal nature of the notification; the judicial protection of third parties; the different functions allocated to the public authority. The paper undelines that the model at issue still shows remarkable contradictions, due to continuous changes in legislation – even the one occurred in 2016 within the scope of the so called Madia Reform - that make complex its use, in particular by distorting the essential features of the different legal instruments involved in the matter, such as administrative self-defence, sanctioning powers and judicial review on the public obligation to provide.

La cooperazione pubblico-privato nel governo dell'economia e l'instabilità delle decisioni pubbliche

di Aristide Police

SOMMARIO: 1. Una necessaria premessa sul problema dell'instabilità delle decisioni pubbliche. – 2. I diversi fattori che generano la instabilità delle decisioni pubbliche. – 2.1. La volatilità delle decisioni politiche, ovvero di Ulisse e delle Sirene. – 2.2. La libertà di cambiare idea, ovvero dei poteri unilaterali di autotutela delle pubbliche Amministrazioni. – 2.3. Il dovere di cambiare idea, ovvero del costo della garanzia giurisdizionale sulla legittimità delle scelte pubbliche. – 3. Le recenti riforme legislative Italiane per garantire l'affidamento dei privati e la stabilità delle decisioni pubbliche. – 3.1. Le novità in tema di autotutela amministrativa e suoi limiti. – 3.2. Le novità in tema di tutela amministrativa giurisdizionale, in particolare nella materia dei contratti pubblici. – 3.3. Le novità in tema di giurisdizione amministrativo-contabile e gli ostacoli conseguenti alla funzione giurisdizionale ordinaria.

1. *Una necessaria premessa sul problema dell'instabilità delle decisioni pubbliche*

L'occasione di questo studio¹ consente di affrontare un tema molto significativo e comune sia all'agenda della politica economica e della politica industriale, sia all'approfondimento degli studiosi di discipline giuridiche pubblicistiche.

Nell'affrontare questo tema, in molti studi si mette giustamente in luce l'importanza degli strumenti finanziari come necessaria condizione di ogni iniziativa di politica industriale per la realizzazione di grandi infrastrutture o di infrastrutture strategiche²; dall'altro, si è sottolineata la non minore importanza di modelli contrattuali comuni e degli assetti negoziali evoluti che disciplinano fra le parti l'equilibrio dell'investimento per la realizzazione delle infrastrutture³.

In questo lavoro non si ritornerà sul tema del finanziamento, né sul tema giuridico più propriamente civilistico dei rapporti contrattuali e dei modelli

¹ Un Intervento in memoria del centenario della nascita del Prof. Vittorio Ottaviano (Catania, settembre 2016).

² Sul punto le fondamentali considerazioni di V. OTTAVIANO, *Argomenti a favore di una configurazione pubblicistica del credito agevolato*, in *Studio in onore di A. Amorth*, vol. I, 449 ss. ed ora in *Scritti Giuridici*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1992, 391 ss.

Per una prospettiva attuale sia consentito il rinvio al mio *Infrastrutture, Crisi economica e ruolo del Project Financing e dei Project Bonds*, nel volume *Crisis económica y crisis del estrado de bienestar. El papel del Derecho Administrativo*, atti del XIX Congresso Italo Spagnolo dei professori di Diritto amministrativo, a cura di J.L. Piñar Mañas, Editorial Reus, Madrid, 2013, 223 ss., ed in *Munus*, 2013, 221 ss.

³ Tema questo che coinvolge la riflessione sia degli studiosi di diritto civile, sia dei cultori della contrattualistica pubblica.

contrattuali come efficaci strumenti di governo dell'economia nazionale ed europea.

Il tema che si approfondirà in queste pagine è un altro (ma non meno importante) presupposto fondamentale perché il rapporto pubblico-privato, soprattutto nella realizzazione e nella gestione delle infrastrutture (ma il discorso può valere anche in termini più generali), possa avere una concreta speranza di successo e costituire modello significativo di governo delle dinamiche economiche e dei mercati.

Non basta infatti la disponibilità delle risorse finanziarie e la agevole accessibilità al credito, non basta la certezza dei rapporti giuridici di diritto privato⁴: l'ulteriore presupposto fondamentale perché la relazione pubblico-privato si sviluppi in termini di investimento da un lato e di *output* (cioè di realizzazione del risultato infrastrutturale) dall'altro, è la stabilità delle decisioni di parte pubblica⁵.

Nel rapporto pubblico-privato abbiamo infatti una profonda disomogeneità dei processi decisionali per la realizzazione di investimenti e di infrastrutture. Nei processi decisionali di parte privata, delle imprese in sostanza, l'imprenditore assume le proprie decisioni in modo stabile, fondandosi sull'autonomia negoziale, senza vincoli esterni che non siano il perseguimento e la massimizzazione del proprio profitto nel rispetto della liceità delle condotte e nel rispetto alle regole dell'ordinamento generale; decisioni che possono rimanere sostanzialmente stabili ed intangibili solo sulla base della volontà di chi le assume.

Il soggetto privato assume una decisione e la pone in atto obbligandosi con un contratto e questa sua decisione può restare ferma almeno fino a quando egli non cambia la sua volontà, e sempre che la possa cambiare laddove non sia viceversa vincolato dal contratto a tenerla ferma. L'obbligazione contrattuale, essendo bilaterale o plurilaterale, non consente al singolo di cambiare idea unilateralmente. Questo assicura la stabilità della decisione privata, o se volete la sua immutabilità salvo la concorrente volontà di tutte le parti.

Non così le decisioni assunte nella sfera pubblica o anche nella più vasta area felicemente definita come Arena pubblica⁶.

⁴ Rapporti negoziali che richiedono peraltro sedi giurisdizionali o giustiziali adeguate.

⁵ Sul punto precursore era stato V. OTTAVIANO, *Garanzie apprestate all'iniziativa privata da un sistema contrassegnato dall'intervento pubblico nel mondo economico*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, *La regolazione del mercato*, Cedam, Padova, 1979, 435 ss. ed ora in *Scritti Giuridici*, vol. II, cit., 53 ss. e già prima, sia pure solo in una prospettiva di garanzia assicurata dal principio di riserva di legge, in *Intervento statale, mercato ed impresa*, in *Crisi e riforma dell'impresa*, Cacucci, Bari, 1977, 197 ss. ed ora in *Scritti Giuridici*, vol. II, cit., 11 ss.

⁶ Il riferimento è al bel saggio di S. CASSESE, *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir pubbl.*, 2001. 601 ss.

2. I diversi fattori che generano l'instabilità delle decisioni pubbliche

2.1. La volatilità delle decisioni politiche, ovvero di Ulisse e delle Sirene

Nell'ambito del processo decisionale pubblico, invece, questa stabilità della decisione è messa a rischio ripetutamente.

In primo luogo per il fatto che la decisione pubblica, soprattutto se riguarda scelte strategiche (come sono la parte più qualificante e significativa delle scelte infrastrutturali), ha un legittimo fondamento di natura politica. La scelta infrastrutturale talvolta – anzi spesso – è influenzata da una decisione di tipo politico relativa all'assetto o allo sviluppo di un territorio, alla pianificazione urbanistica di un'area, alle prospettive di sviluppo sociale e commerciale di un'intera nazione.

Ne segue che i mutamenti della sfera decisionale politica –mutamenti ciclici nei percorsi democratici– sia per eventi naturali (si pensi alle elezioni a scadenza di mandato) sia per eventi traumatici (pensiamo a vicende traumatiche connesse a crisi politiche o addirittura a sovvertimenti dell'ordine democratico), ebbene tali mutamenti possono segnare mutamenti significativi delle politiche pubbliche ed in particolare di quei disegni che hanno natura e portata strategica. Tutto ciò può mettere a rischio (se l'ordinamento non offre significative garanzie generali) la stabilità delle decisioni pubbliche. Ed una decisione strategica in materia infrastrutturale assunta da un Governo, viene annullata o significativamente modificata dal Governo successivo.

Il ciclico mutamento del quadro politico proprio degli ordinamenti democratici può essere dunque primo fattore dell'instabilità della decisione pubblica, una decisione che peraltro difficilmente è riconducibile a modelli di razionalità⁷ e che giustamente rievoca l'immagine omerica dell'Ulisse e delle Sirene, di un decisore pubblico che sprovvisto della saggezza dell'eroe epico non sopporta il peso dei vincoli e non ha il coraggio di chiedere di esser legato per resistere al canto delle Sirene⁸.

⁷ Si fa riferimento ad una instabilità che da lungo tempo gli economisti studiano come fattore di incertezza di tutti gli agenti economici, ivi inclusi i decisori pubblici. Non è certo questa la sede per soffermarsi sul pensiero classico di Ricardo, di Marx o di Keynes. Né si può soffermare l'attenzione sui modelli di decisioni pubbliche come quello "a razionalità limitata" di H.A. SIMON (tra gli altri *Rationality as Process and as Product of Thought*, in *American Economic Review*, vol. 2, 1968, 1 ss.), o quello incrementale di C.E. LINDBLOM (*The Intelligence of Democracy*, Macmillan, New York, 1965), o il *garbage can model* di M.D. COHEN, J.C. MARCH e J.P. OLSEN (*Garbage Can Model of Organizational Choice*, in *Administrative Science Quarterly*, vol. 17, no. 1, 1972, 1 e ss.). Si vedano per un approfondimento i due volumi di J.E. STIGLIZ, *Economia del settore pubblico*, Hopeli, Milano, 2003. Si veda anche il saggio di D. PIANA, *La complessità dei processi decisionali e i limiti del dibattito sulla razionalità*, in *Riv. it. politiche pubbliche*, no. 1, 2002, 137 e ss.

⁸ Il riferimento è ai due bei saggi di J. ELSTER, *Ulysses Unbound*, Cambridge, 1979, (trad. it., II ed., Il Mulino, Bologna, 2008) ed al noto *Ulysses and the Sirens. Studies in Rationality and Irrationality*, Cambridge, 1985 (trad. it. Il Mulino, Bologna, 2005).

2.2. *La libertà di cambiare idea, ovvero dei poteri unilaterali di autotutela delle pubbliche Amministrazioni*

Un secondo fattore d'instabilità della decisione pubblica è dato dallo stesso apparato amministrativo.

Come è ben noto, soprattutto nei Paesi a diritto amministrativo continentale, le Amministrazioni pubbliche, assunta una scelta, una decisione amministrativa, hanno sempre la facoltà di ripensarci, il potere di cambiare idea, tecnicamente un potere di autotutela a mezzo di provvedimenti di auto-annullamento o di revoca unilaterale a seguito del riesame delle decisioni precedentemente assunte⁹.

Quanto all'annullamento, Non ci si riferisce qui tanto ad ipotesi straordinarie¹⁰, quanto al generale potere di annullamento di cui è titolare ogni pubblica Amministrazione, nell'esercizio dei poteri di autotutela. Ci si riferisce alla previsione dell'art. 21 *nonies* della legge n. 241 del 1990¹¹, che ha disciplinato e ricondotto alla tipicità modalità e forme di esercizio del potere di autoannullamento già pacificamente riconosciute in giurisprudenza ed in dottrina.

Come è noto, secondo il primo comma, “il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'articolo 21-*octies* può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge”, ciò facendo “salva la possibilità di convalida del provvedimento annullabile”.

L'unico elemento di novità introdotto dalla originaria previsione normativa rispetto alla tradizione ed ai principi era rappresentato dalla espressa previsione secondo cui all'annullamento d'ufficio l'amministrazione può procedere entro un

⁹ Per una ricostruzione si veda lo studio monografico di A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1991.

¹⁰ Il riferimento è all'annullamento a seguito dell'esercizio di poteri di controllo (governativo, ovvero regionale); si pensi ancora all'annullamento disposto a seguito dell'esercizio di poteri di approvazione ed all'annullamento conseguente al riesame sollecitato dai ricorsi amministrativi; si pensi infine all'annullamento disposto in accoglimento di un ricorso straordinario al Capo dello Stato.

¹¹ Per un approfondimento oltre alle non superate voci di S. ROMANO, *Annullamento degli atti amministrativi* (agg. da G. MIELE), in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1957, I, 642 ss.; F. BENVENUTI, *Autotutela (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, II, Giuffrè, Milano, 1959, 537 ss. e di E. CANNADA BARTOLI, *Annulabilità ed annullamento (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, II, Giuffrè, Milano, 1958, 484 ss.; sia consentito il rinvio ad A. POLICE, *Annulabilità ed annullamento (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, Annali, I, Giuffrè, Milano, 2007, 49 ss.

Sempre di recente con taglio monografico G. *Profili evolutivi dell'autotutela amministrativa*, Cedam, Padova, 2004; P.M. VIPIANA, *Invaldità, annullamento d'ufficio e revoca degli atti amministrativi*, Cedam, Padova, 2007; R. MUSONE, *Annullamento d'ufficio degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Aracne, Roma, 2012; S. D'ANCONA, *L'annullamento d'ufficio tra vincoli e discrezionalità*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015.

termine ragionevole dall'emanazione dell'atto. E la novità consiste nel fatto che se già in passato non erano mancate pronunce giurisdizionali che circoscrivevano il potere di annullamento di ufficio in termini ragionevoli, si rinvenivano del pari decisioni nelle quali si affermava la imprescrittibilità del potere di autotutela¹². È grazie a tale previsione che la giurisprudenza amministrativa ha potuto ad esempio ritenere illegittimo l'esercizio di poteri di autoannullamento di una procedura ad evidenza pubblica a distanza di circa tre anni dalla intervenuta aggiudicazione¹³.

Il legislatore, però, in origine non aveva indicato un preciso o rigido termine entro il quale l'esercizio del potere di autoannullamento dovesse ritenersi ragionevolmente esercitato ed era quindi rimessa all'interprete la individuazione dei criteri alla cui stregua affermare la ragionevolezza (o meno) del termine entro cui procedere in via di autotutela.

Il giudizio sulla ragionevolezza del termine dipendeva quindi dalle circostanze concrete e da una valutazione di prudente bilanciamento tra la protezione degli interessi del privato, quali si sono concretizzati a seguito della emanazione dell'atto e la cura dell'interesse pubblico. Un limite di tempo massimo (ma molto lungo, di ben tre anni) era stato previsto solo nel caso di annullamento di ufficio per "i provvedimenti incidenti su rapporti contrattuali o convenzionali con privati"¹⁴.

Tale soluzione come è ben intuibile non era in grado di assicurare certezza e stabilità nei rapporti tra pubblico e privato e non costituiva sufficiente garanzia all'affidamento ingenerato nei privati e nella stabilità del rapporto tra essi e le Amministrazioni pubbliche¹⁵.

Ancora maggiori perplessità suscitava il potere di revoca dei provvedimenti amministrativi per sopravvenute ragioni di opportunità.

Il generale potere di revoca di cui è titolare ogni pubblica Amministrazione¹⁶, così come poi disciplinato dall'art. 21 *quinquies* della legge n. 241 del 1990

¹² Così, ad esempio, Cons. St., Sez. VI, 30 ottobre 1981, n. 547.

¹³ Così Cons. St., Sez. V, 19 giugno 2006, n. 3576.

¹⁴ Il riferimento è all'art. 1, co. 136, della legge 30 dicembre 2004, n. 311 recante *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato* (legge finanziaria per l'anno 2005), a tenore del quale "... può sempre essere disposto l'annullamento di ufficio di provvedimenti amministrativi illegittimi, anche se l'esecuzione degli stessi sia ancora in corso. L'annullamento di cui al primo periodo di provvedimenti incidenti su rapporti contrattuali o convenzionali con privati deve tenere indenni i privati stessi dall'eventuale pregiudizio patrimoniale derivante, e comunque non può essere adottato oltre tre anni dall'acquisizione di efficacia del provvedimento, anche se la relativa esecuzione sia perdurante".

¹⁵ Su cui si ricorda lo studio di M. PROTTO, *Il rapporto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2008.

¹⁶ Per un approfondimento oltre alle voci di R. ALESSI, *Revoca (dir. amm.)*, in *Noviss. dig. it.*, XV, Utet, Torino, 1976, 802 ss.; A. PAPARELLA, *Revoca (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XI, Giuffrè, Milano, 1989, 204 ss.; P. SALVATORE, *Revoca degli atti, III) Revoca degli atti amministrativi*, in *Enc. giur.*, XXVII, Ist. Enc. It., Roma, 1991; si vedano altresì G. GHETTI, *Brevi note intorno alla revoca dell'atto amministra-*

nella sua originaria formulazione¹⁷, prevedeva che per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto o di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, il provvedimento amministrativo ad efficacia durevole potesse essere revocato da parte dell'organo che lo aveva emanato (ovvero da altro organo previsto dalla legge). La revoca determinava quindi la inidoneità del provvedimento revocato a produrre ulteriori effetti.

Unico temperamento che il legislatore aveva previsto ove la revoca comportasse pregiudizi in danno dei soggetti direttamente interessati, era l'obbligo per l'Amministrazione di provvedere al loro indennizzo. Tale temperamento veniva peraltro successivamente contenuto con la introduzione di un comma 1-bis, secondo cui "ove la revoca di un atto amministrativo ad efficacia durevole o istantanea (...) incida su rapporti negoziali, l'indennizzo liquidato dall'amministrazione agli interessati è parametrato al solo danno emergente e tiene conto sia dell'eventuale conoscenza o conoscibilità da parte dei contraenti della contrarietà dell'atto amministrativo oggetto di revoca all'interesse pubblico, sia dell'eventuale concorso dei contraenti o di altri soggetti all'erronea valutazione della compatibilità di tale atto con l'interesse pubblico"¹⁸.

In ogni caso e comunque, come si è accennato, le decisioni pubbliche, essendo revocabili o annullabili in modo unilaterale (e quindi non consensuale), potevano essere costantemente messe a rischio nella loro stabilità rispetto agli interlocutori privati.

2.3. *Il dovere di cambiare idea, ovvero del costo della garanzia giurisdizionale sulla legittimità delle scelte pubbliche*

Una terza dimensione di instabilità è rimessa all'esercizio del sindacato o del controllo giurisdizionale sugli atti dell'Autorità.

In molti paesi a tradizione del diritto amministrativo il giudice (sia esso speciale come in Italia, sia esso un giudice ordinario come in molti paesi nell'esperienza costituzionale anglosassone) ha un potere di incidere sulla validità e sulla permanenza di un atto, di una decisione pubblica, che si assume legittima o meno.

tivo, in *Scritti in memoria di Aldo Piras*, Giuffré, Milano, 1996, 302 ss.; S. STAMMATI, *La revoca degli atti amministrativi. Struttura e limiti: linee dell'evoluzione*, in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, II, Giuffré, Milano, 1987, 597 ss.

¹⁷ Come si ricorderà l'articolo fu inserito dall'art. 14, comma 1, L. 11 febbraio 2005, n. 15.

Per un commento si vedano M. IMMORDINO, *Articolo 21-quinquies: revoca del provvedimento*, nel volume a cura di N. Paolantonio et al., *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Giappichelli, Torino, 2005, 485 ss.; S. FANTINI, *Art. 21-quinquies, l. n. 241/1990*, nel volume a cura di A. Bartolini et al., *Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità*, Roma, 2010, 558 ss.

¹⁸ Come si ricorderà il comma fu inserito dall'art. 12, comma 4, D.L. 31 gennaio 2007, n. 7..

Ebbene, a prescindere dalle discussioni che ciclicamente negli studi italiani in materia di giustizia amministrativa si ripropongono quanto alla sopravvivenza di una “giurisdizione speciale” del giudice amministrativo¹⁹ ovvero quanto alla opportunità di procedere in direzione della unificazione della giurisdizione per tutte le controversie nei confronti delle pubbliche Amministrazioni²⁰, ai fini del presente approfondimento ciò che conta è l’impatto molto significativo e negativo che una giurisdizione di annullamento di atti e decisioni amministrative comporta sullo sviluppo economico del Paese.

Con una serie di interventi di autorevoli personalità politiche infatti si è ripetutamente posta in dubbio l’utilità della giurisdizione amministrativa ed anzi ne hanno contestato la stessa esistenza, considerando il sindacato di legittimità che questo giudice esercita da oltre un secolo come un insopportabile ostacolo allo sviluppo economico del Paese e come un freno alla sua crescita²¹.

Si è presa in esame in dottrina la necessità di una “fuga dalla giustizia amministrativa”²², intravedendo in essa un ostacolo alla stabilità delle scelte strategiche di investimento infrastrutturale nel Paese.

3. *Le recenti riforme legislative Italiane per garantire l’affidamento dei privati e la stabilità delle decisioni pubbliche*

Da quanto sin qui illustrato si può sostanzialmente concludere che la decisione pubblica, rispetto alla decisione privata, nel rapporto pubblico-privato ha tre gravi fattori di instabilità: il fattore politico, il fattore amministrativo della c.d. possibilità o facoltà di autotutela e il fattore giurisdizionale, cioè la possibilità per un giudice di annullare o sospendere l’efficacia di decisioni pubbliche.

Questi tre fattori d’instabilità sono altrettanti elementi di disincentivo rispetto alle scelte d’investimento del privato in iniziative con il settore pubblico: ciò perché l’incertezza dell’investimento (in termini economici il “rischio”

¹⁹ Il pensiero corre subito a M. NIGRO, *È ancora attuale una giustizia amministrativa?* In *Foro It.*, 1983, V, 249 ss. o alle pagine del caro A. ROMANO TASSONE, *Intervento al dibattito sulla crisi della Giustizia Amministrativa*, in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁰ Si vedano le belle pagine di G. PASTORI, *Per l’unità e l’effettività della giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, 921 ss. e di A. TRAVI, *Per l’unità della giurisdizione*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 380 ss.

²¹ Si pensi all’intervento di Romano Prodi, *Abolire Tar e Consiglio di Stato per non legare le gambe all’Italia*, articolo apparso su *Il Messaggero*, *Il Mattino* e *Il Gazzettino* 11 agosto 2013. Ma il tema è stato poi ripreso dal Presidente del Consiglio Matteo Renzi in più occasioni, sin da una intervista del novembre 2013, in cui aveva dichiarato “abolire il Tar e la giustizia amministrativa unificando le giurisdizioni significa recuperare due punti di Pil” (*Servizio pubblico*, La7, 8 novembre 2013); si veda sul punto *Matteo Renzi alla guerra dei Tar*, in www.formiche.net, 22 aprile 2014.

²² Il riferimento è all’appassionato intervento di F. SATTA, *Fuga dalla giustizia amministrativa*, in questa *Aperta Contrada*, dicembre 2013.

dell'investimento) aumenta in modo esponenziale proprio per questi tre fattori di instabilità.

Allora perché il partenariato pubblico-privato abbia maggiori *chances* di successo, maggiori possibilità di investimento da parte di chi impiega risorse private, maggiori possibilità di attrazione di risorse e di realizzazioni, è opportuno agire contenendo questi rischi di instabilità della decisione pubblica a garanzia di un principio fondamentale – che è proprio dei rapporti tra privati ma che è anche tipico dei rapporti tra soggetti pubblici e privati – che è quello della buona fede o dell'affidamento dei privati rispetto alle condotte anche dei soggetti pubblici.

La tutela dell'affidamento può quindi costituire una ragione o un motivo per garantire maggiore stabilità alle decisioni pubbliche di tipo strategico-infrastrutturale²³.

3.1. *Le novità in tema di autotutela amministrativa e suoi limiti*

Su questo fronte l'esperienza italiana, sia pur con molta fatica, può essere interessante. Nel nostro ordinamento infatti sono state assunte alcune importanti scelte legislative, e potrebbero esser condivise soluzioni giurisprudenziali idonee ad assicurare un maggior grado di stabilità delle scelte strategiche pubbliche in grado di assicurare una un maggior grado di tutela dell'affidamento degli investitori privati.

Quanto ai recenti interventi del Legislatore italiano, sul finire della precedente legislatura (su iniziativa dell'esecutivo Monti) e nei due esecutivi di questa legislatura (il Governo Letta e soprattutto il Governo Renzi), essi si sono concentrati su due linee di azione, da un altro si è intervenuto sulla portata ed i limiti del potere di autotutela dell'Amministrazione, dall'altro si è operato con l'introduzione alla preclusione di poteri di annullamento giurisdizionale soprattutto in materia di contratti pubblici per la realizzazione di infrastrutture strategiche.

Con riguardo alla prima linea di azione, la principale misura che è stata adottata da parte del Legislatore a mezzo di decretazione d'urgenza, quindi con decreti legge del Governo poi convertiti in legge dal Parlamento, è una misura legislativa che limita i poteri di autotutela e quindi di auto-annullamento delle decisioni pubbliche da parte dell'amministrazione.

Il legislatore recente, con la legge n. 124 del 2015 ha previsto e introdotto una significativa limitazione al potere di auto-annullamento delle decisioni amministrative anche se illegittime.

Con estrema e banalizzante sintesi si potrebbe dire che gli atti amministrati-

²³ Sul tema della tutela dell'affidamento non può che richiamarsi il pensiero di F. MERUSI, da ultimo in *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "Trenta" all'"Alternanza"*, Giuffrè, Milano, 2001. Ma si veda anche F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1995.

vi dopo un certo periodo di tempo, anche se illegittimi, non possono più essere annullati. Questo perché laddove essi tocchino interessi privati, investimenti privati, iniziative economiche e commerciali (la norma limita questo effetto di stabilizzazione al settore dell'investimento e dell'opera infrastrutturale strategica) la possibilità di cambiare idea non solo per ragioni di tipo politico, ma anche per ragioni di tipo giuridico, deve essere limitata in un tempo ragionevole superato il quale l'investitore, il soggetto o i soggetti privati, devono avere l'assoluta certezza della stabilità della decisione pubblica e della sua irrevocabilità

In sostanza con un completo capovolgimento di prospettiva ²⁴, la novella legislativa predetta modifica l'art.21-*nonies*, introducendo il limite temporale «comunque non superiore a diciotto mesi dal momento dell'adozione», entro il quale potrà intervenire l'annullamento d'ufficio «dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici», finanche qualora si siano formati mediante il meccanismo del silenzio assenso.

A seguito delle modifiche apportate all'art.21-*nonies* dall'art.6 della legge n.214 del 2015, il suddetto limite temporale del “termine ragionevole” da indeterminato ed elastico, è divenuto espresso e rigido, atteso che l'annullamento d'ufficio dovrà intervenire entro un termine «comunque non superiore a diciotto mesi dal momento dell'adozione dei provvedimenti».

Ne consegue che, qualora l'annullamento d'ufficio intervenga oltre il termine massimo diciotto mesi, lo stesso provvedimento di ritiro potrà essere censurato dinanzi al giudice amministrativo per violazione di legge.

Questa disposizione legislativa è forse una delle più significative delle misure

²⁴ In realtà questa previsione, con l'introdurre un ben preciso e perentorio termine per l'esercizio del potere di autotutela smentisce quella dottrina che per prima si era occupata del tema nel vigore della disciplina precedente. Si assumeva che la mancata indicazione di un termine preciso da parte del legislatore si giustificasse in relazione alla particolare esigenza di tutela dell'affidamento che con tale previsione si vuole assicurare. Si riteneva che non prevedendo un termine certo si fosse voluta proteggere la situazione del privato destinatario di un provvedimento favorevole e non quella dell'amministrazione il cui potere (di autoannullamento) risulta limitato, ma questa protezione a quanto sembra è accordata soltanto nei limiti ed in ragione delle modifiche che ha subito la sfera giuridica soggettiva del privato a seguito della esecuzione del provvedimento e che l'annullamento d'ufficio colpirebbe in modo pregiudizievole e radicale. In questi termini, a dire della dottrina, la tutela dell'affidamento che con tale previsione normativa si è voluta assicurare non è una tutela dell'affidamento in astratto, ma viceversa è una tutela del concreto affidamento che – caso per caso – il privato ha fondato su un provvedimento amministrativo e su ciò che si è realizzato a seguito del provvedimento medesimo, con il consolidamento che nel tempo ha avuto questa realizzazione. Così BARONE, *L'incidenza della nuova disciplina dell'invalidità degli atti amministrativi sui poteri di autotutela della pubblica amministrazione*, relazione al convegno “La nuova disciplina dell'invalidità dei provvedimenti amministrativi e i conseguenti poteri del giudice”, Catania, dicembre 2005, in *Giustizia amministrativa Riv. di dir. pubbl.*, n. 3-2006.

Ed era questa, del resto, l'indicazione che viene anche dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea. Per un'ampia rassegna sul tema si veda il volume di M. RAGAZZO, *L'autotutela amministrativa*, Milano, 2006.

recenti di riforma della pubblica Amministrazione varate dal Governo Renzi, (infatti nell'approfondimento e nello studio del diritto amministrativo italiano è oggetto di molteplici convegni, tanti scritti), un dato certo è innegabile con tale disposizione si è garantita una maggiore tutela all'affidamento dei destinatari di provvedimenti autorizzatori o di attribuzione di vantaggi economici.

3.2. *Le novità in tema di tutela giurisdizionale amministrativa, in particolare nella materia dei contratti pubblici*

Ma la stabilità delle decisioni pubbliche il legislatore non l'ha assicurata soltanto limitando il potere unilaterale di cambiare idea dell'Amministrazione; il legislatore è intervenuto da un tempo più risalente con riguardo anche ai poteri di tipo sospensivo o demolitorio del giudice e in particolare del giudice amministrativo.

È noto che nella tradizione italiana del diritto amministrativo il Consiglio di Stato, come in Francia, può annullare i provvedimenti amministrativi per vizi di violazione di legge, eccesso di potere o incompetenza. Questo potere non ha un limite temporale (se non quello di decadenza per la proposizione dei ricorsi e quindi l'avvio del giudizio). È capitato, ad esempio, che un atto concorsuale venisse annullato a quindici anni di distanza dal momento in cui l'atto era stato adottato.

Il Consiglio di Stato con la sua giurisprudenza ha sempre ritenuto necessitato l'annullamento dell'atto quale applicazione, forse rigida e formalistica, del principio di legalità. Ma svolgendo un discorso in tema di stabilità delle scelte pubbliche e prospettive per lo sviluppo economico non può eludersi una verifica circa l'attualità del sistema di tutele contro la pubblica Amministrazione che l'ordinamento assegna al giudice amministrativo, ovvero circa la sua incompatibilità con le esigenze di una moderna società civile e di una economia globale.

Il tema, come si è ricordato, è stato a più riprese posto in discussione nell'ambito del dibattito politico e merita una meditata riflessione²⁵. Se infatti una parte non marginale di questo dibattito è alimentata dal naturale fastidio e dalla inevitabile insofferenza ai controlimiti da parte dei pubblici poteri e del potere esecutivo in particolare, sarebbe molto miope da parte delle Istituzioni di garanzia non avvedersi dell'esistenza di alcuni problemi reali e non riconoscere le giuste ragioni che talvolta alimentano polemiche dal tono semplicistico o populista.

Non può negarsi infatti che l'esercizio della funzione giurisdizionale nei

²⁵ Che in realtà è ben vivace fra gli studiosi del processo amministrativo. Per tutti si vedano gli scritti di R. VILLATA, *Giustizia amministrativa e giurisdizione unica*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 287 ss., Relazione ad un Convegno presso l'Avvocatura Generale dello Stato (Roma, dicembre 2013), e di L. FERRARA, *Attualità del giudice amministrativo e unificazione delle giurisdizioni: annotazioni brevi*, in *Dir. pubbl.*, 2014, 561 ss. Relazione in occasione della presentazione del *Terzo rapporto sulla giustizia civile in Italia "Semplificazione ed unificazione dei riti nella prospettiva dell'unificazione della giurisdizione"*, Unione Nazionale Camere Civili, Roma (Aula magna della Corte di cassazione), marzo 2014.

confronti delle pubbliche Amministrazioni ha concorso in maniera non secondaria a generare negli anni recenti un deprecabile effetto di instabilità delle decisioni pubbliche; quelle decisioni che in quanto esito dell'esercizio del potere pubblico costituiscono appunto l'oggetto del giudizio amministrativo²⁶. La portata demolitoria di una pronuncia di annullamento, rimedio tipico conseguente al sindacato di legittimità del giudice amministrativo (ma il discorso in tempi recenti si è posto anche per il giudizio di legittimità sulle leggi da parte della Corte costituzionale), determina la sensazione che il giudice amministrativo sia di ostacolo alla tempestiva adozione delle misure necessarie alla cura degli interessi collettivi.

Le pagine dei quotidiani sono piene di polemiche sulla pretesa responsabilità dei giudici amministrativi per la mancata realizzazione dei lavori per la bonifica ambientale di aree inquinate o affette da dissesto idrogeologico, ovvero per la fuga degli investitori stranieri in progetti per la realizzazione di impianti di trasformazione di fonti energetiche o di generazione di energia, o ancora per la mancata posa in opera delle grandi reti di servizio pubblico (dalla distribuzione di energia elettrica e gas al trasporto ferroviario ad alta velocità), ovvero per la interruzione nella prestazione di servizi pubblici.

Ebbene, è del tutto evidente che imputare alla funzione giurisdizionale gli effetti nefasti di attività amministrative illegittime (quando non illecite) è un fuor d'opera, e tuttavia che in talune circostanze si determini una palese sproporzione tra l'utilità del rimedio (la garanzia della legittimità nell'esercizio della funzione pubblica) ed il pregiudizio derivante dagli effetti che produce l'esercizio di tale rimedio è una constatazione che non può essere smentita. Esiste (e non fa bene nasconderselo) un tema di proporzionalità ed adeguatezza degli effetti del rimedio demolitorio rispetto agli interessi pubblici o collettivi connessi alla decisione pubblica che si è assunta.

Per far fronte a questa esigenza il giudice amministrativo nel passato si è talvolta esposto alla critica di cui si è parlato nelle pagine che precedono, quella secondo cui egli manifesterebbe un sostanziale *favor* per la parte pubblica in danno della tutela dei privati²⁷. In realtà, il giudice lungi dall'alterare la posizione di parità delle parti del giudizio ha immaginato una serie di possibili soluzioni per garantire adeguatezza e proporzionalità fra gli effetti generali della propria pronuncia e la richiesta riparazione della lesione delle situazioni giuridiche soggettive oggetto del giudizio.

Ne sono esempio gli spunti offerti per la dequotazione dei vizi di legittimità formale dei provvedimenti amministrativi, soluzione poi recepita dal legislatore sia in termini generali²⁸, sia con riguardo ai vizi delle procedure ad evidenza

²⁶ Sul punto F. SATTI, *op. e loc. ult. cit.*

²⁷ Sul punto si vedano anche le riflessioni di S. BATTINI, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 47 ss.

²⁸ Non è questa la sede per dilungarsi sul punto, è sufficiente il richiamo agli studi del Maestro

pubblica (ed agli effetti sui contratti pubblici conseguenti)²⁹, ovvero le pronunce volte a differire o a modulare nel tempo gli effetti delle pronunce di annullamento³⁰, o da ultimo il tentativo di dequotazione della stessa tutela costitutiva ipotizzato in una recente ordinanza di rimessione all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato³¹.

Parte della dottrina e la stessa Adunanza plenaria³² non hanno accolto con favore questa soluzione ma, in disparte le ragioni che hanno motivato una lettura più tradizionale, è indubbio che è restata sul tappeto la vera questione, il vero e principale problema della tutela giurisdizionale nei confronti delle pubbliche Amministrazioni. E si tratta di un problema, come si vede, che prescinde da quale sia il giudice chiamato a sindacare la legittimità dei provvedimenti amministrativi³³.

Con riguardo al tema che più ci occupa fra tutti questi segnali di evoluzione del nostro ordinamento, il più significativo è quello che riguarda la disciplina processuale delle controversie in materia di appalti di opere pubbliche ed infrastrutture strategiche.

Da un lato infatti, ed in termini generali, l'art. 122 del Codice del processo amministrativo esclude (fuori da alcune limitate e tassative ipotesi) che l'illegitti-

che in queste pagine si ricorda sin da A. ROMANO TASSONE, *Tra diversità e devianza. Appunti sul concetto di invalidità*, negli *Scritti in onore di V Ottaviano*, Giuffrè, Milano, 1993, vol. II, 1116 ss. Per ulteriori riferimenti, sia consentito il rinvio ad A. POLICE, *Annulabilità e annullamento*, cit., 49 ss.

²⁹ Ci si riferisce agli artt. 119 ss. del Codice del processo amministrativo. Su cui si vedano N. PAOLANTONIO, *Commento al Libro quarto Titolo quinto*, nel volume *Codice del Processo Amministrativo*, a cura di G. Leone ed altri, Padova, 2010, 876 ss.; R. GIOVAGNOLI, *Commento agli artt. 119 e 120*, in *Il processo amministrativo*, a cura di A. Quaranta e V. Lopilato, Milano, 2011, 980 ss.; R. DE NICTOLIS, *Commento agli artt. 121-125*, ivi, 1013 ss.; S. MORELLI, *Commento all'art 119*, nel volume a cura di E. Picozza, *Codice del Processo Amministrativo*, Torino, 2010, 228 ss.; C. SGUBIN, *Commento agli artt. 120-125*, ivi, 232 ss.; R. CHIEPPA, *Il Codice del processo amministrativo*, Milano, 2010, 562 ss.; P. LIGNANI, *Commento all'art. 119*, in *Codice del processo amministrativo*, a cura di R. Garofoli e G. Ferrari, Roma, 2010, vol. III, 1635 ss. ed ivi, G. FERRARI, *Commento agli artt. 120-125*, vol. III, 1649 ss.; M. LIPARI, *Commento all'art. 119*, in *Codice del nuovo processo amministrativo*, a cura di F. Caringella e M. Protto, Roma, 2010, 1090 ss. ed ivi S. CRESTA, *Commento agli artt. 120-125*, 1118 ss.

³⁰ Il riferimento è fra le altre a Consiglio di Stato, Sez. VI sezione, 10 maggio 2011, n. 2755, con commento di M. CLARICH, *L'annullamento degli atti non è sempre retroattivo*, in *Il Sole 24Ore. Norme e Tributi*, 7 giugno 2011.

³¹ Il riferimento è a Consiglio di Stato, Sez. V, 22 gennaio 2015, n. 284, con commento fortemente critico di M. MAZZAMUTO, *Dalla de quotazione dei vizi "formali" alla de quotazione dei vizi "sostanziali"*, ovvero della de quotazione tout court della tutela costitutiva, in *Giust.amm – Rivista Internet di Diritto Pubblico*, 2015.

³² Il riferimento è a Consiglio di Stato, Ad. Plen., 13 aprile 2015, n. 4.

³³ Ciò sempre che non si voglia risolvere il problema con un divieto, analogo a quello che da centocinquanta anni ancora vige per i giudici ordinari (il riferimento, come è ovvio, è all'art. 4, comma 2, della legge 20 marzo 1865, n. 2248, All. E) e che ovviamente sarebbe in stridente contrasto con le previsioni dell'art. 113, secondo comma, Cost.

mità delle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici possa determinare la inefficacia dei contratti e quindi la loro sostanziale caducazione³⁴.

Con riguardo poi alle infrastrutture strategiche, la previsione legislativa è ancor più efficace nel tutelare l'interesse pubblico alla realizzazione delle opere e l'utile impiego degli investimenti. Si prevede infatti che "la sospensione o l'annullamento dell'affidamento non comporta la caducazione del contratto già stipulato, e il risarcimento del danno eventualmente dovuto avviene solo per equivalente", e con riguardo al potere cautelare di sospensione si precisa altresì che "In sede di pronuncia del provvedimento cautelare, si tiene conto delle probabili conseguenze del provvedimento stesso per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché del preminente interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera, e, ai fini dell'accoglimento della domanda cautelare, si valuta anche la irreparabilità del pregiudizio per il ricorrente, il cui interesse va comunque comparato con quello del soggetto aggiudicatore alla celere prosecuzione delle procedure".

Evidente e significativo l'impatto di queste norme sia in termini di consolidamento delle decisioni pubbliche, sia in termini di stabilità di prospettiva per la loro realizzazione e per la sostenibilità dei finanziamenti anche privati che ad essa concorrono.

3.2. *Le novità in tema di giurisdizione amministrativo-contabile e gli ostacoli conseguenti alla funzione giurisdizionale ordinaria*

Le due misure legislative passate in rassegna nei paragrafi precedenti (*supra* §§ 3.1 e 3.2), una che incide sulla facoltà di cambiare idea dell'Amministrazione e l'altra che incide sul potere del giudice di cambiare idea, costituiscono due importanti momenti della legislazione italiana tendenti a favorire la stabilità delle decisioni pubbliche e la tutela dell'affidamento.

Abbiamo nel nostro ordinamento un ultimo ostacolo per poter riconoscere che la stabilità delle decisioni pubbliche, in questa materia così significativa per lo sviluppo economico e sociale del Paese, ha trovato una sistemazione adeguata.

Quest'ultimo capitolo è il più difficile e anche il più drammaticamente attuale nelle pagine dei giornali di questi giorni perché in Italia, come sapete, esiste l'esercizio di un penetrante potere giudiziario del giudice ordinario nell'ambito della giurisdizione penale che, ripetutamente utilizzato nell'ipotesi di reati contro

³⁴. L'art. 122 CPA recita: "1. fuori dei casi indicati dall' articolo 121, comma 1, e dall'articolo 123, comma 3, il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta".

le pubbliche Amministrazioni, fa sì che il potere del giudice penale o meglio di colui che esercita l'azione penale (il Procuratore della Repubblica nell'esercizio della propria funzione inquirente), possa con misure preventive bloccare anche iniziative di rilievo strategico e vanificare la raccolta degli investimenti ad esse funzionali (si pensi ai provvedimenti di sequestro, ad esempio).

Questo è un profilo molto delicato e molto significativo nel nostro Paese, che pone una grave incertezza sulla stabilità degli investimenti.

Non si può certo ignorare che l'intervento della funzione inquirente con effetto di blocco sulle attività di investimento è gravemente lesivo della funzione di sviluppo del partenariato pubblico-privato.

Quanto più il legislatore cerca di limitare l'effetto di blocco derivante dall'Amministrazione o dal giudice amministrativo, e quindi di liberare le decisioni pubbliche dall'incertezza della loro realizzazione, tanto più la giurisdizione penale in questo Paese viene sollecitata ad intervenire, molto spesso – sia pure involontariamente – con funzione o per ragioni strumentali, di blocco alla realizzazione di decisioni pubbliche che non trovino consenso diffuso sul territorio.

Questo profilo è l'ultimo ma il più difficile da affrontare da parte del Legislatore italiano dovendosi assicurare al contempo il corretto e indipendente esercizio dell'azione penale (tale da perseguire in modo serio e severo i reati), senza però pregiudicare le opportunità economiche degli investimenti privati, soprattutto quelli provenienti da investitori internazionali.

Su questo tema il Governo della Repubblica Italiana è molto impegnato, vi sono resistenze di ordine corporativo della magistratura ordinaria e resistenze di ordine giuridico dovute al vincolo costituzionale di cui all'art. 112 Cost., ma evidentemente i valori costituzionali della legalità non possono che temperarsi con gli altrettanti importanti valori costituzionali dello sviluppo economico e della sostenibilità sociale delle collettività.

Questa è la futura tappa o la necessaria tappa perché la relazione pubblico-privato possa avere quel presupposto di stabilità per il quale l'investimento possa diventare attraente.

Abstract

Administrative review and self-annulment of public Administration decisions:
a new Italian reform to increase reliability and good faith in Public-Private
Partnerships

by Aristide Police

The focus of the essay is on the new legislative reform of the administrative procedure and in particular of the provisions regarding the administrative review, revision and self-annulment of the decisions of the same public Administrations. The uncertainty arising in the public-private partnerships due to the administrative review of the decisions of public Bodies whose implementation has already been started is a very significant problem that the entire Italian Economy is facing. The essay therefore investigates the main aim of the new reform that is to introduce a very clear and limited time limit for the administrative review and revision of previous acts of public Authorities, in order to restore the principle of good faith in public-private relationships and the reliability of the Italian Public Sector as a whole.

El Rol de la Auditoría Administrativa en el Litigio de Interés Público

di Darío Gabriel Ciminelli

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. La división de poderes en el marco de procesos complejos de interés público. – 3. El sistema de Auditoría Pública. Aportes para un mejor gobierno. – 3.1. Concepto de Control de la Hacienda Pública. – 3.2. Los Órganos de Auditoría en la República Argentina. – 4. Los Órganos de Auditoría en el Litigio de Interés Público. – 5. Conclusiones.

1. *Introducción*

La complejidad de los planteos que se presentan ante los estrados judiciales en la actualidad responde en principio, al reconocimiento de los denominados “nuevos derechos” y “derechos de incidencia colectiva”¹ que proyectan un espectro de legitimación procesal amplio, pero que debe asociarse a la evolución de distintos problemas sociales como la ingente urbanización de las ciudades, el crecimiento poblacional en ellas, las derivaciones y efectos en el medioambiente que ejerce la sociedad de consumo y demás externalidades de la economía moderna, en el marco del fenómeno de la globalización. La exigencia de respuestas es aún mayor para el Estado, en la medida en que asume un rol activo en la economía.

Toca a los jueces entonces, resolver en cuestiones cada vez más complejas², sumándose a la simple disputa bilateral de intereses, causas judiciales que importan mayores desafíos a resolver por la temática impuesta, el ámbito en el que se toma la decisión y la complejidad de las estructuras procesales a desandar para ello.

Los órganos administrativos de control administrativo, mediante la auditoría, deben prestar auxilio al poder judicial brindando información y datos de

¹ GORDILLO indica que en la República Argentina, el inicio del reconocimiento operó con la sanción de la Ley N° 24240 de Defensa del Consumidor, otorgando amplia legitimación judicial (A. GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, T.II, 1° Ed., Buenos Aires, F.D.A., 2014, Cap. II). Sin perjuicio de ello, resulta trascendente en la materia, la reforma constitucional del año 1994 (arts. arts. 41, 42, 43, 75 inc. 22°, 86 y 120). Ver M. JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, *La legitimación del afectado, del Defensor del Pueblo y de las asociaciones. La reforma constitucional de 1994 y la jurisprudencia*, LL, 2003-B, 1333.

² “La nueva condición ha terminado por volcar sobre el juez administrativo no solo más amplios ámbitos de conocimiento, menos rigurosamente obligados por el perímetro fijado por agravios del recurso, sino también responsabilidades mayores de tipo jurídico, institucional y hasta socio-económico, desligadas, como resulta, de lógicas de tipo estrictamente legales propias de operaciones hermenéuticas de carácter exquisitamente aplicativo de disposiciones normativas rígidas y predeterminadas”. M.R. SPASIANO, *Tres problemas sobre la justicia en la Administración*, LL, 2015-C, 1163.

estadística a efectos de que las disposiciones a dictar se encuentren debidamente motivadas.

2. *La división de poderes en el marco de procesos complejos de interés público*

La doctrina bien ha señalado que un primer valladar a sortear de parte de la judicatura al encarar un proceso de este tipo, tiene que ver con el nivel activismo judicial que de forma legítima, puede asumirse en el comando de la causa sin verse afectada la tradicional concepción de división de poderes.

Bergallo³ identifica tres posturas doctrinarias respecto al temperamento que debería asumirse. Una primera a la que considera “rígida”, presenta al poder judicial como interfiriendo con las potestades claramente atribuidas a las otras ramas; ello – a juicio de la autora – sin reconocerse la complejidad de las relaciones inter-poderes presente en la operación cotidiana y las ventajas de un modelo dialógico de interacción que supone el desdibujamiento de funciones estrictas en pos de prácticas que promueven el diálogo y la deliberación interdepartamental.

Luego, una segunda que pone énfasis en el problema de interpretación de los derechos y la definición de su contenido sin abordar sus implicancias en materia procesal. Es decir que se presume una separación cualitativa entre la idea de derechos y remedios procesales, en lugar de la bidireccionalidad entre los dos conceptos que es necesario tener presente para delimitar recíprocamente los alcances de unos y otros.

Y una tercera, en la que los que se encuentran aquellos preocupados por el mejor diseño procesal, presuponiendo la plausibilidad de diseñar procedimientos judiciales complejos sin evaluar las decisiones judiciales que se podrían requerir en el marco de nuevas formas procedimentales.

Sin perjuicio de ello, lo cierto es que en la Argentina pueden citarse cada vez más causas en las que por acción, omisión o falta de una correcta prestación de servicio, toca a la justicia decidir sobre cuestiones propias de la función administrativa⁴. Ya sea en pretensiones simples como las prestacionales, o en el marco

³ P. BERGALLO, *Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina*, en http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/45.

⁴ Desde la doctrina se exige aún más intervención en lo concreto. Así, BONINA y DIANA sostienen que: “Ante un Ejecutivo cada vez más omnímodo, con mayores poderes presupuestarios, mayores poderes normativos, mayores poderes exorbitantes que él mismo se ha otorgado, ¿puede sostenerse que la verificación de la oportunidad, mérito y conveniencia de la solución dañaría el esquema constitucional de división de funciones o que las acciones populares o puras de inconstitucionalidad son improcedentes en nuestro ordenamiento federal, justo cuando el Ejecutivo dicta decretos de necesidad y urgencia ilegítimos con alcances generales y ejecutorios, aprovechándose de la lentitud burocrática del Congreso? [...] Tenemos en claro que el Poder Judicial no es el salvador de nuestra sociedad. Pero, al ser el poder estatal con mayor margen de independencia política

de procesos colectivos⁵. Respecto de estos últimos, cabe referir lo expuesto por el presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Ricardo Lorenzetti al decir que: “Las acciones colectivas son un gran aporte al diseño institucional del país porque son mecanismos que provee el Estado de Derecho para que la sociedad civil participe. Y si el ciudadano común participa en la vida del país, entonces hay [...] menos decisiones centralizadas en un país con una larga tradición de decisiones centralizadas”⁶.

Entonces, además de compartir con Bergallo que la división de funciones no puede ser argumento para el desamparo del ciudadano, en el caso de los procesos colectivos, como se señala, constituyen una herramienta más de participación para la democrática toma de decisiones.

3. *El sistema de Auditoría Pública. Aportes para un mejor gobierno*

Como señala SCHEUNER la responsabilidad y el control son dos elementos esenciales de todo orden constitucional democrático⁷. Históricamente las gestiones de gobierno han sido sometidas a juicios de cuentas en orden a determinar la legítima disposición de los recursos asignados a su funcionamiento y el desarrollo de los distintos programas de gobierno.

Dicho control se enfocaba básicamente al análisis de la faz financiera y contable en el gasto del erario público. Es decir que el estudio de las cuentas públicas implicaba únicamente efectuar una constatación o acción de contraste entre lo asignado presupuestariamente y lo destinado efectivamente al gasto, sin realizarse verificación alguna sobre el mérito o la conveniencia del accionar de los distintos departamentos de gobierno.

En Argentina, con la sanción de la Ley N° 24.156 de Administración Finan-

es el que tiene que impulsar las modificaciones necesarias para restablecer el equilibrio de las instituciones. Hoy, la deuda primaria del derecho administrativo debe ser abordada por el Poder Judicial. Sólo la judicatura, en su rol de guardián último de la Constitución nacional, tiene en su poder la facultad para restablecer el equilibrio real de los departamentos estatales. Lo contrario, sólo seguirá fomentando la fragmentación social e incentivando el parasistema” N. DIANA, N. BONINA, *La senda del Derecho Administrativo en la jurisprudencia de la CSJN*, LL, Sup. Adm. 2010 (agosto), 40.

⁵ Se pueden citar algunos precedentes judiciales importantes en el orden federal: “Mendoza”, Fallos, 329:2316, “Editorial Perfil S.A.”, Fallos 334:109, “Campodónico de Beviacqua”, JA 2001-I-464, “Viceconte”, C.Nac.Cont.Adm.Fed., Sala 4, 2/6/1998, JA 1999-I-485, entre muchos otros.

⁶ R. LORENZETTI, *La acción de clase es un aporte al diseño institucional del país*, en <http://www.proteccion.org.ar/legislacion/la-accion-de-clase-es-un-aporte-al-dise-no-institucional-del-pais/1453/>. Citado por S. ISSACHAROFF, *Class Actions and State Authority*, Forthcoming, 44 Loy. U. Chi. L. J.

⁷ Citado por H. J. BLANKE, *La función del procedimiento administrativo para el cumplimiento del mandato de ejecución, protección y concretización del derecho administrativo. Márgenes de discrecionalidad y de apreciación*, en *Tendencias actuales del Procedimiento en Latinoamérica y Europa*, P. ABERASTURY y H.J. BLANKE (Coordinadores), 1a ed. Buenos Aires, Eudeba, Konrad Adenauer Stiftung, 2011, p.21.

ciera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional, se derogó en parte al Decreto-Ley N° 23.354/56, ratificado por la Ley N° 14.467. A resultas de tal derogación, el contralor que reposaba sobre la Contaduría General, el Tribunal de Cuentas de la Nación y la Sindicatura General de Empresas Públicas, fue sustituido por los nuevos órganos de control interno y externo, creados por dicha normativa.

Estableció y reguló la administración financiera estatal, a la que define como el conjunto de sistemas, órganos, normas y procedimientos administrativos que hacen posible la obtención de recursos públicos y su aplicación para el cumplimiento de los objetivos del Estado.

3.1. *Concepto de Control de la Hacienda Pública*

El Sistema Integrado Modelo de Administración Financiera, Control y Auditoría para América Latina (SIMAFAL), define al control como el conjunto de actos y operaciones orientadas a identificar la realidad, examinarla y compararla con un modelo preestablecido.

Sostiene Comadira⁸ que lo trascendente del control, es su aptitud de transformarse en un instrumento apto para modificar las conductas del ente sujeto a él, en miras de propender a lograr la legitimidad en las decisiones que aquel adopte.

El Estado, para asegurar el cumplimiento de sus fines, debe obtener recursos y emplearlos en la obtención de bienes públicos que debe proveer a la sociedad. Todo ese proceso de obtención y aplicación de fondos públicos, que se denomina actividad financiera, debe insoslayablemente quedar sujeto a mecanismos de contralor que garanticen el efectivo cumplimiento de sus fines⁹.

⁸ J. R. COMADIRA, *Ley 24.156 Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional Título VI «Del Sistema de Control Interno» Texto Institucional Anotado, Comentado y Concordado*, 2003, en <http://www.sigen.gov.ar>.

⁹ Así, el control de la hacienda puede ser enfocado desde distintos puntos de vista, tales como:

a) Por su objeto: El control puede ser financiero, cuando atiende a la ejecución de movimiento de fondos o patrimonial, cuando se refiere al aumento o disminución del activo y pasivo del Estado.

b) Por su alcance: El control puede ser de legalidad y de gestión. El control de legalidad, también llamado control formal o de regularidad, consiste en verificar si los actos fueron realizados de acuerdo con las atribuciones, objetivos y procedimientos fijados en las normas jurídicas. El control de gestión, en cambio, mide la eficiencia y eficacia con que el órgano da cumplimiento a sus planes de acción, sean generales o específicos.

c) Por el órgano que lo lleva a cabo: control administrativo, control legislativo y control jurisdiccional.

d) Por la ubicación de los diferentes órganos de control: control interno cuando la ubicación del ente controlante se halla dentro del Poder Ejecutivo y control externo cuando está fuera de él.

Lejos de denotar una técnica puntual para domesticar al poder, la rendición de cuentas entonces abarca de manera genérica tres maneras diferentes para prevenir y corregir abusos de poder: obliga al poder a abrirse a la inspección pública; lo fuerza a explicar y justificar sus actos, y lo supedita a la amenaza de sanciones.

La Organización Internacional de las Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI), en su “Declaración de Lima sobre las Líneas Básicas de la Fiscalización”, artículo 1º, establece: “*Finalidad del control: La institución del control es inmanente a la economía financiera pública. El control no representa una finalidad en sí mismo, sino una parte imprescindible de un mecanismo regulador que debe señalar, oportunamente, las desviaciones normativas y las infracciones de los principios de legalidad, rentabilidad, utilidad y racionalidad de las operaciones financieras, de tal modo que puedan adoptarse las medidas correctivas convenientes en cada caso, determinarse la responsabilidad del órgano culpable, exigirse la indemnización correspondiente o adoptarse las determinaciones que impidan o, por lo menos, dificulten, la repetición de tales infracciones en el futuro*”.

3.2. Los Órganos de Auditoría en la República Argentina

El comentado cambio en materia de control, pasando del tradicional juicio de cuentas al de auditoría, importa principalmente pasar de un sistema cuasi policial de actuación *ex post* – de constatación y sanción–, al de regulación y colaboración, que tiende a concretar un funcionamiento del Estado más eficiente, eficaz y económico, mediante la formulación de recomendaciones e informes¹⁰.

Desde la faz orgánica, la reforma constitucional operada en Argentina en 1994, otorgó jerarquía institucional a organismos preexistentes, reforzando la presencia de organismos con funciones de control. Se crea la figura del Defensor del Pueblo (art. 86 CN), que constituye un medio de control de la administración pública por actos u omisiones de ésta que puedan afectar derechos e intereses del ciudadano y de la comunidad¹¹.

También se confiere reconocimiento institucional a la Auditoría General de la Nación (AGN) y se profundiza su autonomía preexistente desde la sanción de la Ley N° 24.156, estableciendo su ámbito y funciones como organi-

e) Por el momento en que se lleva a cabo: control preventivo, control simultáneo o concomitante y control posterior.

¹⁰ S. A. GHIGNOLI, *Los organismos de Control como agentes de cambio en la cultura administrativa*, en *Revista El Control Público, Tribunales de Cuentas República Argentina. Secretariado Permanente*, Año 23, no. 87 (Enc./Abr. 1997), J. J. MACDONELL, *Auditoría Integrada, un nuevo enfoque de la responsabilidad del sector público canadiense*, en *Boletín Informativo, Tribunal de Cuentas de Salta/Secretariado Permanente de Tribunales de Cuentas*, Año 8, no. 32 (Oct./Dic. 1982), p. 6-7.

¹¹ L. MONTE, *Alcance del control judicial del Defensor del Pueblo de la Nación*, en AA.VV., *Cuestiones de control de la Administración Pública*, Buenos Aires, RAP, 2010, p. 169-172.

smo de asistencia técnica del Congreso. El esquema institucional se completa con la Sindicatura General de la Nación (SIGeN), asistiendo al Poder Ejecutivo, y con la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas.

En particular, como órgano de control externo, la AGN cuenta con autonomía funcional¹², por lo que entendemos que nada obsta a que pueda funcionar como agente colaborador de la justicia en la toma de decisiones en los procesos de interés público.

De hecho en materia penal, los informes producidos por la AGN ya han sido tomados en cuenta para fundamentar sentencias de condena y de procesamiento de funcionarios y empresarios prestatarios de servicios públicos en causas en las que se juzgaron actos de corrupción¹³.

En el Informe Final del año 2013 de la República Argentina, realizado por El Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la CICC (Convención Interamericana contra la Corrupción)¹⁴, consta el análisis integral y actual de la implementación en argentina del artículo III, Párrafo 9, de la CICC, correspondiente a “órganos de control superior, con el fin de desarrollar meca-

¹² Art. 85 de la Constitución Nacional: “El control externo del sector público nacional en sus aspectos patrimoniales, económicos, financieros y operativos, será una atribución propia del Poder Legislativo.

El examen y la opinión del Poder Legislativo sobre el desempeño y situación general de la administración pública estarán sustentados en los dictámenes de la Auditoría General de la Nación.

Este organismo de asistencia técnica del Congreso, con autonomía funcional, se integrará del modo que establezca la ley que reglamenta su creación y funcionamiento, que deberá ser aprobada por mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara. El presidente del organismo será designado a propuesta del partido político de oposición con mayor número de legisladores en el Congreso.

Tendrá a su cargo el control de legalidad, gestión y auditoría de toda la actividad de la administración pública centralizada y descentralizada, cualquiera fuera su modalidad de organización, y las demás funciones que la ley le otorgue. Intervendrá necesariamente en el trámite de aprobación o rechazo de las cuentas de percepción e inversión de los fondos públicos”.

¹³ Verbigracia ver sentencias publicadas en <http://www.cij.gov.ar/nota-20598-Tragedia-de-Once-el-tribunal-oral-dio-a-conocer-los-fundamentos-de-la-sentencia.html>; <http://www.cij.gov.ar/nota-20010-La-C-mara-Federal-confirm-el-procesamiento-de-Luciano-Di-C-sare-ex-director-del-PAMI-en-una-causa-por-defraudacion-a-la-administracion-publica.html>.

¹⁴ “El mecanismo consta de dos órganos: la Conferencia de los Estados Parte y el Comité de Expertos. La Conferencia está integrada por representantes de los Estados Parte en la Convención. Su principal responsabilidad es instrumentar el Mecanismo. Por su parte, el Comité está integrado por especialistas designados por cada Estado Parte y es responsable del análisis técnico de la implementación de la Convención por los Estados Parte, entre otras tareas. El Mecanismo de Seguimiento tiene su sede en la Organización de los Estados Americanos, y las funciones de secretaría son ejercidas por la Secretaría General de dicho organismo. En el caso de la República Argentina, el denominado “punto focal” del Mecanismo —organismo que representa al país en ese ámbito— es la Oficina Anticorrupción”, “Convención Interamericana contra la Corrupción. Implementación de un eficaz instrumento internacional de lucha contra la corrupción”, 2ª Edición, Redacción y Edición a cargo de N. BARAGLI y N. RAIGORODSKY, Oficina Anticorrupción, 2004, Buenos Aires.

nismos modernos para prevenir, detectar, sancionar y erradicar las prácticas corruptas”.

Entre las recomendaciones formuladas se destaca respecto del funcionamiento de la AGN, la necesidad de: “Fortalecer los mecanismos para exigir a quienes se desempeñen en las jurisdicciones y entidades sujetas a la competencia de la AGN la responsabilidad que según lo establecido en el artículo 130 de la Ley 24.156 de 1992 les corresponde por los daños económicos que por su dolo, culpa o negligencia en el ejercicio de sus funciones sufran los entes mencionados”.

“Adoptar las medidas pertinentes para que la AGN tenga una participación más activa en los procesos judiciales en los que se conoce sobre los daños económicos causados al Estado, en lo que atañe a las jurisdicciones y entidades sujetas a la competencia de este órgano”. “Adoptar las medidas pertinentes para que la AGN pueda contar de manera ágil y oportuna con la información que requiera para el cumplimiento de sus funciones, tales como plazos perentorios para que dicha información le sea suministrada, y sanciones para quienes incumplan la obligación de suministrársela”.

4. *Los Órganos de Auditoría en el Litigio de Interés Público*

Tal como se ha puesto de manifiesto, la auditoría despliega un tipo de control denominado “integral”¹⁵. Es decir que el estudio del desempeño de una determinada repartición o programa estatal se hará sin detenerse en un momento específico de tiempo y no se agota en una sola evaluación. La indagación debe iniciar con la detección de la necesidad que deba cubrirse, luego pasar al proyecto elaborado, al análisis desarrollo del plan aprobado y los resultados obtenidos conjuntamente con los medios utilizados para dicho fin.

Pero, allí no acaba el examen, sino que debe contrastarse con la performance de otros sectores que pudieran haber tenido que llevar adelante un trabajo similar y estudiar antecedentes similares; asimismo prospectar la manera de mejorar de forma continua el desempeño de los entes bajo control.

El insumo trascendente para el funcionamiento del sistema de auditoría y lo importante de su resultado por consiguiente es la información. La calidad de datos

¹⁵ Al respecto, la AGN ha descrito a la auditoría como el “...examen estructurado de registros u otra búsqueda de evidencia, con el propósito de sustentar una evaluación, recomendación u opinión profesional con respecto a: la consistencia de los sistemas de información y control, la eficiencia y efectividad de los programas y operaciones, el fiel cumplimiento de los reglamentos y políticas prescriptos y/o razonabilidad de los estados financieros e informes de rendimiento que pretenden revelar las condiciones actuales y los resultados de pasadas operaciones de un organismo o programa...” Resolución AGN N° 145/93 “Normas de Auditoría Externa de la Auditoría General de la Nación”.

que pueden aportarse a la justicia devendrá en mejores argumentos para fundar (motivar) cualquier decisión.

Entonces, dado que como dijimos, el poder judicial ha asumido la tarea de responder ante el planteo de distintas pretensiones en las que el ciudadano requiere de respuestas por necesidades que ameritan inmediata respuesta, contar con el auxilio de los órganos encargados de recopilar y evaluar el desempeño de las distintas reparticiones ejecutivas del Estado no debe despreciarse.

Cabe aclarar que se propugna por ejemplo, la participación de la AGN en el orden federal, dado su carácter de órgano de contralor externo. También corresponde advertir que dicha entidad no es un órgano consultivo y su tarea no es la de funcionar como tal, es decir que no se propone como auxiliar en materia legal o contable, dado que por lógica, es el juez en el proceso quien conoce el derecho a aplicar. Debería intervenir únicamente, y como ya dijimos, como auxiliar de la justicia para aportar datos, informes de los que puedan extraerse conclusiones respecto al funcionamiento de determinado departamento o programa estatal, y a los medios utilizados usualmente para concretar determinados fines¹⁶.

La lógica procesal impone que luego de iniciada una causa de interés público, lo primero que hará el juez es correr el debido traslado al ministerio o departamento administrativo con competencia en la materia de que se trate, requiriendo informe o descargo. En la tramitación puede que se resuelva ordenar la ejecución de una determinada acción.

Tomemos como ejemplo al paradigmático caso en el derecho argentino, “Mendoza Beatriz Silvia y Otros c/ Estado Nacional y Otros s/ Daños y Perjuicios”¹⁷ por daño ambiental; en esa causa la Corte Suprema de Justicia asumió la tutela judicial del ambiente y dispuso, en un largo y complejo proceso que llega al presente¹⁸, distintas medidas como la realización de inspecciones, el saneamiento de basurales, urbanización de villas y asentamientos precarios, limpieza de las márgenes de río, la expansión de la red de agua potable en el período 2008/2015, la construcción de una planta depuradora, entre otras medidas. También delegó el proceso de ejecución de su sentencia en un juzgado de primera instancia para que actuara a fin de garantizar la inmediatez de las decisiones y el efectivo control judicial de su cumplimiento¹⁹.

Transcurrido el tiempo, en base a informes elaborados por la AGN – que daban cuenta de la forma en que se llevaron adelante las medidas ordenadas –,

¹⁶ Carducci, en el marco del V Encuentro del Ciclo de Debate “Dr. Omar Dalmazzo” desarrollado en la Facultad de Derecho de la UBA realiza una esclarecedora descripción de los desafíos que debe afrontar la judicatura en los litigios de interés público. Ver: P.S. CARDUCCI, *El rol del juez en procesos complejos*, en <https://www.youtube.com/watch?v=JRU5Ye8D00>.

¹⁷ Fallos, 329:2316.

¹⁸ Ver <http://www.cij.gov.ar/riachuelo.html>

¹⁹ Fallos: 331:1622.

mediante fallo del cimero tribunal se dispuso el apartamiento del juez a cargo de la ejecución de la causa.²⁰

5. Conclusiones

Hasta aquí, la participación que se ha descripto del órgano de auditoría en el ámbito judicial se relaciona con los fundamentos dados para una acusación o una condena penal.

En la mentada causa “Mendoza” y en otras, la Corte Suprema de Justicia ha dispuesto la colaboración de distintos *Amicus Curiae* del tribunal y la realización de Audiencias Públicas, tendientes a obtener un acabado conocimiento de los hechos ante de decidir la orden de un determinado accionar.

Creemos que a ello puede sumarse una activa participación de los órganos de auditoría como colaboradores de la justicia en todos los órdenes judiciales. Ya hemos señalado la importancia del principio de inmediatez en el proceso administrativo²¹; mejoraría contar con el aporte de quienes estudian sobre economía, eficiencia y eficacia en la función administrativa para resolver temas atinentes a ella.

Abstract

The role of accountability offices in Public Law Litigation

by Dario Gabriel Ciminelli

Due to the diverse entity of duties that nowadays are attributed to official agencies in such areas like environmental, urban infrastructure, and regulation topics, decisions that those offices perform -or the lack of them- may drift into litigation in public law. Courts therefore have to decide on challenging cases in the pursuit of justice, with diverse interests at stake and complex procedural structures to work on. Accountability Offices should provide assistance to the judiciary by providing information and statistical data. These agencies are aimed to provide information on everything related to revenues, expenditures and the use of public funds, making recommendations to improve the efficiency of public spending; so they should contribute with their knowledge in order to achieve better rulings. We propose this thesis for the Argentinian administrative and constitutional body, but it should be applicable in other countries

²⁰ Ver <http://www.cij.gov.ar/nota-10217-La-Corte-Suprema-apart-al-juez-Armella-y-pidi-la-intervencion-de-la-justicia-penal-y-del-Consejo-de-la-Magistratura.html>.

²¹ D. CIMINELLI, *El principio de inmediatez en el proceso administrativo*, LL, 2012-C, 820.

L'adeguamento dei Municipi in Brasile alle esigenze della Politica Nazionale dei Rifiuti Solidi (PNRS): le sfide e le possibili soluzioni¹

di Angela Cassia Costaldello e Luis Alberto Hungaro

SOMMARIO: 1. Il contesto e gli elementi caratterizzanti della Politica Nazionale dei Rifiuti Solidi (PNRS). – 2. I principi fondamentali della Politica Nazionale dei Rifiuti Solidi e la gestione municipale integrata – 3. Gli strumenti per la gestione dei rifiuti solidi contenuta nella legge n. 12.305/2010 e il Piano Municipale di Gestione Integrata dei rifiuti solidi. – 4. Le misure per l'adeguamento dei municipi alla Politica Nazionale dei Rifiuti Solidi. – 5. Considerazioni finali.

1. Il contesto e gli elementi caratterizzanti della Politica Nazionale dei Rifiuti Solidi (PNRS)

La Politica Nazionale dei Rifiuti Solidi (PNRS), istituita dalla legge n° 12.305/2010, mira a stabilire le linee guida e gli orientamenti finalizzati ad attenuare l'impatto ambientale causato da un errato smaltimento dei rifiuti solidi, stabilendo azioni complesse a carico dei comuni che, di regola, non dispongono di infrastrutture urbane commisurate a tale scopo, a causa di un'urbanizzazione disomogenea e incontrollata, e di un'azione amministrativa inefficiente.

Verranno analizzati gli interventi dai municipi al fine di adeguare le proprie politiche ai contenuti della Politica Nazionale dei Rifiuti Solidi (PNRS), soprattutto in relazione alla questione della produzione dei rifiuti solidi urbani. In particolare, assume rilievo la prestazione del servizio pubblico di pulizia urbana di raccolta, destinato specificamente alla gestione dei rifiuti solidi, come previsto nel Piano Municipale di Gestione Integrata (PMGI) ed include le operazioni di pianificazione e coordinamento della raccolta, del trattamento e dello smaltimento ecologicamente corretto dei rifiuti.

La raccolta selettiva, la logistica inversa, la cooperazione finanziaria e tecnica tra il settore pubblico ed il settore privato e l'educazione ambientale sono alcuni dei principali strumenti utilizzati per la gestione dei rifiuti solidi in conformità con le linee guida stabilite dalla legislazione nazionale.

Su due aspetti si concentrano i principali sforzi dei comuni per l'organizzazione del servizio pubblico di pulizia urbana: la disponibilità di fondi pubblici per le infrastrutture riguardanti il trattamento di tali rifiuti e il personale necessario per la gestione del servizio.

Queste sfide possono essere affrontate con successo dai municipi (sui quali potenzialmente ricadono gli oneri dell'esecuzione della Politica Nazionale dei

¹ Si ringrazia Caterina Ventimiglia per la revisione linguistica della traduzione.

Rifiuti Solidi-PNRS), mediante l'utilizzo di alcuni istituti presenti nel sistema giuridico brasiliano: il riferimento è ai consorzi pubblici ed alle concessioni di partenariati pubblico-privato (Legge n° 11.0179/2004), che rappresentano forme di delega del servizio pubblico.

2. *I principi fondamentali della Politica Nazionale dei Rifiuti Solidi (PNRS) e il Piano Municipale di Gestione Integrata (PMGI)*

L'analisi degli effetti dalla Politica Nazionale dei Rifiuti Solidi che si rifletteranno sulla dimensione organizzativa dei municipi e, a sua volta, anche sui contenuti del piano comunale di gestione integrata, deve essere preceduta dalla identificazione degli *standards* contenute nella legge n° 12.305/2010 e dalla correlata descrizione delle criticità derivanti da tale iniziativa legislativa promossa a livello nazionale.

La produzione dei rifiuti solidi urbani è progressivamente aumentata con il passare degli anni, mostrando un tasso di crescita (2013) superiore (4,1%) al tasso di crescita della popolazione (3,7%): il fenomeno può essere verificato anche in relazione alla produzione *pro capite* di rifiuti, poiché, in Brasile, nonostante la media di produzione di rifiuti si avvicini alla media di alcuni paesi dell'Unione europea, i dati statistici della ABRELPE hanno riferito che – tra il 2008 e il 2009 – la popolazione è cresciuta di circa il 1%, mentre la produzione di rifiuti *pro capite* ha evidenziato un aumento reale del 6,6% nello stesso periodo.²

Tali dati dimostrano che la produzione di rifiuti – nello scenario brasiliano – cresce più rapidamente della crescita della popolazione e richiede un urgente intervento dello Stato al fine di adeguare il sistema di gestione alle finalità di contenimento degli impatti ambientali negativi derivanti dallo smaltimento improprio.

Le costanti criticità correlate alla produzione ed allo smaltimento possono essere comprese ed analizzate anche in relazione alla mancanza di infrastrutture di servizi igienico-sanitari urbane nei territori nei quali il processo di urbanizzazione è avvenuto fuori dal circuito della programmazione della Pubblica Amministrazione.

Segnatamente, l'assenza di partecipazione statale nei processi di urbanizzazione ha condotto alla limitazione ed alla svalutazione del “diritto alla città”, come evidenziato nelle analisi di Henri Lefebvre, secondo il quale il diritto alla città si manifesta come un'espressione rilevante di diritti: il diritto alla libertà, all'identità nella società, e il diritto di abitazione. Anche il diritto al lavoro e il

² P. R. JACOBI, G. R. BENSON, *Gestão de resíduos sólidos em São Paulo: desafios da sustentabilidade. Estudos Avançados*, 2011, vol.25, n.71, p. 135. Disponibile in: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142011000100010&script=sci_arttext. Accesso: 11/11/2016.

diritto alla proprietà (distinto dal diritto di proprietà) sono coinvolti nel diritto alla città³.

È noto che l'occupazione irrazionale e l'uso del territorio urbano è una costante caratteristica storica della nascita e dello sviluppo delle città brasiliane: soltanto nel 2001, gli strumenti di pianificazione sono stati previsti dalla Legge n. 10.257/2001 che segna la nascita dello Statuto della Città, quale disciplina compiuta ed organica tesa a segnare una nuova riorganizzazione dei poteri amministrativi e la previsione di processi di regolamentazione dell'urbanizzazione.

La gestione dello spazio urbano nel corso di tale processo – come osserva Andrea Teichmann Vizzotto – è stato caratterizzato in gran parte da criteri afferenti al sistema capitalista, quale l'accumulo individuale di ricchezze e la circolazione squilibrata del capitale. Tali fattori hanno contribuito a generare fenomeni di esclusione ed alla densità di popolazione nelle aree caratterizzate dall'assenza di strutture di base per lo smaltimento dei rifiuti solidi, e di sistemi di protezione dell'ambiente⁴.

In Brasile, il processo di urbanizzazione si è intensificato a far data dal 1930, fase in cui la popolazione migrata dalle aree rurali si è spostata a vivere in città connotate dalla mancanza della pianificazione urbanistica minima⁵.

Tale fenomeno è considerato rilevante nella crescita disordinata delle città, rispetto al quale deve osservarsi che la rapida trasformazione della città si è realizzata tanto quale ambiente di crescenti conflitti quanto quale luogo rilevante per la “posizione geografica e politica della possibilità di soluzioni”⁶.

Anche nell'analisi di Edesio Fernandes, il crescente fenomeno di urbanizzazione, la povertà, e gli “*impatti sociali e ambientali di questo processo sono stati trattati con le conseguenze di enormi disastri naturali di cui – ancora – il paese è stato risparmiato*”⁷. La situazione derivante da tali profondi cambiamenti dello spazio urbano ha portato alla necessità di introdurre nuove forme di regolamentazione a fini di protezione di interessi giuridici generali.

³ H. LEFEBRE, *O direito à cidade*. São Paulo: Moraes, 1991, p. 135.

⁴ A. T. VIZZOTTO, *A recuperação de mais-valias urbanas e os eventos esportivos*. In: ALFONSIN, PAGANI, SOMENSI, PRESTES, *Congresso Comemorativo aos 10 anos do Estatuto da Cidade – II Congresso de Direito Urbano-Ambiental*, Porto Alegre: Fundação Escola Superior de Direito Municipal, 2011, p. 96.

⁵ Edésio Fernandes comenta o seguinte sobre o Estatuto da Cidade: “La verità è che l'intero processo di rapida crescita delle città brasiliane, in tutto il XX secolo, e soprattutto nella sua seconda metà, ha causato cambiamenti drastici nella società brasiliana – profondi cambiamenti socio-economici, cambiamenti territoriali, culturali e ambientali – e si è sviluppata senza una base giuridica adeguata per tutto il XX secolo; ci fu un enorme divario tra la legge in vigore e i processi socio-economici e territoriali che hanno caratterizzato il processo di urbanizzazione in Brasile.” *A nova ordem jurídico-urbanística no Brasil*, in E. FERNANDES, B. ALFONSIN, *Direito urbanístico: estudos brasileiros e internacionais*, Belo Horizonte: Del Rey, p. 7.

⁶ M. SANTOS, *A urbanização brasileira*. São Paulo: Hucitec, 1996, p. 11.

⁷ *Direito e gestão na construção da cidade democrática no Brasil. Oculum Ensaios: Revista de Arquitetura e Urbanismo*. PUC-Campinas, n° 04, 2005, p. 18.

La Politica Nazionale sui Rifiuti Solidi rappresenta una delle misure adottate dal Governo per la gestione delle questioni ambientali causati dallo smaltimento improprio dei rifiuti solidi prodotti dalla società locale nell'ambiente urbano. Queste circostanze richiedono la selezione degli strumenti per l'intervento dei municipi – atteso che si tratta di un servizio di interesse locale – anche se costituisce un fattore critico di complessità la circostanza ricorrente che l'apparato amministrativo locale mostra segni di fallimento tecnico ed economico⁸.

Si deve osservare che, dal 1989, l'ordinamento brasiliano già aveva esperienze di gestione di rifiuti solidi in alcuni comuni: tali esperienze amministrative e tali modelli, come ha sottolineato Pedro Jacobi, dovrebbero essere valutati e servire al governo nazionale, quale strumento di gestione più efficaci a ridurre l'impatto ambientale dello smaltimento improprio dei rifiuti⁹.

Il risultato di questo processo, in realtà, ha orientato il pubblico potere nella ricerca di nuovi istituti di regolazione finalizzati a conformare la disciplina dello smaltimento dei rifiuti solidi urbani fino alla promulgazione della legge n 12.305/2010.

La PNRS si articola, secondo l'art. 5, nella Politica Nazionale di Educazione Ambientale (Legge n 9.795/1999) e nella Politica Federale di Igiene (Legge n 11.445/2007), che possono essere considerati i precedenti della legge 12.305/2010, in commento, che disciplina in modo organico la gestione dei rifiuti solidi urbani¹⁰.

La Legge Federale di Igiene, nei suoi contenuti, è indicativa dell'impegno del Governo, il quale ha voluto concentrare gli sforzi nello sviluppo di norme in materia di igiene urbana e servizio di gestione dei rifiuti solidi, corrispondente alla regolazione antecedente alla PNRS. Tale politica legislativa ha disciplinato gli strumenti, gli *standards* e gli obiettivi per la gestione integrata svolta tra gli enti della Federazione (art. 4 della legge 12.305/2010¹¹).

La legge si occupa dei rifiuti generati dalle abitazioni, delle imprese e dei prestatore di servizi locali, *“che di solito contengono materiale organico, imballaggi, forniture per ufficio, rifiuti smaltiti nei bagni, ecc”*¹².

⁸ A. MANDARINO, *A Produção crescente de resíduos sólidos: pode ser sustentável esse processo?*, Rio de Janeiro: Garamond, 2002, p. 213.

⁹ P. JACOBI, *Gestão Compartilhada dos resíduos sólidos no Brasil: inovação com inclusão social*. São Paulo: Annablume, 2006, p. 11.

¹⁰ Nell'art. 5, la Politica Nazionale di Rifiuti Solidi comprende la Política Nacional dell'Ambiente e si articola ed integra con la Política Nazionale Educazione Ambientale, regolata dalla legge 9795 del 27 aprile 1999, e con la Política Federale di Servizi Igienico-sanitari di base federale, regolata dalla legge n 11.445/2007, e con la legge 11107 del 6 aprile 2005.

¹¹ Disponibile in: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112305.htm. Accesso: 29/01/2015.

¹² Disponibile in: <http://www.ambiente.sp.gov.br/wp-content/uploads/publicacoes/sma/6-ResiduosSolidos.pdf>. Accesso 20/11/2016.

Il *management* comprende “*le fasi di separazione dei rifiuti, raccolta, trasporto, trattamento e smaltimento finale*”¹³. È, dunque, una nozione ampia e comprende il complesso delle attività riconducibili alla pianificazione del Governo per la sostenibilità della gestione dei rifiuti solidi e riguarda anche il coordinamento delle istituzioni pubbliche e delle politiche; mentre la gestione attiene alla fase attuativa delle misure.

Il contenuto del PNRS rispecchia la recente preoccupazione del Governo rispetto gli impatti sociali e ambientali che lo smaltimento improprio di rifiuti solidi può concretizzare, e che si materializzano nell'inquinamento atmosferico, nell'interferenza con le fonti ed il ciclo dell'acqua e il degrado del suolo, nell'accentuazione delle condizioni malsane delle aree di smaltimento finale¹⁴.

In tale contesto, è richiesto ai municipi di sviluppare piani di *management* integrato, con l'obiettivo comune di conseguire l'eliminazione delle “discariche” e promuovere azioni tese a ridurre il volume dei rifiuti smaltiti nel suolo; in tal modo, il riciclo e il riutilizzo – con i processi appropriati – costituiscono uno strumento rilevante per rallentare i gravi ed attuali impatti sociali e ambientali dei rifiuti solidi urbani.

3. *Gli strumenti per la gestione dei rifiuti solidi contenuta nella legge n 12.305/2010 e il piano municipale di gestione integrata dei rifiuti solidi*

La gestione dei rifiuti solidi configura l'insieme delle azioni programmate dalla raccolta allo smaltimento compatibile dei rifiuti, in conformità con le linee guida del Piano Municipale di Gestione Integrata (PMGI) che il municipio stabilisce e che assumono carattere vincolante ed obbligatorio per il medesimo ente¹⁵.

Il Piano Municipale di Gestione Integrata (PMGI) dei rifiuti solidi che, come già visto, comprende la previsione delle modalità di gestione, è caratterizzato nei suoi contenuti da “*progettazione e coordinamento di raccolta, trasporto, trasbordo, trattamento e smaltimento ecologicamente corretto dei rifiuti, considerando il coinvolgimento politico, economico, ambientale, culturale e sociale*”¹⁶.

¹³ M. T. MANSOR, T.C. CAMARÃO, M. CAPELINI, A. KOVACS, M. FILET, G.d.A. SANTOS, A. B. SILVA, *Cadernos de Educação Ambiental: resíduos sólidos*, São Paulo: Secretaria do Meio Ambiente, 2010, p. 28.

¹⁴ P. JACOBI, cit., 2011, p. 135.

¹⁵ È possibile individuare uno dei principali obiettivi presentati dalla legge che istituisce la Politica Nazionale di Rifiuti Solidi: “Uno degli obiettivi fondamentali stabiliti dalla Legge 12.305 è l'ordine di priorità per la gestione dei rifiuti, che cessa di essere volontaria e sarà obbligatorio: non-generazione, la riduzione, il riutilizzo, il riciclaggio, il trattamento dei rifiuti solidi e lo smaltimento dei rifiuti nel rispetto dell'ambiente”. Ministério do Meio Ambiente. Planos de Gestão de Resíduos Sólidos: manual de orientação. Brasília, 2012, p. 23.

¹⁶ Disponibile in: https://www.pwc.com.br/pt_BR/br/estudos-pesquisas/assets/guia-pnrs-11.pdf. Accesso: 02/02/2015.

Inoltre, l'art. 8 della legge n. 12.305/2010 individua quattro specifiche tipologie di strumenti relativi alla gestione dei rifiuti solidi: la raccolta differenziata (sezione III), i sistemi di logistica inversa e gli altri strumenti relativi alla distribuzione della responsabilità condivisa per il ciclo di vita del prodotto (sezione IV), la cooperazione tecnica e finanziaria tra il settore pubblico e privato per lo smaltimento ecologicamente corretto dei rifiuti (sezione VI) e l'educazione ambientale (sezione VIII).

Dunque, in tale disciplina, risulta una specifica devoluzione di poteri e responsabilità al Municipio, dal momento che è nella dimensione locale che si determinano le coordinate attuative di tali strumenti e le linee guida operative dell'amministrazione locale per quanto riguarda la gestione dei rifiuti solidi che, come noto, deve avvenire necessariamente in collaborazione con gli altri enti federali.

Le politiche di integrazione tra gli enti sono promosse, infatti, incentivi finanziari dal PNRS, che dà la priorità per accedere alle risorse pubbliche del Governo federale ai comuni che *“scegliono le soluzioni del consorzio intercomunale sui rifiuti solidi, compresa la preparazione e l'attuazione del piano intercomunale”*¹⁷.

Al fine di analizzare le modalità con le quali i piani comunali possono essere efficaci sulla materia dei rifiuti, è utile la disamina degli strumenti richiamati che permettono la gestione integrata a livello locale, a partire dalla raccolta selettiva.

La raccolta selettiva è, senza dubbio, uno dei meccanismi che produce effetti notevoli sulla gestione efficace dei rifiuti solidi, anche se rappresenta – sul piano operativo – un'idea semplice, ma ripetutamente procrastinata dalla società¹⁸.

Si caratterizza per lo svolgimento di un'attività di separazione dei rifiuti in base alla loro natura, in modo che sia agevolato il processo di riciclo e riutilizzo dei prodotti.

Sul punto, sono noti i contributi di Helena Ribeiro e Gina Rizpà Besen, nei quali si evidenzia che la raccolta selettiva promuove l'educazione ambientale incentrata sulla riduzione dei consumi, genera reddito e lavoro – perché vi è una valorizzazione economica di materiali riciclabili – e migliora la qualità della materia organica per il compostaggio. In questa prospettiva, al di là della sostenibilità

¹⁷ Il Piano Municipale di Gestione Integrata dei rifiuti solidi è definito all'art. 18 della legge: “Lo sviluppo del piano municipale per la gestione integrata dei rifiuti solidi, come previsto dalla presente legge, è una condizione per il distretto federale e i comuni avrebbero accesso alle risorse dell'Unione, o da essa controllati, per i progetti e i servizi relativi alla pulizia urbana e la gestione dei rifiuti solidi, o per essere beneficiario da incentivi o finanziamenti di organizzazioni di credito federali o di sviluppo necessarie a tal fine”.

§ 1. Sarà data priorità di accesso a questi fondi federali nella rubrica dei Comuni:

I - optare per soluzioni consorzio intercomunale per la gestione dei rifiuti solidi, tra cui la progettazione e la realizzazione del piano intercomunale o che inserire volontariamente i piani di micro-regionale di rifiuti solidi di cui al § 1 dell'art. 16. Disponibile in: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112305.htm. Accesso: 03/02/2015).

¹⁸ A. SIRKIS, *O desafio ecológico das cidades*, in A. TRIGUEIRO, *Meio ambiente no século 21: 21 especialistas falam da questão ambiental nas suas áreas de conhecimento*. Campinas: Armazém do Ipê, 2008, p. 228.

e della complessità della gestione della raccolta differenziata dei rifiuti solidi, si tratta di strumenti che promuovono anche l'inclusione sociale e la generazione di reddito per alcuni strati sociali¹⁹.

Inoltre, occorre rilevare che il decreto n° 7404/2010 (art. 9, comma 2) stabilisce che il titolare del servizio pubblico di pulizia urbana, indipendentemente dalla sua organizzazione (consorzio intercomunale, concessione comune o partenariato pubblico-privato), deve implementare il sistema organizzato di raccolta differenziata che soddisfi gli obiettivi fissati nel Piano di Gestione Municipale Integrata.

Il secondo strumento è previsto al punto IV, dell'art. 8, del PNRS: *“logistica inversa e altri strumenti relativi alla realizzazione di responsabilità condivisa per il ciclo di vita dei prodotti.”* L'art. 3, paragrafo XII, definisce la logistica inversa come l'insieme delle *“procedure e dei mezzi che dovrebbe consentire la raccolta e il recupero dei rifiuti solidi per il settore delle imprese”*²⁰.

Rogers e Tibben-Lembke caratterizzano la logistica inversa come il processo e il controllo del flusso di materiale dal punto di consumo fino al ritorno alla sua origine, avente l'obiettivo finale di recuperare il valore di tale materiale o svolgere il loro smaltimento²¹.

Paulo Affonso Leme Machado sottolinea, d'altra parte, l'applicazione del principio di diritto ambientale *“chi inquina paga”*, che assume rilievo fondamentale dal momento che il “ritorno” dei rifiuti derivanti da prodotti consumati è di competenza delle imprese, sulle quali grava la responsabilità relativa alla destinazione dei rifiuti sia nell'ottica del riutilizzo che in quella della diminuzione complessiva dell'impatto ambientale prodotto dall'inadeguato smaltimento²².

¹⁹ H. Ribeiro, G. R. BESEN, *Panorama da Coleta Seletiva no Brasil: Desafios e Perspectivas a Partir de Três Estudos de Caso*. INTERFACEHS – Revista de Gestão Integrada em Saúde do Trabalho e Meio Ambiente – v.2, n.4, Artigo 1, ago 2007, p. 04.

²⁰ L'art.3, comma XII, della legge 12.305 definisce logistica inversa come “logistica di ritorno: strumento di sviluppo economico e sociale caratterizzato da una serie di azioni, procedure e mezzi per facilitare la raccolta e il recupero dei rifiuti solidi per il settore delle imprese per il riutilizzo nel suo ciclo o di altri cicli produttivi, o altro atto di disposizione appropriata per l'ambiente.”. Disponibile in: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112305.htm.

²¹ Gli Autori definiscono la logistica di ritorno: “The process of planning, implementing, and controlling the efficient, cost effective flow of raw materials, in-process inventory, finished goods and related information from the point of consumption to the point of origin for the purpose of recapturing value or proper disposal. More precisely, reverse logistics is the process of moving goods from their typical final destination for the purpose of capturing value, or proper disposal.”. D. S. ROGERS, R. S. TIBBEN-LEMBKE, *Going Backwards: Reverse Logistics Trends and Practices*. University of Nevada, Reno – Center for Logistics Management. Disponibile em: <http://www.rlec.org/reverse.pdf>. Accesso em: 03/02/2015, p. 02.

²² P. A. L. MACHADO, *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2012. Nella dottrina italiana, vedere *I rifiuti: dallo smaltimento alla prevenzione*, F. DE LEONARDIS, in *Diritto dell'Ambiente*, a cura di G. ROSSI, 3.ed., Torino, 2015, p. 308-322

Sull'attuazione della misura della logistica inversa, si deve rilevare che il PNRS imputa a produttori, importatori, distributori e rivenditori di prodotti, la responsabilità di intraprendere tutte le misure necessarie per garantire l'applicazione di tale meccanismo. A questo proposito, Arlete Rodrigues evidenzia che le responsabilità sono diffuse e deve essere analizzato “*il complesso processo di produzione dei settori e della sua ‘spazzatura’, si correla con la produzione di rifiuti domestici e l’uso di rifiuti per il riciclaggio*”.²³ Ciò implica, ad esempio, la fornitura di procedure per l’acquisto di imballaggio e l’indicazione di sedi funzionali per l’organizzazione lo svolgimento della consegna dei rifiuti riutilizzabili e riciclabili²⁴.

In questa prospettiva, nel 2011, il Governo federale ha istituito il cosiddetto Comitato di “Orientação” per l’Adempimento di Sistemi di Logistica Inversa, che ha compiutamente atteso alla definizione di tali sistemi e processi in relazione a cinque catene di materiali. L’istituzione di questo comitato costituisce l’esempio dello sforzo del Governo per la promozione di strumenti che contribuiscono direttamente al trattamento dei rifiuti solidi²⁵.

Quale terzo strumento, la PNRS indica anche la cooperazione finanziaria e tecnica tra il settore pubblico e privato: tale cooperazione può essere realizzata con la creazione di consorzi e altre forme di gestione e fornitura di servizi di igiene urbana in grado di migliorare la gestione dei rifiuti solidi.

L’educazione ambientale, ultimo e quarto strumento, costituisce un’azione rilevante per evitare che vengano trascurati gli impatti ambientali conseguenti allo smaltimento non corretto dei materiali.

L’art. 1 della legge n 9.795/99 descrive questo strumento: “(...) *Processi attraverso i quali gli individui e la collettività costruiscono valori sociali, conoscenze, abilità,*

²³ A. M. RODRIGUES, *Produção e consumo do e no espaço: Problemática Ambiental urbana*, São Paulo: Hucitec, 1998, p.136.

²⁴ Art. 33, § 3 della PNRS: “Fatti salvi i requisiti specifici previsti dalla legge o regolamento in standard stabiliti dagli organi di SISNAMA e SNVS, o accordi settoriali e termini di impegno eseguiti tra il settore pubblico e le aziende private, spetta ai produttori, importatori, distributori e rivenditori dei prodotti di cui ai punti II, III, V e VI, o i prodotti e gli imballaggi di cui ai punti I e IV del *caput* e il § 1, adottare tutte le misure necessarie per garantire l’attuazione e il funzionamento del sistema di logistica inversa sotto la sua carica, come stabilito nel presente articolo possono, tra le altre misure, I - stabilire procedure per prodotti o imballaggi usati II acquisto - stazioni di consegna disponibili rifiuti riutilizzabili e riciclabili. Disponibile in: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112305.htm. Accesso: 03/02/2015.

²⁵ I cinque gruppi di materiali sono lubrificanti, imballaggio in plastica; fluorescenti vapori di lampade al sodio e mercurio e luce mista; prodotti elettronici e componenti; imballaggi in generale; e residui di farmaci e il loro confezionamento. Gli obiettivi principali di questi gruppi sono l’elaborazione di un avviso di convocazione di un progetto per la realizzazione di accordi settoriali e la raccolta di aiuti per effettuare studi tecnici ed economici di fattibilità per la realizzazione di sistemi di logistica di ritorno – EVTE. (Disponibile in: <http://www.mma.gov.br/cidades-sustentaveis/residuos-solidos/instrumentos-da-politica-de-residuos/comite-orientador-logistica-reversa>. Accesso: 03/02/2015.

*atteggiamenti e competenze orientate alla conservazione dell'ambiente e di uso comune, essenziali per una qualità di vita sana*²⁶.

È pacifico che esiste una stretta corrispondenza tra l'educazione ambientale ed i suoi effetti e la raccolta inversa, la cui efficacia dipende, in gran parte, dall'adeguatezza della prima.

L'Unione Federale aveva già elaborato la Politica Nazionale per l'Educazione Ambientale, che mira a *“garantire, nel contesto educativo, l'interazione e l'integrazione equilibrata delle molteplici dimensioni della sostenibilità ambientale – ecologici, sociali, etiche, culturali, spaziali e di politica economica”*, ai fini del recupero e del miglioramento dell'ambiente e della qualità della vita²⁷.

In sintesi, nell'ordinamento brasiliano, si può affermare che tali strumenti, anche in modo correlato ed integrato tra loro, costituiscono un valido supporto per il miglioramento e l'efficienza della gestione dei rifiuti.

L'analisi dei contenuti dell'azione di gestione consente di accentuare le difficoltà che hanno i comuni di rispettare il Programma Nazionale di Rifiuti Solidi.

Tra i profili che devono essere sottolineati, due sono essenziali: il Piano Municipale di Gestione Integrata (PMGI) rimane una condizione preliminare affinché i comuni possano accedere alle risorse di finanziamento dei programmi di smaltimento dei rifiuti solidi del Governo federale; e tale atto pianificatorio delinea gli obiettivi e le direttive della gestione dei rifiuti solidi che risultano applicative e complementari rispetto al Programma nazionale.

Il processo amministrativo della gestione muove dalla puntuale diagnosi elaborata dal Comune in relazione ai rifiuti solidi (controllo dell'origine, volume, caratteristiche e forme di smaltimento.): è un *“studio della situazione di rifiuti solidi generati sul loro territorio.”*²⁸ Ed è necessaria, a seguito della definizione di possibili aree in cui i rifiuti sono depositati, la previsione dell'applicazione della logistica inversa e, infine, l'individuazione delle passività ambientali²⁹.

Successivamente alla diagnosi ed all'identificazione, il municipio stabilisce le

²⁶ Disponibile in: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19795.htm. Accesso: 03/02/2015.

²⁷ Programa Nacional de Educação Ambiental. Brasília: Ministério do Meio Ambiente, 2005, p. 33.

²⁸ Disponibile in: https://www.pwc.com.br/pt_BR/br/estudos-pesquisas/assets/guia-pnr-11.pdf. Accesso: 02/02/2015.

²⁹ Le procedure di identificazione sono contenute nelle disposizioni di cui all'art. 19: "II - individuazione delle aree favorevoli per adeguato smaltimento finale dei rifiuti, nel rispetto del piano generale di cui al § 1 dell'art. 182 della Costituzione Federale e la zonizzazione ambientale, se del caso; III - individuazione di possibilità di implementazione di soluzioni consortili o in comune con altri comuni, considerando l'economia di criteri in scala, la vicinanza a luoghi stabiliti (per lo smaltimento) e i modi di prevenzione dei rischi ambientali; IV - identificazione dei rifiuti solidi e generatori soggette a specifico piano di gestione ai sensi dell'art. 20 o il sistema di Reverse Logistics di cui all'art. 33, fatte salve le disposizioni della presente legge e dei suoi regolamenti, e le regole stabilite dagli organi di Sisnama e SNVS." (Disponibile in: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112305.htm. Accesso: 03/02/2015).

procedure operative che assumono il valore di linea guida per la prestazione del servizio pubblico dei rifiuti urbani e che contengono, altresì, la definizione delle regole di trasporto per la gestione dei rifiuti solidi e dei costi di tale servizio.

Il profilo della responsabilità del municipio è correlato all'attuazione del Piano Municipale di Gestione Integrata, che specifica le competenze sull'operatività delle regole e degli strumenti che compongono le misure del Piano.

Tra i contenuti obbligatori del Piano va annoverata la definizione degli obiettivi e la creazione di specifici programmi ed azioni relativi alla gestione dei rifiuti rimanenti. Mentre il Piano si caratterizza per fissare obiettivi al fine di ridurre la quantità di rifiuti avviati a smaltimento finale, i programmi dei municipi puntano alla realizzazione di programmi di educazione ambientale ed al coinvolgimento ed alla partecipazione di gruppi o associazioni da impegnare nella raccolta di materiale riciclabile.

Così, è possibile notare un legame gerarchico nel sistema delineato dalla legge n. 12.305/2010, che istituisce la Politica Nazionale dei Rifiuti Solidi prevedendo una serie articolata di strumenti per la gestione dei rifiuti, che a sua volta, sul piano municipale, sono guidati dal PMGI.

4. *Le misure possibili per l'adattamento dei municipi alla Politica Nazionale dei Rifiuti Solidi*

Stabiliti gli obiettivi e gli *standards* nella PNRS, caratterizzati gli strumenti nel Piano di Gestione Integrata Comunale per il coordinamento della gestione dei rifiuti, la questione giuridica essenziale rimane l'adempimento delle misure da parte dei comuni.

La prima sfida riguarda la mancanza di risorse pubbliche ai fini della distribuzione adeguata di infrastrutture sufficienti per lo svolgimento delle operazioni di trattamento dei rifiuti. È noto che alcune fasi della gestione richiedono una corretta strutturazione dei processi di trattamento – ad esempio, gli impianti di selezione per la separazione e il riciclo dei rifiuti – che richiedono l'uso di grandi attrezzature e alta tecnologia.

Inoltre, le discariche, come spazio ecologicamente appropriato, richiedono anche infrastrutture di base in modo che non costituiscano semplici “*lixões*” (meri depositi di spazzatura), ma spazi caratterizzati dall'isolamento sotterraneo e di superficie, con un puntuale trattamento dei gas e liquami prodotti, ma tale complessa attività corrisponde anche ad ingenti investimenti³⁰.

Sul punto, Juliane Erthal Carvalho sottolinea la necessità di rilevanti investimenti per la costruzione di tali infrastrutture e di “*azioni di formazione e di applica-*

³⁰ Circa il trattamento dei rifiuti solidi, cfr. il seguente sito web: <http://www.portalresiduos-solidos.com/tratamento-de-residuos-solidos/>. Accesso em 14, jun, 2015.

*zione sociali delle attività*³¹, mediante l'utilizzo anche di fondi pubblici., sottolineando che tale tipo di sovvenzione permette al settore privato di creare "stazioni di trasferimento, i punti di raccolta, impianti di trattamento e riciclaggio dei rifiuti, impianti di compostaggio"³², che sarebbero difficilmente forniti in modo diretto dall'Amministrazione.

A causa di tale criticità infrastrutturale e in considerazione della scarsità delle risorse economiche, si rileva che l'Unione del Governo federale ha fornito circa R \$ 1,2 miliardi per i comuni al fine di migliorare l'attuazione dei piani di gestione, ma tale finanziamento appare non avere prodotto effetti significativi a causa della mancanza di pianificazione, organizzazione e conoscenze tecniche dell'amministrazione locale³³.

Muovendo dal presupposto che il municipio ha la titolarità del servizio pubblico dei rifiuti urbani ed è responsabile per la sua costituzione, la relativa indipendenza da sovvenzioni del Governo federale è essenziale, così come la previsione di meccanismi autonomi nella raccolta di fondi per la sostenibilità del servizio.

Il PNRS non disciplina espressamente alcuna forma di raccolta, tuttavia la legge n 11.445/07, art. 9, sezione II, stabilisce che la pulizia urbana e la gestione dei rifiuti solidi conseguono la sostenibilità economica e finanziaria mediante la raccolta "*tasse o tariffe e altri prezzi pubblici, in conformità delle disposizioni del regime di servizio o le sue attività*"³⁴.

Si può osservare, dunque, che in caso di erogazione diretta del servizio pubblico dei rifiuti urbani da parte del municipio, tale attività può essere sostenuta economicamente dalla riscossione di contributi, mentre, quando il servizio è delegato per concessione a privati, la sostenibilità del progetto è direttamente correlato alla remunerazione del concessionario originata dalle tasse pagate dagli utenti.

³¹ J. E. DE CARVALHO, *Parcerias Público-Privadas e a gestão de resíduos sólidos urbanos*, in M. JUSTEN FILHO, R. W. SCHWIND (Coord.), *Parcerias Público-Privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 709.

³² CARVALHO, cit., 2015, p. 718.

³³ Per quanto riguarda le risorse pubbliche messe a disposizione dal Governo federale, è possibile confrontarsi con i seguenti dati: "Tra il 2012 e il 2014, il governo federale ha fornito \$ 1,2 miliardi di dollari per la realizzazione di PNR. Gran parte delle risorse non sono stati utilizzati per gli Stati e i Comuni. Di questo totale, R\$ 56,7 milioni erano del Ministero dell'Ambiente (2011-2012). "Entre 2012 e 2014, o governo federal disponibilizou R\$ 1,2 bilhão para a execução da PNRS. Boa parte dos recursos disponibilizados não foi aplicada pelos estados e municípios. Deste total, R\$ 56,7 milhões eram do Ministério do Meio Ambiente. Il Ministero delle Città, il Ministero dell'Ambiente e della Fondazione Sanitario nazionale (FUNASA) hanno, in generale, i programmi di supporto iniziative in materia di rifiuti solidi. ". Disponibile in: <http://www.mma.gov.br/informma/item/10272-pol%C3%ADtica-de-res%C3%ADduos-s%C3%B3lidos-apresenta-resultados-em-4-anos> . Accesso: 14, jun, 2015.

³⁴ Disponibile in: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/11445.htm. Accesso: 14, jun, 2015.

A prescindere dal rilievo dell'aspetto economico, le conoscenze tecniche e scientifiche necessarie per lo sviluppo del progetto di infrastrutture connesse al servizio pubblico di pulizia urbana evidenziano un'ulteriore e diversa criticità all'ente municipale: l'intervento di un corpo tecnico qualificato per l'operatività di tali sistemi di gestione dei rifiuti, al fine di assicurarne la conformità alle linee guida e al contenuto minimo del PMGI.

In particolare, il contenuto del PMGI è deputato a fornire il modello prescelto per la fornitura del servizio (che può essere eseguito direttamente, attraverso la creazione di una società pubblica o società di economia, la concessione comune, il consorzio pubblico o di partenariato pubblico-privato).

Sotto tale profilo, in base all'art. 8, Sezione XIX, il PNRS promuove la formula organizzativa dei consorzi pubblici e di altre forme di cooperazione tra gli enti federali, al fine di aumentare l'utilizzo di processi di riduzione dei costi.³⁵ Allo stesso fine, l'art. 7, sezione X, della stessa legge, pone tra gli obiettivi quello dell'adesione a tali forme di gestione al fine di garantire la sostenibilità operativa e finanziaria per l'esecuzione del servizio, caratteristiche tipiche di partenariato pubblico-privato³⁶.

Il sistema delineato dal PNRS deve essere considerato in rapporto allo Statuto della Metropoli, istituito dalla legge n. 13.089/2015 in materia di strumenti di sviluppo urbano integrato (art. 9), tra i quali si annoverano i consorzi pubblici (comma VI) e "partenariati pubblico-privato interferderativas" (sezione X)³⁷.

Pertanto, tra le soluzioni che richiedono la capacità economica e tecnica per svolgere il servizio – maggiormente complesso a seguito dei contenuti del PNRS – assume rilievo l'opzione della creazione di una nuova persona giuridica destinata a svolgere l'attività con vincolo di scopo ovvero il modello di partenariato pubblico-privato.

È essenziale, quindi, distinguere il modello del servizio pubblico di pulizia urbana affidato a consorzi pubblici interurbani e la diversa formula organizzativa del partenariato pubblico-privato.

La struttura del primo modello è stata disciplinata dalla Legge n.

³⁵ L'art. 8, Sezione XIX, è definito come uno strumento "per incoraggiare l'adozione di joint venture o altre forme di cooperazione tra enti federali, al fine di aumentare l'uso di scale e di ridurre i costi". Disponibile in: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112305.htm. Accesso: 14, jun, 2015.

³⁶ L'art. 7, sezione X, della politica nazionale di rifiuti solidi indica come uno dei suoi obiettivi: "la regolarità, la continuità, la funzionalità e la fornitura universale dei servizi pubblici di pulizia urbana e della gestione dei rifiuti solidi, con l'adozione di meccanismi di gestione ed economici al fine di garantire il recupero dei costi dei servizi, al fine di garantirne la sostenibilità operativa e finanziaria, soggetta alla legge n. 11.445, 2007". Disponibile in: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112305.htm. Accesso: 05/02/2015.

³⁷ Disponibile in: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13089.htm. Accesso: 14, jun, 2015.

11.107/05 e specificata dal successivo decreto n. 6.017/07, che definisce i consorzi pubblici come associazione pubblica costituita per stabilire rapporti federativi di cooperazione per il raggiungimento di obiettivi di interesse comune. Così, la fornitura del servizio pubblico si caratterizza quale gestione condivisa, in quanto l'operazione gestoria e l'attività integrata consente una maggiore efficienza nella gestione. Anche se è stato osservato che tale soluzione evidenzia criticità nella mancanza di interfederalismo nella materia ambientale, con la conseguenza della mancanza di coordinamento, di frammentazione delle politiche, dello spreco di risorse, e della sopravvenienza di numerosi conflitti di competenza³⁸.

La preferenza del meccanismo organizzativo del consorzio tra municipi è evidente nella legge n. 12.305/2010 (specialmente a seguito dell'entrata in vigore dello Statuto della Metropoli), attesa la previsione del sostegno finanziario da parte dell'Unione, essendo stabilito di accordare priorità d'accesso ai fondi federali a favore degli enti che scelgono tale opzione organizzativa di fornitura del servizio pubblico. Tuttavia, le disposizioni giuridiche che disciplinano tale profilo (art. 45) indicano che si tratta di consorzi pubblici, cioè, istituiti come un'associazione pubblica ed integrano la forma di Amministrazione indiretta di tutti gli enti della Federazione consorziati³⁹.

In questa direzione, si colloca il contenuto della legge complementare n. 140/2011, che seleziona il consorzio pubblico quale uno degli strumenti istituzionali di cooperazione tra i membri della federazione brasiliana, e prevede che le azioni di cooperazione tra livello federale, statale, e distretto federale e comuni, debbano essere finalizzate al conseguimento degli obiettivi di cui all'art. 3 della legge, vale a dire:

“Art. 3 Gli obiettivi fondamentali dell’Unione, gli Stati, il Distretto Federale dei Comuni, nell’esercizio della competenza comune di cui alla presente legge supplementare sono:

I - proteggere, difendere e preservare l’ambiente ecologicamente equilibrato, promuovendo decentrata, democratico ed efficiente;

II - al fine di garantire l’equilibrio di sviluppo socio-economico con la tutela dell’ambiente, osservare la dignità della persona umana, l’eliminazione della povertà e la riduzione delle disuguaglianze sociali e regionali;

III - armonizzare le politiche e le azioni amministrative al fine di evitare sovrapposizioni

³⁸ T. N. LEME, *Os Municípios e a Política Nacional do Meio Ambiente. Planejamento e políticas públicas* – ppp. N. 35, jul./dez. 2010, p. 31.

³⁹ Maria Sylvia Zanella Di Pietro rileva che i consorzi pubblici hanno i loro privilegi di persone giuridiche di diritto pubblico, come ad esempio “l’immunità fiscale, l’immunità da sequestro di merci, in particolare il processo di attuazione, il giudizio privato, il tempo prolungato in tribunale (...)”. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 246.

di attività tra le entità federali, al fine di evitare conflitti di doveri e di garantire operazioni amministrative efficienti;

IV - garantire l'uniformità della politica ambientale in tutto il paese, nel rispetto delle peculiarità regionali e locali “.

Inoltre, si deve osservare che uno degli strumenti PNRS, la pulizia urbana, si colloca in una dimensione operativa correlata a spazi “*interfederativos*”, essendo un'attività che rientra tra gli obiettivi comuni di tutti i membri della Federazione: in tal modo, il consorzio rileva come strumento adatto alla gestione dei rifiuti ed al conseguimento complessivo di tutti gli obiettivi elencati nell'art. 3 della legge complementare citata⁴⁰.

Tra le principali caratteristiche che rendono preferibile il consorzio nelle scelte dei municipi, è il fatto che tale soggettività giuridica, dotata di struttura, patrimonio, bilancio e gestione autonoma rispetto agli enti, recano con sé l'aumento della produttività e della capacità di erogazione dei servizi, l'uso efficiente delle risorse pubbliche, lo svolgimento di azioni coordinate in due o più comuni, unitamente al sostegno di azioni politiche di sviluppo urbano e socio-economico a livello regionale.

È noto che, tra gli altri, anche Taciana Leme Neto commenta in senso favorevole le azioni del consorzio comunale in relazione al servizio pubblico di pulizia urbana: “*Le azioni del consorzio rappresentano anche una scelta appropriata per quei comuni che non hanno le risorse e la struttura che incorpora organo, consigli e personale specifico per l'ambiente. Piccoli comuni, agendo congiuntamente e in modo coordinato, sono rafforzati e possono comunicare con altri soggetti in via prioritaria rispetto ai comuni isolati. La collaborazione di numerosi piccoli comuni con un comune-polo può essere un modo di risolvere i problemi regionali ed evidenzia l'opportunità di stabilire nuovi accordi di politica pubblica, in collaborazione con la società e altri enti governativi*”⁴¹.

È importante sottolineare che il consorzio non può rappresentare lo strumento per limitare o escludere la responsabilità dei comuni nel monitoraggio e nella supervisione delle attività per le quali è stato creato, cioè, la gestione dei rifiuti solidi⁴².

In alternativa al consorzio, il secondo modello che può essere adottato dai comuni è il partenariato pubblico-privato (PPP)⁴³, strumento approfondito dagli

⁴⁰ O. MEDAUAR, G. J. DE OLIVEIRA, *Consórcios Públicos: comentários à lei 11.107/2005*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais 2006, p. 05.

⁴¹ LEME, cit., 2010. p. 47.

⁴² MOREIRA, cit., 2010.

⁴³ L'autore definisce il partenariato pubblico-privato: “(...) si può dire che il partenariato pubblico-privato è il contratto di concessione amministrativa che ha per oggetto (a) l'esecuzione del servizio pubblico, preceduta o no da opera pubblica remunerata, da tasse pagate da parte dell'utente e anche del partner pubblico, o (b) la fornitura di servizi che la pubblica amministrazione (sia l'utente diretto e indiretto), con o senza esecuzione di opere e la fornitura e installazione

studi di da Carlos Ari Sunfeld, che definisce tale istituto come caratterizzato da legami multipli di negoziazione stabiliti tra la Pubblica Amministrazione e i privati per consentire lo sviluppo, con responsabilità, di attività che presentano un elevato coefficiente di interesse generale⁴⁴.

Nonostante questi specifici vantaggi, è necessario richiamare l'attenzione sulle peculiarità economiche tipiche di questa modalità di concessione del servizio, atteso che attraverso gli strumenti dell'ingegneria economica e finanziaria (*project finance*), il partner privato diventa responsabile per la realizzazione di infrastrutture necessarie per la gestione dei rifiuti solidi.

Il profilo dell'accordo finanziario è valorizzato da Fernão Justen de Oliveira come tecnica ed elemento di connotazione di questo modello, essendo il finanziamento ed i relativi rischi corrispondenti al contenuto peculiare di ogni progetto elaborato⁴⁵.

Tale finanziamento assume rilievo poiché sostituisce la spesa diretta dei fondi pubblici da parte del municipio (spesso non disponibile), essendo il "*project finance*" responsabile dell'imputazione e della distribuzione dei rischi e della delimitazione della sostenibilità finanziaria del progetto relativo al servizio di pulizia urbana⁴⁶. L'opzione PPP, progettato per creare un'infrastrutture complesse, sia sotto l'aspetto economico o tecnico, si pone come ipotesi operativa in grado di facilitare l'attuazione da parte dei municipi dei contenuti del PNRS.

Occorre anche sottolineare che la disponibilità di infrastrutture per la gestione

di beni, con la considerazione (retribuzione) del partner pubblico". Ob.cit., p. 148. Maria Sylvia Zanella Di Pietro assim conceitua a parceria público-privada: "(...) pode-se dizer que a parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão que por objeto (a) a execução de serviço público, precedida ou não de obra pública remunerada, mediante tarifa paga pelo usuário e contraprestação pecuniária do parceiro público, ou (b) a prestação de serviço de que a Administração Pública seja a usuária direta e indireta, com ou sem execução de obra e fornecimento e instalação de bens, mediante contraprestação do parceiro público." Ob.cit., p. 148.

⁴⁴ C. A. SUNDFELD, *Guia jurídico das parcerias público-privadas*, in C. A. SUNDFELD (Coord.), *Parcerias Público-Privadas*, São Paulo: Malheiros, 2011, p. 20.

⁴⁵ Fernão Justen de Oliveira definisce la Finanza di progetto. "è un forma tecnica di partenariato pubblico-privato 'in senso stretto', ogni specifico progetto di partenariato pubblico-privato si adatta al finanziamento su misura progettato dal 'Project Finance', che considera capacità di indebitamento e l'assunzione di rischi di ciascuno dei partner al fine di dirigere la loro assegnazione ad un più elevato livello di esercizio per il controllo su queste spese senza mettere in pericolo il successo della realizzazione del progetto. " F. J. DE OLIVEIRA, *Parceria Público-Privada: aspectos de direito público econômico*, Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 107-108.

⁴⁶ Sobre esse arranjo financeiro Fernão Justen de Oliveira comenta o seguinte: "(...) A formação promovida pelo '*project finance*' não apenas estima e distribui riscos como também delimita a sustentabilidade financeira desse projeto, fundada no fluxo de recursos do empreendimento. Quanto à origem dos recursos garantidores do projeto, o '*project finance*' da parceria público-privada classifica – se como 'non-recourse' – modalidade pela qual o fluxo de caixa é projetado exclusivamente a partir da remuneração percebida pelo parceiro privado, sem a prestação de garantias pelos seus acionistas." Ob.cit. p. 108-109.

dei rifiuti solidi è un tema strettamente correlato allo smaltimento finale dei rifiuti atteso che, come evidenziato, fino ad ora, non si registra l'adeguata identificazione di luoghi appropriati per la localizzazione delle discariche al fine di mitigare efficacemente gli impatti ambientali.

Sull'aspetto della prestazione del servizio, Angelica Petian e Mário José Cortez rilevano che la figura della concessione amministrativa, in ragione della legge sul partenariato pubblico-privato, si è dimostrata anche indispensabile ai fini della realizzazione di “servizi di gestione dei rifiuti solidi, che comprende le attività di trasferimento, il riutilizzo o il riciclaggio, il trattamento e lo smaltimento dei rifiuti solidi”.⁴⁷

I tribunali statali e federali hanno già statuito in ordine alla necessità dei municipi di conformarsi al PNRS, mettendo in evidenza quanto sia importante tale disciplina e, oltre la imposizione di sanzioni, di regola, ordinano ai comuni di allinearsi ai contenuti della la Política⁴⁸.

Sul punto, il Ministro Humberto Martins, della Corte Superiore di Giustizia, ha indicato che “solo l'approvazione della legge municipale, che regola lo smaltimento dei rifiuti solidi, non è sufficiente per escludere il danno ambientale o futuro”⁴⁹. La ricerca di soluzioni per la gestione ambientale va ben oltre il mero adempimento di norme, poiché i comuni, spesso, sono privi di *expertise* e risorse per l'attuazione del sistema come delineato dal PNRS, con l'evidente limite che non è adeguata la mera approvazione della legge comunale laddove, di per sé, non reca con sé alcun risultato pratico favorevole alla riduzione delle fattispecie di danni ambientali.

In tale cornice di contesto, si registra il ruolo della magistratura, che può ordinare alla Pubblica Amministrazione di agire in via amministrativa al fine di realizzare l'implementazione delle infrastrutture e dei processi gestori necessari per l'attuazione della legge municipale, sia attraverso il patto concessorio con il privato, sia attraverso i consorzi. Ma, ovviamente, la magistratura non può spingersi fino ad ordinare al Potere Esecutivo l'elaborazione di una specifica politica pubblica ovvero a prendere specifiche decisioni, come ha evidenziato il voto espresso dal giudice Francisco José dos Anjos Bandeira de Mello, della Corte di Giustizia di Pernambuco:

“(…) 3. Anche se è ammesso in casi eccezionali, l'intervento giudiziario volto a indicare agli Amministratori l'adozione di misure di garanzia costituzional-

⁴⁷ A. PETIAN, M. J. CORTEZE, *As Parcerias Público-Privadas de resíduos sólidos*, in: R. VALIN, B. AURÉLIO, A. L. FREIRE, A. N. DAL POZZO, *Parcerias Público-Privadas: teoria geral e aplicação nos setores de infraestrutura*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014, p. 354.

⁴⁸ “Il Potere Giudiziario, in circostanze eccezionali, può stabilire che la Pubblica Amministrazione adotti misure di protezione e garanzia per diritti essenziali costituzionalmente riconosciuti senza violare il principio della separazione dei poteri “ (AI 708667 AgR, Relator (a): Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, Data: 28/02/2012)

⁴⁹ Superiore Tribunale di Giustizia (STJ) 1.367.549 – MG (2011/0132513-5), Relatore: Ministro Humberto Martins, Data: 02/09/2014, T2 - SEGUNDA TURMA, testo contenuto nella sua manifestazione (voto).

mente riconosciute come diritti essenziali, non ha la competenza, in questo caso, il potere Giudiziario per determinare la costruzione di una discarica nello stesso luogo dove una volta aveva il “lixão”⁵⁰ e che sia la soluzione migliore per lo smaltimento dei rifiuti solidi nel comune di Abreu e Lima. (...)”⁵¹.

La Corte di Giustizia del Paraná ha riconosciuto l'impossibilità di determinare i contenuti delle azioni amministrative e di ordinare l'attuazione immediata del PNRS da parte dei Comuni, semplificando la gestione con il riferimento allo strumento della logistica di ritorno.

Secondo il giudice Nilson Minuza sono necessari “*studi specializzati, il coinvolgimento di molti settori e trattative complesse*”⁵², che impediscono una risposta ed una soluzione immediata da parte del potere giudiziario.

Infine, si sottolinea che la soluzione consortile è difesa dal Tribunale Regionale Federale della 5 ° Regione, che ha stabilito, con decisione del giudice della Corte Niliane Meira Lima, che il piano di gestione dei rifiuti solidi debba essere a lungo termine, ed esige anche dai piccoli municipi l'elaborazione di studi, la pianificazione e il coordinamento, al fine di agire insieme con altri comuni per formare consorzi destinati alla gestione dei rifiuti⁵³.

In base agli orientamenti del giudice brasiliano dunque, il modello del consorzio intercomunale, mediante la realizzazione di azioni coordinate tra due comuni tramite un soggetto istituito per raggiungere obiettivi comuni, ed il partenariato pubblico-privato, responsabile per l'attuazione delle infrastrutture e per l'adeguata gestione anche finanziaria, possono essere strumenti più favorevoli e flessibili alla logica ed agli scopi della PNRS.

Possibili ostacoli incontrati dai municipi – si è detto della disponibilità di fondi pubblici per la creazione di infrastrutture e della mancanza di personale specializzato per la strutturazione di questa gestione – potrebbero trovare, nelle forme di consorzi pubblici interurbani e partenariati pubblico-privato, opzioni compatibili con l'obiettivo del superamento delle criticità e con le linee guida del PNRS⁵⁴.

⁵⁰ La parola “lixão”, in portoghese, significa un luogo dove c'è lo scarico di rifiuti senza alcuna cura per l'ambiente e la salute pubblica, e, in generale, non è regolato dal comune.

⁵¹ TJ-PE – APL: 609370 PE, Relator: Francisco José dos Anjos Bandeira de Mello, Data: 30/04/2015, 2ª Câmara de Direito Público, Data di pubblicazione: 12/05/2015.

⁵² TJ-PR – AI: 13134999 PR 1313499-9 (Acórdão), Relator: Nilson Mizuta. Data: 05/05/2015, 5ª Câmara Cível, Data di pubblicazione: DJ: 1571 25/05/2015.

⁵³ TRF-5 – AGTR 128234-PE (0011451-26.2012.4.05.0000). DESEMBARGADORA FEDERAL NILIANE MEIRA LIMA (CONVOCADA), Data: 16/05/2013, Primeira Turma.

⁵⁴ TRF-5 – AGTR 128234-PE (0011451-26.2012.4.05.0000). DESEMBARGADORA FEDERAL NILIANE MEIRA LIMA (CONVOCADA), Data: 16/05/2013, Primeira Turma.

5. *Considerazioni finali*

L'analisi condotta sulla disciplina brasiliana della gestione dei rifiuti solidi è stata indirizzata ad evidenziare i principali *standards* della Politica Nazionale dei Rifiuti Solidi, istituita dalla legge n° 12.305/2010, e le criticità emergenti in relazione alla preoccupazione del Governo rispetto gli impatti sociali e ambientali che lo smaltimento improprio di rifiuti solidi può causare, e consistenti nell'inquinamento atmosferico, nell'interferenza dei rifiuti con le fonti d'acqua e con il degrado del suolo, e nelle complesse condizioni malsane delle aree di smaltimento.

In effetti, è possibile cogliere – nelle norme che configurano la PNRS – il rilievo fondamentale della gestione dei rifiuti solidi, considerata come l'insieme delle azioni svolte tra la raccolta e lo smaltimento ecologicamente corretto dei solidi rimanenti, e la gestione di questi materiali, e la specificità della conseguente dimensione attuativa affidata ai contenuti del Piano Municipale di Gestione Integrata dei rifiuti solidi (PMGI).

L'obiettivo fondamentale di obbligare i comuni a sviluppare i piani di gestione integrata, è correlato al fine di PNRS di sradicare le cosiddette “lixões”, e promuovere azioni volte a ridurre il volume dei rifiuti impropriamente smaltiti nel terreno, riciclarli e riutilizzarli.

Sul versante attuativo, si può evidenziare che le scelte del consorzio intercomunale e del modello del partenariato pubblico-privato possono rappresentare una valida soluzione giuridica alternativa, in linea con gli obiettivi ed i contenuti della Politica Nazionale di Rifiuti Solidi.

Tuttavia, queste prospettive di sviluppo relative alla gestione dei rifiuti solidi scontano l'incertezza relativa al reperimento di adeguato personale comunale specializzato (in grado di supportare, nelle diverse fasi, gli strumenti per la gestione dei rifiuti solidi) ed alla disponibilità delle risorse pubbliche minime, che possano consentire ai comuni di adattare la gestione correlata alla peculiarità del loro territorio ai contenuti obbligatori della Politica Nazionale brasiliana.

Abstract

The adequacy of the Brazilians Municipalities to the National Solid Waste Policy: challenges and possible solutions

by Angela Cassia Costaldello and Luis Alberto Hungaro

The article analyzes the National Solid Waste Policy in Brazil, established by Law No. 12.305/2010, that set guidelines for actions aimed to promote environmentally adequate treatment and disposal of solid waste. It is specifically attentive to the appropriateness of municipalities to this national policy, identifies the main management tools and allows the mitigation of the remaining solid management for the corresponding environmental problems. The implementation of these national rules, by municipalities, presents some challenges, such as: lack of public resources for the creation of adequate infrastructure for the management of solid waste; unavailability of staff for public service management of urban cleaning. In this scenario, the authors examine the solutions indicated by PNRS, namely the public consortia and forms of public-private partnership between Federation entities.

La intervención de actores privados en el desarrollo de actividades reguladoras: la evolución del Derecho Administrativo en el espacio

di Francisco Garcia-Garrido

SUMARIO: 1. Introducción – 2. La emergencia de la colaboración entre Estados y actores privados de nuevo orden: generalidad y problemática – 3. Principios de derecho públicos y actores privados que desempeñan actividades reguladoras – 4. La participación y la transparencia en el proceso de toma de decisiones de los actores privados – 5. Breves conclusiones.

1. *Introducción*

El Estado ya no vive sólo. Ahora lo hace acompañado de nuevos sujetos que confluyen en un área común, en un *espacio*¹ en el que se superponen valores diversos e intereses emergentes. La reciente dinámica de cambio global ha generado una serie de efectos sobre la tradicional idea de Estado, en tanto que ha contribuido a la fragmentación de los ordenamientos jurídicos estatales, y coadyuvado a la multiplicación de «organismos» de carácter público, privado o mixtos – tanto a nivel nacional como internacional o global – que quedan lejos del control único o manifiesto del Estado.

En este nuevo contexto vemos cómo el Estado comienza a adoptar un nuevo *papel* y se transforma también “destinatario de prestaciones o medidas económicas” (Barnés, 2014). Así pues, el Estado pasa a convertirse en corresponsable de numerosas tareas reguladoras y prestacionales² que la globalización y privatización³ han dejado en manos de nuevos «actores sociales». La razón de esta delegación o «auto-atribución» de tareas por parte del privado es debida a la

¹ *Nota del autor.* Cuando en el presente trabajo nos referimos al concepto de «actor privado» («sujeto», «organismo» o «agente») aludimos a aquel sujeto de naturaleza puramente privada, con o sin ánimo de lucro, de alcance nacional o supranacional, que presta un servicio de interés público o ejerce una actividad reguladora. Con la privatización y la globalización algunos sectores de interés público como el de las telecomunicaciones, los mercados financieros y el comercio internacional, la gobernanza de internet, la lucha contra el dopaje deportivo, la inocuidad alimentaria y la protección medioambiental, se han convertido en ámbitos en los que el «actor privado» se ha insertado bien sea por medio de la prestación de servicios propios o de la regulación de dichos sectores.

Sobre la cuestión, véase la obra de S. CASSESE, “*Lo spazio giuridico globale*”, Libri del tempo, Laterza, 2006.

² J. BARNÉS, “*La transparencia: cuando los sujetos privados desarrollan actividades regulatorias*”, en R. GARCÍA MACHO, *Ordenación y transparencia económica en el Derecho público y privado*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/Sao Paulo, 2014, p. 78.

³ Para abundar más sobre los efectos de la globalización y privatización, véase la obra de S. CHESTERMANN, “*Globalization Rules: Accountability, Power, and the Prospects for Global Administrative Law*”, 14, *Global Governance*, 2003, pp. 39-52.

incapacidad de la administración nacional (o europea) de gestionar en solitario las nuevas funciones y actividades que le vienen siendo atribuidas. De esta manera, podrán estos actores sociales (tales como agencias, ONG, organizaciones multilaterales u otros sujetos de carácter privado con poder para regular) llevar a cabo una serie de actividades reguladoras, cuando la administración nacional o supranacional no pueda hacerlo por sí misma⁴.

Así pues, en el presente artículo nos referiremos sólo y exclusivamente a la actividad reguladora, entendida ésta como la labor que realiza el sujeto privado de creación de estándares, normas o reglas (en sentido amplio), destinada a la adopción de prácticas seguras y sostenibles contra el cambio climático, la publicidad no engañosa, la seguridad de internet o la inspección de nombres de dominio exclusivos, el etiquetado de los productos, la higiene de los alimentos o la protección de los recursos escasos a través de la implementación de buenas prácticas agrícolas, entre otras.

Es evidente que, con la venida de estos nuevos sujetos reguladores, se ensombrezca el árbol genealógico del Derecho Administrativo, y se alumbre a una realidad bien distinta que va penetrando en la conciencia de los Estados: una nueva forma de administrar (de organizar y decidir) que, de ordinario, no resultaría equivocada si materialmente fuera necesario optar por técnicas nuevas y otras regulaciones más originales⁵. Asimismo, y detrás de la originalidad del fenómeno regulador se esconde una notoria falta de control administrativo a consecuencia de la carencia de mecanismos de supervisión o de sistemas administrativos nacionales, internacionales o globales que coordinen o corrijan la desatención de los principios vertebrales que, hasta hoy, han venido conformando el modelo clásico de regulación administrativa⁶.

En este contexto, no es menos importante indicar que la fascinación que presenta la aparición de estos nuevos actores sociales muestra sólo una de las dos caras de la moneda. La verdadera realidad subyace bajo los intereses económicos propios y de liderazgo que poseen estos sujetos, a pesar de que aparentemente se muestren implicados en los desafíos de salvaguardia de una economía mundial más resistente y responsable (como es el caso de la regulación global ambiental).

Ahora sí que la realidad parece distorsionarse, sobre todo cuando descubri-

⁴ No se trata de una simple delegación de funciones sino de algo más. Estos sujetos privados van a asumir de manera autónoma una serie de funciones de carácter público sin que sea la administración la que les demande o delegue su ejercicio. Tampoco será la ley quien determine que habrán de ser ciertos sujetos – de carácter privado – los que ejerzan dichas funciones públicas, como es el caso de las fundaciones del sector público o de los concesionarios, supuestos en los que su actuación debe someterse de manera estricta al Derecho Administrativo.

⁵ Santamaría J. A. PASTOR, “*Fundamentos de Derecho Administrativo I*”, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, pp. 185-277.

⁶ J. BARNÉS, “*Sobre el procedimiento administrativo: evolución y perspectivas*”, en *Innovación y Reforma en el Derecho Administrativo*, (ed.) colección de pensamiento – serie blanca, Sevilla, 2006, p. 267.

mos que estos sujetos con poder para regular⁷ intervendrán tanto directa como indirectamente en el establecimiento e implementación de normas, reglas y políticas dirigidas a adoptar iniciativas propias y soluciones prácticas e innovadoras destinadas a dar respuesta a un gran número de actividades reguladoras⁸. Sin olvidar los valores fundacionales⁹ de muchas de estas organizaciones privadas, hemos de considerar la aparente finalidad que muestran algunas de sus políticas, normas y reglas propuestas. Aun así, es habitual que Estados y organizaciones internacionales se muestren interesados en las actividades reguladoras que prestan y en especial, en las normas y/o recomendaciones que formalizan. De esta manera, estos nuevos actores sociales van a aprovechar la representatividad institucional y su posición de liderazgo, así como la competencia técnica que poseen para instar a las autoridades administrativas nacionales y transnacionales a tomar decisiones en función de sus intereses.

A nuestro aviso, el éxito de las iniciativas emprendidas por el sector privado dependerá también de la manera en que se les haga partícipes a los gobiernos nacionales, a las empresas, a las instituciones financieras, a las ciudades y las regiones, a las asociaciones y fundaciones, y a las comunidades locales interesadas, teniendo en cuenta sus intereses y haciéndoles partícipes durante el proceso de toma de decisiones.

El presente artículo analiza, en primer lugar, el fenómeno de la colaboración privada por medio de la creación de reglas, normas y recomendaciones propias. Posteriormente, nos dedicaremos al estudio del alcance de la participación privada y al interés del sujeto privado en intervenir en la cadena reguladora. La nueva forma de cooperación y colaboración obliga a cuestionarnos de qué manera esta nueva forma de *administrar*, respeta el cumplimiento de las normas de pro-

⁷ El hecho de que estos sujetos tengan poder para regular no implica que tengan potestad y legitimación para hacerlo. A diferencia de cuanto cabría esperarse, estos actores sociales utilizan, tal y como veremos más adelante, su representatividad institucional y su posición de liderazgo para nutrir sus propios intereses.

⁸ Sobre la actividad reguladora del privado, véanse las obras de C. SCOTT, “*Private Regulation of Public Sector: A Neglected Facet of Contemporary Governance*”, en *Journal of Law and Society*, v. 29, núm. 1, 2002, pp. 56-76; y también, E. MEIDINGER, “*The Administrative Law of Global Private-Public Regulation: the case of Forestry*”, en *The European Journal of International Law*, v. 17, núm. 1, pp. 47-87.

⁹ Detrás de la actividad reguladora ejercida por parte de estos actores privados (nacionales o supranacionales) subyace un interés o una “misión” particular por entrar en la cadena de regulación. Para ello, de forma autónoma, estas organizaciones adoptan una serie de principios y criterios para poder lograr la realidad y la visión de futuro que les singulariza. Por ejemplo la organización *Forest For All Forever* (FSC, por sus siglas en inglés) ha adoptado un conjunto de diez principios, de entre los que se encuentran la obligación de respetar con todas las leyes del país en que vendrán aplicadas las decisiones adoptadas por la organización, así como el respeto por los derechos reconocidos a los pueblos indígenas en relación con la posesión y el manejo de las tierras. *Vid.*: FSC, “Diez reglas para el manejo forestal responsable”, [consulta en línea el 29 de agosto de 2016], disponible en: <https://ic.fsc.org/es/certification/principles-and-criteria/the-10-principles>.

cedimiento propias del Derecho Administrativo doméstico, y por qué medios aseguran la transparencia y la participación durante la elaboración de normas y reglas propias a través del proceso de toma de decisiones.

2. *La emergencia de la colaboración entre Estados y actores privados de nuevo orden: generalidad y problemática*

La interconexión entre *lo público* y *lo privado*¹⁰ ha ido convirtiéndose en una característica esencial de nuestro tiempo. Este fenómeno encuentra su razón de ser en la liberalización de la economía y la privatización de ciertos servicios de interés general. No obstante, la causa de esta «interconexión» también es debida al desbordado y espontáneo crecimiento de toda una suerte de novedosas actividades reguladoras¹¹ ejercidas por nuevos actores privados, lo que hace exigua la exclusiva intervención del Estado como prestador o regulador. En consecuencia, es la falta de formación técnica de la administración y la rica especialización del privado lo que hace patente la imprescindible colaboración de estos nuevos sujetos que, de manera corporativa, aporten soluciones y nuevas formas de operar y funcionar¹².

Como es evidente, la intervención de estos nuevos actores en la actividad reguladora, por un lado, ha generado un impacto relevante en la formulación de políticas y estándares —a cualquier nivel ya sea nacional, internacional o global—; por otro, —y quizás la causa de mayor peso— porque la rotura entre personalidad jurídica y régimen jurídico es la sospecha que atiende a la transformación del Derecho Administrativo. Quiere decirse con ello que será el Derecho Administrativo quien deba hacer un esfuerzo por lograr la adecuación entre forma jurídica de la entidad y Derecho aplicable, racionalizando el actual sistema de administración institucional¹³. De esta forma podrá trazarse la manera en que el sujeto

¹⁰ H. H. TRUTE, “Wechselseitige Verzahnungen zwischen Privatrecht und öffentliches Recht”, en Hoffmann-Riem/Schmidt-Assmann (Hrsg), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, Baden – Baden, 1996, p.167.

¹¹ La «colaboración» o «cooperación» de organizaciones de carácter privado — tanto a nivel nacional como supranacional — se ha enfocado en el desarrollo de políticas destinadas a la promoción del medioambiente y al impulso de iniciativas dirigidas a la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero; la regulación, supervisión y gestión de riesgos del sector bancario; la creación de normas dirigidas a luchar contra la publicidad engañosa; el establecimiento de directrices enfocadas a promover la calidad e inocuidad alimentaria; la promoción, coordinación y monitorización en la lucha contra el dopaje deportivo; así como a otros muchos sectores, actualmente de especial interés para los estados.

¹² B. KINGSBURY, R. W. STEWART, “*Hacia el Derecho Administrativo Global: fundamentos, principios y ámbito de aplicación*”, Global Law Press – Editorial Derecho Global, serie amarilla, Barnés, J. (ed.), Sevilla, 2016, p. 46.

¹³ S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, “*Derecho Público y Derecho Privado*”, Reseña de publicaciones y doc-

privado deba someterse a un cuerpo general de «principios» o de «conceptos universales y comunes» que generen una mayor seguridad jurídica (Barnés, 2015).

Y es que la intervención del privado en la actividad reguladora (en sentido amplio) da lugar a una nueva categoría jurídico-pública que no ha de pasarse por alto¹⁴, en especial, cuando sin potestad alguna, es el privado quien regula y decide (en sentido estricto), y el Estado quien adopta y aplica la norma. Lógicamente, la producción de normas, políticas o estándares no ha pretendido ser una actuación mecánica sino que, por el contrario, se somete a un dilatado proceso interno cuando menos controvertido al que nos referiremos parcialmente en las últimas páginas de este trabajo.

El problema de la injerencia del privado no se acota en la falta de sujeción a la rama del Derecho Administrativo, sino que la cuestión se extralimita, en especial, allí donde el privado no tiene límites y puede ejercer con libertad su actividad reguladora. Como bien sabemos, la premura de la colaboración público-privada se ha ido emplazando a un nivel superior o «espacio jurídico global»¹⁵ en el que confluyen también los intereses de emergentes organizaciones reguladoras globales. La promoción del medioambiente y el impulso de iniciativas dirigidas a la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero¹⁶, son algunas de las actualísimas políticas que los Estados «han dejado» en manos del privado, a fin de recibir soluciones climáticas más prácticas o funcionales. Estas iniciativas de colaboración público-privada en temas ambientales vienen ya respaldadas con el Informe de la Conferencia de las Partes en el 11º período de sesiones, celebrado en Montreal el 28 de noviembre de 2005¹⁷. En él se manifiesta la necesidad de «organizar encuentros y debates entre las partes, las organizaciones financieras internacionales, el sector privado y otros interesados en el 25º período de sesiones del Órgano Subsidiario de Asesoramiento Científico y Tecnológico (OSACT), a fin de examinar e intercambiar opiniones sobre cuestiones, experiencias (...) y sobre estrategias para la cooperación y la colaboración (...) en relación con el desarrollo, la utilización, la difusión y la transferencia (...) de conocimientos especializados para facilitar la adopción de decisiones más fundamentadas acerca de las medidas que se hayan de tomar en el futuro».

trinas recientes sobre el tema de la Administración y el Derecho Privado y sobre el tema de la colaboración de particulares en el ejercicio de funciones administrativas, en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 8, Madrid, 1999, pp. 199-213.

¹⁴ M. CUETO PÉREZ, “*Procedimiento administrativo, sujetos privados y funciones públicas*”, Thomson Civitas, Madrid, 2008, p. 19.

¹⁵ *Vid. op. cit.* nota 1.

¹⁶ *Vid. op. cit.* nota 12, p. 390.

¹⁷ Informe de la conferencia de las partes sobre su 11º período de sesiones, celebrado en Montreal del 28 de noviembre al 10 de diciembre de 2005 [en línea]. Convención Marco sobre el Cambio Climático. Decisión 6/CP.11 [consulta: 29 de agosto de 2016]. Disponible en: <http://unfccc.int/resource/docs/2005/cop11/spa/05a01s.pdf>.

Pero el propósito de catalizar los efectos de la crisis climática es uno más de los asuntos que han quedado atrapados en manos de la regulación privada. La intervención del privado se abre a un abanico mucho mayor de actividades, desde la normalización del comercio o la actividad económica, hasta la elaboración de reglas que impulsen el cumplimiento de la ley y garanticen la seguridad internacional. En general, la actividad reguladora privada, como poco, no se condensa en un cuerpo limitado de actividades, sino que por el contrario, se ensancha incluso allí donde su poder regulador pueda determinar la manera en que deban de suministrarse servicios sanitarios, de educación u otros de carácter social; incluso aquellos relacionados con la tutela de los derechos humanos y la libre circulación de personas¹⁸. El elenco de actividades reguladoras es prácticamente infinito.

En asuntos relacionados con la transformación del clima, sus escenarios y las reducciones a escala¹⁹, la Cumbre de París (*COPXXI*, en adelante) ha albergado uno de los proyectos globales de mayor urgencia, en cuya mesa de negociaciones han participado Estados, agencias y otros actores privados. La *COPXXI* resulta ser un claro ejemplo de cómo los efectos de la globalización han ido configurando un modelo de colaboración necesaria o de acción colectiva²⁰ entre Estados y entre organismos de carácter público y privado por medio de la proposición de nuevos métodos contra el cambio climático, promoviendo la resolución de los problemas comunes de manera conjunta, y haciendo partícipe a la Sociedad de las decisiones emprendidas²¹. Ello demuestra cómo la presteza de los actuales desafíos globales requiere de la puesta en común de nuevos instrumentos por parte de pueblos, países y, en particular, de actores u organismos privados²².

Sin perjuicio de los valores fundadores de estos agentes privados, la experiencia nos alerta de que es peligroso confiar en la buena fe del modelo global de regulación, activado de manos de organizaciones y asociaciones constituidas en

¹⁸ *Vid. op. cit.* nota 12, p. 271.

¹⁹ Sobre la iniciativa del sector privado en protección medioambiental puede abundarse más en: United Nations. Framework Convention on Climate Change, Nairobi Work Program [consulta en línea el 11 de mayo de 2016], disponible en: http://unfccc.int/adaptation/workstreams/nairobi_work_programme/items/6547.php.

²⁰ J. E. STIGLIZ, “*La globalizzazione che funziona*”, en Cavallini, D. (trad.), Einaudi, Torino, 2006 p. 187.

²¹ En un contexto jurídico global, los acuerdos internacionales no siempre son efectivos o producen efectos a nivel global. Por ejemplo, el acuerdo entre Estados Unidos y Canadá sobre la calidad del aire, establecido en 1991 no ha sido suficiente para resolver los problemas ambientales a escala mundial. Del mismo modo, la contaminación excesiva en la ciudad de Los Ángeles o en México no ha sido resuelta con instrumentos de Derecho Internacional, ni tampoco lo ha hecho Japón, o las Maldivas y Bangladesh por el alzamiento del nivel del mar provocado por el calentamiento global en el cual la contaminación de los EEUU ha contribuido.

²² F. GALGANO, “*La Globalizzazione nello specchio del Diritto*”, Il Mulino, Bologna, 2005, pp. 199.

gran medida por actores de carácter privado. En muchos casos, el objetivo principal de la colaboración privada es el de poder tomar decisiones sobre las normas prácticas o políticas de que se trate – elaboradas en virtud a conocimientos científicos, técnicos y socioeconómicos propios²³–, para el correcto desarrollo de la actividad reguladora suministrada.

Para el Derecho, el fortalecimiento de la colaboración privada sería un ideal siempre y cuando la intervención del privado en tales acciones fuera puramente desinteresada, pero no es así²⁴. La «doble moral» de estos sujetos, en algunos casos, demuestra que no se limitan única y exclusivamente a nutrir la misión que los constituye. Por el contrario, aprovechan la significación y urgencia de la regulación para diseñar, imponer e incluso manipular la dirección de las políticas o normas, a partir de directrices propias, aparentemente inexpugnables.

3. *Principios de derecho públicos y actores privados que desempeñan actividades reguladoras*²⁵

Tal y como acabamos de ver, la intervención del actor privado en la actividad reguladora, no es una cuestión baladí. Hoy, nos encontramos ante un panorama en el que todo aquello que afecta al interés general no sólo está en manos de la Administración²⁶, sino que se *externaliza*²⁷ o, simplemente, surge como una

²³ Convention on Climate Change, Nairobi Work Program [consulta en línea el 29 de agosto de 2016], disponible en: http://unfccc.int/files/adaptation/nairobi_work_programme/private_sector_initiative/application/pdf/psi_flyer_2012.pdf.

²⁴ La intervención del privado en el desarrollo de actividades reguladoras no es una actuación puramente tecnocrática. (Véase el punto en el cual nos referimos a la «doble moral» de la regulación privada). Al contrario de cuanto cabría esperarse, el compromiso de estos actores privados no descansa sólo y exclusivamente en la simple implantación, por ejemplo, de políticas climáticas propias. El conocimiento científico y técnico que posee una determinada organización es el instrumento que les permite decidir y regular.

²⁵ Sobre este apartado en concreto, véase toda la obra citada en el presente artículo del Profesor Javier Barnés. En particular, la originalísima idea sobre el «trasvase» de «valores públicos» al cual se refiere en: J. BARNÉS, “La transposición de valores públicos a los agentes privados por medio de elementos de organización y de procedimiento”, en *Innovación y reforma del Derecho Administrativo*, Global Law Press – Editorial Derecho Global, serie blanca, 2012, pp. 319-363; y también en: J. BARNÉS, “Introducción: reforma e innovación del procedimiento administrativo”, en *La transformación del procedimiento administrativo*, J. BARNÉS (ed.), Global Law Press – Editorial Derecho Global, Seville, Spain, 2008, pp. 15 – 69.

²⁶ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “*Curso de Derecho Administrativo II*”, Civitas, Madrid, 2004, p. 87.

²⁷ El concepto de “*externalización*” posee aquí una amplia significación. En su más típica acepción, la administración en vez de desarrollar directamente su actividad, le resulta más conveniente atribuirla a terceros (que actúan en función instrumental de la propia administración) los cuales quedan separados de la administración. La externalización se lleva a cabo por medio de actos específicos, que asumen eventualmente una naturaleza normativa, autoritativa o contractual. *Vid.*,

actividad propia del privado. Dicho esto, podemos entender que la actividad desarrollada por estos sujetos, cuando ésta implique la satisfacción de una actividad de regulación, de alguna u otra manera, deberá comportar una “consecuente corresponsabilidad en la esfera económica, jurídica o social”²⁸, bien sea en el plano nacional como supranacional.

La inmadurez de esta nueva realidad pone en juego una serie de cuestiones no ajenas a la Ciencia del Derecho Administrativo. A ello se suma la compleja formulación que habrán de darse a las actividades reguladoras ejercidas por el privado, las cuales comprenden sin más la realización de una notoria función pública²⁹. Aun así, a nuestro juicio, el problema mayor no gravita en torno a la manera en que deba darse traslado al privado de la función pública, o el patrón que habremos de seguir para dotarlo de potestad pública. El centro de gravedad tampoco estará en la identidad que posean o deban poseer estos «sujetos privados», sino en la actividad que desarrollan³⁰. Ese es el factor de cambio que ha de prevaler en la finalidad por dar mayor sustantividad al Derecho Administrativo³¹.

Llegados a este punto, parece evidente que la actividad desempeñada por el actor privado deba someterse a un conjunto de «principios» o «conceptos universales y comunes» (Barnés, 2015). Si la Administración ha hecho entrega a sujetos externos de ciertas actividades —o simplemente permite que regulen— cabe esperar de ellos una dación de garantías, que habrán de estar presentes durante el ejercicio de sus funciones, como reguladores de actividades de interés general o global³². Pongamos como caso de estudio la elaboración de un proyecto para la conservación de una determinada zona, a fin de limitar la práctica de caza de

S. CASSESE, *“Istituzioni di Diritto Amministrativo”*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 131.

²⁸ J. BARNÉS, *“La transposición de valores públicos a los agentes privados por medio de elementos de organización y de procedimiento”*, en *Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización*, Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 281-311.

²⁹ J. SANTAMARÍA PASTOR, *“Principios del Derecho Administrativo General”*, Iustel, Madrid, 2004, p. 497.

³⁰ Sobre la cuestión, *vid.* la obra de S. MUÑOZ MACHADO, *“Tratado de Derecho Administrativo y de Derecho Público en general”*, Tecnos, Madrid, 2006, p. 19. *Vid.* también F. SAINZ MORENO, *“Ejercicio privado de funciones públicas”*, *Revista de Administración Pública* (<http://www.cepc.gob.es/>), núms. 100-102, Madrid, 1983, pp. 1699-1783; J. M. SALAS ARQUER, *“Huida al Derecho privado y huida del Derecho”*, en *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)* (<http://www.civitas.es/>), núm. 75 (jul.-sept), Madrid, p. 399; y, por último, *vid.* al completo la obra de E. SCHMIDT-ASSMANN, *“Teoría general del Derecho Administrativo como sistema”*, Marcial Pons, Madrid, 2003.

³¹ R. MARTÍN MATEO, *“La sustantividad del Derecho Administrativo”*, *RAP*, 53, 1967. La teoría de este profesor está en que resulta necesario un elemento que dé sustantividad al Derecho Administrativo y ese elemento, según él, dependerá de la función administrativa como noción autónoma con independencia del sujeto que la sustente.

³² S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *“La responsabilidad administrativa en caso de colaboración de los particulares con el ejercicio de funciones administrativas”*, *Revista de Administración Pública* (<http://www.cepc.gob.es/>), núm. 123, Madrid, 2004, p. 37.

especies en peligro de extinción (actividad de protección ambiental y de conservación de la naturaleza). En este caso, la organización reguladora encargada sería titular de una amplia discrecionalidad para decidir el programa destinado a la conservación de la zona. Podría incluso resolver de forma poco transparente y participativa³³ a consecuencia de la falta de mecanismos de responsabilidad y de rendición de cuentas («*accountability*»).

Teniendo en cuenta la repercusión de la «acción administrativa» de estos sujetos –tanto a nivel nacional como supranacional–, y la ausencia de un cuerpo normativo que controle y limite su actuación, sería determinante el sometimiento de este tipo de funciones al Derecho Administrativo. Y ello podría llevarse a cabo a través de un “*solicito trasvase de «valores públicos» hacia estos agentes privados*”³⁴, pero no de cualquier forma. Queda también excluida la necesidad de que el Derecho Administrativo entre a regular todas y cada una de las actuaciones e incidencias jurídicas que se producen a consecuencia de la participación de «sujetos privados» o «particulares» en el ejercicio de funciones administrativas³⁵. Completando la esfera del sujeto privado de valores públicos³⁶.

En consecuencia, parece obvio que durante el proceso de elaboración de un plan especial –que establezca cuáles habrán de ser las prácticas de higiene aplicables a ciertos productos congelados (lo que implicará el manejo de informes, estudios o sondeos) –, el organismo regulador «deba respetar»

³³ Hasta la década de 1980, la IUCN estuvo favoreciendo un modelo de conservación que preveía el desplazamiento de grupos de personas y de comunidades indígenas en áreas protegidas, cuyo fin era limitar la práctica de caza sobre especies en peligro de extinción. Este modelo de conservación, denominado “*Yellowstone*” dejó secuelas años más tarde sobre las decisiones tomadas por la IUCN a través de políticas y programas de promoción, algunos de ellos destinados artificialmente a la protección medioambiental global. En 1994, ante la preocupación de la comunidad keniana de los Masai a no poder hacer frente al desmesurado desarrollo turístico de la zona de Naimina Enkiyio (uno de los pocos bosques indígenas que aún quedan en Loita, Kenia), los Masai alertaron a algunos integrantes de la IUCN de la circunstancia en la que se encontraban. Ante esta situación, la IUCN acordó junto al Consejo del Condado de Narok, la expulsión de la comunidad keniana “Masai” del Parque Nacional del Serengeti y el Área de Conservación de Ngorongoro. Los grupos de representación de la comunidad indígena de los Masai (Residentes Loita Preocupados, y Jóvenes Masai del Bosque), mostraron su resistencia alegando la falta de representatividad, en consecuencia durante las consultas y el proceso de toma de decisiones de la IUCN y el Condado de Narok. Los Masai habrían gobernado durante siglos el territorio de Loita y gozado además del derecho a conservar, proteger, preservar y poseer el bosque Nimina Enkiyo. Para mayor abundamiento sobre las técnicas de evaluación, gestión y supervisión del programa de impacto ambiental elaborado por IUCN para el proyecto “*Yellowstone*”, véase: International Union for Conservation of Nature (IUCN), [consulta en línea el 29 de agosto de 2016], disponible en: <https://portals.iucn.org/library/efiles/html/tourism/section9.html>.

³⁴ *Vid. op. cit.* nota 28, p. 281-283.

³⁵ *Vid. op. cit.* nota 13, p. 205.

³⁶ J. FREEMAN, “*Extending Public Law Norms Through Privatization*”, núm. 116, *Harvard Law Review*, Cambridge, 2002-2003, pp. 1291 y ss.

ciertas disposiciones tales como la participación y la transparencia en la forma de redacción del plan, o de los informes y estudios que dieran vida al plan³⁷.

Pero esta es una pretensión demasiado abrupta. En el escenario donde esta pluralidad de actores actúan, aún no se han divisado las garantías procedimentales que el Derecho Administrativo ha versado siempre sobre el procedimiento. Para ello será necesario que todas y cada una de las actuaciones relacionadas con el desempeño de una actividad reguladora en manos del privado dejen de ser ignoradas por el Derecho Administrativo. Antes o después, tanto el Derecho Público como el Privado deberán reunirse para acordar aquellos valores que deban arbitrar el desarrollo de una actividad reguladora, cuando es el sujeto de naturaleza puramente privada quien realice tal actividad.

A nivel nacional, algunas legislaciones se han doblgado a la idea de contemplar la «actividad administrativa» ejercida por el sujeto de naturaleza «puramente privada». Ocurre así, por ejemplo, en la legislación italiana, que introduce con la Ley 15/2005, de 21 de febrero de 2005³⁸, una serie de “modificaciones e integraciones a la Ley 241/1990, de 7 de agosto”, dejando abierta la cuestión de que «aquellos sujetos privados vinculados al ejercicio de actividades administrativas han de asegurar el respeto de los principios de economía, eficacia, publicidad y transparencia».

A nivel supranacional, nos enfrentamos al mismo problema que acontece a la gran parte de los ordenamientos jurídicos europeos. Por así decirlo, la falta de inspiración en el legislador europeo a la hora de contemplar el sometimiento de estos nuevos agentes reguladores, y por lo tanto, como sujetos obligados a obedecer los principios de Derecho Público. La necesidad de un programa de regulación apósito que previera el establecimiento de un conjunto de normas y principios generalmente aceptados – capaces de vincular a estos nuevos sujetos privados–, no debería faltar en un eventual proyecto de código sobre el procedimiento administrativo en Europa³⁹.

³⁷ Codex Alimentarius Commission, “Directrices sobre la elaboración y/o revisión de códigos de prácticas de higiene para productos específicos”, en Manual de procedimiento del Programa Conjunto FAO/OMS sobre Normas Alimentarias, 24ª Edición, [consulta en línea el 29 de agosto de 2016], disponible en: https://ftp.fao.org/codex/Publications/ProcManuals/Manual_24s.pdf /, p. 64.

³⁸ Legge 11 febbraio 2005, n. 15, “Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241, concernenti norme generali sull’azione amministrativa”, pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 42 del 21 febbraio 2005, [consulta en línea el 29 de agosto de 2016], disponible en: <http://www.parlamento.it/parlam/leggi/05015l.htm>.

³⁹ Véase la versión publicada de propuesta de codificación del Procedimiento Administrativo de la Unión Europea en la cual se alude a la regulación privada como “una cuestión importante a tener en cuenta en una fase posterior de desarrollo de normas modelo sobre procedimiento administrativo (*cit.*)”. O. MIR, H. C. H. HOFMANN, J. P. SCHNEIDER, J. ZILLER, J. B. AUBY, P. CRAIG,

La dificultad de encontrar una hipotética conexión entre estos dos mundos (público-privado), resulta evidente. Sin embargo, el sujeto privado – por razones que veremos en el apartado que sigue – ya ha «admitido» voluntariamente (por medio de códigos de gobierno corporativo) un cierto trasvase de los principios generalmente aceptados – tales como la transparencia, la motivación y la participación–, durante el proceso decisorio regulador.

A pesar de ello, la idea tradicional de procedimiento ha sido mimetizada parcialmente por estos actores privados por el hecho de que han dejado al descubierto el respeto de ciertos aspectos de procedimiento que refuerzan la imagen de los ciudadanos como titulares de derechos. Ocurre así, por ejemplo, a la organización sin ánimo de lucro⁴⁰ que regula la asignación de nombres de dominio (*ICANN*, por sus siglas en inglés). Prevista de estatuto interno, la *ICANN* se ha dotado de principios propios del Derecho Administrativo, que aplica durante los procesos de toma de decisiones, y que tienen como fin la obligación de dar cuenta de las decisiones globales adoptadas, publicar toda la información que resulte relevante –incluidas las actas y los informes preliminares aprobados por la Junta Directiva⁴¹–, así como garantizar la participación de los interesados a través de procedimientos públicos y participativos⁴².

Más si cabe, este aprovisionamiento de garantías *quasi*-jurídicas asumidas por el privado no reviste al proceso decisorio como un procedimiento plenamente participativo y transparente. Y es así porque estos nuevos actores –especialmente aquellos de alcance global– han tenido la posibilidad de definir su propia forma de organización y gobierno en una *terra nullius* aún inexplorada por el Derecho, pudiendo «auto-determinarse» tanto política como jurídicamente⁴³.

D. CURTIN, G. DELLA CANANEA, D. U. GALETTA, J. MENDES, U. STELKENS, M. WIERZBOWSKI, “Código ReNEUAL de procedimiento administrativo de la Unión Europea”, Instituto Nacional de Administración Pública, ed. I^a, Madrid, 2015, p. 122 y ss [consulta en línea el 29 de agosto de 2016], disponible en: <http://www.reneual.eu/images/Home/codigoreneualdeprocedimientoadministrativodelaue.pdf>.

⁴⁰ La *ICANN*, en su acta constitutiva reconoce ser una organización benéfica (sin ánimo de lucro) «que no persigue el beneficio privado de ninguna persona. Está organizada bajo el alcance de la Ley de Corporaciones Públicas Benéficas Sin Fines de Lucro del Estado de California. La Corporación estará organizada y operará exclusivamente con propósitos científicos, educativos y benéficos, según lo expuesto en la sección §501 (c) (3) del Código Tributario de Estados Unidos de 1986». *Vid.*: “Acta Constitutiva de la Corporación para la Asignación de Nombres y Número en Internet (*ICANN*)”, revisada el 21.11.1998, [consulta en línea el 29 de agosto de 2016], disponible en: <https://www.icann.org/resources/pages/articles-2015-04-29-es>.

⁴¹ Corporación de Internet para la Asignación de Nombres (*ICANN*), Arts. II – V, “Estatuto de la corporación para la asignación de nombres y números en internet”, v. 24.6.2011, [consulta en línea el 29 de agosto de 2016], disponible en: <https://www.icann.org/resources/pages/bylaws-2012-02-25-es>.

⁴² S. CASSESE, “*El Derecho Global. Justicia y Democracia más allá del Estado*”, Global Law Press – Editorial Derecho Global, Sevilla, 2010, pp. 33 y ss.

⁴³ La adhesión de esos sujetos al sistema de la *governance*, justifica la característica de apar-

De esta forma y hasta el momento, el «procedimiento privado» muestra ser un mecanismo incapaz de trazar verdaderas garantías procedimentales, aun cuando estos sujetos prevean en sus códigos y estatutos propios un enlace a ellas⁴⁴. Será entonces necesario, versar laboriosamente sobre el privado los contenidos del Derecho Público, a fin de terminar con la arbitrariedad en el ejercicio del poder, y pueda así asegurarse la objetividad en la actuación administrativa ejercida, la transparencia y la participación de los interesados en la toma de decisiones administrativas⁴⁵. De esta manera será cuando únicamente podamos hablar de verdadero “*trasvase de valores públicos*”.

4. *La participación y la transparencia en el proceso de toma de decisiones de los actores privados*

Llegados a este punto, parece ser que descubrimos la importancia que posee el «procedimiento privado», en sentido genérico, tanto para el actor privado como para el propio Derecho Administrativo. Para el primero, el «procedimiento privado» es un vehículo a través del cual podrá tomar decisiones sin más limitaciones que las establecidas en su propio código o estatuto; para el segundo, este «procedimiento privado» es un escudo tras el cual se esconden agentes u organizaciones que deciden en base a intereses económicos propios, y a través del cual justifican un proceso decisorio aparentemente participativo y transparente, aunque no lo suficiente⁴⁶.

Ante la inexistencia de teoría general sobre «procedimiento privado» se hace difícil determinar el recorrido que habremos de seguir para conseguir que los procesos de toma de decisiones sean efectivamente participativos y transparentes. Hasta ahora, hemos descubierto que la única forma de hacerlo es a través de la apertura de las fronteras tradicionales en que se ha encerrado al Derecho

ente, atribuida a la existencia del orden jurídico global, en tanto que no existe un gobierno que funcione como autoridad superior, y que configure en sentido amplio una jerarquía identificable o que imponga límites a la actividad administrativa ejercida. *Vid.* la obra de A. T. GUZMAN, “*Global Governance and the WTO*”, Boalt Working Papers in *Public Law*, paper 83, University of California, Barley, 2001.

⁴⁴ Para abundar más sobre la ausencia de un cuerpo general de normas en sede global, *Vid.* S. CASSESE, “*Oltre lo Stato*”, Ed. Laterza, 2 Ed., 2006, p. 86.

⁴⁵ *Vid. op. cit.* nota 29.

⁴⁶ Algunos autores son contrarios a la idea de que durante los procesos decisorios de las organizaciones globales, no exista un verdadero respeto por los principios de participación y transparencia. Para muchos, la *global polity* se encuentra ya en un estado de desarrollo considerable, en la que existen reglas dirigidas al privado y organismos ciertamente especializados sometidos a una vasta gama de derechos y obligaciones. *Vid.*: S. CASSESE, “*Chi governa il mondo*”, Il Mulino, Bologna, 2013, p. 62.

Administrativo⁴⁷. El proceso decisorio será materialmente participativo y transparente no sólo cuando haga mención de los principios y valores del Derecho Público, sino cuando exista una verdadera dación de garantías para los particulares. La necesidad virtual de estos sujetos en aparentar el seguimiento de un procedimiento administrativo participativo y transparente es una elección común a la gran mayoría de organizaciones o actores sociales, que consideran que es de suma importancia hacer ver y creer en la transparencia de sus decisiones por medio de mecanismos de Derecho Público⁴⁸. Aun así, ésta no es una garantía de acierto.

La ficticia expansión o “trasvase de valores públicos” al procedimiento privado se confirma en la práctica. El sujeto privado conoce perfectamente cuanto sea importante la presencia de un cierto grado de participación y transparencia a la hora de tomar decisiones, por eso es que hace partícipes a grupos y organizaciones con intereses en las normas o estándares a adoptar. No lo hace a cualquier precio ni de cualquier modo, sino a sabiendas de que ello va a mantener su prestigio y liderazgo, y que va a garantizar su capacidad como organismo regulador. De esta forma podrá eludir en otros la responsabilidad derivada del fracaso de haber adoptado e implementado una decisión equivocada⁴⁹.

Además, la participación va a funcionar como una «fórmula exclusiva» que le va a permitir, por un lado, asegurar el apoyo de actores sociales claves; y por otro, elevar la fuerza vinculante y la efectividad de las políticas o reglas adoptadas. El verdadero interés del actor privado no es el de velar por el interés general, sino por intereses propios y de liderazgo.

La significación de la transparencia y participación es un factor clave en todas y cada una de las fases del procedimiento. La adopción de valores públicos por parte del actor privado durante el proceso de toma de decisiones no podrá advenir plenamente, si el procedimiento privado viene considerado como el «cauce» o el «itinerario» a través del cual estos sujetos adoptan una determinada decisión. El procedimiento es el instrumento a través del cual explicar la variedad

⁴⁷ *Vid. op. cit.* notas 31 (p. 201) y 32.

⁴⁸ Póngase como ejemplo el art. III del estatuto de la Corporación para la Asignación de Nombres y Números en Internet (ICANN), v. 24.6.2011, [consulta en línea el 2 de septiembre de 2016], disponible en: <https://www.icann.org/resources/pages/bylaws-2012-02-25-es>; el código de conducta de la Autoridad de establecimiento de Estándares contra la Publicidad Engañosa (ASA), v. online, [consulta en línea el 2 de septiembre de 2016], disponible en: https://www.asa.org.uk/General/Transparency/ASA_5_0.aspx; el art. 14 del código de la Agencia Mundial Antidopaje (WADA), v. 2015, [consulta en línea el 2 de septiembre de 2016], disponible en: <https://wada-main-prod.s3.amazonaws.com/resources/files/wada-2015-world-anti-doping-code.pdf>; o el código de buenas prácticas de la Comisión Codex Alimentarius, v. 2006, [consulta en línea el 2 de septiembre de 2016], disponible en: ftp://ftp.fao.org/codex/Publications/understanding/Understanding_EN.pdf.

⁴⁹ P. C. NUTT, R. W. BACKOFF, “Strategic management of public and third sector organization: a handbook for leaders”, Jossey-Bass, San Francisco (CA), 1992, p. 137.

de los intereses puestos por la secuencia de actos a través de los cuales se forma una decisión⁵⁰. Pero en este caso, el «procedimiento privado» no es un conjunto de actuaciones encadenadas a través de las cuales se materializa la actividad del privado y, que tienen como fin la adopción de una decisión.

Por «procedimiento privado» no debemos entender sólo aquel proceso que necesariamente concluye con una decisión⁵¹. No olvidemos que el actor privado «colabora» en la actividad reguladora, por lo que gran parte de su actividad se centra en la elaboración, examen, aceptación, adopción y aprobación de informes, análisis o estudios, destinados a la configuración de normas o reglas. Así pues, el privado *tendrá* que velar porque la decisión final sea adoptada de manera participativa y transparente; aunque también *habrá* de ser transparente y participativa la actividad material (o de instrucción) y de elaboración, examen o aprobación de informes, documentos técnicos y material complementario que influyan o no en la decisión final.

Pongamos por caso, la intención de la Organización Internacional de Monumentos y Sitios (ICOMOS, por sus siglas en inglés) de elaborar un informe que alerte a una determinada autoridad administrativa a promover la conservación de su patrimonio cultural ante una amenaza de derrumbe⁵². La forma en que esta organización actúe será esencial para dar forma y sustanciación al procedimiento. La red de expertos de que cuenta la organización deberá someterse a un código ético aprobado por el órgano soberano de la asociación a fin de que el trabajo que realizan posea un enfoque interdisciplinario y permita la colaboración de otros equipos multidisciplinares de profesionales junto a los tomadores de decisiones y otras partes interesadas⁵³. También reconoce la necesidad de que el trabajo de la organización sea accesible al público sin que exista limitación alguna.

⁵⁰ M. S. GIANNINI, “*Istituzioni di Diritto Amministrativo*”, Giuffrè, Milano, 1981, p. 272 y ss.

⁵¹ Esta idea de «procedimiento privado» parte, en primer lugar, de la contraposición dada por Giannini al distinguir el procedimiento administrativo del resto de procedimientos de diversa índole. Para el maestro, esta segunda categoría no pretende hacer que el procedimiento sea considerado como una secuencia de actos ordenados destinados a producir un determinado acto de carácter conclusivo. Vid. op. cit. nota 50. Vid. con mayor exposición sobre la cuestión del «procedimiento privado», la «tercera generación de procedimientos» del Profesor Javier Barnés en: J. BARNÉS, “Algunas respuestas del Derecho Administrativo contemporáneo ante las nuevas formas de regulación: fuentes, alianzas con el Derecho privado, procedimientos de tercera generación”, en *Innovación y reforma del Derecho Administrativo*, Global Law Press – Editorial Derecho Global, serie blanca, 2012, pp. 339-363.

⁵² Organización Internacional de Monumentos y Sitios (ICOMOS), “Patrimonio en alerta”, [consulta en línea el 29 de agosto de 2016], disponible en: <http://www.icomos.org/en/what-we-do/icomos-observatory-risk-preparedness-and-emergency-response/risk-preparedness/heritage-alert-3>.

⁵³ Organización Internacional de Monumentos y Sitios (ICOMOS), Art. 4.C-3, “Principios éticos ICOMOS”, Florencia 2014, v. inglés y francés, [consulta en línea el 29 de agosto de 2016], disponible en: http://www.icomos.org/images/DOCUMENTS/Secretariat/2015/GA_2014_results/20150114-ethics-asadopted-languagecheck-finalcirc.pdf.

En cualquier caso, la participación y la transparencia son dos elementos instrumentales para la organización. En ningún caso, presenciemos una adopción o adaptación real de valores de naturaleza pública. El código ético *ICOMOS* se corrige en el artículo 4 c 6 cuando asegura explícitamente que la documentación será de acceso público cuando ello sea «compatible» con los objetivos culturales y de conservación⁵⁴. Si no existe forma alguna de demostrar la intervención de grupos externos, redes multidisciplinares u otros actores interesados en la cuestión, difícilmente podremos hablar de procedimiento participativo. La organización no sólo debe obligarse a justificar el producto de su actividad reguladora (decisión final), sino que debe además dar cuenta de cuáles han sido las diferentes «etapas» que conforman la decisión. *Importan* quiénes deban ser los expertos, coordinadores y contribuyentes, así como la competencia técnica⁵⁵ que éstos poseen para la elaboración de dicho informe. *Importan* también cuales deban ser los criterios de evaluación de un proyecto (quién y cómo podrá evaluar, por ejemplo) y el programa de acción que la red de expertos haya preparado para que las autoridades nacionales actúen.

La adopción de valores públicos por parte del actor privado no sólo va a permitir que la decisión que adopten sobre una determinada cuestión de interés general sea ciertamente participativa y transparente, sino que va a garantizar que la actividad material de la organización también lo sea.

Gran parte de estos nuevos modelos de regulación adoptados por actores privados demuestran la existencia de una serie de defectos de tipo procedimental, y sin detenernos demasiado en ello, vemos cómo aun siendo organismos de carácter privado, adoptan la apariencia de verdaderas administraciones y se organizan siguiendo patrones que han calcado y «desnacionalizado» de las administraciones tradicionales⁵⁶, aunque no del todo. Porque la Administración a la hora de formar su voluntad y tomar decisiones ha de seguir una serie de trámites — a veces complejos y dilatados en el tiempo—, lo que da lugar a un procedimiento administrativo concreto que ha de seguirse hasta llegar a la decisión o resolución final⁵⁷. Este no es el caso del privado.

La participación y la transparencia, en el proceso de toma de decisiones de

⁵⁴ *Vid.* Art. 4.C-6., *op. cit.* nota 53.

⁵⁵ La organización sólo asegura a través de su código, que los expertos y miembros tendrán competencia técnica pero resultará muy complicado de saber si detrás de la elaboración de un informe no existe un nombre. *Vid.* Art. 4.C-2., *op. cit.* nota 54.: “Los miembros del ICOMOS se obligan a mantener, perfeccionar y actualizar sus conocimientos sobre la conservación del patrimonio cultural”.

⁵⁶ La idea de “desnacionalización” de las funciones administrativas es un término usado por Sassen. La sutileza del término no implica, sin más, la destitución de las funciones tradicionales de la administración nacional, sino la exportación de éstas a cualquier otro nivel, nacional o supranacional. *Vid.* S. SASSEN, “The Participation of States and Citizens in Global Governance”, en *Symposium- Globalization and Governance: The Prospects for Democracy, Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol 10, No. 5 (Issue 1), 2003, pp. 12 – 16.

⁵⁷ Para mayor abundamiento *vid.* la obra de F. GARRIDO FALLA, KJ. M. FERNÁNDEZ PASTRANA, “Régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones públicas”, IIIª Ed., Civitas, Madrid, 2000.

ciertos actores privados, tiene un valor limitado. Organizaciones como el *Forest Stewardship Council* (FSC, por sus siglas en inglés) pueden adoptar una gran cantidad de decisiones con carácter previo al proceso de notificación, incluso cuando para tal acción resulte imprescindible el requerimiento de todas las partes interesadas (otras redes de expertos externas, gobiernos, empresas y comunidades locales)⁵⁸. Cuando la decisión de una organización privada ya está materializada en un informe (vinculante o no para la decisión final), la fase sucesiva de adopción, aprobación y publicación ya está más que resuelta. Asimismo, parece ser que el proceso de toma de decisiones de estos actores sociales se centra esencialmente en la fase de adopción, en cambio, la actividad material precedente queda aislada para un manejo directo por la propia organización.

Esto es así, porque el único posible límite objetivo que condiciona al actor privado a la hora de divulgar el contenido de sus decisiones y hacerlas más participativas es el miedo potencial de perder probidad y representatividad ante la comunidad internacional. Si la organización debe discutir ante «sujetos externos e independientes» a su corporación cuáles habrán de ser las mejores opiniones científicas y técnicas posibles que conformarán un determinado programa⁵⁹, dar una cuota de votación equitativa en función de los intereses de quienes participan, y divulgar la información de aquellas sesiones que han tenido lugar “a puerta cerrada o en foros de discusión exclusivos”⁶⁰, la organización arriesga a poner en juego sus propios intereses, así como a perder la credibilidad pública obtenida hasta el momento. El proceso de toma de decisiones seguido por parte de estos sujetos, con poder aunque sin legitimidad para decidir, contiene verdaderos fallos estructurales⁶¹ que cuestionan la objetividad de la «autorregu-

⁵⁸ C. OVERDEVEST, “*Codes of Conduct and Standard Setting in the Forest Sector: Constructing Markets for Democracy?*”, *Industrial Relations*, en *Équité, efficience, éthique? La régulation sociale de l’entreprise mondialisée / Equity, Efficiency, Ethics? The Social Regulation of the Global Firm*, vol. 59, núm. 1, 2004, p. 172.

⁵⁹ Para abundar más sobre el prototipo de procedimiento seguido por parte del Grupo intergubernamental de expertos sobre el cambio climático (IPCC), véase: “Procedimientos para la elaboración, examen, aceptación, adopción, aprobación y publicación de los informes del IPCC”, [consulta en línea el 29 de agosto de 2016], disponible en: http://www.ipcc.ch/pdf/ipcc-principles/ipcc_principles_spanish/ipcc-principles-appendix-a-final_es.pdf. Vid. op. cit. nota 12, pp. 271-362.

⁶⁰ Vid. op. cit. nota 12, p. 306 y ss.

⁶¹ Consideramos la falta de participación y transparencia en las decisiones adoptadas, en el hecho de que para que la organización o el sujeto pueda adoptar una determinada decisión deberá poder contar con la información necesaria de otras redes de expertos. Sin que sean considerados como organismos tecnocráticos, deberán por lo tanto, tener en cuenta también la opinión de los posibles afectados por la decisión (sean individuos o comunidades). Es también deber de la organización prever el acceso a la toma de decisiones de estos últimos.

lación privada»⁶², y la relevancia de un cierto control administrativo ulterior a la actividad que desarrollan.

5. *Breves conclusiones*

Numerosas «reflexiones» se han abierto hasta el momento. Todas ellas parten de una premisa: el actor privado como regulador de actividades de interés general y el valor del proceso de toma de decisiones (o procedimiento privado).

Tal y como diríamos en precedencia, parece ser que el problema mayor gravita en torno a la actividad desarrollada, y no en la identidad que posean o deban poseer estos «sujetos privados». Tratándose entonces de una actividad de interés público, será necesario que arrojen la misma seguridad jurídica que si la actividad hubiera sido realizada por la propia administración. Descubrimos que la forma de gobierno prevista por el actor privado no difiere en esencia de la popular forma de administrar y decidir ya concebida por los ordenamientos jurídicos tradicionales⁶³. Pero ello no garantiza que la actividad desempeñada esté enfocada a preservar el interés general –tal y como cabría de esperar–. Es el mantenimiento del liderazgo y su representatividad en la comunidad global lo que alienta a estos agentes nacionales o internacionales privados a ejercer la actividad reguladora.

En este sentido, resulta evidente que la actividad emprendida por el privado deba someterse a un conjunto de «principios» o «conceptos universales y comunes», pero no de manera aparente –como ocurre en la actualidad–. Cabe esperar de ellos una dación de garantías reales, que habrán de estar presentes durante el ejercicio de sus funciones, como reguladores de actividades de interés general o global. A este efecto, resultará necesario que el privado asuma una serie de valores públicos (participación y transparencia, por ejemplo) que sean de aplicación al proceso de toma de decisiones, entendido éste como un procedimiento más permeable, donde los principios de transparencia y participación se infiltren en la actividad material del agente regulador (informes, estudios, análisis o evaluaciones de impacto).

Sin embargo, la extensión de principios de Derecho Administrativo a la actividad de interés público que desarrolla el privado, se desdibuja allí donde el Estado no puede llegar (*espacio jurídico global*). No podrá darse un verdadero trasvase de valores públicos hasta que, sobre la actividad reguladora del privado,

⁶² A. NIETO MARTÍN, “*Autorregulación y Sanciones*”, Colección Derecho Público, Lex Nova, Valladolid, 2008, p. 121 y ss. Para un mayor abundamiento, *vid.* también, la obra de M. M. DARNACULLETA I GARDELLA, “*Autorregulación y Derecho Público: la autorregulación regulada*”, Marcial Pons, Madrid / Barcelona, 2005.

⁶³ S. CASSESE, “*Il Diritto Amministrativo globale: una introduzione*”, en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* (<http://www.irpa.eu/rtdp/>), núm. 2, 2005, p. 11 y ss.

no se sobrepongan nuevos instrumentos de *accountability* o rendición de cuentas, que revisen, controlen y verifiquen la actividad ejercida. *A nivel nacional*, la intervención del privado se vuelve más fácil, en particular, allí donde la administración es en gran medida más abstencionista en las prestaciones directas o indirectas de servicios de interés general o actividades reguladoras. El privado puede ejercer su actividad con mayor amplitud. En estos casos, sería provechoso el sometimiento de todas las actuaciones de estos sujetos al Derecho Administrativo, cuando éstas afecten a derechos o intereses de terceros. *A nivel global*, resultará evidente el sustancioso aporte que puedan dar las instituciones y las organizaciones internacionales, por medio del establecimiento de normas que delimiten aquellos valores que habrá de salvaguardar el privado.

La intervención del privado en la actividad reguladora es uno de los temas que ronda en torno a la apertura del Derecho Administrativo contemporáneo. No obstante, los límites tradicionalmente impuestos, hace tiempo que han comenzado a desdibujarse en una liza en la cual el privado *puede* crear y establecer normas, y el Estado, las organizaciones internacionales y las Instituciones *deben* asumirlas sin contrariedades. Corresponde a estos últimos, por lo tanto, 1) asumir la relevancia que presenta la interconexión entre lo público y lo privado; y, 2) volcar sobre la actividad reguladora privada los mismos valores que asume la administración cuando ostenta funciones de regulación y control.

La «actividad de regulación», punto focal de esta discusión, es el elemento racional que debe quedar supeditado a una serie de principios generalmente aceptados (tanto a nivel nacional como supranacional), de manera que sea posible configurar al procedimiento privado como un proceso que dote de garantías a los particulares, y no como un instrumento de adopción de decisiones arbitrarias.

Abstract

The interference of private bodies in the development of regulatory action:
evolution of administrative law in space

by Francisco Garcia-Garrido

Nowadays public authorities do not live alone, but they live together with new bodies that flow into a global area, in a space where different values and emerging interests overlap. The recent dynamics of global change have generated a number of effects on the traditional idea of State; they have contributed to the fragmentation of the national legal systems and to the multiplication of the “bodies” with public, private or mixed nature –both at national and international or global level– that are far from the sole or manifest State control. This paper first of all explores the creation by this kind of bodies of rules and own recommendations. Second, the importance of private participation and of the interests of private bodies to intervene in the regulatory chain will be examined. The new forms of cooperation between the indicated private bodies and the public authorities forces us to ask ourselves how this new form of administration respects the fulfilment of the specific procedural rules, laid down in the domestic Administrative Law, and how it ensures transparency and participation by private parties in the rule-making process.

Gli strumenti finanziari derivati in mano pubblica¹

di Sara Forasassi

SOMMARIO: Parte II. – 6. La scelta dell’intermediario, l’organo competente, il fattore tempo. – 7. Gli effetti del provvedimento di annullamento sul contratto stipulato a valle e profili di giurisdizione. – 8. Cenni agli aspetti civilistici nella negoziazione di strumenti finanziari derivati con controparte pubblica: spunti di interesse per lo studioso amministrativista. – 9. Conclusioni. Il potere di autotutela e l’affermazione della sovranità statale.

PARTE II

[Nella prima parte del presente scritto si è proceduto ad un inquadramento della materia descrivendo gli strumenti finanziari derivati nelle loro caratteristiche principali, limitando il campo d’indagine a quelli sottoscritti dagli enti locali, con attenzione anche alla normativa di riferimento. In particolare, ci si è soffermati sui rischi assunti dalle amministrazioni che hanno investito denaro pubblico in finanza derivata, anche in relazione al vincolo di equilibrio finanziario. Ed infatti, indubbiamente, una prima criticità nell’analisi del fenomeno si rinviene nel 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, con riflessi nella sfera dell’attività contrattuale della Pubblica amministrazione e sulla sua stessa capacità d’agire. Nella seconda parte del lavoro, si affronteranno invece le problematiche legate all’annullamento delle delibere e delle determinazioni a contrarre strumenti derivati e alle conseguenze dell’esercizio del potere di autotutela sulla sorte del contratto stipulato ‘a valle’, con rilievi anche in ordine alla giurisdizione chiamata a decidere la controversia insorta.]

6. *La scelta dell’intermediario, l’organo competente, il fattore tempo*

Rispetto alla casistica relativa alle operazioni concluse dagli enti territoriali, un primo dato che emerge – evidenziato anche dalla Corte dei conti in sede di audizione presso la Commissione finanze e tesoro del Senato della Repubblica² – è la circostanza che in alcune ipotesi l’ente abbia proceduto alla scelta dell’intermediario cui affidare la gestione del proprio indebitamento mediante l’accesso alla finanza derivata direttamente, in altre invece, più correttamente, abbia espletato una procedura di gara conclusasi con un’aggiudicazione.

L’indagine prende le mosse da quanto statuito dal Tar Piemonte, sentenza n. 625 del 2013, pronunciatosi in ordine all’annullamento della deliberazione con la

¹ Il presente contributo rappresenta la seconda parte di un lavoro unitario. Si rinvia al numero precedente della Rivista per la prima parte del saggio.

² Corte dei Conti, *Indagine conoscitiva sull’utilizzo e la diffusione ... cit.*, 18 febbraio 2009, 34.

quale la Regione Piemonte ha stabilito di annullare d'ufficio la propria precedente deliberazione nella parte in cui aveva autorizzato l'operazione in derivati a copertura dell'emissione obbligazionaria effettuata in forma *bullet* e approvato la stipulazione dei contratti *ISDA Master Agreement*³.

Il Collegio, per addivenire a decisione rispetto alla giurisdizione in particolare del giudice ordinario, ha indagato la natura degli atti posti in essere dall'Amministrazione, autoritativa ovvero privatistica, risolvendosi per quest'ultima in quanto adottati dalla Regione Piemonte nella fase successiva alla stipulazione dei contratti derivati e, pertanto, non in relazione a vizi del

³ V. TAR. Piemonte, Torino, Sez. I, 23 maggio 2013, n. 625, in *www.giustiziamministrativa.it*. Il caso è comune a quelli precedentemente decisi con sentenze del TAR Piemonte nn. 1389 e 1390 del 2012, impugnate davanti al Consiglio di Stato che ha rimesso la questione in punto di giurisdizione all'Adunanza Plenaria (si veda *infra*). In particolare, nel corso del 2005 la Regione Piemonte aveva svolto una gara informale tra una dozzina di istituti bancari finalizzata alla scelta di un *arranger* per l'organizzazione di un programma di "Euro Medium Term Notes (EMTN)" e per il collocamento sul mercato della prima emissione obbligazionaria da effettuarsi in tale programma. La scelta ricadde su tre istituti bancari, parti ricorrenti nelle tre sentenze citate, ai quali venne affidato l'incarico. Con delibera di Giunta (in *Boll. Uff.* 14 settembre 2006, n. 37), la Regione autorizzò un'emissione obbligazionaria per un importo massimo di Euro 2.000 milioni stabilendo, peraltro: «12. (...) In caso di rimborso in un'unica soluzione alla scadenza finale, verrà attivata, in conformità con quanto previsto dall'articolo 41 della legge 448/2001 e dal D.M. 389/2003, un'operazione in derivati che consenta alla Regione di ricreare un effetto di ammortamento attraverso la stipula di uno swap di ammortamento, prevedendo la costituzione di adeguate garanzie a favore della Regione». Con la medesima delibera si decise di approvare anche la sottoscrizione di «12. (...) - Altre operazioni in derivati: eventuali operazioni di interest rate swap per la gestione del rischio derivante dall'andamento dei tassi di interesse od altre operazioni che si rendano opportune per la gestione dei rischi correlati all'operazione di provvista» e «20. la stipulazione (...) dei contratti ISDA Master Agreement quale documentazione legale standard sui mercati internazionali dei capitali, al fine del perfezionamento delle operazioni in derivati descritte nella presente delibera» nonché di «21) identificare quali controparti delle eventuali operazioni in derivati Dexia, Merrill Lynch (o società appartenente al gruppo Merrill Lynch) e Banca OPI, banche di comprovato standing nazionale ed internazionale e dotate di adeguato merito di credito e di rating superiore alla singola "A", alle condizioni e secondo i termini che saranno di volta in volta concordati tra la Regione e Dexia, Merrill Lynch e Banca OPI» e di «autorizzare, altresì, il conferimento di mandato irrevocabile di pagamento al Tesoriere regionale a favore delle controparti delle eventuali operazioni in derivati, da concludersi per l'ammortamento del debito (in caso di emissione con rimborso in un'unica soluzione alla scadenza finale), per la gestione del rischio da tasso di interesse, rischio di cambio o degli altri eventuali rischi connessi all'operazione di provvista (...)». Si dava, quindi, mandato al Responsabile della Direzione Bilanci e Finanze, attribuendogli i più ampi poteri, tra l'altro, «(...) per la negoziazione e sottoscrizione dei contratti "ISDA Master agreement" e la negoziazione ed il perfezionamento, nell'ambito di tale contratto, delle operazioni in derivati esaminate in delibera che dovessero rendersi opportune in relazione all'emissione obbligazionaria». Tra marzo e ottobre del 2007, la Regione adottò le determinazioni dirigenziali con le quali approvò, per ciascuna controparte, un accordo *ISDA Master Agreement*, la relativa *Schedule* e i testi dei contratti di *swap*. Successivamente, sulla base di una consulenza legale affidata ad un professionista esterno dalla quale erano emerse molteplici criticità rispetto all'operazione descritta, la Giunta annullò d'ufficio la precedente deliberazione nelle parti sopra riportate (in *Boll. Uff.* 26 gennaio 2012), delibera alla quale fecero seguito le determinazioni dirigenziali di annullamento delle precedenti. Atti tutti impugnati dinanzi al Tribunale amministrativo.

procedimento, bensì rispetto a «*pretesi vizi genetici o funzionali del sinallagma contrattuale*»⁴.

In stretta attinenza al profilo analizzato in questa sede, la sentenza *de qua* rileva nella parte in cui, nell'avvalorare la tesi sopra esposta, il Giudice osserva come, anche laddove si voglia ammettere che nella fase esecutiva del rapporto contrattuale l'Amministrazione conservi il potere di annullare gli atti della procedura prodromica alla stipulazione del contratto, sia quantomeno necessario, da un lato, che 'a monte' del contratto sia stato espletato un apposito procedimento volto alla selezione del soggetto con cui contrarre, dall'altro, il potere sia stato esercitato in relazione a vizi di legittimità di quel procedimento, presupposti che il giudicante non riscontra nel caso sottoposto al suo vaglio⁵.

⁴ Nello stesso senso si veda Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria 5 maggio 2014, n. 13, a cui è stata rimessa questione di giurisdizione dalla sezione V del Consiglio di Stato con le ordinanze nn. 4998 e 4999 del 2013, che, attenendosi strettamente all'esame della questione così come proposta, si è limitato a statuire: «*L'indagine condotta ha messo in evidenza che nella vicenda in esame non è ravvisabile una determinazione autoritativa con riferimento alla stipula dei contratti derivati a corredo dell'emissione obbligazionaria (...). (...) Conseguenze da tali circostanze che lo scopo dell'annullamento dei contratti in questione a carico dei quali la Regione aveva ravvisato, secondo gli esiti di apposita consulenza, molteplici cause di illegittimità, doveva essere perseguito tenendo conto della natura privatistica degli atti di cui assume l'invalidità e della conseguente posizione paritaria rivestita dall'ente pubblico che si sia vincolato contrattualmente al soggetto privato (art. 1, comma 1bis l. n. 241 del 1990). La Regione, invece, ha ritenuto di poter perseguire lo stesso scopo annullando – in parte qua – la deliberazione n. 1353655 del 2006, puntando sull'effetto caducante (o viziante) che può prodursi a carico del contratto per effetto dell'annullamento dell'atto presupposto. Ma affinché tale scelta risultasse praticabile occorre che l'atto presupposto assumesse il carattere dell'atto realmente prodromico rispetto alla successiva contrattazione, ossia si configurasse come determinazione autoritativa procedimentalizzata e riferita ai contenuti essenziali dell'operazione da porre in essere (Sez. V. sent. n. 5032 del 2011, Par. citato). L'atto di annullamento impugnato reca, bensì, l'imputazione dei vizi dei contratti alla deliberazione del 2006, ma si tratta di un mero artificio che non impedisce di riconoscere che la materia del contendere nella presente controversia è costituita, non dal sindacato sulla legittimità di un atto di imperio, ma dal giudizio sulla fondatezza dei vizi addebitati ai contratti, che, secondo il fondamentale principio affermato dalla Corte costituzionale con la sent. n. 204 del 2004, esula dalla giurisdizione amministrativa».*

⁵ Cfr. TAR, Piemonte, Torino, n. 625/2013. Nel caso di specie, secondo il Giudice la stipulazione dei contratti di finanza derivata non è stata preceduta né da una procedura ad evidenza pubblica né, tantomeno, da un atto di aggiudicazione. Nella sentenza richiamata si legge, infatti, come l'unico procedimento ad evidenza pubblica svolto dalla Regione Piemonte sia stato quello iniziale avviato per l'individuazione dell'istituto bancario al quale affidare il progetto di organizzare (prima) e di collocare (poi) sul mercato la prima emissione obbligazionaria. In tale contesto, la stipulazione di contratti derivati era stata solo prospettata come mera eventualità di copertura del prestito e si è, invece, resa necessaria solamente in un secondo momento allorché la Regione ha deciso di approvare il progetto relativo ad un'emissione obbligazionaria del tipo 'bullet', a fronte della quale l'ente ha dovuto scegliere tra le due forme di copertura del rischio imposte dalla legge: costituzione di un fondo di ammortamento ovvero sottoscrizione di uno *swap* per l'ammortamento del debito. Sottolinea il giudicante: «*Una volta deciso di ricorrere allo swap, la scelta degli specifici contratti di swap e la definizione delle relative condizioni sono state il frutto di successive negoziazioni di carattere prettamente privatistico, che sono state condotte dalle parti al di fuori di qualsivoglia procedimento di evidenza pubblica*». Ugualmente, come già osservato, TAR Piemonte, nn. 1389 e 1390 del 2012. confermate dall'Adunanza Plenaria n. 13/2014.

In mancanza di tali elementi: «l'atto di autotutela eventualmente adottato dall'amministrazione è da reputarsi inesistente perché adottato in assenza dei suoi presupposti e quindi in carenza assoluta di potere: con la conseguenza che esso, non costituendo espressione di poteri autoritativi della P.A., è sottratto alla giurisdizione del giudice amministrativo perché incidente su posizioni soggettive delle parti aventi la consistenza di diritti soggettivi, come tali disciplinati dal diritto civile secondo quanto previsto dall'articolo 1, comma 1 bis, legge 241 del 1990»⁶.

In breve, al di là del *nomen iuris* adottato dall'Amministrazione, secondo quanto dedotto dal Giudice di *prime cure*, se il rapporto controverso è stato posto in essere sulla base delle regole proprie del diritto privato, in una posizione paritaria tra Pubblica amministrazione e intermediario finanziario, allora la prima non può successivamente tornare sulle proprie posizioni e chiamare 'annullamento' ciò che in realtà è un 'atto unilaterale di recesso', con conseguente competenza a decidere in merito alla controversia del giudice ordinario.

In argomento, si segnala quanto sostenuto da parte della dottrina che ha giudicato «singolare» la posizione assunta dal Tar Piemonte che: «sembra disconoscere la funzione essenziale dell'evidenza pubblica (ben enucleabile nelle pagine di M.S. Giannini) di "rendere manifeste" le ragioni che portano un'Amministrazione a concludere un determinato contratto, consentendone il controllo, anche sotto il profilo della convenienza economica. Funzione che, secondo l'impostazione tradizionale, si affianca a quella relativa alla scelta del contraente (tramite gara) senza esserne assorbita, tanto da sussistere anche per gli affidamenti diretti»⁷.

A fronte della posizione sopra esposta, è indispensabile richiamare, in questa sede, sempre il TAR Piemonte, pronunciatosi pochi mesi dopo rispetto all'annullamento d'ufficio delle deliberazioni con le quali la Giunta comunale di Omegna aveva autorizzato la sottoscrizione di contratti di finanza derivata⁸.

⁶ Secondo la giurisprudenza richiamata: «Di conseguenza, gli asseriti "vizi di legittimità" in ragione dei quali l'amministrazione regionale ha ritenuto doveroso esercitare il potere di annullamento d'ufficio, non integrano vizi del procedimento amministrativo e dei provvedimenti di aggiudicazione "a monte" dei contratti – per l'evidente ragione che né l'uno né gli altri sono mai esistiti nella vicenda in esame – ma vizi e patologie contrattuali variamente configurabili (nullità per violazione di norme imperative in materia di contratti derivati, esistenza di vizi occulti, mancanza di qualità essenziali, mala fede nello svolgimento delle trattative contrattuali); vizi e patologie negoziali che sono stati configurati dall'amministrazione quali vizi di legittimità dell'inesistente procedimento amministrativo al solo fine di poter conseguire immediatamente, attraverso l'esercizio indebito dei poteri di autotutela amministrativa, il risultato di sciogliersi unilateralmente dal vincolo contrattuale senza dover previamente ottenere, a tal fine, un intervento giurisdizionale del giudice civile».

⁷ V. A. BENEDETTI, *La giurisprudenza sui contratti ... cit.*, 1121.

⁸ TAR Piemonte, Torino, Sez. I, 7 febbraio 2013, n. 343, in www.giustiziamministrativa.it. Nella specie, nel maggio del 2012 la giunta comunale di Omegna ha stabilito di annullare d'ufficio, ai sensi dell'art. 21 *nomies*, legge n. 241 del 1990, le proprie precedenti deliberazioni con le quali aveva autorizzato la sottoscrizione di un primo contratto di finanza derivata, denominato *Convertible swap*, la successiva rimodulazione di tale contratto in due contratti di finanza derivata *Interest Rate Swap*, identificati come 'derivato A' e 'derivato B', e, infine, la rimodulazione del contratto 'derivato A' in un nuovo contratto di finanza derivata identificato come 'derivato C'. Come puntualmente

Con il medesimo atto, poi impugnato dall'intermediario finanziario, la Giunta aveva, peraltro, dichiarato la caducazione degli effetti del contratto di finanza derivata con espressa adesione a quanto statuito dal Consiglio di Stato, sentenza n. 5032 del 2011 (si veda *infra*)⁹.

A parere di chi scrive, le vicende appena analizzate – che hanno visto coinvolti appunto la Regione Piemonte e il Comune di Omegna – non si differenziano nello svolgimento dei fatti, tuttavia l'organo giudicante pare essere pervenuto a conclusioni differenti, seppur operando un diretto richiamo alle proprie precedenti statuizioni.

In particolare, nella seconda ipotesi, il Collegio ha riconosciuto la propria giurisdizione, ritenendo legittimo l'esercizio del potere di annullamento da parte dell'Amministrazione comunale in relazione a vizi del procedimento amministrativo prodromico alla fase di stipulazione dei contratti di finanza derivata, tali essendo sia l'incompetenza relativa sia il mancato esperimento di un previo confronto pubblico concorrenziale, censure, peraltro ritenute assorbenti¹⁰.

Rispetto al primo profilo, il Giudice ha sottolineato – in modo condivisibile – come la competenza ad autorizzare la stipulazione di contratti a finanza derivata, debba essere riconosciuta in capo al Consiglio comunale e non alla Giunta in ossequio a quanto disposto dall'articolo 42, comma 2, lett. i, TUEL: «*Il consiglio ha competenza limitatamente ai seguenti atti fondamentali: (...) i) spese che impegnino i bilanci per gli esercizi successivi, escluse quelle relative alle locazioni di immobili ed alla somministrazione e fornitura di beni e servizi a carattere continuativo*»¹¹.

sottolineato dal Tribunale, nessuno dei contratti *de quibus* è stato preceduto da una pubblica gara: rispetto ai primi due contratti è mancato qualsivoglia confronto concorrenziale; mentre con riferimento al terzo – c.d. derivato C – l'invito a presentare offerte è stato rivolto dall'Amministrazione comunale unicamente a tre istituti di credito.

⁹ V. Consiglio di Stato, 7 settembre 2011, n. 5032 in *www.giustiziamministrativa.it*. La sentenza è stata oggetto di attenzione da parte della dottrina, si vedano i commenti di A.A.V.V., *Autotutela e attività contrattuale della pubblica amministrazione, a proposito di contratti di swap stipulati da enti locali*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2012, 3, 304 ss.; A. BARTOLINI, *Annullamento d'ufficio e sorte del contratto ... cit.*, 197 ss.; L. CARBONE, M. D'ADAMO, *Annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione di un contratto di derivati finanziari*, in *Corriere giur.*, 2012, 1, 33 ss.; F. CORTESE, *Le operazioni con strumenti finanziari derivati ... cit.*, 394 ss.; F. R. FANTETTI, *L'annullabilità in autotutela ... cit.*, 42 ss.; M. TRUDU, *I costi impliciti consentono agli enti di annullare d'ufficio il contratto swap*, in *Azienditalia*, 2011, 12, 1023 ss.

¹⁰ Con riferimento agli altri motivi posti a fondamento della deliberazione di annullamento, proprio richiamando le precedenti pronunce (si vedano nn. 1389 e 1390 del 2012 e n. 625 del 2013), il Giudice ha ritenuto sussistere la giurisdizione del giudice ordinario in quanto profili attinenti alla fase negoziale del rapporto – in particolare nullità dei contratti per violazione di norme imperative o per illiceità della causa, esistenza di vizi occulti, mancanza di qualità essenziali ovvero comportamenti di asserita malafede dell'istituto bancario nello svolgimento delle trattative.

¹¹ In dottrina si richiama, M. ANTONIOLI, *Enti pubblici ... cit.*, 31. L'A. nel riconoscere la competenza del Consiglio piuttosto che della Giunta a concludere contratti finanziari, oltre a richiamare quanto disposto dall'art. 42, comma 2, lett. i, TUEL, osserva come a favore della scelta deponga anche il coinvolgimento degli schieramenti di minoranza «*si quali vengono indotti, come è nella*

Ed infatti, la possibilità che i contratti derivati oggetto del contendere, seppur sottoscritti da un Comune con lo scopo di rinegoziare in termini più favorevoli i mutui precedentemente contratti, «*comportino spese per l'amministrazione che li stipula e che tali spese gravino a carico degli esercizi successivi a quello di sottoscrizione del contratto è un'eventualità tutt'altro che remota, anzi appare del tutto connaturata alla natura "aleatoria" del contratto, così come evidenziato dalla stessa parte ricorrente e confermato, del resto, nel caso di specie, dalla corretta evoluzione della vicenda contrattuale (...)*»¹² (si veda anche quanto osservato al paragrafo 2).

Al di là dell'aspetto appena evidenziato – che nondimeno rappresenta un altro punto dolente attinente al tema che si indaga¹³ –, l'attenzione si vuole soffermare sull'altro motivo posto a fondamento del legittimo esercizio del potere di autotutela ossia la circostanza per cui la scelta dell'istituto bancario con cui contrarre gli strumenti derivati non sia avvenuta previa gara.

Sul punto, a parere dell'organo giudicante, il fatto che i contratti di finanza derivata stipulati dal Comune di Omegna rientrassero nel campo dei 'servizi finanziari', espressamente 'esclusi' dall'applicazione dell'art. 5 comma 2 del d. lgs. n. 157 del 1995¹⁴, non dispensava il Comune «*dall'obbligo di bandire una gara, o comunque di garantire il rispetto dei principi comunitari di parità di trattamento, non discriminazione, riconoscimento reciproco, proporzionalità e trasparenza*»¹⁵.

natura delle cose, ad esercitare un controllo sull'operazione finanziaria posta in essere». Nello stesso senso si veda Corte Appello Bologna, n. 734/2014. Contra, Tribunale di Bologna, n. 5244/2009 che non ha tacciato di nullità l'operazione in derivati conclusa dal Comune di Cattolica ritenendo non necessaria la deliberazione del Consiglio comunale e, ravvisato, per converso, l'autonomia decisionale ad operare in capo al dirigente in qualità di responsabile finanziario.

¹² Nello stesso senso si richiama cfr. Corte dei conti, *Indagine conoscitiva sull'utilizzo e la diffusione ... cit.*, 36, nella parte in cui si sottolinea come, in assenza di un riferimento normativo rispetto all'organo chiamato ad intervenire nella procedura attivata per il ricorso alla finanza derivata da parte degli enti territoriali, trovino applicazione le ordinarie regole del Testo unico sugli enti locali. Dunque, sul presupposto che i contratti in discussione impegnano l'attività e le risorse dell'ente per molti anni: «*conseguentemente, un ruolo centrale è riservato al Consiglio comunale, organo esponenziale della popolazione di riferimento dell'ente, che è l'unico soggetto che può valutare l'opportunità e la convenienza di porre vincoli all'utilizzo delle risorse future*».

¹³ *Ibidem*, 36-37: «*La particolare complessità di questo tipo di operazioni, anche in relazione ai rischi finanziari che l'ente potrebbe accollarsi dovrebbe indurre ciascun ente a disciplinare in modo preciso e puntuale nel regolamento di contabilità le competenze di ciascun organo in relazione alla conclusione delle operazioni di ristrutturazione del debito mediante l'utilizzo di strumenti derivati, fermo restando il necessario coinvolgimento dei diversi organi, sia in relazione alle loro competenze previste dal Testo unico che al vincolo di rappresentatività della collettività*».

¹⁴ Disposizione applicabile *ratione temporis* alla vicenda in parola oggi contenuta nell'articolo 19, comma 1, lett. d), d.lgs. 163/2006.

¹⁵ Seppur il vigente articolo 19, comma 1, lett. d), d.lgs. 163/2006, escluda dall'applicazione del codice dei contratti pubblici i servizi aventi ad oggetto operazioni involgenti strumenti finanziari, così come le fonti di approvvigionamento delle stazioni appaltanti: «*ciò non di meno, l'affidamento di tali contratti soggiace, pur sempre, ai "principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità" così come prevede l'art. 27, comma 1, d.lgs. n. 163/2006, ai sensi del quale,*

In definitiva, il non aver garantito il confronto concorrenziale in violazione dei principi di diritto comunitario, amministrativo e contabile, nonché dei canoni di sana gestione finanziaria¹⁶, configura un vizio del procedimento tale da legittimare il ricorso all'annullamento da parte della Pubblica amministrazione dell'atto di autorizzazione alla stipula dei contratti a finanza derivata.

È appunto sotto questo profilo che si rileva un discrimine tra le decisioni del Tribunale piemontese fino a qui analizzate: il mancato espletamento della procedura di gara, da un lato, comporta l'inesistenza del potere di autotutela esercitato dalla Pubblica amministrazione in assenza di un suo presupposto – ossia il procedimento di primo grado – dall'altro lato, configura invece un vizio tale da legittimare il soggetto pubblico proprio ad agire in autotutela attraverso l'annullamento d'ufficio.

Procedendo nell'analisi, diverso è il caso in cui l'ente abbia selezionato l'impresa fornitrice di strumenti finanziari derivati all'esito di una procedura di gara ad evidenza pubblica, secondo il Tar Piemonte, sentenze nn. 1389 e 1390 del 2012 – confermate dall'Adunanza Plenaria n. 13 del 2014 – e n. 625 del 2013 *supra* commentate, presupposto indispensabile per inquadrare il rapporto in una dimensione autoritativa e non paritetica.

Qui la problematica si riconnette, come già anticipato, al permanere in capo alla Pubblica amministrazione del potere di annullare l'atto di conferimento dell'incarico e agli effetti che dall'esercizio del potere discendono sul contratto concluso, tematica, peraltro, comune in generale all'annullamento dell'aggiudicazione degli appalti pubblici, ancora oggi oggetto di dibattito soprattutto a seguito dell'emanazione del decreto legislativo n. 53 del 2010¹⁷ (si veda *melius* paragrafo successivo).

*inoltre, "l'affidamento deve essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti, se compatibile con l'oggetto del contratto"». In questo senso, cfr. M. ANTONIOLI, *Enti pubblici ... cit.*, 33.*

¹⁶ Sul punto, si riporta ancora quanto osservato dalla Corte dei conti, *Indagine conoscitiva sull'utilizzo e la diffusione ... cit.*, 34-35: «L'attività negoziale dell'ente territoriale deve avvenire secondo le regole della contabilità pubblica che disciplinano lo svolgimento dei compiti propri dell'ente che utilizza risorse della collettività. L'utilizzo delle risorse non può essere lasciato alla mera discrezionalità degli amministratori o dei funzionari dell'ente, ma deve avvenire secondo criteri che garantiscano il buon andamento dell'attività amministrativa (art. 97 Cost.), in condizioni di parità di trattamento e non discriminazione (art. 3 Cost.). Conseguentemente, anche a voler prescindere dalla normativa sui contratti pubblici che detta regole, prevalentemente, in relazione ad aspetti inerenti il diritto comunitario, la disciplina relativa alla contabilità pubblica, che è cogente per tutti gli enti territoriali, impone che la scelta di qualsiasi contraente, e quindi anche degli intermediari finanziari con i quali si vogliono negoziare operazioni di carattere finanziario, avvenga per il tramite di procedure selettive di natura concorsuale. In particolare, ove l'ente intenda procedere ad un'operazione di ristrutturazione del debito deve individuare le principali caratteristiche e le modalità attuative dell'operazione che intende effettuare e poi dar corso alla gara per selezionare la migliore offerta in relazione non solo allo specifico scopo che intende raggiungere ma anche alle modalità che intende seguire».

¹⁷ Cfr. decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 23, in *Gazz. Uff.* 12 aprile 2010, n. 84, *Attuazione della direttiva 2007/66/CE che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici*. In argomento, A. BARTOLINI, S. FANTINI, F. FIGORILLI, *Il decreto legislativo di recepimento della direttiva ricorsi*, in *Urb. appalti*, 2010, 6, 638 ss.; A. BARTOLINI, S. FANTINI, *La nuova direttiva ricorsi*, in *Urb. appalti*, 2008, 10, 1093 ss.; E.M. BARBIERI, *Il processo amministrativo in materia di appalti e la direttiva comunitaria 11*

Ulteriore profilo sul quale si vuole porre l'attenzione e sul quale ancora una volta si registrano posizioni non unanimi sia in giurisprudenza sia in dottrina rispetto al tema di cui si discute e che involge appunto la correttezza dell'agire in autotutela della Pubblica amministrazione attiene al fattore tempo: nella specie, quanto il decorso del tempo può influire sulla possibilità della Pubblica amministrazione di rimuovere la propria precedente determinazione di autorizzazione dell'operazione in derivati.

Ora è noto che la riforma operata dal legislatore del 2005, a cui si deve la codificazione del provvedimento di annullamento con l'introduzione dell'articolo 21-*nonies*, nulla dice in ordine al termine entro il quale esso debba essere adottato, facendo unicamente riferimento al concetto indeterminato di «*termine ragionevole*».

Le oscillazioni giurisprudenziali che si sono registrate in materia¹⁸ si palesano anche in relazione al tema trattato, pur a fronte di quanto statuito dal comma 136, articolo 1, legge n. 311 del 2004 – che ben può trovare applicazione – secondo cui: «*al fine di conseguire risparmi o minori oneri finanziari per le amministrazioni pubbliche, può sempre essere disposto l'annullamento di ufficio di provvedimenti amministrativi illegittimi, anche se l'esecuzione degli stessi sia ancora in corso. L'annullamento di cui al primo periodo di provvedimenti incidenti su rapporti contrattuali o convenzionali con privati deve tenere indenni i privati stessi dall'eventuale pregiudizio patrimoniale derivante, e comunque non può essere adottato oltre tre anni dall'acquisizione di efficacia del provvedimento, anche se la relativa esecuzione sia perdurante*»¹⁹.

Dunque, muovendo dall'ipotesi in cui la Pubblica amministrazione abbia esercitato il suo potere entro il triennio, il problema non sembra sussistere e i Giudici chiamati fino ad oggi a decidere la controversia hanno ritenuto legittimo l'esercizio del potere di autotutela da parte dell'ente locale – quantomeno

dicembre 2007, n. 66/CE, in *Riv. dir. pubbl. com.*, 2009, 3-4, 493 ss.; A. CARULLO, *Gli appalti pubblici dopo l'entrata in vigore della direttiva n. 2007/66/CE: gli aspetti processuali che incidono direttamente sull'amministrazione aggiudicatrice*, in *Riv. Trim. appalti*, 2010, 1, 287 ss.; G. GRECO, *La direttiva 2007/66/CE: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2008, 5, 1029 ss.; ID, *Illegittimo affidamento dell'appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative nel d.lgs. 53/2010*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2010, 3-4, 729 ss.; M. LIPARI, *Il recepimento della direttiva ricorsi: il nuovo processo super accelerato in materia di appalti e l'inefficacia "flessibile" del contratto*, in *www.federalismi.it*, 2010; A. NOBILE, *La nuova direttiva comunitaria concernente i ricorsi in materia di aggiudicazione di appalti pubblici*, in *App. e contr.*, 2008, 11, 36 ss.; M.A. SANDULLI, *Contratti pubblici e (in)certezza del diritto fra ordinamento interno e novità comunitarie*, in *www.federalismi.it*, 2008; P. SANTORO, *La nuova Direttiva ricorsi 2007/66/CE e l'impatto con il sistema di giustizia nazionale*, in *Riv. trim. app.*, 2008, 3, 653 ss.

¹⁸ V. D.U. GALETTA, *I provvedimenti amministrativi ...*, cit., 328.

¹⁹ Cfr. comma 136, articolo 1, legge 30 dicembre 2004, n. 311, in *Suppl. ordinario* n. 192 alla *Gazz. Uff.*, 31 dicembre 2004, n. 306, *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – finanziaria per il 2005*. In argomento, G. MANFREDI, *Le indennità di autotutela*, in *Dir. amm.*, 2008, 1, 163; A. PAGANO, *I poteri di autotutela della Pubblica amministrazione nella finanziaria 2005*, in *Foro amm. TAR*, 2004, 11, 3578.

rispetto al profilo indagato, ossia il fattore tempo – laddove abbiano ravvisato l'inidoneità dell'operazione in strumenti finanziari derivati a raggiungere l'obiettivo posto dall'articolo 41, comma 2, ossia una riduzione del valore delle passività al netto delle commissioni, soprattutto in considerazione del fatto che lo *swap*, per garantire un equilibrio tra le parti, al momento della stipulazione, deve dare un differenziale pari a zero²⁰.

L'interesse pubblico all'annullamento è stato individuato, pertanto, nella violazione dei principi di economicità e convenienza economica cui la Pubblica amministrazione deve conformare il proprio operato ovvero nell'esigenza di impedire ulteriori esborsi fortemente lesivi dell'equilibrio finanziario, con l'effetto di ledere l'erogazione dei servizi essenziali per la comunità e di determinare un indebito arricchimento a carico dell'intermediario.

In tale ambito, si consenta di aprire una parentesi in merito alla qualificazione dell'annullamento d'ufficio di cui si discute.

Esso rientra tra le ipotesi di annullamento c.d. 'doveroso' di creazione giurisprudenziale e per l'esattezza in quella che riconosce il carattere della doverosità all'annullamento d'ufficio esercitato rispetto all'atto che ha recato un illecito esborso di denaro pubblico²¹, recepita espressamente dal legislatore

²⁰ V. TAR Toscana, Firenze, Sez. I, 11 novembre 2010, n. 6579, in www.giustiziamministrativa.it, pronunciandosi in ordine ai provvedimenti con cui la Provincia di Pisa ha annullato in via di autotutela i propri atti relativi alla individuazione degli intermediari finanziari con i quali perfezionare un'operazione di ristrutturazione del proprio debito.

²¹ Si è soliti contemplare la figura dell'annullamento doveroso rispetto: a) all'atto la cui illegittimità sia stata dichiarata dall'autorità giudiziaria con sentenza passata in giudicato; b) all'atto la cui illegittimità sia stata dichiarata da un'autorità di controllo, non direttamente titolare del potere di annullare l'atto; c) all'atto la cui illegittimità derivi dall'annullamento di un atto presupposto. La giurisprudenza ha, in realtà, proceduto ad ampliare la casistica riconoscendo il carattere della doverosità all'annullamento d'ufficio esercitato rispetto: d) ad atti non ancora efficaci o dotati di stabilità solo provvisoria; e) ad atti ampliativi emanati in base ad una falsa rappresentazione della realtà fornita dal loro destinatario; f) ad atti di assenso edilizio; g) ad atti viziati dalla c.d. illegittimità comunitaria e, infine, per quanto qui di interesse, h) all'atto che ha recato un illecito esborso di denaro pubblico. In posizione critica rispetto agli orientamenti giurisprudenziali inclini a ritenere che il potere di autotutela possa esercitarsi nei confronti dei provvedimenti che comportano l'erogazione di denaro pubblico senza che sia necessario individuare l'interesse pubblico sotteso all'eliminazione dell'atto cfr. G. BARONE, *L'autotutela a presidio del denaro pubblico. Consigli per un uso ragionevole*, in www.giustamm.it, 9.4.2003. Sull'annullamento doveroso in generale si veda G. MANFREDI, *Doverosità dell'annullamento vs. annullamento doveroso*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1, 316 ss.; A. CASSATELLA, *Una nuova ipotesi di annullamento doveroso*, in *Foro amm. TAR*, 2010, 3, 810 ss.; C. DI SERI, *L'annullamento d'ufficio doveroso. Recenti sviluppi della giurisprudenza nazionale e comunitaria in tema di autotutela "vincolata"*, in www.giustamm.it, 3.2.2010; S. VALAGUZZA, *La concretizzazione dell'interesse pubblico nella recente giurisprudenza amministrativa in tema di annullamento d'ufficio*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 4, 1245 ss.; F.G. SCOCA, *Una ipotesi di autotutela amministrativa impropria*, in *Corte cost.*, 2000, 2, 824 ss. Per una rassegna della giurisprudenza pronunciata in materia cfr. S. DETTORI, *Rassegna della recente giurisprudenza del Consiglio di Stato. Speciale in tema di annullamento d'ufficio doveroso*, in *Nuove autonomie*, 2012, 1, 151 ss.; sia consentito

proprio con la disposizione richiamata (articolo 1, comma 136, finanziaria del 2005)²².

Nei suddetti termini, l'annullamento del provvedimento di autorizzazione dell'operazione in derivati non necessiterebbe, da parte dell'Amministrazione procedente, dell'ulteriore sforzo di indagare l'interesse pubblico sotteso alla decisione di riesaminare il proprio atto di conferimento dell'incarico²³, essendo,

richiamare anche S. FORASASSI, *Rassegna della giurisprudenza dei Tribunali amministrativi regionali. Speciale in tema di annullamento d'ufficio doveroso*, *ibidem*, 159 ss.

²² Cfr. R. GIOVAGNOLI, *Riforma del procedimento amministrativo. Autotutela e risparmio di spesa nella finanziaria 2005*, in *Urb. app.*, 2005, 4, 395: «Alcune significative novità in materia di autotutela decisoria della pubblica amministrazione sono state previste dall'art. 1, comma 136, della l. n. 311 del 2004 (legge finanziaria per il 2005). Tale norma, da un lato, introduce un'ipotesi di interesse pubblico in re ipsa all'annullamento d'ufficio a fronte di provvedimenti amministrativi che determinano un illegittimo esborso di denaro pubblico; dall'altro, disciplina le conseguenze di tale annullamento sui rapporti contrattuali o convenzionali eventualmente instaurati dall'amministrazione con i privati». R. CHIEPPA, voce *Provvedimenti ... cit.*, il quale, sempre con riferimento alla citata disposizione, osserva: «Tale disposizione non è chiara ed è entrata in vigore appena prima della riforma della l. n. 241 del 1990 ad opera della l. n. 15 del 2005 (peraltro senza alcun coordinamento tra le sue norme), ma sembra aver disciplinato l'annullamento in re ipsa di provvedimenti che comportano un indebito esborso di danaro pubblico, ferma restando la generale codificazione dell'istituto ai sensi dell'art. 21 nonies comma 1 l. n. 241, *cit.* (...) l'effetto è che solo tale speciale disposizione riconoscerebbe l'annullamento per ragioni di pubblico interesse in re ipsa, con esclusione di altri casi, non connessi a risparmi o minori oneri per la pubblica amministrazione, in precedenza a volte ammessi dalla giurisprudenza». In termini non dissimili, D.U. GALETTA, *I provvedimenti amministrativi ... cit.*, 323 che configura le ipotesi di annullamento d'ufficio di provvedimenti che comportano illegittimo esborso di denaro pubblico tra le ipotesi di c.d. «annullamento d'ufficio vincolato». L'A. osserva come, al di là delle figure di annullamento d'ufficio vincolato che, come nel caso testé analizzato, hanno trovato una propria collocazione a livello legislativo: «resta aperto il problema delle numerose fattispecie di annullamento d'ufficio vincolato che sono state individuate dalla giurisprudenza». Al riguardo, secondo la dottrina richiamata, la legge n. 15 del 2005 ha introdotto importanti novità tanto da affermare «(...) – in linea di principio fatte salve le ipotesi normativamente previste – dopo la l. 15 del 2005 non è più possibile procedere ad annullare d'ufficio un provvedimento prescindendo da una valutazione puntuale sull'interesse pubblico perché considerato in re ipsa». Si veda anche Consiglio di Stato, Sez. V, 7 aprile 2010, n. 1946 che, rispetto al citato articolo 1, comma 136, finanziaria per il 2005 ha sottolineato: «Con tale disposizione è stato disciplinato l'annullamento in re ipsa di provvedimenti che comportano un indebito esborso di danaro pubblico, senza incidere sulla generale codificazione dell'istituto ai sensi dell'art. 21 nonies, comma 1, della l. 241/1990 (entrato in vigore dopo l'art. 1, comma 136 ad opera della l. n. 15/2005). In assenza di coordinamento tra le due norme deve ritenersi che il citato comma 136 abbia individuato l'unica ipotesi di annullamento per ragioni di pubblico interesse in re ipsa, con esclusione di altri casi, non connessi a risparmi o minori oneri per la p.a., in precedenza a volte ammessi dalla giurisprudenza».

²³ È pacifico come l'annullamento d'ufficio, sulla base delle nuove coordinate di cui all'art. 21 nonies, l. 241 del 1990, come modificata dalla l. n. 15 del 2005, di recepimento di diffuso orientamento giurisprudenziale, presupponga «una congrua motivazione sull'interesse pubblico attuale e concreto posto a sostegno dell'esercizio discrezionale dei poteri di autotutela, con adeguata ponderazione comparativa, che tenga conto dell'interesse dei destinatari dell'atto al mantenimento delle posizioni che su di esso si sono consolidate e del conseguente affidamento derivante dal comportamento seguito» (*ex multis*, cfr. T.A.R. Puglia, Bari, Sez. III, 13 gennaio 2012, n. 184). Si riporta anche T.A.R. Puglia, Bari, Sez. III, 6 ottobre 2011, n. 1488 che ha dettagliato schematicamente le condizioni richieste dall'art. 21 nonies, l. 241 del 1990, per l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio da parte della Pubblica amministrazione procedente:

in questo caso, l'interesse al ripristino della legalità violata in *re ipsa*, ossia nella stessa eliminazione del provvedimento²⁴.

Tornando all'analisi del fattore tempo, ossia il termine entro il quale la Pubblica amministrazione può legittimamente agire in autotutela, diversa, rispetto a quella descritta, è l'ipotesi che si verifica allorquando il tempo trascorso tra l'acquisizione di efficacia del provvedimento di autorizzazione alla stipulazione del contratto e l'esercizio del potere di autotutela superi il triennio, soprattutto in considerazione del fatto che, dalla casistica sottoposta al vaglio dei giudici amministrativi, emerge, *prime facie*, come nella maggior parte si tratti proprio di rapporti conclusi *ab illo tempore*.

Anche in questo caso si registrano pronunce discordanti.

Alcuni Tribunali, superando quanto disposto dall'articolo 1, comma 136, finanziaria per il 2005 e rifacendosi al disposto di cui all'articolo 21 *nonies*, legge n. 241 del 1990, hanno valutato ragionevole il periodo di sei anni nonché quello di nove anni tra l'esercizio del potere di annullamento e la stipulazione del primo contratto²⁵.

Altri, invece, sono giunti a diverse conclusioni giudicando illegittimo l'esercizio del potere di autotutela in quanto tardivo se posto in essere a distanza di oltre tre anni dall'acquisizione di efficacia del provvedimento, in stretta aderenza al disposto di cui al comma 136²⁶.

Secondo quest'ultima posizione, tra le due norme appena citate non sussisterebbe un rapporto di complementarietà bensì un rapporto di specialità della prima rispetto alla seconda: l'articolo 21 *nonies* codifica il caso generale, mentre il comma 136 fa riferimento alla specifica finalità «*di conseguire risparmi o minori oneri finanziari per le amministrazioni pubbliche*» disciplinando puntualmente la fattispecie dell'annullamento «*di provvedimenti incidenti su rapporti contrattuali o convenzionali con privati*».

In particolare, i due periodi del comma 136 devono essere letti in termini di bilanciamento: se con il primo disposto il legislatore ha inteso sollevare la Pub-

«a) l'illegittimità dell'atto; b) la sussistenza di ragioni di interesse pubblico; c) l'esercizio del potere entro un termine ragionevole; d) la valutazione degli interessi dei destinatari e dei controinteressati rispetto all'atto da rimuovere».

²⁴ L'annullamento d'ufficio doveroso rappresenta un'eccezione rispetto alle regole generali relative alla discrezionalità della Pubblica amministrazione di procedere in autotutela all'annullamento di un provvedimento. Esso, infatti, presuppone semplicemente l'illegittimità, sotto qualche profilo, dell'atto riesaminato senza che sia necessaria quella valutazione circa l'esistenza di un diverso ed ulteriore, rispetto a quello originario, interesse pubblico alla sua rimozione che prevalga rispetto all'interesse del destinatario alla conservazione dello stesso.

²⁵ Cfr. TAR Piemonte, Torino, n. 343/2013. Nel caso di specie l'annullamento era stato esercitato a distanza di dieci anni dal provvedimento di aggiudicazione.

²⁶ Cfr. TAR Toscana, Firenze, Sez. I, 21 febbraio 2013, n. 263, in *www.giustiziamministrativa.it* (per un approfondimento sulla vicenda occorsa al Comune di Prato e decisa con la sentenza in parola si veda paragrafo successivo).

blica amministrazione dall'onere di una puntuale motivazione sull'interesse pubblico quando essa persegue la finalità «*di conseguire risparmi o minori oneri finanziari*», con il secondo periodo ha posto, all'esercizio del potere di agire in autotutela nei termini appena indicati, il limite temporale di un triennio dall'acquisizione di efficacia del provvedimento.

Al riguardo, si potrebbe anche sostenere il mantenimento in capo alla Pubblica amministrazione del potere di annullare d'ufficio l'atto ma con un ritorno all'applicazione della disciplina generale e, quindi, con l'obbligo di indicare gli elementi fondanti il potere tra cui, *in primis*, l'indicazione dello specifico interesse pubblico sotteso alla decisione.

In altre parole, laddove l'esercizio del potere avvenga nel termine dei tre anni, l'ente procede all'annullamento doveroso o vincolato dell'atto ex art. 1, comma 136, finanziaria per il 2005, diversamente dovrà agire in applicazione di quanto disposto dall'articolo 21-*nonies*, l. n. 241 del 1990²⁷.

7. *Gli effetti del provvedimento di annullamento sul contratto stipulato a valle e profili di giurisdizione*

Ritenuto legittimo l'operato della Pubblica amministrazione rispetto al corretto esercizio del potere di autotutela, al di là della qualificazione del provvedimento di annullamento – discrezionale o doveroso –, l'indagine dovrà proseguire in relazione agli effetti che da esso discendono sull'assetto contrattualmente definito dei rapporti con l'intermediario finanziario, ossia appunto sulla sorte del contratto nel frattempo stipulato e nondimeno sulla giurisdizione chiamata a decidere.

Come già evidenziato, sul punto si riscontrano tuttora orientamenti non univoci in giurisprudenza, contrasti registrati anche nell'ambito della presente indagine con profili che distinguono e per certi versi complicano l'analisi delle

²⁷ *Contra*, TAR Toscana, n. 263/2013 dove, con riferimento al limite dei tre anni per l'esercizio del potere di agire in autotutela, si legge: «Detto limite temporale traduce in un dato concreto il parametro indeterminato costituito dal "termine ragionevole" dell'art. 21-*nonies* ed è stato individuato dal legislatore quale punto di equilibrio tra il potere di annullamento d'ufficio per ragioni di convenienza economico-finanziaria e l'esigenza di certezza nei rapporti contrattuali tra la P.A. e i privati. In questo quadro non sembra possibile individuare (...) uno spazio per l'esercizio dell'autotutela finalizzato ad evitare "un illegittimo esborso di denaro pubblico" (...) ai sensi della disposizione generale e dunque senza rispettare i limiti e i vincoli dettati dalla norma speciale; se la ragione dell'autotutela è quella "di conseguire risparmi o minori oneri finanziari" e il provvedimento da annullare incide su "rapporti contrattuali o convenzionali con privati", non appare convincente sostenere che l'amministrazione può esercitare il suo potere secondo modalità diverse (in particolare per quanto riguarda il limite temporale) da quelle fissate dall'art. 1 comma 136, con il solo vincolo di una più ampia e puntuale motivazione e con la conseguente possibilità di incidere su contratti in corso intervenendo su provvedimenti (...) a dieci anni di distanza dalla loro adozione».

pronunce adottate in materia di finanza derivata in quanto il margine di difficoltà legato alla corretta individuazione del giudice competente a decidere è rafforzato dalle modalità di conclusione di questa particolare tipologia di contratti.

Nel tentativo di ordinare le questioni che si vogliono affrontare, si darà inizialmente conto degli orientamenti seguiti in ordine alla ripartizione della giurisdizione limitatamente alla materia oggetto di trattazione, – giudice ordinario o giudice amministrativo –, per poi soffermarsi su alcune decisioni assunte al confine tra i diversi schieramenti registrati in tale ambito proprio per le peculiarità del caso analizzato.

Una prima posizione è espressa da chi affida le sorti del procedimento amministrativo di autotutela al giudice amministrativo e gli effetti che ne discendono sul contratto al giudice ordinario.

In proposito, si è affermato: «È noto che le controversie concernenti la legittimità di atti afferenti a procedure di evidenza pubblica assunti prima dell'aggiudicazione o nella successiva fase compresa tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto rientrano nella giurisdizione, talora esclusiva (in relazione all'oggetto di talune di esse), del giudice amministrativo, perché attengono ad atti espressione di potestà amministrativa sottoposti a norme di carattere pubblicistico, a fronte dei quali la posizione giuridica dei partecipanti alla procedura ha la consistenza di interesse legittimo; per contro, le controversie che attengono alla fase successiva alla stipulazione del contratto e che concernono l'esecuzione del rapporto contrattuale o l'accertamento dell'intero spettro delle patologie e inefficacie negoziali spettano alla giurisdizione del giudice ordinario perché involgono posizioni di diritto soggettivo delle parti consacrate dal contratto e interamente disciplinate dal diritto privato»²⁸.

Dalla suesposta posizione discende naturalmente l'impossibilità per la Pubblica amministrazione di spostare gli effetti dell'annullamento del provvedimento sul contratto 'a valle', efficacia di cui dovrà conoscere appunto il giudice civile.

Diversamente, si pone quell'orientamento secondo il quale l'esercizio del potere di autotutela comporta automaticamente la caducazione degli effetti contrattuali, con giurisdizione amministrativa sulla validità dell'atto negoziale.

Si legge: «Nei casi in cui la pubblica amministrazione abbia esercitato legittimamente i propri poteri di autotutela, annullando d'ufficio l'atto di aggiudicazione di un contratto pubblico in ragione di vizi originari di legittimità del relativo procedimento amministrativo, la caducazione del contratto costituisce un effetto necessitato dell'atto di annullamento, che, per esigenze di semplificazione e di concentrazione procedimentale, può essere accertato e dichiarato dalla stessa amministrazione procedente senza dover sollecitare, a tal fine, un intervento giurisdizionale del giudice amministrativo»²⁹.

Negli stessi termini, si era pronunciato il Consiglio di Stato con sentenza alquanto significativa ai fini della presente indagine n. 5032 del 2011: «Imvero, posto che, come si è già rilevato, non vi è dubbio circa l'effettiva configurabilità del potere della

²⁸ Cfr. TAR Piemonte, Torino, nn. 1389 e 1390 del 2012 e n. 625 del 2013.

²⁹ Cfr. TAR Piemonte, Torino, n. 343/2013.

pubblica amministrazione di procedere in via di autotutela all'annullamento degli atti di una procedura ad evidenza pubblica, ivi compreso il provvedimento di aggiudicazione definitiva dell'appalto (di lavori, di servizi o di fornitura) e fermo restando quanto si dirà in seguito sul corretto esercizio nel caso di specie del predetto potere di autotutela, occorre rilevare che, come peraltro già puntualmente sottolineato dalla giurisprudenza di questo consesso, l'annullamento dell'aggiudicazione "... in virtù della stretta consequenzialità tra l'aggiudicazione della gara pubblica e la stipula del relativo contratto, l'annullamento giurisdizionale ovvero l'annullamento a seguito di autotutela della procedura amministrativa comporta la caducazione automatica degli effetti negoziali del contratto successivamente stipulato, stante la preordinazione funzionale tra gli atti (C.d.S., Sez. V, 14 gennaio 2011, n. 11; 20 ottobre 2010, n. 7578) con attribuzione delle relative controversie alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo»³⁰.

Al riguardo, in netta contrapposizione con altro indirizzo di cui si legge nelle righe successive, i giudici pronunciatisi nel senso testè descritto definiscono il sistema normativo delineato dagli articoli 121 e 122 del Codice del processo amministrativo quale «*deroga rispetto alla logica sequenza procedimentale che vede la privazione degli effetti del contratto strettamente connessa all'annullamento dell'aggiudicazione, e da questa dipendente (Cons. Stato, III, 19 dicembre 2011, n. 6638)*».

In altre parole, la regola è la caducazione del contratto stipulato a seguito dell'aggiudicazione poi annullata, mentre l'eccezione è il potere di decidere discrezionalmente del giudice amministrativo se mantenere o meno la sua efficacia.

In tale ambito, richiamando in questa sede tutte le considerazioni svolte nel paragrafo che precede, viene in rilievo il disposto di cui all'articolo 1, comma 136, legge n. 311 del 2004, che sembra contemplare proprio un'ipotesi normativamente prevista di caducazione del contratto a seguito dell'annullamento d'ufficio, disponendo a favore del contraente un indennizzo per il pregiudizio patrimoniale che ne è derivato³¹.

Da ultimo, un terzo filone di pensiero ricollega alla giurisdizione amministrativa sia gli atti di autotutela sia la sorte del contratto: a differenza di quanto appena osservato, l'annullamento in autotutela non comporta automaticamente la caducazione del contratto, essendo necessaria, a tal fine una pronuncia costitutiva del Giudice amministrativo anche alla luce della legislazione comunitaria e di quella di recepimento.

³⁰ Consiglio di Stato, n. 5032/2011.

³¹ Cfr. G. GRECO, *La direttiva 2007/66/CE ... cit.*, 1032, nota 6 che, con riferimento appunto all'articolo 1, comma 136, finanziaria per il 2005, si è così espresso: «*Tale disposizione normativa pare implicare la caducazione automatica del contratto, stipulato sulla base di un'aggiudicazione antieconomica, oltre che antigiridica. Ma, coll'imporre di indennizzare l'eventuale pregiudizio patrimoniale del contraente, indica anche un limite e un onere, che deve sempre accompagnare l'esercizio del potere di autotutela (sull'aggiudicazione), a contratto già stipulato: sicché pare costituire idoneo contrappeso all'esercizio di un potere con effetti caducanti sul contratto, che, altrimenti, risulterebbe esorbitante e difficilmente giustificabile anche su di un piano di legittimità costituzionale*».

Ne discende l'impossibilità per l'Amministrazione di procedere alla dichiarazione di inefficacia del contratto non potendo riconoscersi all'ente pubblico, neppure in presenza di una grave violazione della procedura ad evidenza pubblica, la possibilità di influire unilateralmente sulle sorti del negozio di diritto privato. Per raggiungere siffatto risultato sarà invece necessario chiedere l'intervento del Giudice amministrativo.

In proposito, si richiama quanto affermato dal Tar Toscana, sentenza n. 6579 del 2010: «L'azione volta alla declaratoria di inefficacia del contratto non ha carattere accertativo ma costitutivo poiché, in base agli articoli 121 e 122 del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, al giudice spetta il potere di decidere discrezionalmente (anche nei casi di violazioni gravi) se mantenere o meno l'efficacia del contratto. Ciò vuol dire che l'inefficacia non è conseguenza automatica dell'annullamento dell'aggiudicazione, che determina solo il sorgere del potere in capo al giudice di valutare se il contratto debba o meno continuare a produrre effetti»³².

Ora alle difficoltà fino a qui emerse che però vengono in rilievo al di là dell'ambito di indagine di cui al presente scritto, si aggiunge l'ipotesi in cui, come spesso avvenuto, l'ente pubblico abbia proceduto alla rinegoziazione dei contratti di *swap* precedentemente stipulati.

Caso emblematico è quello del Comune di Prato che, in più occasioni, ha sciolto i precedenti contratti per poi stipularne altri a copertura delle medesime esposizioni debitorie.

La vicenda è stata giudicata dal TAR Toscana in ben due occasioni con le sentenze nn. 1925 del 2011 e 263 del 2013³³.

³² V. TAR Toscana, Firenze, n. 6579/2010. Rispetto alla sentenza in parola si deve però necessariamente sottolineare la contraddizione a cui sembra pervenire il Giudice. In particolare, il Collegio, in ordine al significato da attribuire alla direttiva comunitaria 2007/66/CE, testualmente afferma: «In tale normativa infatti il legislatore comunitario si è dato carico di valutare le conseguenze dell'annullamento giudiziale dell'aggiudicazione sul contratto pubblico nel frattempo stipulato, prevedendo il potere dell'organo del ricorso, nel nostro caso il giudice amministrativo, di privarlo di efficacia al concorrere di determinate circostanze e valutando gli interessi in gioco, primo fra tutti quello della corretta e spedita esecuzione delle prestazioni contrattuali», salvo poi tornare sulle proprie statuizioni indicando il giudice civile come l'unico competente a conoscere delle questioni inerenti al rispetto degli accordi contrattuali. Si veda anche TAR Toscana, Firenze, Sez. I, 27 gennaio 2011, n. 154, in www.giustiziamministrativa.it pronunciatosi sul ricorso promosso dalla Provincia di Pisa per la declaratoria di inefficacia dei contratti di finanza derivata a seguito dell'annullamento, giudicato legittimo con sentenza n. 6579 del 2010 della medesima Sezione, degli atti relativi all'individuazione dell'intermediario finanziario con il quale perfezionare un'operazione in derivati.

³³ V. TAR, Toscana, Firenze, Sez. I, 23 novembre 2011, n. 1925 e n. 263 del 2013 cit. entrambe rinvenibili in www.giustiziamministrativa.it. Per agevolare la lettura si riporta qui di seguito la vicenda occorsa al Comune di Prato. In particolare, l'ente in parola nel 2002 ha proceduto alla scelta mediante gara dell'*advisor* per la definizione «delle strategie di possibile trasformazione dell'*indebitamento*» e per «l'*assistenza, consulenza e gestione in operazioni di Interest Rate Swap*». Successivamente è stato sottoscritto l'accordo quadro *ISDA Master Agreement* e adottata la determinazione dirigenziale di approvazione del testo della proposta irrevocabile da formulare al medesimo *advisor* per la stipula di un contratto di *Interest Rate Swap*, poi effettivamente concluso. Negli anni successivi il Comune

Con la prima pronuncia il Giudice fiorentino ha dichiarato inammissibile il ricorso per difetto di giurisdizione in ordine alla richiesta avanzata dal Comune di inefficacia del contratto in strumenti derivati – l'unico in essere all'epoca e risultato di varie rinegoziazioni – in quanto ha ritenuto sottoposto al suo vaglio non l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione e le conseguenze che ne derivano sul contratto posto in essere, bensì l'atto con il quale l'ente locale ha inteso sciogliersi da un vincolo contrattuale nato dalla rideterminazione di un negozio già in essere³⁴.

In altre parole, secondo il giudicante, si è trattato di un'operazione a carattere civilistico, svolta in posizione paritaria, in cui le due parti hanno sciolto per mutuo assenso un contratto e, mediante un nuovo scambio di proposta ed accettazione, ne hanno contestualmente formulato un altro, senza l'intervento di alcuna potestà di carattere pubblicistico e, quindi, autoritativo.

Nel ricordare che il contratto pubblico di lavori, servizi e forniture è caratterizzato da un doppio stadio – pubblicistico nella fase di individuazione del contraente e civilistico nella fase di esecuzione del contratto aggiudicato – il Collegio ha dichiarato di aderire a quell'orientamento secondo il quale: «*il giudice amministrativo, poiché è competente a sindacare l'esercizio del potere pubblico delle amministrazioni (art. 7 c.p.a.), possiede giurisdizione nella prima fase; il giudice civile nella fase successiva (art. 133, comma 1, lett. e, c.p.a.)*».

Sennonché con la seconda pronuncia sempre il TAR Toscana giunge, per certi versi, a conclusioni differenti e, in parte, contrastanti rispetto alla sentenza di poco precedente appena richiamata.

Al riguardo, si deve osservare che il Collegio opera una prima distinzione fondamentale per addivenire a conclusione: da un lato, pone le determinazioni del Consiglio comunale e della Giunta qualificate come atti provvedimenti finalizzati alla scelta del contraente *swap*, individuato, in assenza di una procedura ad evidenza pubblica, nella figura dello stesso *advisor*; dall'altro lato, colloca invece le deliberazioni del Consiglio di autorizzazione di operazioni di ristrutturazione di *swap* in essere consistenti nell'estinzione di contratti in corso con contestuale sottoscrizione di nuovi contratti ritenuti più convenienti.

Partendo da quest'ultima ipotesi, si riportano, in questa sede, le osservazioni del Giudice al fine di meglio comprendere i termini della questione: «*Il perfe-*

di Prato ha disposto più volte l'emissione di prestiti obbligazionari per il finanziamento di opere pubbliche e per l'estinzione anticipata di mutui in essere e approvato più volte lo scioglimento di *swap* e la stipulazione di altri contratti a finanza derivata fino alla determinazione dirigenziale del 2006 con la quale l'Amministrazione ha inteso sciogliere i tre contratti di *swap* all'epoca in essere con l'*advisor* e di stipulare un nuovo contratto sulle medesime posizioni debitorie.

³⁴ Il Tribunale giunge alle medesime risultanze anche in ordine al ricorso proposto dall'intermediario ed avente ad oggetto l'annullamento della determinazione con la quale il Comune di Prato aveva disposto lo scioglimento del contratto avente ad oggetto strumenti finanziari derivati rinviando alla cognizione del giudice ordinario.

zionamento del nuovo rapporto era dunque condizionato (cioè presupponeva) la conclusione (anticipata) del precedente e ciò rendeva inscindibili le due fasi nell'ambito di un unico contesto negoziale. L'operazione, nella parte riguardante l'anticipata estinzione di contratti in essere tra il Comune e Dexia (n.d.a., intermediario finanziario), ha natura prettamente civilistica, caratterizzata dalla posizione paritetica dei soggetti coinvolti e dall'accordo tra i medesimi intervenuto circa la scelta di procedere nel senso indicato; la stessa natura, però, deve essere riconosciuta anche alla successiva fase riguardante la stipula dei nuovi contratti, tenuto conto che la riconosciuta inscindibilità dei due momenti negoziali comportava che gli stessi dovessero necessariamente svolgersi tra le medesime parti, non residuando alcuno spazio per una procedura consorsuale volta ad individuare possibili diversi contraenti».

In adesione alle proprie precedenti statuizioni – sentenza n. 1925 del 2011 –, il Collegio non ha ravvisato alcun esercizio di poteri pubblicistici, bensì la volontà di operare una precisa scelta negoziale, così riconoscendo ai provvedimenti *de quibus* la natura di atti attinenti alla fase esecutiva del rapporto contrattuale e, conseguentemente, la giurisdizione del giudice civile.

Diverse sono le risultanze cui il medesimo organo perviene rispetto alle deliberazioni di scelta del contraente che però, come si vedrà, in concreto assorbirebbero fino a porre nel nulla quanto fin qui sostenuto – travolgendo di fatto tutte le operazioni in derivati poste in essere dal Comune anche se in posizione paritaria con l'intermediario – laddove si giungesse al riconoscimento del corretto esercizio del potere di annullamento d'ufficio da parte dell'Amministrazione precedente.

In particolare, secondo il Giudice la deliberazione consigliare del 2002, nella quale l'ente comunale riportava le direttive per l'utilizzo di strumenti derivati, e la deliberazione della Giunta di approvazione della proposta di operazione IRS presentata dall'*advisor* a cui hanno fatto seguito la sottoscrizione, per opera del dirigente dell'area risorse finanziarie, dell'accordo ISDA e la stipula del primo *swap*, attingono alla fase pubblicistica del rapporto e quindi in relazione ad essi va riconosciuta la giurisdizione del giudice amministrativo.

Ora, ritenuto legittimo l'esercizio del potere di autotutela che ha inciso sugli atti appena citati (in quanto espressione di poteri pubblicistici a differenza dei successivi atti che, come già osservato, incidono invece su rapporti contrattuali), il Tribunale si interroga sulla possibilità che l'annullamento delle deliberazioni 'a monte' possa determinare il venir meno degli effetti del contratto di *swap* 'a valle', l'unico, peraltro ancora in corso ed oggetto di varie rinegoziazioni di cui si è già dato conto.

Al riguardo: «*Ad avviso del Collegio la risposta deve essere positiva; le deliberazioni C.C. (...) e GC (...) costituiscono il presupposto in base al quale sono stati stipulati l'accordo ISDA Master Agreement e il primo contratto di swap; tutti i successivi contratti trovano a loro volta fondamento nel predetto accordo quadro e nell'originario contratto del 2002».*

Nella specie, richiamando il Consiglio di Stato n. 5032 e, in particolare, le

Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 14260 del 2012 si legge: «*se è previsto che la giurisdizione del giudice amministrativo ricorra quando si tratti di dichiarare l'inefficacia del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione (art. 133, comma 1, lett. e), ad eguale conclusione deve giungersi anche nella situazione – di gran lunga più grave – in cui la inefficacia del contratto consegua all'annullamento di un affidamento diretto, senza alcuna previsione di gara, in violazione delle norme comunitarie e nazionali in materia di contratti pubblici*».

Dalla lettura delle sentenze dei Tribunali amministrativi di cui si è dato conto nelle pagine che precedono emerge, ad oggi, l'assenza di una posizione condivisa tra gli stessi Giudici chiamati a decidere il contenzioso sorto nell'ambito della finanza derivata.

Pare assistere invero all'adozione di decisioni singole avulse da un contesto univoco fondate sulle particolarità del caso concreto analizzato come se, in mancanza di esse, la conclusione sarebbe stata diversa e così impedendo a tutt'oggi di poter trarre le somme rispetto ad un orientamento più o meno concorde, nell'ambito analizzato.

8. *Cenni agli aspetti civilistici nella negoziazione di strumenti finanziari derivati con contro parte pubblica: spunti di interesse per lo studioso amministrativista*

La trattazione del tema oggetto del presente studio non può prescindere da una disamina delle problematiche legate alla corretta applicazione da parte dell'intermediario finanziario della normativa di settore – in particolare decreto legislativo n. 58 del 1998 – TUF e regolamenti Consob attuativi – volta a ridurre l'asimmetria informativa esistente tra chi colloca e/o negozia strumenti finanziari e chi investe sul mercato mobiliare avvalendosi delle competenze del primo.

Gli elementi elaborati dalla giurisprudenza e dalla dottrina civiliste risultano, pertanto, di sicuro interesse anche per lo studioso amministrativista per gli evidenti riflessi – si veda anche quanto sottolineato nelle conclusioni – che essi hanno nella risoluzione delle principali questioni emerse a seguito del coinvolgimento del sistema delle autonomie territoriali nel fenomeno della finanza derivata.

In realtà, si può affermare con una certa probabilità che proprio in questo contesto più che in altri sia dato apprezzare il venir meno della netta distinzione tra pubblico e privato, aspetti che indubitabilmente convivono e si intrecciano nello studio del tema.

Nel prosieguo del lavoro si darà, pertanto, conto di alcuni profili che possono essere definiti di stampo generale rispetto alla materia dell'intermediazione finanziaria ovvero, in altre parole, applicabili a prescindere dalla natura pubblica o privata del soggetto-investitore e dal tipo di strumento finanziario negoziato³⁵,

³⁵ Si veda in dottrina, DE POLI, *Interest rate swap ... cit.*, 29 ss.

dettagliandone alcuni che invece interessano in maniera più evidente il fenomeno dei contratti derivati 'in mano' agli enti pubblici, sottolineando fin d'ora che alcune delle considerazioni che seguiranno trovano la loro fonte nella normativa c.d. *ante Mifid*³⁶ sul presupposto che ... *tempus regit actum*.

Ed infatti, come più volte rilevato, le controversie oggi al vaglio dei giudici (sia civile sia amministrativo) hanno ad oggetto rapporti sorti in vigenza del d.lgs. n. 58 del 1998 – ancora non modificato a seguito del recepimento della direttiva Mifid – e del Regolamento Consob Intermediari n. 11522 del 1998³⁷ che trovano, pertanto, tuttora applicazione e rispetto ai quali sarà doverosamente fatto riferimento nel corso della trattazione per correttamente impostare i termini della questione. Si procederà in ogni caso, seppur solamente *de plano*, a indicare le differenze sussistenti con la disciplina attuale.

La prima norma a venire in rilievo è il primo comma dell'articolo 21 TUF, peraltro, rimasto invariato, che sintetizza le regole di comportamento a cui si deve attenere l'intermediario finanziario nella negoziazione di strumenti finanziari stabilendo che egli, nell'erogazione di servizi di investimento, deve: «*comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, per servire al meglio l'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati*».

È richiesto al soggetto abilitato un *quid pluris* rispetto ad un qualsiasi contraente nella conclusione di un negozio: egli deve agire non solo nell'interesse del proprio cliente (la diligenza del *bonus pater familias*), ma nell'interesse *dei clienti* salvaguardando *l'integrità dei mercati*.

La dottrina riconosce un ruolo fondamentale alla disposizione citata *in quanto sancisce la funzionalizzazione dell'attività degli intermediari finanziari alla tutela degli interessi generali fondamentali del risparmio e dell'integrità del mercato*³⁸.

In concreto, come meglio specificato negli articoli 26 e seguenti del regolamento Consob n. 11522 del 1998, gli obblighi in capo all'intermediario finanziario, senza alcuna pretesa di esaustività, sono, tra l'altro, quello di: «*acquisire una conoscenza degli strumenti finanziari, dei servizi nonché dei prodotti diversi dai servizi di investimento, propri o di terzi, da essi stessi offerti, adeguata al tipo di prestazione da fornire*» (articolo 26, lett. e.) e di operare «*al fine di contenere i costi a carico degli investitori e di ottenere da ogni servizio d'investimento il miglior risultato possibile, anche in relazione al livello*

³⁶ Si veda nota n. 8.

³⁷ Il regolamento Consob n. 11522 del 1998 è stato abrogato e sostituito dalla delibera Consob, 29 ottobre 2007, n. 16190, in *Suppl. ordinario* n. 222, *Gazz. Uff.* 2 novembre 2007 n. 255 – *Regolamento recante norme di attuazione del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 in materia di intermediari*, e successivamente modificato con delibere n. 16736 del 18 dicembre 2008, n. 17581 del 3 dicembre 2010 e n. 18210 del 9 maggio 2012. In argomento si veda F. DURANTE, *Con il nuovo regolamento intermediari, regole di condotta «flessibili» per la prestazione dei servizi di investimento*, in *Giur. merito*, 2008, 3, 628 ss.

³⁸ Cfr. A. DI AMATO, *I servizi di investimento*, in *Manuale di diritto del mercato finanziario*, S. Amorosino (a cura di), Milano, 2008, 100.

di rischio prescelto dall'investitore», c.d. obbligo di *best execution* (articolo 26, lett. f.); informare il cliente relativamente alla presenza di situazioni di conflitto di interesse e, conseguentemente, l'obbligo di acquisirne il consenso espresso prima di dare seguito all'operazione (art. 27); l'obbligo di chiedere al cliente informazioni circa l'esperienza in materia di investimenti finanziari, la situazione finanziaria, gli obiettivi di investimento nonché il profilo di rischio (art. 28, comma 1, lett. a.); fornire «*all'investitore informazioni adeguate sulla natura, sui rischi e sulle implicazioni della specifica operazione o del servizio, la cui conoscenza sia necessaria per effettuare consapevoli scelte di investimento o disinvestimento*» (art. 28, comma 2.); nell'ipotesi in cui l'operazione richiesta sia risultata non adeguata al profilo di rischio per tipologia, oggetto, frequenza o dimensione, informare il cliente di tale circostanza e delle ragioni per cui non è opportuno procedere alla sua esecuzione: ipotesi che si traduce nell'obbligo di acquisire il consenso del cliente laddove egli voglia procedere ugualmente (art. 29)³⁹.

Dal, seppur sintetico, quadro offerto si evince come, anche prima dell'intervento del legislatore comunitario, l'ordinamento giuridico contemplasse stringenti doveri informativi in capo al soggetto abilitato, volti appunto a rendere edotto l'investitore, privato o pubblico che fosse, dei rischi correlati all'operazione, così da poter compiere consapevoli scelte di investimento e disinvestimento.

Sul punto, ai fini del presente studio, si legge: «*ora se è vero che alla banca, sia nella veste di intermediario finanziario che in quella di contraente diretto, sono imposti obblighi di informazione circa la natura, i rischi e le implicazioni dell'operazione che le parti andranno a stipulare, tali obblighi, con riguardo alla negoziazione di derivati, devono tradursi anzitutto nella puntuale illustrazione al cliente dei meccanismi del derivato, in maniera tale che prima di sottoscrivere il contratto, il cliente sia correttamente informato sull'idoneità dello strumento finanziario a perseguire la finalità di copertura in ipotesi perseguite, e poi nell'indicazione*

³⁹ Gli obblighi informativi che gravano sull'intermediario finanziario sono oggi contenuti negli articoli 27 e seguenti della delibera Consob, n. 16190/2007. Essi si sostanziano nell'obbligo di fornire informazioni corrette, chiare e non fuorvianti in modo tale che il cliente sia sempre informato delle caratteristiche del servizio di investimento offerto e dello strumento finanziario negoziato, nonché dei rischi ad esso correlati, così da poter compiere consapevoli scelte di investimento e disinvestimento. Come già osservato, le informazioni così sinteticamente indicate sono commisurate – *melius graduate* – in base alla classificazione della clientela in cliente al dettaglio, cliente professionale o controparte qualificata: il primo godrà del livello di protezione più alto, mentre l'ultimo di quello più basso (articolo 6, comma 2, *quater*, TUF e articolo 26 nonché allegato n. 3, Regolamento intermediari n. 16190/2007). In relazione alla tipologia di cliente è, altresì, previsto, un diverso giudizio – di adeguatezza o di appropriatezza – che il soggetto abilitato deve compiere in base al servizio offerto (articoli 39 e ss. e allegato 3, Regolamento intermediari n. 16190/2007). Tale operazione si sostanzia nella verifica dell'adeguatezza ovvero dell'appropriatezza dello strumento finanziario oggetto di negoziazione al profilo di rischio del cliente in base a determinati criteri – obiettivi di rischio, situazione finanziaria, conoscenza ed esperienza nel settore di investimento (informazioni c.d. passive che il cliente deve fornire all'intermediario in modo tale da metterlo nelle condizioni di poter svolgere le valutazioni *de quibus*).

chiara, nel contratto stesso, dei costi reali della struttura, ivi espressamente compresi i costi di produzione del derivato ricaricati sul cliente ed il margine effettivamente lucrato dalla controparte bancaria»⁴⁰.

Particolare importanza riveste anche l'informativa in ordine al conflitto di interessi, ossia all'ipotesi in cui il soggetto abilitato sia portatore di un ulteriore interesse rispetto all'interesse del proprio cliente⁴¹, situazione non di rado intercorsa nel caso qui analizzato, soprattutto considerato che, da un lato, trattasi per lo più di derivati *over the counter* e, quindi, di strumenti negoziati in contropartita diretta con l'intermediario, dall'altro lato, in alcune occasioni, come peraltro già rilevato, la figura dell'*advisor* sia venuta a coincidere con quella dell'operatore finanziario.

Le disposizioni fin qui indicate, anche nel sistema previgente, non trovavano applicazione nei rapporti tra intermediari autorizzati e operatori qualificati: il soggetto abilitato era – ed è tuttora –, pertanto, esentato dal fornire tutta una serie di informazioni, nella specie quelle indicate agli articoli 27, 28 e 29 Reg. Consob 11522 del 1998 (articolo 31, reg. 11522 del 1998).

In altre parole, l'esigenza di informare il cliente rispetto alle caratteristiche dell'investimento in strumenti finanziari che si accinge ad effettuare si riduce se controparte è un soggetto in grado di comprendere autonomamente i rischi correlati all'operazione ovvero non abbisogna di quel sistema di protezione che il legislatore riconosce allorquando manchino nell'investitore esperienza e competenza rispetto al mercato mobiliare⁴².

⁴⁰ V. Tribunale di Pescara, 3 ottobre 2012, in *www.dirittobancario.it*; Tribunale di Milano, 23 marzo 2012, n. 3513: «In tema di contratti finanziari (nel caso di specie swap), l'intermediario finanziario è tenuto nel rispetto degli obblighi discendenti dall'articolo 21 TUF a proporre strumenti rispondenti alle esigenze del cliente»; ancora Corte App. Milano, n. 3459/2013: «L'intermediario, allorché negozia un interest rate swap, deve prestare una specifica consulenza al cliente, indipendentemente dalla conclusione di un apposito contratto di consulenza, sul presupposto che la natura stessa dello strumento finanziario richiede che nella definizione dei suoi contenuti – e quindi delle condizioni dell'alea – l'intermediario si raffiguri il miglior interesse del cliente, del tutto irrilevante restando il motivo che lo abbia indotto a contrattare, sia esso di copertura, ovvero speculativo».

⁴¹ Attualmente la disciplina in ordine alla gestione del conflitto di interessi è contenuta agli articoli 23 e seguenti del Regolamento in materia di organizzazione e procedure degli intermediari che prestano servizi di investimento o di gestione collettiva del risparmio, adottato dalla Banca d'Italia e dalla Consob con provvedimento del 29 ottobre 2007 e successivamente modificato con atti congiunti Banca d'Italia/Consob del 9 maggio 2012 e del 25 luglio 2012.

⁴² Sul punto in dottrina è stato sottolineato: «La distinzione tra operatori qualificati e non si basa sul fatto che gli investitori non possono essere posti tutti sullo stesso piano, dal punto di vista della protezione che l'ordinamento deve loro offrire. (...). La scelta del legislatore è finalizzata a garantire efficienza ai mercati sia per l'aspetto della velocità dell'operazioni sia per l'aspetto della riduzione dei costi. Mediante il riconoscimento della figura dell'operatore qualificato si rende difatti più veloce l'operatività finanziaria, senza la necessità di effettuare adempimenti che si rivelerebbero sostanzialmente inutili nei confronti di un soggetto professionale, che è in grado di auto-tutelarsi. Contemporaneamente si riducono i costi di compliance normativa. Considerato che l'attività informativa (e, più in generale, il rispetto delle norme di comportamento) da parte degli intermediari finanziari comporta dei costi, se tale attività è sostanzialmente inutile rispetto agli obiettivi da perseguirsi (informazione della controparte

Tale aspetto assume un certo valore per il presente studio in quanto, assai di frequente, l'intermediario finanziario ha approntato le proprie difese sul presupposto che l'ente pubblico fosse un *cliente professionale* e, quindi, nelle condizioni di adottare consapevolmente le proprie scelte, anche a fronte della dichiarazione dallo stesso resa in sede contrattuale⁴³.

La questione interpretativa rispetto al disposto di cui all'articolo 31 Reg. Consob n. 11522 del 1998 può essere tradotta in termini pratici nel seguente quesito: la dichiarazione rilasciata dal cliente attestante il possesso dei requisiti di competenza ed esperienza può deresponsabilizzare *in toto* il soggetto abilitato?

La mancanza di parametri certi nella norma di riferimento⁴⁴ ha comportato il sorgere di un acceso dibattito che ha visto contrapporsi in argomento due diverse posizioni: una tesi di stampo più prettamente 'formalista' (ed in un primo momento maggioritaria in giurisprudenza) per cui non è ravvisabile in capo all'intermediario l'obbligo di *verificare l'effettiva sussistenza del possesso della specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in strumenti finanziari dichiarata dal legale rappresentante di una società*⁴⁵ e una invece tipicamente 'sostanzialista' in base alla

*a livello microeconomico e buon funzionamento dei mercati finanziari a livello macroeconomico), pare conseguentemente – per ragioni di economia – non obbligarvi le banche». Cfr. V. SANGIOVANNI, Dichiarazione di operatore qualificato, onere della prova e gerarchia delle fonti, in *Le società*, 2013, 4, 418 ss.*

⁴³ Sul punto, si evidenzia che l'articolo 26, Reg. Consob n. 16190 del 2007 alla lett. d) oggi vigente distingue il cliente professionale privato da quello pubblico, rinviando per la individuazione di quest'ultimo ad un regolamento emanato dal Ministro dell'Economia e delle Finanze ai sensi dell'articolo 6, comma 2-*sexies* del Testo Unico, decreto 11 novembre 2011, n. 236, in *Gazz. Uff.*, 7 marzo 2012, n. 56, *Definizione ed individuazione dei clienti professionali pubblici, criteri di identificazione dei soggetti pubblici che su richiesta possono essere trattati come clienti professionali e relativa procedura di richiesta ai sensi dell'articolo 6, comma 2-*sexies*, del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58*. In particolare, l'articolo 2 individua quali *clienti professionali pubblici* di diritto il Governo della Repubblica e la Banca d'Italia. Il successivo articolo 3 invece prevede i requisiti che le Regioni, le Province autonome di Trento e di Bolzano, i soggetti di cui all'articolo 2 TUEL, nonché gli enti pubblici nazionali e regionali devono possedere per poter essere trattati su richiesta quale cliente professionale pubblico nonché la procedura per il riconoscimento. Si veda anche *infra* in questo paragrafo.

⁴⁴ L'attuale reg. Consob n. 16190 del 2007 supera il problema individuando una serie di parametri rispetto ai quali il cliente può essere considerato professionale a seguito di apposita valutazione da compiersi ad opera del soggetto abilitato. In particolare, l'allegato 3 al reg. *de quo* dispone che per essere trattato quale cliente professionale – su richiesta – devono essere soddisfatti almeno due dei seguenti requisiti: «1. il cliente ha effettuato operazioni di dimensioni significative sul mercato in questione con una frequenza media di 10 operazioni al trimestre nei quattro trimestri precedenti; 2. il valore del portafoglio di strumenti finanziari del cliente, inclusi i depositi in contante, deve superare 500.000 EUR; 3 il cliente lavora o ha lavorato nel settore finanziario per almeno un anno in una posizione professionale che presupponga la conoscenza delle operazioni o dei servizi previsti».

⁴⁵ Cfr. Corte d'Appello di Milano, 12 ottobre 2007, n. 2709, in *www.ilcaso.it* con nota di L. RUGGERI, *La prima sentenza d'Appello circa l'operatore qualificato ai sensi dell'art. 31 del reg. Consob n. 11522 del 1998*, in *La nuova giur. civ.*, 2008, 2, 224 ss. che aderisce alla tesi del giudicante. In termini non dissimili, Tribunale di Milano, 2 aprile 2004; Tribunale di Mantova, 12 luglio 2004; Tribunale di Rimini, 25 marzo 2005; Tribunale di Milano 6 aprile 2005; Tribunale di Isernia, 22 maggio 2005;

quale *la dichiarazione attestante la qualifica di operatore qualificato, resa ai sensi dell'art. 31 reg. Consob, deve essere corroborata da elementi di positivo ed obiettivo riscontro e non è di per sé sola sufficiente ad esonerare l'intermediario dal rispetto dei doveri di informazione e di protezione dell'investitore*⁴⁶.

Sul punto, è fondamentale richiamare quanto deciso dalla Corte di Cassazione con la sentenza n. 12138 del 2009 (espressione di una posizione 'equilibrata') che pare delineare un *modus operandi* per superare l'*impasse*, ritenendo non sufficiente tale asserzione, o meglio giudicandola superabile a fronte di elementi che ne dimostrino l'infondatezza e di cui l'intermediario poteva avvedersi in sede di negoziazione, spostando, pertanto, l'attenzione a livello probatorio⁴⁷.

Tribunale di Venezia, 25 ottobre 2007; tutte consultabili in *www.ilcaso.it*. Si richiama in questa sede anche la posizione assunta da altro Autore che ha affermato: «*In definitiva, la dichiarazione del cliente, pur non avendo carattere negoziale, è pur sempre atto giuridico volontario e consapevole, con valenza di testimonianza privilegiata, avente l'effetto di un presunzione iuris et de iure della sussistenza dei presupposti per l'applicabilità della disciplina riservata agli operatori qualificati ed inibisce quindi ogni indagine sulla sua veridicità, salvo siano allegati l'errore di fatto o la violenza*». Cfr. M. SESTA, *La dichiarazione di operatore qualificato ex art. 31 reg. Consob n. 11522/1998 tra obblighi dell'intermediario finanziario ed auto responsabilità del dichiarante*, in *Corr. giur.*, 2008, 12, 1747 ss.

⁴⁶ Cfr. Tribunale di Novara, 18 gennaio 2007. Negli stessi termini Tribunale di Torino, 18 settembre 2007; Tribunale di Vicenza, 12 febbraio 2008; Tribunale di Rovigo, 3 marzo 2008; tutte consultabili in *www.ilcaso.it*. Tale orientamento è stato, peraltro, avallato dalla dottrina maggioritaria. Cfr. V.V. CHIONNA, *L'accertamento della natura di "operatore qualificato" del mercato finanziario rispetto ad una società*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2005, 1, 36 ss.; B. INZITARI, *Strumentalità e malizia nella predisposizione ... cit.*; D. MAFFEIS, *I contratti derivati ... cit.*; S. MEUCCI, *"Operatore qualificato" nei contratti derivati: le incertezze della recente giurisprudenza e l'impatto della direttiva Mifid*, in *Obbl. e contratti*, 2008, 4, 341 ss.; C. MOTTI, *L'attestazione della qualità di operatore qualificato nell'operazioni in strumenti derivati fra banche e società non quotate*, in *Giur. it.*, 2008, 5, 1165 ss.; V. SANGIOVANNI, *Dichiarazione di operatore qualificato ...*, *op. cit.*; F. SARTORI, *Gli swap, i clienti corporate e la nozione di operatore qualificato*, in *www.dirittobancario.it*.

⁴⁷ In particolare, la Corte di Cassazione, con la nota sentenza 26 maggio 2009, n. 12138, in *Giur. It.*, 2009, 2711, ha precisato come la natura di operatore qualificato discenda dalla presenza di due requisiti: uno di natura sostanziale ossia la competenza e la esperienza in materia finanziaria; l'altro, di carattere formale, costituito da una espressa dichiarazione in tal senso da parte dell'investitore. Tuttavia, sempre secondo la Suprema Corte, tale dichiarazione, idonea ad esonerare l'intermediario dal fornire una serie di informazioni all'investitore, non ha valore confessorio ma unicamente natura di argomento di prova, cosicché essa può ben essere superata dal suo autore attraverso elementi probatori allegati *a contrariis*. Si vedano in argomento G. BARILLÀ, *Lo status di operatore qualificato attribuito a società o persone giuridiche nei contratti di intermediazione di banca e di borsa: nuova normativa e vecchio contenzioso*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, 3, 281 ss.; L. RUGGERI, *L'operatore qualificato arriva in Cassazione*, in *La nuova giur. civ.*, 2009, 12, 1213 ss.; M. SESTA, *L'operatore qualificato del Regolamento Consob arriva in Cassazione*, in *Corr. giur.*, 2009, 12, 1611 ss. In linea, cfr. Tribunale di Rimini, 12 ottobre 2010, in *www.ilcaso.it* che ha escluso in concreto la sussistenza dei requisiti di competenza ed esperienza in ordine al funzionamento del mercato mobiliare in capo al responsabile del servizio finanziario del Comune di Rimini seppur dinanzi alla dichiarazione con la quale lo stesso aveva dichiarato testualmente di possedere una specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in strumenti finanziari in quanto supportato dalla consulenza dell'*advisor*.

Rispetto al cotesto così delineato, si osserva per inciso l'opportunità di formare personale adeguato all'interno del plesso amministrativo così da non incorrere in futuro in ipotesi similari⁴⁸.

In questa prospettiva si deve collocare l'articolo 3, decreto n. 236 del 2011⁴⁹ nella parte in cui prevede che le Regioni, le Province autonome di Trento e di Bolzano, i soggetti di cui all'articolo 2 TUEL, nonché gli enti pubblici nazionali e regionali possano chiedere di essere trattati come soggetti professionali, così rinunciando alla protezione loro accordata dall'ordinamento giuridico come clienti al dettaglio, soltanto nell'ipotesi in cui soddisfino alcuni requisiti tra i quali, ai nostri fini, *la presenza in organico di personale addetto alla gestione finanziaria che abbia acquisito adeguate competenze, conoscenze ed esperienza in materia di servizi di investimento, ivi compresi quelli di gestione collettiva, e strumenti finanziari* (art. 3, comma 1, lett. c.).

La disposizione in parola stabilisce, altresì, al comma 2, che l'intermediario finanziario possa procedere alla effettiva disapplicazione delle regole di condotta solamente *se, dopo aver effettuato una valutazione adeguata delle competenze, delle esperienze e delle conoscenze del responsabile della gestione finanziaria presso i soggetti di cui al comma 1, egli possa ragionevolmente ritenere, tenuto conto della natura delle operazioni o dei servizi previsti, che il cliente è effettivamente in grado di adottare con consapevolezza le proprie decisioni in materia di investimenti e di comprendere i rischi che assume*.

In concreto, a livello normativo, si può dire essere prevalsa la tesi c.d. 'sostanzialista' per cui la mera dichiarazione non è sufficiente a esonerare il soggetto abilitato il quale deve accertarsi della veridicità delle dichiarazioni rilasciate dal 'responsabile della gestione finanziaria' dell'ente anche attraverso il rilascio di apposita documentazione comprovante l'effettivo possesso

Il Tribunale, nella specie, ha superato il dato testuale sul presupposto che, da un lato, il soggetto sul quale l'ente faceva affidamento apparteneva al medesimo gruppo bancario dell'intermediario, dall'altro lato, quest'ultimo aveva lui stesso consegnato il documento sui rischi generali negli investimenti finanziari così dimostrando di avere contezza della ridotta competenza del proprio interlocutore contrattuale, incombente, peraltro, non previsto per l'investitore che si dichiara operatore qualificato. Nello stesso senso Tribunale di Verona, 10 dicembre 2012, in *www.ilcaso.it*. In termini più favorevoli all'investitore cfr. Tribunale di Milano, 19 aprile 2011, n. 5443, in *www.ilcaso.it*: «*La sussistenza dei presupposti previsti dalla legge perché l'investitore possa essere considerato operatore qualificato ai sensi dell'art. 31 reg. Consob 11522/98, non elimina la significativa differenza esistente tra l'esperto di settore, il soggetto professionale che opera e lavora ogni giorno con tali tipologie contrattuali, rispetto al soggetto che si trova ad avere, semplicemente ed unicamente, una competenza ed esperienza in materia finanziaria per quanto essa possa servire a venire incontro ad alcune esigenze finanziarie dell'impresa commerciale*». *Contra*, Tribunale di Bologna, 14 dicembre 2009, in *www.ilcaso.it* che ha, invece, riconosciuto la validità della dichiarazione di cui si discute poiché firmata dal dirigente competente in tal senso ex articolo 107, d.lgs. 267 del 2000 e vista la natura dell'ente e le molte sue competenze finanziarie.

⁴⁸ Nello stesso senso cfr. M. ANTONIOLI, *Enti pubblici e strumenti finanziari... cit.*, 30.

⁴⁹ V. D.M. n. 236/2011.

di quella conoscenza e di quella esperienza che gli consentano di muoversi in piena autonomia nel mercato mobiliare⁵⁰.

Tornando alla disamina della disciplina di settore, un ultimo importante riferimento è al disposto di cui all'articolo 23 TUF che contempla, a pena di nullità, la forma scritta per i contratti relativi alla prestazione di servizi di investimento, escluso quello di consulenza⁵¹.

La disposizione rileva anche nella parte in cui sancisce: «È nulla ogni pattuizione di rinvio agli usi per la determinazione del corrispettivo dovuto dal cliente e di ogni altro onere a suo carico. In tali casi nulla è dovuto».

In particolare, sulla base del precetto *de quo*, si palesano alcune criticità in cui è incorso il Consiglio di Stato con la sentenza n. 5962 del 2012 che più volte fa riferimento alla prassi ovvero agli usi nella determinazione dei costi c.d. occulti, in questo senso giustificandone, a favore delle banche, l'applicazione⁵².

Al riguardo, si registra *a contrariis* nella giurisprudenza ordinaria un orientamento, ormai consolidato, che taccia di nullità i contratti derivati per mancanza della causa⁵³, nella specie la convenienza economica per la Pubblica ammini-

⁵⁰ Si veda articolo 2, comma 3, lett. b., decreto n. 236/2011 il quale dispone che alla comunicazione con cui il cliente attesta per iscritto all'intermediario di possedere i requisiti richiesti sia allegata una dichiarazione del responsabile della gestione finanziaria attestante il possesso di un'adeguata qualificazione professionale in materia finanziaria, con indicazione dell'esperienza maturata nel settore finanziario.

⁵¹ Cfr. Cass. Civ., Sez. I, 22 marzo 2013, n. 7283. Si veda anche Tribunale di Torino, 5 luglio 2013, in *www.ilcaso.it*. «È nullo il contratto di swap che sia stato negoziato in assenza della previa sottoscrizione di un contratto quadro e la nullità non può essere sanata mediante la sottoscrizione successiva di detto contratto». Negli stessi termini, Tribunale di Bologna, 6 febbraio 2013, Tribunale di Firenze, 31 maggio 2013; Tribunale di Messina, 19 ottobre 2012; Tribunale di Rimini, 12 ottobre 2010, tutte in *www.ilcaso.it*.

⁵² Cfr. Consiglio di Stato, 27 novembre 2012, n. 5962, in *Foro amm.-CDS*, 2012, 11, 2905. Con la sentenza *de qua* Palazzo Spada ha definito la controversia in materia di finanza derivata della Provincia di Pisa. In particolare, con la sentenza n. 5032 del 2011, più volte richiamata, il Consiglio, dopo aver riconosciuto la propria giurisdizione in ordine alla controversia avente ad oggetto l'efficacia di contratti di *swap* stipulati dalla P.A., ha disposto una consulenza tecnica d'ufficio volta ad accertare se la complessa operazione con cui la Provincia di Pisa aveva provveduto alla gestione del proprio indebitamento e alla ristrutturazione del debito attraverso l'operazione in strumenti derivati fosse da considerarsi effettivamente conveniente o meno dal punto di vista economico rispetto al disposto di cui all'articolo 41, legge n. 448 del 2001, ed, in particolare, se gli *swap* stipulati fossero stati caratterizzati o meno da costi impliciti non dichiarati ovvero non riconoscibili.

⁵³ Giova qui richiamare la nozione di "causa concreta", intesa come «funzione economico-individuale del negozio posto in essere» ossia «sintesi degli interessi reali che il contratto è diretto a realizzare» cfr. Cass. Civile, Sez. III, 8 maggio 2006, n. 10940. Facendo proprie le parole di autorevole dottrina: «è decisivo osservare che la nozione di causa quale funzione pratica del contratto può avere una sua rilevanza solo in quanto si accerti la funzione che il singolo contratto è diretto ad attuare. Ora, rispetto al singolo contratto, ciò che importa sapere è la funzione pratica che effettivamente le parti hanno assegnato al loro accordo. Ricercare l'effettiva funzione pratica del contratto vuol dire, precisamente, l'interesse concretamente perseguito. Non basta, cioè, verificare se lo schema usato dalle parti sia compatibile con uno dei modelli contrattuali, ma occorre ricercare il significato pratico dell'operazione con riguardo a tutte le finalità che – sia pure tacitamente – sono entrate nel contratto. Tenendo conto della causa concreta che il contratto è diretto a realizzare è possibile anzitutto valutare la

strazione, in violazione di quanto sancito dall'articolo 41, legge n. 448 del 2001, proprio laddove essi nascono squilibrati a sfavore dell'Amministrazione, con vantaggio ingiustificato per la controparte⁵⁴.

In altre parole, il carattere originariamente *unpair* del derivato non accompagnato dall'erogazione di un *up front* comporta, secondo parte dei Giudici civili, la nullità dell'operazione⁵⁵.

Sul punto, il Tribunale di Milano si è espresso nei seguenti termini: «*La presenza, quindi, di tale squilibrio contrattuale priva i contratti in esame della funzione causale di strumento finanziario meramente conservativo, propria invece degli omologhi contratti strutturati come "par", in quanto la previsione già in partenza di una posizione di perdita per l'ente locale è incompatibile con una funzione di mero ammortamento e ristrutturazione di mutui già esistenti, gravanti sul bilancio del Comune. Un mark to market iniziale negativo, tanto più se non collegato a un corrispondente up front, attribuisce ai contratti in parola una funzione speculativa, in contrasto con la tipologia di contratti derivati rimessa alla possibile stipulazione da parte degli Enti locali dall'articolo 3 del DM 389 del 2003, secondo quanto disciplinato dall'articolo 41, comma 1, legge n. 448 del 2001*»⁵⁶.

meritevolezza sociale dell'interesse perseguito. Tale valutazione presuppone infatti che si sia accertato quale interesse o complesso di interessi stanno realmente alla base dell'operazione negoziale». Cfr. BIANCA, Diritto civile. Il contratto, Milano, 2000, 452-453.

⁵⁴ Si osserva come in altre occasioni i Giudici civili abbiano configurato i 'costi occulti' quale indebito ripetibile. Cfr. Tribunale di Pescara, 11 ottobre 2012, n. 1241.

⁵⁵ Si ricorda che il medesimo carattere originariamente *unpair* del derivato non accompagnato dall'erogazione di un *up front* rappresenti la principale ragione di annullamento in autotutela del provvedimento di aggiudicazione dell'operazione di gestione attiva dell'indebitamento da parte degli enti pubblici – al di là delle risultanze in ordine agli effetti che dall'annullamento derivano sul contratto *medio tempore* stipulato. Cfr. TAR, Toscana, n. 6579/2010.

⁵⁶ V. Tribunale di Milano, 14 aprile 2011, n. 5118, in *www.ilcaso.it*. Ugualmente si veda Tribunale di Orvieto, ordinanza 13 aprile 2012, in *www.ilcaso.it* che ha configurato, nel caso sottoposto al suo vaglio, il *fumus boni iuris* proprio con riferimento all'ipotesi di nullità dei contratti in questioni derivante dalla presenza di uno squilibrio genetico tra le posizioni dei contraenti, destinato a risolversi in una mancanza di causa concreta del contratto *swap* (ossia dello scopo pratico del negozio), tacciato di nullità. Si richiama, in questa sede, anche Corte di Appello di Trento, 16 maggio 2013, n. 141, che, seppur pronunciatasi in ordine ad un contratto di *swap* negoziato da un soggetto privato, rileva in questa sede per le risultanze a cui è pervenuta. In particolare la Corte, dopo aver evidenziato che la finalità perseguita con la conclusione dell'*Interest rate swap* fosse dichiaratamente quella di *hedging*, ossia appunto, di riduzione di una potenziale perdita, ha ritenuto fondata la doglianza relativa al rigetto della domanda di declaratoria di nullità per difetto di causa. Sul punto, si legge: «*A questo proposito, non può condividersi l'assunto del primo giudice, secondo il quale la finalità di copertura del contratto non sarebbe stata la causa dello stesso, bensì il motivo che avrebbe indotto l'appellante alla stipula di esso: se, infatti, per causa, con la giurisprudenza più recente ed ormai consolidata, deve intendersi "lo scopo pratico del negozio, la sintesi, cioè, degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare (c.d. causa concreta), quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello tipizzato" (...), la causa stessa, nella fattispecie, deve essere individuata, appunto, proprio nella "copertura del rischio di tasso di interesse derivante dalla ... esposizione debitoria" dell'appellante (...), copertura che, però, come visto, in concreto il contratto de quo non era ab origine idoneo a garantire (pur con l'aleatorietà che è conaturata con qualunque forma di contratto di*

9. Conclusioni. L'esercizio del potere di autotutela e l'affermazione della sovranità statale

I derivati in buona sostanza hanno messo in luce un sistema viziato *ab origine* per più fattori.

La finalità perseguita dalle Amministrazioni coinvolte nel fenomeno, ossia la possibilità di coprirsi dal rischio di precedenti esposizioni debitorie e contestualmente ridurre il valore finanziario delle passività totali a carico delle stesse, non si è potuta realizzare in un contesto dove le conoscenze richieste sono quelle di un operatore professionale in grado di seguire l'andamento delle oscillazioni del mercato collegate a più valori connessi anche ad operazioni matematiche che certamente non sono presenti nella struttura pubblica né, volendo estremizzare, nel dipendente o nell'ufficio della sede dell'intermediario che di fatto ha seguito l'operazione⁵⁷.

La complessità 'deriva' (per usare un termine a caso) proprio dalla circostanza che la materia che sottende a tutto il fenomeno è per sua natura estremamente veloce nelle dinamiche di evoluzione, tanto da lasciare indietro anche il legislatore che non è stato al passo con le trasformazioni quasi ingegneristiche correlate alla costruzione degli strumenti derivati che, in conclusione come in premessa, sono stati ritenuti da più parti "gli strumenti della crisi".

I rischi connessi agli investimenti *de quibus* rappresentano, però, come più volte evidenziato, l'unico elemento sul quale tutti convergono.

Ed infatti, soprattutto con riferimento alla posizione assunta dai Giudici, si registrano contrasti in ordine anche alla stessa struttura dei derivati (si pensi alla legittimità o meno dei c.d. costi occulti), con posizioni asimmetriche nelle due giurisdizioni, ordinaria e amministrativa, che sembrano procedere lungo linee parallele, aumentando le perplessità rispetto alle già evidenti problematiche legate alla vicenda in discussione.

Tanto sottolineato, si vuole, a chiosa del presente studio, soffermare l'attenzione su alcuni aspetti emersi dall'analisi del tema, qui di seguito dettagliati.

In primis, in un contesto storico in cui la Pubblica amministrazione sempre più spesso si trova a interloquire con il privato in una posizione paritaria⁵⁸, nel

swap), si che, appunto, per tutto quanto sopra evidenziato, il contratto de quo era privo di causa concreta e, quindi, nullo per difetto di uno dei requisiti essenziali».

⁵⁷ Al riguardo, come già osservato nel paragrafo precedente, non è un caso che la tendenza sia quella di creare, all'interno del plesso amministrativo, una nuova figura in grado di occuparsi dell'acquisto e della cessione di prodotti finanziari: il responsabile della gestione finanziaria.

⁵⁸ Si richiama in particolare l'articolo 1, comma 1-bis, legge 7 agosto 1990, n. 241 che assegna alla Pubblica amministrazione una generale capacità di agire «secondo le norme di diritto privato salvo che la legge non disponga diversamente». *Ex multis*, D. DE PRETIS, *L'attività contrattuale della p.a. e l'articolo 1-bis della legge n. 241 del 1990: l'attività non autoritativa secondo le regole del diritto privato e il principio di specialità*, in *Tipicità e atipicità nei contratti pubblici*, a cura di F. Mastragostino, Bologna, 2007, 29 ss.; N. PAOLANTONIO, *Articolo1, comma 1 bis, Principi generali dell'attività amministrativa*, in *La Pubblica amministrazione*

*indagine per mezzo del confronto delle merci e dei prezzi offerti dal mercato, prima di procedere all'acquisizione dei beni e dei servizi cui si è orientati*⁶⁰. Tali valutazioni rilevano a maggior ragione quando si tratta di investimenti di denaro pubblico in strumenti finanziari rischiosi per finalità di copertura. L'opportunità poi di procedere a due gare distinte sottende alla necessità di avere due figure professionali diverse, e non una sovrapposizione di ruoli nel medesimo soggetto onde evitare possibili (e alquanto probabili) conflitti di interessi nell'elaborazione (prima) e nella realizzazione (poi) dell'operazione.

Dall'altro lato, come già osservato, proprio alla luce delle caratteristiche della negoziazione in strumenti finanziari derivati, i cui effetti non si risolvono nella conclusione del contratto, ma anzi si ripercuotono sugli esercizi finanziari futuri dell'ente, non può che ravvisarsi la competenza ad operare in tal senso in capo al Consiglio e non alla Giunta.

Ancora, laddove si sposti la natura di indebitamento dei contratti derivati sia esso implicito e prevedibile ovvero esplicito a fronte della previsione di una clausola *upfront*, si configura una violazione di legge *ex* articoli 119, ultimo comma, della Costituzione, 30, comma 15, legge 289 del 2002 e 202 TUEL che prevedono la possibilità di ricorrere a forme di indebitamento solo per finanziare spese di investimento.

Da ultimo, certamente corretta, laddove ritenuta necessaria – si veda in proposito quanto affermato *supra* in ordine alla qualificazione dell'annullamento come doveroso o vincolato –, l'individuazione dell'interesse pubblico all'annullamento «*non solo nella necessità (formale) di eliminare la violazione dei principi di economicità e convenienza economica (su cui avrebbe dovuto fondarsi, ai sensi dell'articolo 41 della legge 28 dicembre 2001, n. 448, l'operazione di ristrutturazione (di parte) del debito (...), ma soprattutto (profilo sostanziale) nella necessità di far venire meno questi "costi impliciti", originariamente non conosciuti, che gravano sulle risorse dell'ente per tutta la durata dell'operazione stessa (...) privandola peraltro proprio della finalità (riduzione dei debiti) che l'aveva giustificata*»⁶¹.

Al riguardo, come già sottolineato, punto nodale delle controversie oggi discusse dinanzi ai Tribunali è la presenza o assenza di costi occulti, ossia di uno squilibrio economico tra le posizioni iniziali dei due contraenti, non ristabilito dalla corresponsione di una somma di danaro, c.d. *up front* ossia – facendo pro-

⁶⁰ Cfr. M. GOLA, *La statica del potere*, in *La pubblica amministrazione e il suo diritto ... cit.*, 181-182.

⁶¹ V. Consiglio di Stato, n. 5032/2011 che sottolinea, altresì: «*Si è in presenza in effetti non già di un mero generico interesse pubblico alla legittimità dell'azione amministrativa o al rispetto del principio di legalità di cui all'articolo 97 della Costituzione, ma dell'interesse pubblico concreto, specifico e attuale, da ricollegare direttamente al principio di buon andamento dell'azione amministrativa, sub specie della sua economicità, incidendo i "costi impliciti" dell'operazione in strumenti finanziari derivati in modo rilevante sulle effettive disponibilità economiche – finanziarie dell'amministrazione provinciale: del resto è stato più volte ricordato dalla giurisprudenza che l'attualità dell'interesse pubblico alla rimozione del provvedimento illegittimo è dimostrata dalla sua idoneità a spiegare continuativamente i propri effetti negativi sull'organizzazione dell'ente.*»

settore analizzato si registra un ritorno al tradizionale potere unilaterale di ritiro dei provvedimenti, nella specie, di affidamento a intermediari finanziari della gestione attiva del proprio indebitamento, finalizzato a porre nel nulla i negozi *medio tempore* stipulati, causa di ingenti esposizioni debitorie.

Connesso a tale aspetto, seppur a fronte di un contesto giurisprudenziale non uniforme, il tentativo è quello di compendiare alcune motivazioni che il soggetto pubblico può addurre a fondamento della legittimità del proprio operato.

Merita, altresì, considerazione a parte la riaffermazione della sovranità statale attraverso l'incardinamento della controversia avente ad oggetto strumenti finanziari derivati dinanzi all'autorità giudiziaria nazionale, seppur in presenza di una clausola pattizia che devolve la giurisdizione alla Corte inglese.

Procedendo con ordine, pare potersi affermare, al di là di qualche pronuncia contraria, in ogni caso minoritaria e in realtà superata dal medesimo organo giudicante nelle successive pronunce, che giusti motivi di annullamento del provvedimento di autorizzazione di operazioni in finanza derivata siano ravvisabili nel mancato esperimento della procedura ad evidenza pubblica e per incompetenza dell'organo deliberante, in particolare della Giunta.

Entrambi i profili paiono meritevoli di accoglimento.

Da un lato, non è revocabile in dubbio la necessità di individuare, secondo modalità ispirate al principio concorrenziale, sia l'*advisor* finanziario al quale affidare il progetto dell'operazione, soprattutto nel caso in cui manchi una figura competente in materia all'interno del plesso amministrativo, sia l'intermediario finanziario, con cui concretamente procedere all'investimento. Il ricorso alla gara pubblica, come sottolineato in dottrina, «avrebbe probabilmente costituito il presupposto fondamentale per la diffusione, negli stessi amministratori, della conoscenza dei meccanismi distintivi di queste peculiari tipologie negoziali e della delicatezza del loro utilizzo da parte di chi agisce istituzionalmente per la cura dell'interesse pubblico e mediante l'impiego di risorse imputabili all'intera comunità»⁵⁹. Ed infatti, essa «serve a garantire un più corretto confronto (...) tra mezzi e risorse strumentalmente offerti alla capacità di scelta della stessa amministrazione agente. (...) La disciplina pubblica che precede l'attività contrattuale è rivolta, nello specifico, anche a guidare la ricerca della soluzione contrattuale più conveniente, a vantaggio diretto della p.a. contraente. La normale, diligenza e la normale prassi, infatti, suggeriscono in linea di principio a qualsiasi consumatore di procedere a una più o meno approfondita

e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005, a cura di N. Paolantonio, A. Police, A. Zito, Torino, 2005, 77 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, L'art. 1, 1° comma bis, l. 241 del 1990, in *Foro amm.-CDS*, 2005, 3, 947, ss.; G. GRECO, L'azione amministrativa secondo il diritto privato: i principi, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, a cura di V. Cerulli Irelli, Napoli, 2006, 69 ss.; G. NAPOLITANO, L'esercizio privato di attività amministrative, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, a cura di V. Cerulli Irelli, Napoli, 2006, 89 ss.; S.A. FREGO LUPPI, Il principio di consensualità nell'agire amministrativo alla luce della legislazione e della giurisprudenza più recenti, in *Dir. Amm.*, 2008, 3, 691 ss.

⁵⁹ Cfr. F. CORTESI, *Le operazioni con strumenti finanziari derivati...* cit., 396.

prie le parole della Corte d'Appello di Trento – con il *pagamento del costo implicito del contratto*⁶².

È su tale dato che si rinviene un evidente contrasto tra la posizione assunta dalla giurisprudenza ordinaria e quella del Consiglio di Stato (si veda paragrafo 5).

In particolare, la prima traduce gli obblighi informativi richiesti dalla normativa di settore e l'obbligo di perseguire le migliori condizioni possibili per il proprio cliente (*best execution*) in ordine alla negoziazione dei derivati, nella corretta prospettazione dei meccanismi di *pricing* dello strumento finanziario in discussione: l'intermediario finanziario deve informare il proprio cliente, da un lato, sull'idoneità dell'operazione in finanza derivata di perseguire la finalità di convenienza economica come, peraltro, richiesto dalla legge; dall'altro lato, deve soffermarsi in maniera puntuale anche sugli effettivi costi legati allo strumento⁶³. In presenza di un contratto *non par*, i giudici civili giungono a tacciare di nullità il contratto derivato per mancanza di causa.

Per converso, il Consiglio di Stato ha stabilito di non poter fondare la valutazione negativa in ordine alla convenienza economica dell'operazione in finanza derivata sulla mera esistenza di costi impliciti non dichiarati, in pratica legittimandone la presenza⁶⁴.

In proposito, in posizione critica rispetto a tale pronuncia, che si può a ragione definire come decisione 'lasciata' alla consulenza tecnica d'ufficio, si ritiene che proprio su tale aspetto debbano convergere i giudici al fine di dare una prospettazione comune circa la risoluzione del problema qui in discussione.

Ed infatti, al di là dei profili che attengono alla scelta della giurisdizione in base agli orientamenti già indicati, sui quali non si intende tornare in questa sede, diverso è il problema della natura dei costi occulti e, come tali, appunto non prospettati al cliente, sulla cui illegittimità si deve convenire con la posizione assunta dalla giurisprudenza civile.

Così ragionando, peraltro, l'inadempimento da parte dell'intermediario dei propri obblighi informativi e, quindi, la violazione dei dettami della normativa di settore in materia finanziaria debbono poter rilevare anche in sede di valutazione operata dal giudice amministrativo, quantomeno rispetto alla non configurabilità in capo al primo di un legittimo affidamento in ordine all'efficacia del contratto.

In altre parole, il comportamento del soggetto abilitato, silente rispetto alla presenza di costi occulti nell'operazione ovvero rispetto ai rischi correlati alla medesima, deve condurre il Giudice amministrativo a disattendere l'eventuale ulteriore profilo di censura circa la pretesa omessa valutazione degli interessi in gioco, viepiù laddove l'autonomia territoriale rivesta la qualifica di semplice investitore e non di controparte qualificata.

⁶² Cfr. Corte d'Appello di Trento, 5 marzo 2009.

⁶³ Cfr. anche L. ZAMAGNI, G. CEDRINI, *Swap ed enti locali ... cit.*, 3.

⁶⁴ Cfr. Consiglio di St. n. 5962/2012.

Non solo. L'omessa informazione circa le caratteristiche del contratto di *swap* in ordine alla presenza di un iniziale squilibrio contrattuale – come, peraltro, sostenuto dal Consiglio di Stato del 2011 –, ma anche, esemplificando, di una situazione di conflitto di interessi si traducono in un presupposto logico-giudico alla stipulazione del contratto, per cui si può ritenere che laddove correttamente informato sui diversi aspetti dell'operazione l'ente pubblico avrebbe o meno dato seguito alla stessa potendo correttamente apprezzarne la convenienza economica in tutte le sue sfaccettature.

Rispetto a tale quadro, torna in evidenza quanto disposto dall'articolo 1, comma 136, legge n. 311 del 2004 e le osservazioni in merito fatte nelle pagine che precedono. Ed infatti, ricadendo nell'ambito di applicazione della norma *de qua*, l'Amministrazione può procedere all'annullamento del provvedimento antieconomico e a cui far seguire automaticamente la caducazione del contratto, senza per di più dover disporre a favore del contraente l'indennizzo previsto a fronte della mancanza, per le considerazioni appena riportate, di una posizione tutelabile.

Così argomentando, la giurisdizione in ordine alla controversia insorta dovrebbe essere individuata in quella amministrativa superando, quantomeno con riferimento all'oggetto della presente indagine, il dibattito tuttora vivo che vede contrapporsi giudice amministrativo e giudice ordinario rispetto alla sorte del contratto stipulato “a valle” una volta annullata la determinazione dell'Amministrazione a contrarre.

Se così fosse, anche l'ultimo profilo che ‘affligge’ gli enti territoriali nella vicenda dei derivati e che attiene alla clausola contrattuale contenuta assai di frequente nell'ISDA *Master agreement* di devoluzione della giurisdizione alla Corte inglese, parrebbe semplificato.

Al riguardo, infatti, l'*impasse* è abilmente superato dal Consiglio di Stato sul presupposto, da un lato, che non si controverte in ordine a diritti disponibili e, dall'altro lato, che il Giudice amministrativo «è giudice esclusivo *ratione materiae* e non già un giudice esclusivo in relazione ad un determinato criterio di collegamento della competenza territoriale (del giudice ordinario)»⁶⁵.

⁶⁵ Cfr. Consiglio di Stato n. 5032/2013: «Innanzitutto la mancanza di macroscopici vizi di nullità dei provvedimenti impugnati e la loro ragionevole riconducibilità all'esercizio del potere amministrativo di autotutela (e non già all'esercizio di un potere negoziale di risoluzione unilaterale dei contratti stipulati), ferma restando l'indagine sul corretto esercizio del potere di autotutela, implica l'irrilevanza della clausola contrattuale contenuta nei contratti di *swap* che, derogando alla giurisdizione italiana, non solo assoggetta la disciplina degli stessi alla legge inglese, ma li sottopone anche alla relativa giurisdizione inglese. Sul punto, deve ricordarsi che, ai sensi dell'articolo 4 della legge 31 maggio 1995, n. 218, la deroga alla giurisdizione italiana può riguardare solo le cause vertenti su diritti disponibili (Cass. SS.UU., 20 aprile 2010, n. 9308) e quindi solo le questioni di interpretazione ed esecuzione dell'accordo (*agreement*), ma non può estendersi fino a comprendere anche il sindacato sul corretto esercizio del potere amministrativo, non potendo ascrivere al novero dei diritti disponibili gli interessi pubblici alla cui cura è finalizzato l'esercizio dei poteri pubblicistici accordati alla pubblica amministrazione anche nell'ambito dei procedimenti di *garas*».

Naturalmente, come *supra* visto, il ragionamento si fonda sul presupposto che egli sia competente a conoscere della legittimità dell'esercizio del potere di annullamento del provvedimento di aggiudicazione nonché degli effetti che esso produce sul contratto *medio tempore* stipulato.

Ed infatti, il riconoscimento della giurisdizione amministrativa porta con sé il mantenimento della lite in territorio nazionale anche in virtù dell'articolo 1, comma 1, regolamento CE n. 44 del 2001 che esclude dal suo ambito di applicazione *la materia fiscale, doganale e amministrativa*.

Sul punto, la Corte di Giustizia, rispetto alla Convenzione di Bruxelles⁶⁶, ha enucleato il seguente principio: «è esclusa dal campo d'applicazione della convenzione la decisione emessa in una causa fra la pubblica amministrazione ed un privato, qualora la prima abbia agito nell'esercizio della sua potestà d'imperio»⁶⁷.

Più problematica, si presenterebbe la questione laddove prevalesse l'orientamento che riconosce la giurisdizione amministrativa rispetto alla fase in cui si realizza la procedura ad evidenza pubblica e la giurisdizione ordinaria in ordine al rapporto contrattuale.

In questa seconda ipotesi, infatti, tornerebbe applicabile il regolamento comunitario con validità della clausola di proroga.

Al riguardo, i Tribunali amministrativi che si sono pronunciati dichiarando il proprio difetto di giurisdizione a favore di quello civile, hanno sempre espressamente rinviato, proprio in virtù della clausola pattizia *de qua*, al Giudice inglese la risoluzione della controversia insorta⁶⁸.

In tale contesto, si segnala la posizione assunta dalla Suprema Corte con la sentenza n. 2926 del 2012, orientata a trattenere entro i confini italiani le controversie *de quibus*⁶⁹.

La pronuncia in parola, di sicuro interesse per la risoluzione della problematica in oggetto, si articola in più punti che per correttezza di esposizione devono essere dettagliati per non incorrere in soluzioni che trascendono alcuni elementi fattuali caratterizzanti la controversia rispetto alla quale la Corte ha preso posizione e che impediscono di proporre la suddetta soluzione in termini generali.

Dato da cui muovere è la distinzione tra responsabilità precontrattuale di natura extracontrattuale, rinvenibile per violazione di doveri informativi posti in essere in una fase antecedente alla conclusione del contratto, e responsabilità contrattuale che invece, nella materia dell'intermediazione finanziaria si ravvisa

⁶⁶ Cfr. Consiglio, *Convenzione di Bruxelles del 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale*, in *Gazz. Uff. CE*, 26 gennaio 1998, C27/1.

⁶⁷ V. Corte di Giustizia, 14 ottobre 1976, *Ltu Lufttransportunternehmen Gmbh et Co Kg contro Eurocontrol*, causa 29/76.

⁶⁸ Cfr. V. Tar, Piemonte, Torino, nn. 1389 e 1390 del 2012 e n. 625 del 2013; Tar, Toscana, Firenze, n. 1925/2011.

⁶⁹ Cfr. Cass. Civ., Sezioni Unite, ordinanza 27 febbraio 2012, n. 2926.

nella violazione di obblighi informativi che riguardano le operazioni finanziarie compiute in esecuzione del succitato contratto.

Tale differenziazione rileva in quanto la dibattuta clausola di rinvio alla giurisdizione inglese è superata nell'ipotesi in cui la domanda di responsabilità extracontrattuale, che certamente può essere incardinata entro i confini italiani⁷⁰, sia proposta in via principale e concorrente con quella contrattuale. Ed infatti, quest'ultima seguirebbe la prima per ragioni di connessione⁷¹.

Nella fattispecie oggetto della sentenza *de qua*, inoltre, le condizioni generali di contratto, allegata alla determinazione dirigenziale con la quale era stata bandita la gara per la selezione degli istituti di credito a cui affidare la ristrutturazione del debito, prevedevano espressamente che l'incarico fosse «*regolato dalla legge italiana. Qualunque controversia che dovesse insorgere fra le parti sarà sottoposta al foro di Milano*», dicitura interpretata dalla Corte come clausola di proroga ai sensi dell'articolo 23 reg. CE n. 44 del 2001.

Il Collegio poi evidenzia ulteriori indici di configurabilità della giurisdizione italiana nelle seguenti circostanze: 1. una delle società convenute aveva sede in Italia e, quindi, può trovare applicazione il disposto di cui all'articolo 2, reg. CE n. 44 del 2001 con conseguente riconoscimento della giurisdizione italiana nei confronti degli altri convenuti nel caso di connessione oggettiva *ex* articolo 6, n. 1⁷²; 2. possibile richiamo al criterio espresso all'articolo 5, comma 1, lett. b), reg. CE n. 44 del 2001 che prevede, come foro speciale, quello del luogo in cui l'obbligazione dedotta in giudizio è stata o doveva essere eseguita; le clausole di proroga della competenza giurisdizionale, per costante giurisprudenza anche della Corte di Giustizia, debbono essere interpretate in senso «*rigorosamente restrittivo*»⁷³; è, altresì, escluso che la citata clausola contenuta in un determinato contratto possa estendersi a controversie relative ad altri contratti, ancorché funzionalmente collegati al contratto principale cui accede la stessa.

Va rilevato, tuttavia, come i Giudici d'oltremarica non abbiano accolto

⁷⁰ In questo senso depono l'articolo 5 del Regolamento CE 22 dicembre 2001, n. 44 *concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale*, che attribuisce la competenza al giudice del *locus commissi delicti*.

⁷¹ Si legge nella sentenza in discussione «*In presenza di una vicenda risarcitoria complessa, in cui sussistono le condizioni per presentare distinte domande, è del tutto legittimo, pertanto, il richiamo all'art. 5 n. 3 in punto di autonoma esperibilità dell'actio aquiliana, dovendosi piuttosto valutare la sussistenza delle condizioni per radicare, presso lo stesso foro, un'ulteriore domanda, per ragioni di connessione, fondata su di un preteso inadempimento contrattuale*».

⁷² Sul punto la Corte rileva la connessione oggettiva sul presupposto che gli istituti di credito convenuti avevano concretamente eseguito l'attività di consulenza allo stesso modo, di concerto e congiuntamente (punto 4.1 dell'ordinanza).

⁷³ Al riguardo la dicitura *relating to this agreement*, contenuta nell'*ISDA Master Agreement*, tradotta dal Giudicante *in relazione all'accordo* viene interpretata nel senso di escludere un riferimento a tutte le controversie, sia contrattuali sia extracontrattuali.

tale impostazione e il dato è confermato dal fatto che, a titolo esemplificativo, proprio rispetto al caso della Provincia di Pisa, deciso dal Consiglio di Stato *supra* richiamato, la *High Court of Justice, Queen's Bench Division Commercial, Court* di Londra, con sentenza del 25 maggio 2010, abbia riconosciuto la propria giurisdizione.

In particolare, l'Autorità inglese non ha ritenuto applicabile, nella fattispecie oggetto di gravame, l'articolo 22, comma 2, Reg. n. 44 del 2001, invocato al fine fondare la giurisdizione esclusiva del giudice italiano poiché la controversia non presentava connessioni rispetto alla validità delle decisioni assunte dall'ente pubblico come richiesto dalla disposizione *de qua*.

A fronte di tale quadro giurisprudenziale evidente come la problematica della corretta individuazione del giudice competente a decidere la controversia, già registrata entro i confini nazionali tra giudice amministrativo e giudice civile, si ripresenti nell'ipotesi di inserimento della richiamata clausola di proroga tra giudice italiano e giudice inglese.

Sul punto, come già osservato, sposando la tesi che ritiene di inquadrare il fenomeno dei derivati nell'ambito di applicazione del comma 136, articolo 1, legge n. 311 del 2004, e interpretando tale disposizione come ipotesi di annullamento d'ufficio doveroso a cui far conseguire direttamente la caducazione degli effetti del contratto a valle (si veda *supra*), allora la questione interna in ordine alla scelta tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa sarebbe risolta a favore di quest'ultima, con consequenziale superamento, per i motivi esposti, della giurisdizione inglese.

Insomma, il ritorno al potere di annullamento della pubblica amministrazione in posizione di supremazia assurgerebbe anche a strumento di affermazione della sovranità statale in punto di giurisdizione, traducendosi nella possibilità di trattenere le controversie che vedono coinvolte le autonomie territoriali nel fenomeno della finanza derivata entro i confini nazionali.

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.

Hanno collaborato a questo numero:

Darío Gabriel Ciminelli

Avvocato presso l'Asesoría General de Gobierno, Provincia de Buenos Aires (Argentina)

Angela Cassia Costaldello

Professore di Diritto Amministrativo e Diritto Urbanistico dell'Università Federale del Paraná (Brasile)

Sara Forasassi

Professore a contratto di Diritto dell'economia dell'Università degli Studi di Bologna

Francisco Garcia-Garrido

Dottorando in Scienze Giuridiche presso l'Università di Huelva (Spagna) in co-tutela presso l'Università degli Studi di Trento.

Loredana Giani

Professore ordinario di Diritto Amministrativo dell'Università degli Studi dell'Aquila

Luis Alberto Hungaro

Master in Diritto dello Stato presso l'Università Federale del Paraná (Brasile).

Fiorenzo Liguori

Professore ordinario di Diritto Amministrativo dell'Università Federico II di Napoli

Aristide Police

Professore ordinario di Diritto Amministrativo dell'Università degli Studi di Roma Tor Vergata

FINITO DI STAMPARE NEL MESE DI DICEMBRE 2016
PRESSO LA BUONA STAMPA, NAPOLI