

55° CONVEGNO DI STUDI AMMINISTRATIVI

NUOVI POTERI E DIALETTICA DEGLI INTERESSI

Villa Monastero – Varenna (Lecco)

24-25-26 settembre 2009

Resoconto convegno

a cura di Antonia Giallongo

Nelle date del 24 – 25 – 26 settembre, si è tenuto nella città di Varenna (Lecco), presso la Villa Monastero, il 55° Convegno di Studi Amministrativi, dal titolo “NUOVI POTERI E DIALETTICA DEGLI INTERESSI”, nel corso del quale si sono succeduti come relatori diversi esponenti del mondo accademico, Consiglieri della Corte di Cassazione, Consiglieri di Stato e Referendari della Corti dei Conti.

PRIMA GIORNATA

Nella prima giornata, dopo i saluti ed i ringraziamenti delle Autorità, il Presidente DOTT. GIANCARLO CORAGGIO ha introdotto i lavori del Convegno, chiarendone, innanzitutto, il titolo.

Il riferimento ai poteri potrebbe apparire incongruo soprattutto nel complesso momento attuale in cui l'Amministrazione tende a superare il momento autoritativo, prevalgono i servizi, la privatizzazione è elevata a regola e predomina il fenomeno della de-procedimentalizzazione. Lo stesso procedimento, pur nelle ipotesi in cui conserva la sua struttura formale, è cambiato nella sostanza, non essendo più volto alla gianniniana ponderazione degli interessi, ma alla negoziazione. Oggigiorno, una paritaria contrattazione con la PA è facilitata dalle formazioni spontanee di cittadini, i quali, ove singolarmente considerati, vedrebbero svalutato il proprio apporto procedimentale.

Il ruolo del potere è solo in apparenza sempre più marginale, in quanto, a fronte della grave crisi della legalità positiva, che dovrebbe sfociare nel “diritto mite” di creazione giurisprudenziale, la PA continua ad operare, a curare e a gestire interessi.

Mentre, in passato, tutti gli strumenti di controllo elaborati dalla giurisprudenza si confrontavano con poteri tipici dai connotati ben noti, ai nostri giorni, invece, si commisurano con poteri più subdoli, rispetto ai quali si rivelano inefficaci. Le stesse situazioni giuridiche soggettive assumono forme nuove ed inusitate, non solo per il loro contenuto, ma per la loro reciproca integrazione ed interconnessione e per il conseguente atteggiarsi del potere nei loro confronti, che non può più essere ridotto alla figura tradizionale della discrezionalità.

In particolare, il confluire, nell'ambito di una stessa materia (come, per esempio, in quella dei servizi pubblici), di più situazioni giuridiche soggettive pone l'interrogativo dell'eventuale opportunità di una concentrazione della tutela giurisdizionale a fronte della sua attuale frammentazione. Questa, è del resto una tendenza evidenziatasi in vari Paesi dell'Ue, in cui vi è un giudice amministrativo unico, che assicura una maggiore unitarietà al sistema.

Il DOTT. CORAGGIO, dopo una sintetica carrellata degli interventi previsti nel corso della prima giornata ed un ricordo dedicato al compianto Presidente Vacirca, ha dato inizio ai lavori Convegno.

Ha preso la parola il PROF. NATALINO IRTI, la cui relazione, intitolata "TRAMONTO DELLA SOVRANITÀ E DIFFUSIONE DEL POTERE" è dallo stesso definita come "*l'esame di coscienza delirante ed ansioso di un cittadino e di un giurista*".

Il relatore ha ricordato la concezione di Santi Romano dello Stato, come summa giuridica nella sua esclusiva sovranità, che attrae gli interessi degli individuali e dei gruppi. Nel nostro Paese, a democrazia rappresentativa, si assiste al tramonto della sovranità; tale fenomeno non rappresenta un problema di carattere logico, quanto storiografico. Difatti, la sovranità si è articolata, attraverso un lungo itinerario, in diverse forme: si è passati dalla sovranità del monarca, sostenuto dalla legittimazione dinastica, alla sovranità dello stato nazionale, ed, infine, nelle costituzioni democratiche del secolo ventesimo, alla sovranità popolare.

Il processo storico della sovranità popolare si identifica con il processo storico degli istituti rappresentativi: il tramonto dell'uno non può che comportare il tramonto degli altri e la conseguente crisi dell'autodeterminazione politica.

Il tramonto della sovranità popolare si evince da diversi segni, primo tra tutti, dal processo di autopoiesi del diritto europeo, che, nato da una decisione degli Stati sovrani, da questi ultimi si è emancipato, ponendosi come originario ed autonomo nonché dotato di forza propria. In secondo luogo, dal federalismo che, con la Legge costituzionale del 18 ottobre 2001, n. 1, ha segnato una rottura nella storia dell'Italia repubblicana, delineando una nuova fisionomia dello Stato. Quest'ultimo, ai sensi dell'art. 114, Cost., è parte tra le parti, venendo elevata a regola, ai sensi dell'art. 117, comma 4, Cost., la potestà legislativa delle Regioni in quelle materie che non siano ad esso riservate. Le Regioni più avanzate economicamente avvertono il bisogno di riconquistare le antiche autonomie e di tornare ad esercitarle. Si tratta di un processo di lungo corso, rispetto al quale, già gli uomini della destra storica come Marco Minghetti avevano avvertito il germe di dissolvimento presente nell'unificazione politica e legislativa del Paese.

Il PROF. IRTI ha rilevato un generale infiacchimento della partecipazione politica, che, d'altra parte è difficile invocare in un contesto in cui è stato soppresso il voto di preferenza. Il tramonto della sovranità popolare coincide con la crisi della partecipazione politica dei cittadini e con la dissociazione tra il principio democratico ed il principio liberale.

Il principio democratico indica l'autogoverno: il popolo, nell'obbedire alle leggi, obbedisce a sé stesso. Il principio liberale segna l'espansione delle libertà. Il tramonto della sovranità è connesso alla diffusione dei poteri. Le libertà sono poteri. La libertà di iniziativa economica è il potere di organizzare beni e lavori. La libertà di associazione è il potere di organizzare una pluralità di soggetti in vista di un fine comune. La libertà designa una sfera di decisione di azione propria del singolo che detiene il potere. Il potere suscita sempre un contropotere con cui entra in conflitto: il potere organizzativo dell'imprenditore suscita il contropotere del lavoratore subordinato e dei consumatori. La storia delle libertà è storia di poteri, contropoteri e di conflitti.

Il relatore ha, poi, dedicato alcune riflessioni ai temi della globalizzazione, dell'espansione dell'orizzonte della tecnica e dell'economia e della ricerca da parte dell'individuo smarrito nell'orizzonte planetario di un rifugio nei luoghi nativi.

Sia il potere esistenziale che quello economico sono intimamente legati allo sviluppo della tecnica, ma dinanzi a questa la sovranità si ferma ed il sovrano tace, perché non ha né il coraggio né la tensione spirituale per prendere una posizione.

Il potere economico è sconfinato, è in qualsiasi luogo, mentre la sovranità popolare si esprime in leggi territoriali, definite e racchiuse in precisi confini. Il potere esistenziale pone al suo centro il corpo, che, oggi, grazie al progresso, è divenuto un oggetto manipolabile e riproducibile, di cui è governabile sia la nascita che la morte.

Innanzi alle novità introdotte dalla tecnica, il legislatore risponde con un imbarazzante silenzio, che si riverbera negativamente sull'attività del giudice e sulle difficoltà quotidiane che il giudice

incontra nello *ius dicere*. Secondo il relatore, la tutela giurisdizionale non necessariamente coincide con l'applicazione della legge, potendo essa consistere nella risoluzione di un conflitto, ad opera di un terzo, che sia indifferente rispetto agli interessi delle parti e dotato del potere di decidere. Si crea, pertanto, una tutela giurisdizionale che fondamentalmente consiste nella risoluzione della lite, tanto più in ragione dell'*error vacui* del diritto e del bisogno che ogni società ha di pronunzie ferme, che le permettano di archiviare il passato e proseguire nel proprio cammino.

Nel successivo intervento, il PROF. GAETANO SCOCA, con la relazione intitolata "ATTUALITÀ DELL'INTERESSE LEGITTIMO?", ha illustrato le riflessioni ed i ripensamenti di parte della dottrina su tale situazione giuridica soggettiva.

L'interesse legittimo è stato da alcuni criticato, nella seconda metà degli anni '90, sulla base di tre presupposti largamente condivisibili: 1) l'impossibilità di accettare la degradazione del diritto soggettivo; 2) la denuncia del *deficit* di tutela nei confronti della PA; 3) il rifiuto del carattere autoritario dell'azione amministrativa.

Parte della dottrina, partendo dal presupposto dell'incompatibilità tra risarcimento ed interesse legittimo, basata sulla subordinazione degli interessi individuali agli interessi pubblici, ha preso spunto dall'ormai riconosciuta risarcibilità per sancirne il mutamento di natura in diritto soggettivo. Pertanto, contrariamente a quanto accadeva in passato, allorché si disconosceva la dignità di situazione giuridica soggettiva, qualificando l'interesse in questione come di mero fatto, irrilevante per il diritto, negli ultimi decenni è cambiata la prospettiva, venendo esso elevato addirittura al rango superiore di diritto soggettivo.

Il tentativo più intelligente di superare l'interesse legittimo e di affermarne la natura di diritto soggettivo è maturato presso la Scuola fiorentina, che ne ha proposto la distinzione in ragione delle possibili forme di tutela: l'interesse legittimo è solo una forma di tutela (costitutiva) dell'interesse sostanziale nei confronti dell'Amministrazione e la sua affermata risarcibilità non ne ha comportato una modifica della natura né ha inciso sulla sua struttura.

Altra dottrina ha respinto l'idea che l'interesse legittimo fosse correlato con l'esercizio del potere amministrativo, in quanto in qualsiasi rapporto giuridico non vi possono essere due situazioni attive, bensì una attiva ed una passiva. Secondo tale tesi, a fronte del potere, situazione giuridica attiva, occorre individuarne una passiva, consistente nella soggezione. E così, mentre la PA è gravata da obblighi di comportamento verso il privato, quest'ultimo, per converso, gode di poteri e facoltà nei confronti della prima, qualificabili come veri e propri diritti soggettivi autonomi, svincolati dall'interesse al bene della vita o all'utilità finale, spendibili nel procedimento amministrativo e concernenti la legittimità del comportamento dell'Amministrazione. La dottrina in esame ha richiamato la clausola generale di buona fede e di buona amministrazione, la cui violazione colora di illegittimità il provvedimento o il comportamento della PA.. Anche l'eccesso di potere, vizio tipico della discrezionalità amministrativa, proprio della tutela dell'interesse legittimo, è stato rivisitato e, in luogo delle figure sintomatiche, sono state poste delle clausole generali di comportamento. Il provvedimento assunto in violazione dell'obbligo dell'Amministrazione di attenersi ad esse è, pertanto, illegittimo.

Secondo il relatore, i vari tentativi di superare la nozione dell'interesse legittimo non hanno conseguito l'obiettivo. Tale nozione resiste, perché è ben possibile, nell'ambito di uno stesso rapporto, la correlazione tra due situazioni entrambe attive, ossia, da un lato, il potere decisorio della PA e, dall'altro, quello del privato di influire nell'assunzione di tale decisione. Il diritto alla legittimità (sia pure allargato sino a ricomprendervi le clausole generali di comportamento) non rispecchia in pieno il *proprium* dell'interesse legittimo, in quanto il privato partecipa al procedimento ed al merito dell'azione amministrativa, cercando di incidere sulle scelte discrezionali, in vista della soddisfazione del suo interesse finale - il c.d. bene della vita - tutelabile anche attraverso i ricorsi amministrativi.

L'interesse legittimo è, però, cambiato nel corso del tempo, a seguito di diverse modifiche incidenti sia sul procedimento che sul processo, quali: 1) la dequotazione dei vizi formali; 2) la

reintegrazione in forma specifica; 3) la nullità del provvedimento amministrativo; nonché 4) la previsione contenuta nell'art. 44, comma 2, lett. b), n. 4) della Legge delega sul processo amministrativo, con riguardo alle pronunzie dichiarative, costitutive e di condanna, idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa per il provvedimento favorevole che curi l'interesse sostanziale, ovvero del bene della vita.

La dequotazione dei vizi formali (che riguarda, in particolare, i provvedimenti vincolati) e la limitazione dei motivi di annullamento del provvedimento completano l'evoluzione del processo amministrativo, proteso alla tutela dell'interesse sostanziale del ricorrente, per cui tutti i motivi di legittimità su questo non influenti sono tralasciabili, non dandosi più luogo all'annullamento del provvedimento. Se, allora, la violazione dei doveri procedimentali della PA non comporta l'annullabilità del provvedimento amministrativo, non sarebbe più attuale costruire le facoltà procedimentali del privato come diritti soggettivi.

La reintegrazione in forma specifica dovrebbe consentire al giudice di provvedere in luogo della PA, quando possibile. Se la PA conserva poteri discrezionali, non si giunge alla soddisfazione della pretesa sostanziale, ma il giudice può stabilire il tempo ed il modo in cui essa debba provvedere nuovamente.

Il giudizio volto all'accertamento della nullità, se ha ad oggetto il rapporto tra la PA ed il privato, evidenzia l'interesse sostanziale al bene della vita e non solo l'interesse al provvedimento.

La tutela giurisdizionale cambia aspetto perché si riducono i motivi di annullabilità, ma essa è resa più ampia ed efficiente, determinando, sotto tale profilo, uno scorrimento del giudizio di legittimità verso il giudizio di spettanza, il cui oggetto è rappresentato dalla fondatezza o meno della pretesa del privato. Diversi sono gli esempi in cui emerge, nell'ambito del processo amministrativo, l'interesse sostanziale del privato: come nella tutela cautelare, in cui il pregiudizio non è certo valutato con riferimento all'interesse strumentale al provvedimento; oppure nell'ottemperanza, in cui il giudice ha il potere di decidere nel merito; ed ancora nel giudizio sull'inerzia, in cui rileva la fondatezza della domanda; nonché in sede di giurisdizione esclusiva.

Il relatore ha ricordato una certa dottrina secondo cui il potere, anche se vincolato nell'esercizio e nei contenuti, si interpone tra le norme e la soddisfazione dell'interesse del privato, impedendo di parlare in senso proprio di posizione dei cittadini direttamente e incondizionatamente tutelata alla stregua di diritti. I "diritti" relativi all'esercizio del potere amministrativo presentano, quindi, una loro peculiarità, sia in termini di consistenza e modalità di realizzazione, sia in termini di modalità di tecniche sindacali, che giustifica una terminologia specifica.

Secondo il PROF. SCOCA, nel passaggio dal processo di legittimità a quello di spettanza, l'interesse legittimo conserverà intatto il suo ruolo, anche se ampliato quanto a consistenza, in una dimensione tipicamente dinamica. Quando l'Amministrazione esercita un potere precettivo, in cui stabilisce il disegno degli interessi propri ed altrui, la correlativa situazione giuridica soggettiva può pure essere chiamata di diritto soggettivo; d'altronde, la stessa dottrina sostenitrice di tale tesi, ha sempre ritenuto trattarsi di un diritto soggettivo *sui generis* o speciale o addirittura di un tipo di tutela del diritto soggettivo diversa da quella ordinaria. Ma allora, stando così le cose, il *nomen* può rimanere inalterato.

A margine del suo intervento, il PROF. SCOCA ha ricordato l'importante ruolo che l'interesse legittimo ha assunto nell'evoluzione del sistema delle tutele nei confronti della PA, elevando la posizione del privato, inizialmente ritenuta (prima del 1889) di mera soggezione, sino ad un livello paragonabile a quello del diritto soggettivo, seppur nel rispetto delle rispettive peculiarità.

La considerazione che il diritto soggettivo possa soccombere innanzi all'esercizio del potere della PA ed incontrare limiti di tutela induce a svilire a mera mistificazione l'opinione comune che l'interesse legittimo sia meno garantito rispetto al diritto soggettivo. Difatti, in sede procedimentale, l'interesse privato non è solo tutelato dalle modalità di esercizio del potere di amministrazione, ma rappresenta uno dei fini che la stessa PA deve perseguire nell'adozione del provvedimento. Nell'ambito dei procedimenti ad iniziativa privata, esso rappresenta l'interesse fondamentale, che può rimanere insoddisfatto solo nei casi in cui vi sia un interesse pubblico che lo contrasti nettamente; nei

procedimenti ad iniziativa d'ufficio, l'interesse pubblico mantiene la sua centralità, ma deve tendere - in ossequio a Romagnosi - a creare il minimo danno all'interesse privato.

Dopo alcune brevi note di commento, il moderatore ha rinviato i lavori del Convegno al giorno seguente.

SECONDA GIORNATA

Ha introdotto la seconda giornata di lavori, in qualità di moderatore, il PROF. FABIO MERUSI, il quale ha sottolineato l'attualità del tema della frammentazione della sovranità del potere, suddiviso in tanti centri diversi, sulla base di logiche non sempre coincidenti con quelle tradizionali.

Parte della dottrina, sia italiana che straniera (in particolare tedesca), ha osservato il passaggio dalla concezione gerarchica a quella orizzontale del potere, che si esprime attraverso una pluralità di nodi interrelati, costituenti una rete, di cui è difficile persino identificare se la matrice sia pubblica o privata o mista. A garanzia del corretto esercizio di questa nuova forma di "sovranità orizzontale", ossia del potere diffuso tra centri diversi, si porrebbero alcuni soggetti "unificanti", quali lo Stato (e, in primo luogo, lo Stato federale), la Comunità Europea, le organizzazioni internazionali nonché i giudici.

Il moderatore ha, quindi, introdotto i successivi relatori, i cui interventi saranno focalizzati sull'analisi della diffusione orizzontale del potere.

Ha esordito il PROF. CARLO ANGELICI, che ha proposto all'attenzione della platea il tema della compatibilità degli "INTERESSI PUBBLICI E POTERE SOCIETARIO", soffermandosi, in particolare, sulla S.p.A.. Il relatore ha, innanzitutto, ricordato che le tecniche organizzative societarie sono spesso utilizzate per lo svolgimento di funzioni tipiche ed atipiche della PA.

L'argomento oggetto di analisi presenta un'ambiguità di fondo, dato che tradizionalmente la società è considerata nell'ambito del diritto privato e l'ipotizzare una sua compatibilità con interessi pubblici sembrerebbe in sé una contraddizione in termini.

L'analisi storica del diritto societario ha, però, dimostrato che la S.p.A., ignorata fino al Codice Napoleonico, solo di recente è stata considerata un fenomeno di diritto privato. Nell'Europa continentale e negli USA era, piuttosto, concepita come un meccanismo giuridico finalizzato a conferire a "soggetti privati" poteri di tipo pubblicistico (si consideri, ad esempio, la costituzione negli USA delle società ferroviarie, cui spettava l'esercizio del diritto di espropriazione).

Negli USA è, oggi, attualissima la diatriba se le *corporations* appartengano al diritto pubblico o privato. L'acuirsi della crisi economica ha favorito l'inquadramento pubblicistico, per affermare la rilevanza di interessi diversi da quelli puramente economici dei soci, di carattere generale (ad esempio, come quello all'ambiente).

Nel mondo contemporaneo la S.p.A. esercita un "potere" sociopolitico di cui si ricerca il fondamento. A tal fine, il diritto *antitrust* (introdotto con lo *Sherman Act* nel 1890) offre un'interessante chiave di lettura, in quanto la disciplina dell'acquisizione da parte delle società di partecipazioni in altre società (per la prima volta, nel New Jersey, con legge emanata nel 1893) pone, sì, problemi di trasparenza e di tutela dei soci, ma, al contempo, riguarda anche il fenomeno delle concentrazioni e dei limiti entro cui le S.p.A. possono incrementare i propri poteri di mercato.

La S.p.A. rappresenta una forma estrema di attuazione del principio di divisione del lavoro, in cui il potere imprenditoriale prescinde dalla proprietà ed è separato nettamente dagli altri fattori produttivi, primo tra tutti il lavoro, ponendo un problema di giustificazione ed individuazione del suo fondamento. Il filosofo John Locke, d'altra parte, che aveva caratterizzato la proprietà in termini di

potere di libertà, aveva ben distinto la *property* dalla *ownership*. L'economista Adam Smith tendeva ad espungere la S.p.A. dal sistema economico, ritenendola un corpo estraneo ed inadeguato per un'economia di tipo liberale.

Il relatore ha, poi, spiegato alla platea le ragioni per le quali, da un lato, sia possibile all'interno della S.p.A. l'inserimento di interessi pubblici; dall'altro, la PA tenda a dotarsi di forme societarie, ed in particolare della S.p.A., per l'esercizio di certe attività.

Innanzitutto, la S.p.A. è caratterizzata da un sistema di controlli interni ed esterni che rende più agevole l'attività di vigilanza. Essa rappresenta una modalità di organizzazione dell'impresa (e non dell'imprenditore) e non è necessariamente caratterizzata dalla plurisoggettività, essendo possibile costituire anche società unipersonali.

Spesso vi è una stretta corrispondenza tra tipologia di società e possibilità operative ad essa connesse. Per esempio, l'emissione di obbligazioni è riservata soltanto ad alcuni tipi di società; i patrimoni destinati ad uno specifico affare sono costituibili solo nelle S.p.A..

Nelle S.p.A. vi è un distacco tra impresa e imprenditore; in tale intercapedine è possibile che si inseriscano interessi diversi da quelli individuali dell'imprenditore medesimo, in quanto l'esercizio dell'impresa è attività funzionale di competenza esclusiva di una struttura burocratica e spersonalizzata, quale l'organo amministrativo, con conseguenze etico - politiche circa la (discussa) deresponsabilizzazione degli azionisti rispetto a ciò che la società fa. Mentre, quindi, con riferimento all'imprenditore individuale non sarebbe possibile affermare la rilevanza di interessi ulteriori, in quanto si inciderebbe sulla sua libertà personale; nella S.p.A., invece, tale problema non si pone, perché non si incide sulla libertà personale dei soci. Peraltro, la formula che la società sia di proprietà dei soci è solo mitica ed ideologica e non più attuale.

Nelle società quotate in borsa, la spersonalizzazione è massima e non sono individuabili né assumono rilevanza giuridica gli specifici interessi dei soci, in carne ed ossa, ragione per cui è stata concepita la formula dell'interesse *uti socius* o di *fictional shareholder*. La S.p.A. quotata è "disumanizzata". Già all'inizio del secolo scorso si diceva che la S.p.A. non fosse un'unione di persone, ma di sacchi di denaro. Secondo un giurista marxista, essa rappresenta la forma estrema di alienazione capitalistica, riguardando tale alienazione non solo il lavoro, bensì anche i capitalisti rispetto allo stesso capitale.

Nell'opinione del relatore, l'interesse astratto degli azionisti deve essere ricercato sulla base di una sorta di ipostasi, di minimo comune denominatore, che può essere ritrovato solo sul piano monetario. Ecco perché la S.p.A. è il terreno privilegiato degli orientamenti di *law and economics*. Anche la Cassazione ha riconosciuto la possibilità per un istituto di credito di diritto pubblico di incorporare una S.p.A. di diritto privato, soddisfacendosi l'interesse (monetario) dell'azionista con la corresponsione di una somma pari al valore della quota posseduta. Nella disciplina dell'OPA residuale è possibile che, raggiunta una quota elevata di partecipazione, la maggioranza eserciti il diritto di acquistare le azioni detenute dalla minoranza (c.d. *squeeze out*), di fatto espropriandole, soddisfacendo l'interesse meramente monetario degli azionisti espropriati.

La coesistenza di interessi pubblici nell'impresa è, quindi, possibile, nei limiti di coerenza con il principio di economicità e tenendo presente che la società è uno strumento volto alla produzione di ricchezza e non alla sua distruzione o erogazione. Secondo una visione ormai superata, un ostacolo a tale coesistenza sarebbe dato dal c.d. interesse comune. Oggi, però, è prevista la possibilità di emettere sia diverse categorie di azioni, che esprimono interessi eterogenei, sia azioni correlate, la cui remunerazione è connessa ai risultati economici di uno specifico ramo dell'azienda, rappresentative di interessi persino confliggenti con quello generale o di altri settori.

Anche la disciplina del gruppo (art. 2497 e ss. c.c.) - di cui il legislatore non ha fornito una definizione, ma solo criteri presuntivi, secondo una precisa scelta politica di non fissare paletti superabili dalla prassi quotidiana - evidenzia i diversi interessi presenti nella società. Questi ultimi trovano una modalità di tutela nella facoltà di esercizio del diritto di recesso, che spetta al mutare delle condizioni di rischio connesse all'attività imprenditoriale; e tale mutamento potrebbe verificarsi in caso di fuoriuscita della società (facente parte di un gruppo) dall'area pubblica o del suo ingresso in essa.

Il relatore ha, quindi, concluso il suo intervento affermando che si possa ritenere ormai un dato acquisito l'inserimento e la rilevanza di interessi pubblici nelle società, rimanendo, semmai, aperto solo il tema degli eventuali limiti alla concreta operatività dell'impresa.

Il PROF. MERUSI, nel commentare l'intervento del PROF. ANGELICI, ha sottolineato che il diritto societario, a causa della burocratizzazione delle S.p.A., presenta oggi problematiche molto simili a quelle del diritto amministrativo: l'esercizio del potere si scontra, ad esempio, non tanto con diritti, quanto con interessi. L'incontro tra la disciplina societaria e l'interesse pubblico è avvenuto a seguito dell'eliminazione del compartimento stagno tra Stato e società partecipate e la configurazione del Ministero dell'economia quale *holding*, titolare del potere di indirizzo e di coordinamento nei confronti di una miriade di S.p.A., allo stesso spesso ignote. Ne è conseguito un problema sia di responsabilità in capo allo Stato, sia di individuazione della disciplina applicabile, sia di giurisdizione. Il rapporto tra diritto societario ed il diritto amministrativo rappresenta, dunque, espressione della c.d. "orizzontalizzazione del potere", fenomeno emerso, in primo luogo, nel mondo anglosassone.

Nel successivo intervento, il PROF. MARIO P. CHITI, autore della relazione "LE NUOVE FORME DEL POTERE NELLA COMMON LAW", ha spiegato alla platea di aver assunto l'accezione di potere in senso soggettivo, riferendosi, in particolare, a quel complesso di aggregazioni e di entità, studiate prima dai sociologi e poi dai giuristi, apparse come espressione di interessi collettivi e diffusi, cui è dato il nome di "nuovi poteri".

Il diritto di *common law*, tradizionalmente ispirato alla concezione individualistica, prima che in altri sistemi giuridici ha assistito all'emergere di nuove soggettività, cui l'ordinamento ha progressivamente dato riconoscimento.

Il relatore ha incentrato la sua attenzione sui sistemi giuridici della Gran Bretagna e degli USA che, differentemente da quanto avveniva in passato, soprattutto con riferimento al diritto amministrativo, presentano diverse similitudini con il nostro sistema.

Nel 1895, in un saggio dal titolo "*Il diritto amministrativo negli Stati Uniti d'America*", Federico Cammeo aveva affrontato il tema dell'emergere di un diritto amministrativo negli USA, parlando di un possibile nuovo despotismo, così come anticipato, circa cinquant'anni prima, da Toqueville. Negli USA, paese di seconda generazione di *common law*, il diritto amministrativo è stato riconosciuto, prima ancora che in Inghilterra, dalle norme, dalla scienza giuridica, dalla giurisprudenza e dalla stessa Costituzione, in molti dei cui articoli compare una precisa riserva di amministrazione. Oggi, gli USA sono il sistema giuridico che conosce una presenza del diritto amministrativo maggiore rispetto ad altri ordinamenti occidentali, proprio in ragione dello spazio assegnatogli nella Costituzione.

Inizialmente, però, l'Amministrazione era vista con grande sospetto; si viveva l'incubo di un nuovo dispotismo amministrativo, in quanto, in un mondo fortemente individualizzato, si credeva che il miglior governo coincidesse con il minor governo possibile. Ne rappresenta una riprova l'affermazione, nei primi casi giurisprudenziali sulle *corporations*, che la vera personalità giuridica fosse quella privata e che essa dovesse essere preservata da quella pubblicistica.

Nella sentenza *Lochner* del 1905, la Suprema Corte ritenne che l'apposizione da parte del legislatore di un limite all'orario di lavoro dei fornai fosse lesivo della libertà contrattuale del datore di lavoro, da un lato, e del prestatore di lavoro, dall'altro, segnando il pericolo che restrizioni legislative all'attività privata avrebbero vanificato la sfera di libertà dei singoli e del principio di uguaglianza.

Nella sentenza *Santa Clara* del 1886, si trattò per la prima volta il tema della *corporate liability*, non più concepita quale aggregazione artificiale di individui, bensì come un'entità organica, espressiva di una propria intrinseca soggettività. Si parlò di una personificazione in via giudiziaria operata dalla Corte Suprema, mancando all'epoca ancora un quadro normativo di riferimento.

In via giurisprudenziale, venne poi esteso anche alle nuove soggettività il Quinto Emendamento della Costituzione, con la clausola del *due process of law*, a prima vista traducibile (seppur non perfettamente) con l'espressione "giusto processo". Successivamente si riconobbe lo "*standing*", ovvero la legittimazione ad agire, progressivamente estesa dalle Corti alla tutela degli interessi di cui fossero identificabili, come portatori qualificati, anche figure meta-individuali.

Nel 1946 venne adottata la Legge federale sul procedimento amministrativo (*Administrative Procedure Act*), che si è posta alla base di un sistema di rappresentazione degli interessi in cui si consente la forma di tutela più ampia possibile, con una partecipazione attiva di tutti, singoli e gruppi.

Negli anni '60, a seguito della depressione economica e della politica del *New Deal*, non si poté fare a meno di un diritto amministrativo forte. La rivoluzione dei diritti e le politiche antisegregazioniste videro nell'Amministrazione e, soprattutto, nell'Amministrazione dell'istruzione, un fattore cruciale di modernizzazione.

Pur in un contesto di così grande vitalità, caratterizzato, soprattutto negli ultimi tre decenni, da frequenti riforme legislative e da un'attiva giurisprudenza, il diritto amministrativo statunitense è tuttora privo sia di un giudice amministrativo, sia di un giudice ordinario specializzato nel contenzioso amministrativo (come avviene nella Gran Bretagna). Il modello processuale di tutela prevede la soluzione del contenzioso amministrativo da parte di un giudice ordinario, che applica una normativa processuale *ad hoc*, distinta da quella generale, che a sua volta tende a costituirsi in un corpo organico di disciplina.

Nella Gran Bretagna, a differenza che negli USA, il diritto amministrativo si è sviluppato in modo più lento e contrastato. Le ragioni di tale ritardo sono da rinvenirsi nell'arroccamento nel principio della sovranità parlamentare, scalfito solo a seguito dell'ingresso della Comunità Europea (e della conseguente prevalenza delle norme di diritto comunitario sul diritto interno) nonché nella mancanza di una Costituzione e di una riserva di amministrazione.

La scoperta del diritto amministrativo, seppur tardiva, è stata, comunque, foriera di sviluppi. Nel 1977 venne approvata la riforma sulla *judicial review* (ricorsi giurisdizionali), che ha comportato la specializzazione del sistema giudiziario britannico nel contenzioso amministrativo. Si è, così, sviluppato un diritto processuale *ad hoc*, sebbene non sia stata ancora adottata una legge sul procedimento. La *natural justice* rappresenta la fonte dell'evoluzione giurisprudenziale. Tutti i titolari di poteri sono soggetti all'applicazione della *judicial review*, secondo un approccio molto sostanzialista.

A margine del suo intervento, il Relatore si è interrogato sulla configurabilità, ai giorni nostri, in cui tutto è condizionato dal diritto comunitario (anche nei sistemi giuridici di Paesi terzi come gli USA), di uno spazio per la comparazione in diritto amministrativo. Essa è senz'altro posta in crisi dall'incipiente diritto amministrativo globale, con la progressiva creazione di regole comuni e di sistemi comuni di *enforcement*.

Dalla lettura delle esperienze anglo-americane non si trae l'indicazione di istituti giuridici di natura sostanziale/processuale da trasporre nel sistema italiano, per colmarne eventuali lacune.

Il modello delle ADR, per esempio, ha perso il suo smalto iniziale, nonostante sia applicato ben più che in Italia, sicché se ne può parlare nei termini di una primavera appassita precocemente ancor prima dell'estate. Sino a pochi anni or sono, l'ordinamento britannico offriva utili spunti per il modello degli *Administrative Tribunals*, con il carattere *quasi judicial* del collegio giudicante e della procedura applicata, che offriva una forma di tutela rapida, specializzata, efficace e meno costosa delle azioni ordinarie davanti alle corti. Ma con la riforma del 2007, gli *Administrative Tribunals* sono stati trasformati in una sorta di giudici amministrativi di primo e secondo grado, con la garanzia di un ulteriore grado di appello su punti di diritto alla *Court of Appeal*. Permane l'interesse per il "*leave of permission*" (c.d. permesso a ricorrere) del sistema inglese, che rappresenta un filtro preliminare del giudice monocratico per valutare l'ammissibilità dei ricorsi.

Secondo il relatore, ciò che appare certamente utile trarre dalla comparazione con i due sistemi di *common law* statunitense e britannico è l'approccio metodologico, in cui è valorizzato il contributo

scientifico dei giudici su tematiche che non sono avvertite come aventi un rilievo meramente tecnico – professionale.

La successiva relazione del Presidente DOTT. LUIGI COSSU, è intitolata “FORMAZIONI SPONTANEE ED ESERCIZIO DEL POTERE” ed ha ad oggetto gli istituti di democrazia rappresentativa, nei confronti dei quali si avverte oggi una sensazione di insoddisfazione.

Una caratteristica intrinseca della democrazia rappresentativa è data dal radicamento territoriale, che, in una società mobile quale quella attuale, diventa sempre più evanescente. Il grado di estraneità di ogni persona è massimo rispetto alla zona nella quale non risiede. Il luogo di residenza non necessariamente coincide con il luogo in cui si svolgono le attività professionali. Anche i cespiti patrimoniali produttivi possono trovarsi in zone diverse rispetto alla sede dell'impresa o dell'imprenditore. Vi sono città, come Grosseto e Novara, che gravitano su regioni diverse (Lazio e Lombardia) rispetto a quelle di appartenenza (Toscana e Piemonte). Tale fenomeno di estraneità si coglie anche rispetto ai prelievi tributari, la cui misura può essere differenziata rispetto alla residenza o meno del proprietario nel Comune. I non residenti sono costretti a pagare tariffe maggiori rispetto a quelle dei residenti, da cui, però, sono discriminati per l'impossibilità di far valere i propri interessi antagonisti. E ciò non appare perfettamente in linea con il principio che associa *taxation e representation*.

Il sistema istituzionale si evolve con una traslazione di potestà normative primarie, secondarie ed amministrative verso gli enti territoriali diversi dallo Stato, in virtù delle modifiche apportate al Titolo V della Costituzione. In tale nuovo contesto, l'estraneità del non residente assume un peso specifico sempre più significativo. L'applicazione del principio di sussidiarietà verticale (art. 118, Cost.), con un sorta di effetto moltiplicatore, tende a spostare la titolarità e l'esercizio delle funzioni verso i Comuni, i quali, correlativamente, acquistano nuove ipotesi di potestà normativa regolamentare. La sussidiarietà verticale, come sancito dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 303/2003, opera anche in senso ascendente, attribuendo allo Stato la potestà legislativa esclusiva, pur in ambiti di competenza concorrente, qualora sia prevalente l'esigenza unitaria, in relazione alla portata sovra-regionale degli interessi in gioco. È, poi, previsto l'esercizio del potere sostitutivo statale, in caso di inerzia delle Regioni e di altri enti minori (art. 120, comma 2, Cost.).

In tale assetto costituzionale, non è peregrino pensare ad una tendenziale difformità di contenuti nelle varie produzioni normative (sia per l'equiparazione tra le fonti statali e regionali, i cui rapporti sono configurati in termini di competenza e non di gerarchia; sia per la statuizione di principi fondamentali da parte dello Stato solo nell'ambito delle materie di legislazione concorrente). In una prospettiva federalista, si potrebbero avere norme dagli stessi contenuti, adottate in tempi diversi. Ma non sempre il pluralismo normativo costituisce un valore paradigmatico; al riguardo, negli USA, in cui l'esperienza federalista è forte, per esigenze di coordinamento e di speditezza dei traffici, è stata elaborata una disciplina comune (*Uniform Commercial Code*), poi adottata dai singoli Stati.

Uno strumento per assicurare l'avvertita esigenza di uniformità (anche) normativa si ravvisa nelle intese tra le Regioni di cui all'art. 117, comma 8, Cost.; un ulteriore fattore limitativo delle differenze può ravvisarsi nella competenza legislativa esclusiva dello Stato nella determinazione dei “livelli essenziali delle prestazioni dei diritti civili e sociali” da garantire su tutto il territorio nazionale, ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. m), Cost.; vi può essere un effetto unificante anche nella determinazione delle “funzioni fondamentali” di cui all'art. 117, comma 2, lett. p).

Gli istituti di democrazia rappresentativa presentano dei limiti intrinseci, in quanto strutturati in rapporto alla residenza, che oggi è un criterio recessivo.

Il relatore si è interrogato sull'eventuale possibilità di “*curare la democrazia con la democrazia*” ed ha azzardato una risposta positiva, richiamandosi alla democrazia partecipativa. Entrambe tali forme sono menzionate nel trattato di Roma del 2004 e nel Trattato di Lisbona.

La disamina degli strumenti di democrazia partecipativa può essere condotta con riferimento, innanzitutto, all'attività normativa, che non è assistita da un obbligo di motivazione e che, laddove non esercitata, non è coercibile da parte dei privati, ad esempio tramite il ricorso all'istituto dell'art. 21 *bis*,

Legge n. 241/1990. Per alcune Autorità Amministrative Indipendenti, l'aspetto partecipativo ha trovato una compiuta disciplina (cfr. art. 191, Codice delle assicurazioni private, che sottopone l'attività regolamentare dell'Isvap alla preventiva AIR, al principio del contraddittorio ed al parere del Consiglio di Stato).

Proprio l'AIR potrebbe divenire la sede più idonea per far emergere l'interesse di singoli e di gruppi, quale strumento di democrazia partecipativa, estensibile a tutti i procedimenti di produzione normativa.

Gli artt. 9 e 10, Legge n. 241/1990 sono disposizioni di portata generalissima e, nelle varie rivisitazioni, non hanno subito modifiche; consentono l'intervento degli interessati nel procedimento, stabilendo i diritti esercitabili dai partecipanti. La modifica dell'art. 29, Legge n. 241/1990 ha reso più stringente la partecipazione procedimentale nei confronti di enti diversi dallo Stato, quali le Regioni a statuto ordinario e gli enti locali aventi in esse sede.

Uno strumento di partecipazione, fondato su un interesse generale della collettività, attuato in forme contenziose, è quello della c.d. *class action* nei confronti della Pubblica Amministrazione, che, tuttavia, non ha nulla a che vedere con l'art. 140 del Codice del Consumo. Un suo parente remoto si rinviene nell'art 43 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, che accorda ai cittadini europei ed alle persone fisiche e giuridiche con residenza o sede in uno Stato membro, il diritto di sottoporre al mediatore dell'Unione casi di cattiva amministrazione nell'azione delle istituzioni o degli organi comunitari. La finalità della *class action*, affidata alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, non è già quella di accordare un risarcimento o un indennizzo (rimedi, questi, che spesso forniscono un alibi all'inefficienza), bensì quella di ripristinare il corretto svolgimento della funzione o la corretta erogazione del servizio.

Il relatore ha concluso il suo intervento, ricordando che la partecipazione nei procedimenti di produzione normativa non è attualmente generalizzata e, laddove sussiste, si realizza con modalità differenziate, spesso rimesse al buon volere dell'Ente titolare della potestà normativa. Tale modalità partecipativa, però, è l'unico canale aperto a tutti e riveste un'importanza particolare per i non residenti, soprattutto nei Comuni, la cui potestà normativa e regolamentare acquisterà sempre più importanza.

Gli istituti descritti presentano il pregio evidenziato con le parole di Ginsborg: *“la democrazia partecipativa, per quanto preziosa, è un'attività minoritaria, e non può sostituire la democrazia rappresentativa che, nonostante tutti i suoi difetti, coinvolge pur sempre più della metà della popolazione, in un processo elettorale formale e segreto. Ma le due forme di democrazia devono trovare un punto di incontro. Il punto cruciale riguardante il rapporto tra le due forme risiede nel fatto che l'attività costante della partecipazione garantisce, stimola e controlla la qualità della rappresentanza”*.

Dopo alcuni cenni di commento, il PROF. MERUSI, secondo cui la vera democrazia consiste nel contraddittorio in tutte le forme di esercizio del potere, ha introdotto il successivo relatore, il PROF. ROBERTO PESSI, dalla cui relazione, intitolata: “PERSONA, LAVORO E POTERI PRIVATI”, è emerso un quadro pessimistico dello stato dell'arte del diritto del lavoro.

Tale branca del diritto è nata sulla scia della rivoluzione industriale, verso la fine del '700 e gli inizi dell'800, periodo caratterizzatosi per il sorgere di nuovi equilibri geopolitici, nuove classi sociali, nuovi conflitti, in una dialettica crescente tra libertà di mercato e regolazione da parte degli ordinamenti. Da vent'anni è in atto la terza rivoluzione, quella tecnologica, che ha comportato un sovvertimento delle gerarchie dei capitalismi nazionali nonché l'affermarsi, in Occidente, di una sensazione di leggerezza ed onnipotenza, fomentata da una dimensione astratta che non investe più solo il lavoro umano, le merci ed i materiali, ma soprattutto la forma del denaro, divenuta oggi una virtualità finanziaria, astrazione di un'astrazione, e che ha provocato la scomparsa dell'economia reale, soffocata dalla virtualità delle sue strategie speculative.

Oggi, il mondo è governato da oligopoli e da multinazionali. La somma dei fatturati delle prime duecento multinazionali è superiore al PIL di tutti gli Stati del mondo, esclusi gli otto più

industrializzati. Si assiste all'accelerazione della mondializzazione dei mercati ed alla dematerializzazione dell'economia; all'espressione da parte dei grandi capitali di una spinta endogena a liberarsi da tutti i vincoli dettati dalla regolazione nazionale e sopranazionale; alla delocalizzazione delle imprese produttive, alla perdita dei posti di lavoro, al tramonto della democrazia; alla ricerca dell'effettività da parte dei gruppi di pressione; ad un forte localismo, ad un ritorno sconfitto alla piccola realtà di origine innanzi alla spazialità del mondo.

A seguito dei fallimenti delle multinazionali (casi Enron e Parmalat), i risparmiatori cercano di recuperare al di fuori dei confini nazionali la propria tutela, con azioni collettive che segnano il trionfo della *lex mercatoria* ed il tramonto sempre più accentuato della sovranità nazionale.

Le economie occidentali mostrano la loro debolezza innanzi all'avanzare dei Paesi asiatici a capitalismo autoritario (la Cina, che possiede il 34% del debito pubblico americano, sarebbe in grado di far dichiarare la bancarotta agli USA).

I nuovi poteri non sono quelli nazionali. Secondo l'opinione di uno studioso francese e dello stesso Papa Giovanni Paolo II, gli interventi dello Stato volti alla salvezza dell'economia capitalista, sono oggi giustificati solo per garantire il diritto ad un lavoro che consenta di soddisfare i bisogni della famiglia.

La crisi ha alimentato un processo di attrazione delle *corporations* al diritto pubblico per funzionalizzarle all'interesse nazionale e transnazionale. Ma il salvataggio dei grandi oligopoli e monopoli è stato e viene tuttora realizzato a carico delle collettività nazionali, operando delocalizzazioni (non solo della produzione industriale, ma anche dei servizi) ed abbattendo i costi del lavoro. La resistenza ad una Europa dei diritti sociali comporta, ovviamente, che i Paesi con un *Welfare* debole, abbiano tutto l'interesse a non mutare la situazione, al fine di mantenere un vantaggio competitivo.

Il relatore si è posto l'interrogativo se sia possibile controllare l'ordine spontaneo nella nuova dimensione dell'economia globalizzata. A fronte di varie proposte risolutive, quali il recupero della vera politica e dell'interesse generale, della democrazia, del cosmopolitismo democratico, del rilancio dell'ONU e dei grandi modelli internazionali, del ritorno alla cultura tradizionale, ha risposto con un velo di pessimismo.

Ha ricordato che nessuna disciplina, come il diritto del lavoro, si è formata così a stretto contatto con il diritto costituzionale. In particolare, in Italia ci si è concentrati sulle tensioni tra uguaglianza formale del contratto e disuguaglianza sostanziale dei poteri tra i contraenti, nel rapporto tra subalternità ed etero-direzione. Si è valorizzata l'autonomia privata collettiva, sia come contropotere sindacale che in chiave di partecipazione negoziale alla produzione normativa ed alla politica dei redditi. Si è ritenuto di trovare un paradigma idoneo ad assorbire la dialettica degli interessi nell'emersione di nuovi poteri, bilanciando i valori del lavoro e della persona con quelli dell'impresa e della sua dimensione economica.

All'interno dell'Unione Europea, il diritto del lavoro italiano ha, però, scontato una minor capacità di concorrenza, una sorta di *dumping* sociale a favore, di tutti gli altri Paesi, stante la sua maggiore forza ed il suo maggior virtuosismo. Con il nascere della Comunità, l'evoluzione di tale branca del diritto è avvenuta in controtendenza, favorendo la creazione di un mercato transnazionale per garantire la libera circolazione di capitali, merci e lavoro e promuovere un'economia orientata alla concorrenza.

Il nostro sistema politico non si è accorto subito di tale distonia. Il problema delle quote era risolto con il meccanismo delle svalutazioni competitive, a scapito della perdita dei risparmi dei lavoratori. L'osservazione dell'andamento dei cambi permetteva di stabilire il momento ottimale per le esportazioni; ma l'ingresso nella zona dell'euro ha comportato l'insorgere di una crisi, cui gli imprenditori hanno risposto alimentando il sommerso e delocalizzando le produzioni.

Oggi la socializzazione dell'Europa è una prospettiva utopica, innanzi al governo planetario delle multinazionali; il mercato giudica i titoli di debito pubblico emessi dagli Stati e ne può determinare la bancarotta sovrana. Ai giuristi resta solo la *lex mercatoria*; ai giuslavoristi restano riflessioni sempre più sterili sul diritto interno e sui suoi rapporti con il diritto comunitario.

Nel chiedersi quali rimedi possano essere adottati, gli studiosi hanno suggerito o l'abbassamento delle tutele, per giungere a sistemi di *Welfare* più deboli come quelli dei paesi sottosviluppati; oppure, l'implementazione del *Welfare*, con un reddito minimo garantito a tutti i cittadini e con sussidi all'occupazione.

Si avverte l'esigenza indifferibile di una regolamentazione transnazionale. Occorrerebbe un'integrazione della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, che imponga l'esercizio dei poteri secondo buona fede ed il recupero dell'eccesso di potere.

Mentre l'effettività è il problema del diritto del lavoro nella dimensione nazionale, a livello mondiale, il relatore ha evidenziato la necessità di costituire un nucleo regolativo minimo, che sia frutto di una negoziazione con le grandi multinazionali, condotta dagli Stati guida dell'economia globalizzata con il supporto delle grandi organizzazioni di settore. In questa fase, potrebbe apparire ragionevole ai grandi oligopoli riconsiderare l'ordine spontaneo, affidando i profitti ad un mercatismo controllato, che consenta di contrastare le disuguaglianze, redistribuire i redditi e proteggere i più deboli. In tale ottica, il PROF. PESSI ha suggerito l'opportunità di un affievolimento della concorrenza tra gli ordinamenti, basata sulla diversa identità della protezione sociale offerta ai lavoratori, sì da garantire un nocciolo minimo di *Welfare* nei Paesi in cui ne sono privi, finanziato dalle stesse multinazionali in ragione dell'utilizzo del territorio e della manodopera locali; nonché un'incrementazione del *Welfare* nei Paesi a capitalismo autoritario.

Il relatore, concludendo il suo intervento, ha ricordato che i nostri valori costituzionali non sono tramontati, sebbene il paradigma fondativo del diritto del lavoro debba oggi essere proiettato in un ambito transazionale. Mostrando di condividere le considerazioni espresse dal PROF. IRTI, ha affermato che, nell'antinomia tra la territorialità della legge e la spazialità del potere economico, il giudice, nel conflitto degli interessi, può essere chiamato non ad applicare la legge, ma ad operare la composizione del caso concreto, appellandosi all'equità, allo *ius* naturale - o meglio - a quella clausola generale di buona fede che dovrebbe porsi alla base del nuovo ordine sovranazionale, a garanzia del diritto della persona ad un lavoro decente, all'autosufficienza, alla dignità.

A margine dell'intervento del PROF. PESSI, il PROF. MERUSI ha espresso l'auspicio di un ritorno all'economia monetaria, prima, e a quella reale, dopo, al fine di scongiurare il quadro apocalittico appena delineato, fondato sulla finanziarizzazione. Ha, quindi, introdotto il successivo intervento del Consigliere DOTT. CARLO CHIAPPINELLI, dal titolo "POTERI PUBBLICI E DIALETTICA DEGLI INTERESSI" che ha proposto una riflessione sul tema oggetto del Convegno, da un'angolazione specificamente finanziaria.

Le scelte finanziarie e di spesa sono fortemente influenzate dalla diffusione dei poteri decisionali conseguenti all'evoluzione del sistema in senso sopranazionale e in senso autonomistico, nella odierna crisi di identificazione della sovranità. Viene sollecitata l'attenzione sul tema della procedimentalizzazione e del tentativo di ricomposizione unitaria della spesa finanziaria e delle risorse pubbliche, provenienti dai bilanci dell'Unione europea, dello Stato e delle autonomie territoriali, e finalizzate ad una medesima politica. Un ruolo unificante è esercitato dal controllo volto ad una maggiore trasparenza della gestione e dell'allocazione delle risorse.

Il relatore ha ricordato l'importanza della recente innovazione del bilancio dello Stato, la cui impostazione è ormai per missioni e programmi, valorizzata anche da sentenze della Corte Costituzionale. Oggi si assiste ad una maggiore trasparenza delle scelte finanziarie, in virtù dei principi di armonizzazione del bilancio e del coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario (art. 119, Cost.), nel perseguimento della finalità di equilibrio finanziario.

Ha successivamente introdotto la sessione pomeridiana il Presidente DOTT. MARIO EGIDIO SCHINAIA, il quale, dopo essersi soffermato sulla presentazione analitica degli interventi programmati,

ha passato la parola al Consigliere DOTT. GIANCARLO MONTEDORO, autore della relazione intitolata: "ASSENZA DI PROVVEDIMENTO E TUTELA DEGLI INTERESSI LEGITIMI, OVVERO INDAGINE INTORNO AGLI INDIZI DI MORTE DEL PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO".

Nel ricordare che il tema dell'assenza del provvedimento è un concetto di latitudine maggiore rispetto al mero silenzio, il relatore ha anticipato le conclusioni del proprio intervento, affermando che il provvedimento non è affatto morto ed esiste come nucleo duro di esercizio del potere.

Egli ha osservato che, ai nostri giorni, l'assenza del provvedimento è un fenomeno giuridico connesso al tramonto della sovranità. La PA accoglie le sfide poste dalla modernità, sia avvalendosi sempre più della comunicazione, in quanto anche attorno al provvedimento vi è necessità di creare consenso, sia ricorrendo all'utilizzo del diritto privato (società *in house*, società miste). Il giudice, seppur privo della legittimazione piena, cerca di supplire al ruolo del legislatore, il quale, nell'età della tecnica, non appare in grado di adottare norme che siano all'altezza della spazialità dei nuovi poteri economici e, chiaramente, "annaspa". Gli unici poteri che, nell'ambito della dialettica classica di Montesquieu sembrano maggiormente in grado di affrontare i temi della contemporaneità, sono quello amministrativo e giudiziario.

La democrazia partecipativa non sembra riuscire a decollare oltre l'ambito locale. Sicuramente costituisce un ausilio rispetto alle forme di democrazia indiretta, ma è difficile pensare che possa sostituire il modello costituzionale di democrazia liberale cui siamo abituati. Di qui, un certo pessimismo sulle trasformazioni indotte dall'economia finanziaria globale che inciderebbero sui diritti, conquistati dai cittadini anche nei confronti dell'Amministrazione.

A fronte dei problemi sollevati dall'età della tecnica, vi sono tuttavia, delle fiammelle che permettono di orientarci.

I cambiamenti riguardano un duplice versante. Il primo è quello dei poteri pubblici che si esercitano in forma privatistica, ad esempio, attraverso lo strumento dell'accordo di cui all'art. 11, Legge n. 241/1990. Nel suo testo originario, l'accordo non era doppiato dal provvedimento, come, invece, è accaduto con la riforma del 2005, allorché quest'ultimo ha assunto la funzione di autorizzare la negoziazione. I due strumenti non sono tra loro affatto indifferenti, in quanto l'utilizzo del provvedimento implica argomentare, motivare nonché esporsi all'impugnativa classica secondo i vizi tradizionali di legittimità. Il ricorso all'accordo comporta, invece, imbastire una trattativa. Il relatore ha criticato la mancata delimitazione, da parte del legislatore, dell'area della negoziazione rispetto a quella dell'argomentazione, compito che auspica sia assolto in futuro, ritenendo che la perfetta fungibilità di autorità e consenso sia uno schema dal sapore solo ideologico.

Con riferimento, poi, all'interrogativo se la materia degli interessi legittimi sia tutta disponibile o se esistano profili di indisponibilità, come per esempio nel caso dell'ambiente, della salute, della sicurezza pubblica, sottratti alle forme di semplificazione, il relatore ha espresso l'opinione che in tali ambiti, cui sono sottesi interessi e diritti classicamente definiti incompressibili dalla giurisprudenza costituzionale, il provvedimento che doppia il negozio potrebbe assolvere ad una funzione utile.

Un ulteriore esempio di privatizzazione di attività pubblicistiche, comportanti il ridimensionamento del provvedimento, è dato dall'ampio ricorso al modulo societario. La fase pubblicistica è legata all'adozione della scelta organizzativa, fino alla costituzione del soggetto societario; la seconda è legata alla vita della società. Tuttavia, non sempre è possibile una così netta demarcazione, in quanto la fase pubblicistica condiziona l'operare della società, limitandone, ad esempio, l'oggetto sociale e conformandone la *governance* (società *in house*, società miste). Inoltre, vi è un costante intreccio tra interesse pubblico ed interesse sociale, difficile da dipanare, che ha comportato il prevalere del modello dell'esternalizzazione dei servizi rispetto all' *in house*.

A fronte della privatizzazione di alcuni segmenti dell'attività amministrativa, si assiste anche all'esercizio in forma pubblica di poteri privati. Un esempio è contenuto nell'art 1, comma 1 *ter*, Legge n. 241/1990, ove si procedimentalizza l'attività amministrativa di soggetti privati (e, quindi, anche i meri contegni espressivi di un potere amministrativo), per il soddisfacimento di fini di carattere generale.

L'approdo è una sorta di ibrido tra le due discipline pubbliche e private, in cui gli interessi non scompaiono affatto con la loro esigenza di tutela, ma pongono al giudice interrogativi nuovi.

Il Consigliere DOTT. MONTEDORO ha, poi, ricordato alcuni segnali di indebolimento del provvedimento, come la dequotazione della motivazione; l'art. 21 *octies*, Legge n. 241/1990, in cui si riscontra il superamento della logica classica del processo impugnatorio, che da processo sull'atto si trasforma in processo sul rapporto; i contegni espressivi del potere, i quali, unitamente alla generalizzazione della regola del silenzio assenso, pongono il problema della fuga dalla responsabilità da parte della dirigenza: essa, difatti, non amministra più secondo il canone classico della discrezionalità amministrativa e dell'atto provvedimentale, lasciando al giudice il compito di operare a valle, nel momento in cui il ricorrente lamenta una violazione, l'istruttoria e la ponderazione di interessi omesse a monte. Si corre, pertanto, il rischio del pericolo di riduzione della tutela, ad esempio, per il terzo leso dal silenzio amministrativo. E difatti, una volta formatosi secondo lo schema legale tipico, il silenzio assenso non è impugnabile per vizi di forma; non lo è per eccesso di potere, in quanto manca l'esercizio della funzione amministrativa; non lo è per violazione dell'obbligo di motivazione *ex art. 3*, Legge n. 241/1990, in quanto ci si trova di fronte ad una fattispecie legale tipica.

“È morto il provvedimento, evviva il provvedimento!”, verrebbe da dire di fronte a questi pericoli di riduzione della tutela. Oppure, occorre semplicemente prendere atto che qualcosa è cambiato per effetto del processo di liberalizzazione.

Il relatore si è anche soffermato sugli analoghi problemi, in termini di rischio di indebolimento della tutela processuale, posti dalla DIA, per la quale il Consiglio di Stato, in una recente sentenza della sesta sezione di cui è stato estensore Roberto Giovagnoli, ha tentato di costruire rimedi appositi, con l'introduzione in funzione pretoria, dell'azione di accertamento esperibile dal terzo leso, entro un termine di decadenza di 60 giorni, onde evitare un possibile squilibrio delle situazioni legittime.

La questione del risarcimento dei danni chiude il cerchio della tematica dell'assenza di provvedimento, perché è possibile ricorrere all'art. 2043 c.c., anche a fronte della lesione prodotta da un contegno.

Il relatore ha concluso il suo intervento affermando che, di fronte alla diffusione a macchia d'olio di istanze di democratizzazione e di standardizzazione delle attività pubbliche, gli amministrativisti sono oggi chiamati ad una riflessione sulla nuova economia dei rapporti di potere, sui nuovi sistemi di garanzia che devono affiancare l'interesse legittimo, come aspetti che lo arricchiscono, e non necessariamente che lo superano. Dovunque vi sia il rischio di una degenerazione dei poteri formali, per effetto dei processi di neutralizzazione della tecnica, lo studioso è esortato all'intervento ed alla critica nonché all'elaborazione di nuove forme di tutela.

Nel successivo intervento, il PROF. MARCO DE CRISTOFARO ha presentato la relazione intitolata “LE NUOVE MANIFESTAZIONI DEL POTERE ED IL SUO CONTROLLO IN SEDE GIURISDIZIONALE”.

Il relatore ha ripercorso le novità introdotte nell'ambito della processualciviltistica e del diritto privato ed ha proposto alcune riflessioni sul diritto potestativo e sull'azione costitutiva, nella cui prospettiva si sono tradizionalmente concretizzate le situazioni di potere. Innanzitutto, ne ha sottolineato le differenze sul piano strutturale: nel caso del diritto potestativo, gli effetti dell'esercizio del potere conseguono immediatamente alla manifestazione di volontà della parte ed il controllo giurisdizionale (solo eventuale) si pone a valle, allorché sia richiesta una pronuncia di accertamento del modo di essere del rapporto, così come da tale esercizio modificato; nel caso di azione costitutiva, è indispensabile la mediazione dell'intervento giudiziale, che si colloca, invece, a monte.

Nel nostro ordinamento si ricorre alla tecnica del diritto potestativo in presenza di un'apposita previsione negoziale (clausola risolutiva espressa, caparra confirmatoria, recesso convenzionale) ovvero in attuazione del principio di reciprocità (recesso nei rapporti di durata) o per proteggere un soggetto ritenuto meritevole di tutela (prelazione agraria o nei contratti di locazione ad uso commerciale) o per la tutela di situazioni in cui lo stato di soggezione è strumentale al funzionamento di enti collettivi

(laddove, ad esempio, si manifesti la necessità di espellere dal gruppo soggetti “devianti”). Un’eccezione è rappresentata dalla risolubilità del contratto sinallagmatico in via unilaterale, tramite il meccanismo della diffida ad adempiere di cui all’art. 1454 c.c., cui può ricorrere anche la PA seppur nel rispetto dei vincoli dell’art. 97, Cost..

La tecnica della tutela costitutiva giudiziale testimonia l’interesse del legislatore alla certezza delle situazioni giuridiche, con l’eccezione rappresentata dall’art. 2932 c.c., il cui esercizio è volto ad assicurare il diritto della parte all’adempimento di una prestazione tipicamente infungibile (quale la prestazione del consenso negoziale) rimasta ineseguita ed il provvedimento giudiziale ha una funzione condannatoria ed una valenza auto-esecutiva.

Sia con riferimento al diritto potestativo che all’azione costitutiva, l’oggetto dell’accertamento giudiziale consiste nelle condizioni per l’esercizio unilaterale del potere o per la pronuncia della sentenza costitutiva. Va escluso che la cognizione riguardi sia il potere sostanziale in sé o il rapporto sottostante globalmente considerato in tutti i suoi profili e con riferimento a tutte le fattispecie concorrenti alla produzione di effetti potestativi, in via diretta stragiudiziale o in via di azione costitutiva.

Ultimamente, però, si è diffusa una tendenza ampliatrix dell’oggetto del giudicato all’intero spettro delle questioni coinvolte nella relazione giuridica, sì da garantire che il rapporto, nel caso di decisione di accoglimento, sia modificato in modo irretrattabile; nel caso di decisione di rigetto (o che accerta la permanenza inalterata del rapporto, previo diniego dell’esistenza del potere) sia inattaccabile ed irreversibile, in virtù della preclusione del dedotto e del deducibile, consumandosi tutte le fattispecie costitutive, potenzialmente concorrenti alla produzione dell’effetto, che potrebbero metterne nuovamente in discussione la sussistenza. Analogamente, con riferimento al diritto potestativo stragiudiziale, si è ritenuto che, nel caso di riscontro della carenza dei presupposti per la produzione dell’effetto, il giudicato calerebbe sul rapporto giuridico in quanto tale, sgombrando il campo da possibili sue future instabilità, per fatti che avrebbero potuto essere spesi per giustificare l’esercizio del potere, ma che in concreto non lo sono stati.

Il relatore ha criticato la descritta tendenza estensiva perché amplia il *petitum*, sottoponendo l’attore ad un principio di eventualità troppo allargato, ed appesantisce il processo, per prevenire eventuali aggressioni al contratto che, nella realtà quotidiana, appaiono piuttosto limitate. Pertanto, è preferibile la tesi tradizionale, secondo cui il giudicato costitutivo è limitato all’accertamento del potere formativo ad esercizio giudiziale dell’attore, che comporta la definitiva ablazione del rapporto in caso di accoglimento di azioni caducative, lasciando intatta la reiterabilità dell’esercizio dell’azione costitutiva, allorché la prima sentenza sia stata di rigetto della domanda invalidante. Quanto ai diritti potestativi, la sentenza del giudice non riguarda l’esistenza o meno del potere (che si è estinto al momento del suo esercizio, o che non è mai esistito, nell’eventuale difetto dei suoi presupposti); l’oggetto del giudizio consiste nel rapporto giuridico in quanto tale, come inciso o lasciato inalterato dall’atto di esercizio del potere (nella sussistenza o meno dei presupposti). Il giudice non ha, comunque, una cognizione pervasiva su tutte le possibili questioni non ancora “rese efficaci” dal titolare del potere. La sentenza emessa all’esito di un giudizio di accertamento è vincolata al “motivo portante”, ossia all’esclusione dei presupposti invocati per l’esercizio di quel potere, ma non può precludere la possibilità che venga dato effetto ad altri fatti, pur preesistenti, ma non ancora invocati dal titolare del diritto potestativo.

Nel diritto amministrativo ci si preoccupa di non svuotare di significato la tutela del ricorrente vittorioso, di regola titolare della situazione di soggezione, la cui domanda assume le vesti di un’azione costitutiva caducatoria dell’atto di esercizio del potere unilaterale. La reazione del privato potrebbe anche essere costruita nei termini dell’accertamento della mancata produzione degli effetti del potere esercitato stragiudizialmente da parte della PA, in forza dei suoi poteri autoritativi.

L’analisi delle situazioni di diritto privato permette di evidenziare ipotesi in cui il conferimento di poteri decisionali si correla a situazioni di supremazia, funzionalmente affini a quelle che connotano le relazioni tra l’Amministrazione ed i singoli consociati, cui corrispondono fenomeni di soggezione. In

tali casi, le modalità di reazione ad eventuali abusi variano alquanto e non sempre si instradano lungo le vie giudiziarie dell'azione di accertamento delle fattispecie fondanti l'esercizio del potere.

In seno alla famiglia, ad esempio, l'abuso dei poteri derivanti dalla potestà genitoriale trova rimedio tramite la tecnica della pronuncia costitutiva, in chiave repressiva degli obblighi connessi all'ufficio esercitato dal genitore; nella collettività organizzata in forma societaria, gli strumenti di reazione all'abuso sono molteplici e, del pari, utilizzano lo schema della tutela potestativa in funzione repressiva, come nel caso dell'esercizio del diritto di recesso del socio o dell'azione costitutiva di annullamento o di nullità della delibera assembleare; nell'ambito del rapporto di lavoro subordinato, l'impugnativa del licenziamento da parte del prestatore è azione di accertamento della conformità ai presupposti di legge dell'atto di esercizio del potere compiuto dal datore di lavoro.

In relazione a tali situazioni, si è acuita la percezione dell'inadeguatezza degli strumenti tradizionali di controllo e si sono accentuati gli obblighi procedurali connessi all'esercizio del potere, onde indirizzarne gli esiti e ridurre le possibilità di arbitrio.

Nell'ambito del diritto privato si è, inoltre, percepita l'emersione di figure di potere non giuridicizzate (c.d. "autorità di fatto") che si impongono sul piano fattuale dello squilibrio economico e che conferiscono a determinati soggetti la possibilità di imporre le proprie decisioni al di fuori dello schema (solo formale) di autonomia negoziale, trasformatosi, in realtà, in un vuoto simulacro: da un lato, vi è chi decide; dall'altro, vi è chi può solo scegliere di aderire o meno ad una eterodecisione.

Si pone in tali casi il problema delle modalità del controllo che rischia di mostrarsi inefficiente se limitato ad un sindacato *ex post* sull'esercizio del potere (come per le c.d. "nullità di protezione" nell'ambito del contratto di subfornitura). È stata, quindi, recuperata la prospettiva di un controllo contenutistico *ex ante* delle condizioni generali di contratto, affidato ad Autorità amministrative indipendenti (come l'Autorità per le comunicazioni e l'energia, con riferimento ai contratti stipulati con i concessionari di servizi), onde scongiurare l'utilizzo di clausole abusive per i consumatori.

Quanto agli strumenti processuali, le azioni collettive, sia inibitorie che risarcitorie, rappresentano uno strumento di bilanciamento delle "autorità di fatto". La tutela collettiva offre un rimedio alla ritrosia tipica dei consumatori di ricorrere in giudizio, in presenza di un contenzioso individuale di valore minimo, affidando la salvaguardia dei loro interessi all'iniziativa di enti esponenziali. La tutela risarcitoria controbilancia il potere dei grandi operatori economici, attribuendo alla classe la facoltà di dedurre congiuntamente in sede giudiziale tutte le posizioni soggettive individuali.

La *class action* è uno strumento eccezionale che offre un rimedio a squilibri reali in un contesto di teorica uguaglianza formale, che, tuttavia, è assente per definizione nei rapporti tra cittadini e PA, conformati dalla potestà autoritativa di quest'ultima. Nel caso della *class action* avverso la PA, manca sia il requisito strutturale dell'incidenza su una situazione giuridicamente tutelata (di cui si chiede la tutela in forma collettiva, sebbene sia destinata a ripercuotersi nel ristoro di tanti pregiudizi individuali); sia il requisito funzionale, poiché le pur perseguite finalità di deterrenza (tramite la pubblicità della sentenza e le misure adottate in suo ossequio, lo spettro del provvedimento disciplinare e di responsabilità contabile, la decurtazione delle stipendio), si realizzano mediante i consueti schemi della responsabilità del funzionario pubblico. Lo Stato si guarda dal procedere ad un ristoro per tutti gli utenti pregiudicati dai suoi disservizi e, in situazioni di inefficienza sistemica, appare più facile giustificare l'inefficienza del singolo dipendente.

Nel successivo intervento, il Consigliere DOTT. ALESSANDRO PAJNO, autore della relazione "GLI ENTI LOCALI E GLI STRUMENTI DI DIRITTO PRIVATO" ha evocato Toqueville, il quale richiamava la necessità di guardare al passato, per entrare nel futuro.

Per capire lo stato attuale degli Enti locali e come la crisi della sovranità nazionale si riverberi sul loro agire occorre, innanzitutto, considerare la nuova allocazione dei poteri e delle funzioni di cui all'art.

114, Cost., artefice di una sorta di *big bang* istituzionale. In tale articolo si spiega che lo Stato non è più la forma della Repubblica in cui si concentra tutta la sovranità, ma solo uno delle sue componenti.

La scomparsa dello Stato - come unico detentore del potere monopolista di dettare le norme generali - è uno degli elementi tipici della crisi del diritto amministrativo e si pone alla base delle trasformazioni che contribuiscono alla nascita di un diverso regime giuridico, in cui agli elementi tradizionali del diritto pubblico si intersecano quelli del diritto privato, in un mix di tecniche di implementazione e di funzionalizzazione.

Tale trasformazione non è priva di conseguenze: si assiste al progressivo superamento di un diritto amministrativo tutto autoritativo, a favore di un diritto che rimane pur sempre pubblico, ma in cui l'insieme comune è dato da strumenti giuridici di diritto privato e di diritto pubblico, che in determinate condizioni possono essere equivalenti. Occorre capire in che misura gli strumenti di diritto privato possano raggiungere gli stessi fini di quelli pubblici e, pertanto, sostituirli.

La specialità amministrativa può sfociare o nell'autoritativismo o in un diritto privato speciale; nell'esperienza degli Enti locali tali linee convergono nell'autonomia, in cui si compendia la capacità generale, la capacità di essere ente esponenziale nella propria comunità e la capacità di agire secondo le esigenze di questa.

Il punto di partenza di questa analisi è il Comune che, sino agli inizi degli anni '90, è stato considerato un segmento dell'Amministrazione statale, sulla scia del pensiero di due grandi giuristi, Vittorio Emanuele Orlando e Santi Romano.

Secondo il primo, il buon funzionamento delle istituzioni rappresentative si riconnetteva indissolubilmente alla sana costituzione degli Enti locali, procedendo - la forza e l'educazione politica - non dal centro verso la periferia, bensì in senso opposto.

Per Santi Romano, il Comune era manifestazione dell'energia sociale e veniva valorizzato dal rapporto con lo Stato, di cui non solo era parte integrante, ma anche la persona giuridica più tipica e rappresentativa, venendo, peraltro, organizzato a sua somiglianza. Il Comune si presentava, ad un tempo, come limite dell'azione statale e come distributore dell'autonomia dello Stato, mutuando da questo la propria forma e perseguendo lo scopo di diffondere la democrazia. Santi Romano coglieva l'importanza dell'autonomia comunale, ma nell'ottica della costruzione dello Stato ovvero dell'unificazione politica, per il tramite dell'unificazione amministrativa.

Tra le due strade percorribili, quella della prospettiva di salvaguardare regimi diversi in relazione alle diverse autonomie, con la conseguenza di dar luogo ad una frammentazione di Stato ovvero quella di valorizzare un elemento aggregante ed unitario, rappresentato dal principio di autonomia e di uguaglianza di tutti i Comuni, Santi Romano prediligeva la seconda. Nella nuova legislazione dello Stato unitario, pertanto, tutti i Comuni erano uguali, godevano degli stessi poteri, di funzioni proprie e funzioni conferite, venivano sottoposti al medesimo regime giuridico ed assicuravano la parità delle diverse comunità nell'unificazione dello Stato.

Il Comune non era, però, dotato di una doppia personalità giuridica; al contrario, essa era unica ed originaria e rimaneva pubblica, pur nelle ipotesi in cui avesse agito secondo modelli di diritto privato. Tale prospettiva portava ad una torsione dell'autonomia originaria dei Comuni, il cui riconoscimento veniva orientato alla realizzazione di una missione comune: la costruzione della nuova entità statale. Lapidariamente, il Comune diveniva Ente, a condizione di essere "un pezzo di Stato".

Il pensiero dei citati giuristi ha a lungo influenzato la legislazione comunale e provinciale: il Testo unico dei Comuni e delle Province del 1934 distingueva tra funzioni obbligatorie e funzioni facoltative del Comune. L'obbligatorietà era concepita nei confronti dello Stato, alla cui legislazione spettava stabilire l'*an*, il *quomodo* ed il *quando* dell'esercizio di tali funzioni. Le funzioni facoltative assumevano un semplice valore di complemento.

La costruzione del Comune come parte integrante del sistema pubblico, in quanto sistema statale, comportava l'utilizzo di strumenti autoritativi e riduceva l'ordinario ricorso al diritto comune nell'esercizio di alcune funzioni comunali, secondo una tradizione che pescava nella consueta prassi dell'esperienza dell'Ente locale.

Il relatore ha, poi, accennato al processo di riforma avviatosi negli anni '90 ed alle modifiche operate al Titolo V della Costituzione, sulle quali ha influito il pensiero del Berti. Secondo tale giurista, la legge statale, uniformandosi al principio di autonomia, espresso nell'art. 5, Cost., ed al contempo, prendendo contezza delle diversità (in termini di legittimazione e di modo di operare) tra amministrazione statale e comunale, nel rispetto dell'originarietà e della peculiare configurazione di quest'ultima, avrebbe dovuto esimersi dal ripristinare il circuito derivativo tra Stato ed Enti locali.

Si trattava di un'impostazione innovativa che avrebbe dato la stura ad un mutamento significativo nei rapporti tra Stato ed Enti locali. E, difatti, con la Legge n. 142 del 1990 ed il successivo T.U. n. 267 del 2000, al Comune è stata riconosciuta una funzione generalizzata di rappresentanza e di cura degli interessi locali, nella promozione dello sviluppo delle rispettive comunità. Nel nuovo Titolo V della Costituzione è riemersa la distinzione tra funzioni "proprie", legate alla cura degli interessi delle comunità, espressive dell'esigenza di democrazia ed uguaglianza, connesse allo sviluppo dell'Ente locale ed alla sua storia economica, il cui regime giuridico è di diritto comune; e funzioni "fondamentali" (secondo parte della dottrina ritenute coincidenti con le funzioni "proprie"), connaturate alla stessa ragion d'essere dell'Ente locale, identificate e tipizzate dalla legge statale (seppure non sia escluso che il regime giuridico del loro esercizio sia posto dalla legge regionale) ed implicanti l'esercizio del tradizionale potere autoritativo di tipo pubblicistico. Vi sono, poi, le funzioni conferite ai Comuni, in virtù del principio di sussidiarietà nei confronti del sistema statale e regionale, anch'esse di tipo autoritativo.

L'area "pubblica" non è, quindi, più riducibile alla sola dimensione statale e le esigenze di democrazia e di uguaglianza di tutti i Comuni, nel riconoscimento del proprio fondamento autonomistico, devono confrontarsi con i pericoli connessi all'eccessivo centralismo regionale.

In tale contesto, un ambito di novità è legato ai servizi pubblici locali; in particolare, quelli a rilevanza economica sono stati ricondotti dalla Corte Costituzionale alla competenza legislativa statale, non in ragione dell'essere funzioni fondamentali, ma in quanto espressione della competenza statale in materia di concorrenza. La legge statale ne stabilisce il regime giuridico, individuando gli strumenti organizzativi cui è possibile ricorrere ed i relativi limiti di attività, i momenti di rilevanza pubblicistica (procedure di evidenza pubblica) e quelli disciplinabili secondo moduli privatistici. Lo strumento societario sostituisce la concessione, ma per la scelta del socio si rimanda alla procedura di evidenza pubblica. È, invece, rimessa alla fonte regionale o locale la disciplina dei servizi privi di rilevanza economica.

Il regime descritto è, quindi, composito, ma va guardato unitariamente, perché la nostra Costituzione ha sposato una concezione monistica e non plurale degli Enti locali. Esso si caratterizza per l'esistenza di tecniche di funzionalizzazione dei momenti privatistici, ma anche per tecniche di privatizzazione dei momenti pubblicistici. L'atto negoziale ed il tradizionale potere convivono, mescolandosi ed intersecandosi di continuo, con la legge (di cui è sancito il primato) che stabilisce il limite per il ricorso ad essi e le loro eventuali condizioni di equivalenza.

Nel prosieguo del suo intervento, il Consigliere DOTT. PAJINO si è, poi, soffermato sull'attività di diritto privato degli Enti locali. La capacità generale di diritto privato è comune alle persone giuridiche pubbliche ed a quelle private. Anche gli Enti locali godono, pertanto, della capacità generale, intesa come attitudine sia alla titolarità sia di rapporti giuridici (capacità giuridica), sia al loro esercizio (capacità di agire). La capacità giuridica di diritto privato degli Enti locali non soffre limitazioni e divieti; eventuali vincoli connessi con la funzionalizzazione all'interesse pubblico e con le esigenze di sua tutela ne condizionano, invece, l'autonomia negoziale.

Il Comune può anche ricorrere a strumenti atipici, che superino il requisito della meritevolezza di cui al 1322 c.c., purché volti al conseguimento dell'interesse pubblico. Il funzionario addetto deve allegare al contratto una scheda in cui spiega le ragioni della scelta e in qual modo esso realizzi l'interesse pubblico, in ossequio al principio di funzionalizzazione. Il Comune può, ad esempio, stipulare contratti di sponsorizzazione, spesso configurati come negozi accessori di contratti di tesoreria; contratti finanziari, come il *leasing* finanziario, ammessi dalla Corte dei Conti in alternativa ai

mutui, ma soggetti ai limiti derivanti dal patto di stabilità e dall'art. 119, Cost., in cui il ricorso all'indebitamento è previsto solo per finanziare le spese di investimento. Qui la funzionalizzazione risiede nella struttura dell'intervento finanziario, che va contenuto nel quadro generale della finanza pubblica.

Il relatore ha, quindi, ricordato la recente giurisprudenza della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione. In particolare, le sentenze n. 326/2008 e 148/2009 della Corte Costituzionale hanno riconosciuto che un'attività amministrativa in forma privatistica, di natura finale o strumentale, può essere svolta da società di capitali che operano per conto della PA. Con l'occasione, sono stati ritenuti legittimi i vincoli imposti alle società pubbliche dal Decreto Legge Bersani, in forza della finalizzazione delle disposizioni in esso contenute alla separazione delle due sfere di attività (amministrativa in forma privatistica ed imprenditoriale), per evitare che soggetti dotati di privilegi svolgano attività economica al di fuori dei casi in cui ciò è imprescindibile per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali o per la produzione di servizi di interesse generale.

La sentenza della Corte di Cassazione n. 8987/2009 ha, inoltre, precisato che la pariteticità dell'operato negoziale della PA rispetto a quello dei privati non comporta una piena equiparazione; permane una differenza ineliminabile che discende dalla portata e dalla natura dell'interesse pubblico, cui la PA, in ossequio al principio di funzionalizzazione, deve sempre ispirarsi; tale interesse, seppur incanalato nell'alveo degli strumenti privatistici, è destinato a conformare il comportamento dell'Amministrazione secondo regole e principi che non hanno ragion d'essere per il privato.

La giurisprudenza citata rende ormai superata la distinzione tra attività di diritto pubblico ed attività di diritto privato dell'Amministrazione, avallando, piuttosto, quella tra attività amministrativa di diritto privato ed attività imprenditoriale, secondo un canone interpretativo oggettivo (della natura dell'attività posta in essere e del collegamento strumentale o meno tra soggetto privato e PA, nonché del fine perseguito).

Il relatore ha concluso il suo intervento ricordando un testo di Maria Rosaria Ferrarese, dal titolo: *"Il diritto sconfinato"*, nel quale si descrive il diritto della modernità, dell'era globale, che tende ad oltrepassare o a prescindere da/i propri confini, divenendo sopranazionale oppure transnazionale: è il c.d. diritto amministrativo globale di Sabino Cassese. Ma lo sconfinamento ha un valore anche interno, perché nel diritto amministrativo moderno non si tiene più conto dei confini tra pubblico e privato: la necessità della regolazione si accompagna al riconoscimento dell'autonomia. Ha, inoltre, citato un volume di Kandisky, intitolato *"Punto, linea e superficie"*, nel quale si evidenzia l'assenza di una netta demarcazione tra tali figure elementari; d'altronde non sussiste una risposta precisa all'interrogativo di quando finisca il fiume ed inizi il mare. Nel richiamare, infine, il filosofo cattolico Jacques Maritain, ha invitato la platea, in sintonia con il saggio *"Distinguere per unire (o i gradi del sapere)"*, a distinguere per gestire le questioni e ad unire per comprenderle.

Nel successivo intervento, il Presidente DOTT. MARIO RISTUCCIA, ha trattato il tema "LEGALITÀ ED EFFICIENZA E NUOVE FORME DI CONTROLLO", analizzando il rapporto tra funzione del controllo e funzione giurisdizionale affidate alla Corte dei Conti e del valore da attribuire alle espressioni legalità ed efficienza.

Il controllo consiste in una verifica di conformità dell'atto o dell'attività a regole e principi che governano l'esercizio del potere amministrativo. Il sistema dei controlli muta al mutare dei beni e dei valori da tutelare e si caratterizza, pertanto, per una forte relatività.

Con la riforma del '94, si è assistito alla recessione del controllo preventivo di legittimità, che aveva ragione di essere in un periodo in cui vigeva il primato assoluto del principio di legalità, allorché si assumeva che tutta l'azione amministrativa fosse regolata, quanto a finalità e a modalità di effettuazione, dalla legge, pena l'inammissibilità di atti della PA a questa non conformi.

Il dominio del principio di legalità comportava l'ulteriore effetto dell'eshaustività del controllo di legittimità per garantire la c.d. buona amministrazione. La verifica di conformità alla legge veniva

effettuata rispetto al singolo atto, di cui era impedita l'esecutorietà in caso di esito negativo. Il controllo scongiurava, pertanto, che fosse posta in essere un'attività non conforme a legge. La totale pervasività del controllo di legittimità si traduceva, però, in un impedimento all'efficacia ed alla tempestività dell'azione amministrativa, determinando un problema di compatibilità tra il principio di legalità e quello di efficienza.

La riforma del '94 nacque dalla constatazione del sostanziale esaurimento della funzione storica del controllo preventivo di legittimità e dall'emergere dell'esigenza che l'azione amministrativa dovesse essere non solo conforme a legge, ma anche idonea all'effettiva realizzazione degli obiettivi della PA. L'attenzione si spostò, pertanto, dalla conformità a legge del singolo atto, al risultato finale conseguito dall'attività amministrativa considerata nel suo complesso. Si fece riferimento non più al principio di legalità in sé, ma all'intrinseca bontà dell'attività amministrativa, fondata sul rispetto di canoni diversi, come l'efficienza, l'efficacia e l'economicità, desumibili dalle scienze statistico-economiche ed aziendalistiche, secondo la nota sentenza n. 29/1995 della Corte Costituzionale.

La buona amministrazione costituisce, quindi, il risultato congiunto del rispetto dei principi di legalità ed efficienza. La valutazione del controllore dà luogo ad una compartecipazione all'attività amministrativa, in quanto la PA., sulla base dei rilievi della comunicazione forniti dalla Corte dei Conti, deve provvedere alle modifiche ed ai miglioramenti necessari da questa indicati.

La riforma del '94 non era, però, frutto di un disegno organico e ad essa sono seguiti nuovi interventi normativi non coordinati tra loro, di forte impatto sulla struttura del sistema dei controlli. Accanto ai controlli sui risultati della gestione, che attengono all'efficienza, vi sono i controlli di regolarità contabile ed i controlli finanziari che non possono non considerarsi di legalità. I controlli di regolarità contabile verificano il rispetto delle norme che valgono ad assicurare la veridicità dei documenti contabili, dandone una sorta di certificazione e rappresentano il presupposto dei controlli finanziari. Questi ultimi verificano il rispetto delle norme che mirano a realizzare l'equilibrio del bilancio. Per tale tipo di controlli di legalità, si pone il problema della congruità del sistema del controllo - referto o controllo - collaborazione, cioè del potere di apportare le modifiche necessarie, affidato esclusivamente alla buona volontà della PA. Pertanto, si è iniziato a riflettere sulla necessità di operare qualche modifica, con la procedimentalizzazione dell'adeguamento da parte della PA. e la motivazione del mancato adeguamento ai rilievi della Corte dei Conti.

Legalità ed efficienza sono termini che attengono anche al rapporto tra funzione del controllo e funzione giurisdizionale. La sentenza della Corte Costituzionale n. 29/1995 ha escluso che la funzione del controllo sia servente rispetto a quella giurisdizionale; l'esercizio della prima permette di accertare in che modo si è svolta l'attività della PA; che, poi, attraverso questo esame, emergano situazioni in cui è configurabile una responsabilità amministrativa, appartiene alla logica delle cose, senza, però, che si utilizzino direttamente gli esiti istruttori dell'attività di controllo. Sul punto, il legislatore ha introdotto una norma (superflua), che impedisce l'azione di responsabilità allorché un determinato atto sia stato sottoposto a controllo preventivo con visto e l'esito sia stato positivo.

Nell'esercizio della funzione giurisdizionale la Corte conosce della legittimità degli atti e dei comportamenti. La valutazione di legittimità è il presupposto della stessa valutazione in ordine alla liceità ed all'illiceità; non si può parlare di dolo o colpa grave in relazione ad un'attività che non sia già illegittima. I criteri dell'economicità e dell'efficacia hanno assunto un carattere giuridico, in quanto la loro violazione può determinare l'antigiuridicità del risultato posto in essere. In sede giurisdizionale si pone il problema di valutare la responsabilità amministrativa in relazione ai suddetti principi. La valutazione sulla responsabilità amministrativa non può che essere *ex ante*, facendosi riferimento ad una nozione di congruità dell'azione posta in essere rispetto all'obiettivo da realizzare. Rimane, però, l'inconveniente di un giudice che "finisce per fare amministrazione", nel momento in cui indica quale avrebbe dovuto essere il modello di comportamento da adottare, secondo parametri il più possibile obiettivi, che possano essere assunti a comparazione in casi identici con altri atti posti in essere dalla PA, onde scongiurare la diseconomicità dell'azione amministrativa.

A margine del suo intervento, il relatore ha introdotto il tema dell'allargamento dei limiti soggettivi della giurisdizione alle società partecipate ed agli amministratori di enti pubblici economici. Il principio di base da cui muove il ragionamento della Corte di Cassazione, condiviso dalla Corte dei Conti, è che la funzione giurisdizionale garantisce il buon uso del denaro pubblico e, pertanto, tale garanzia deve essere totale quali che siano le forme in cui il danaro pubblico è utilizzato. A tali soggetti, o si applica lo statuto del pubblico funzionario, la cui attività va collocata nella sfera della discrezionalità amministrativa, soggetta al limite della non sindacabilità nel merito, oppure si ammette che gli stessi operino secondo le regole dell'impresa e del mercato e, quindi, secondo la disciplina civilistica.

TERZA GIORNATA

Il Presidente DOTT. VINCENZO CARBONE, moderatore della giornata conclusiva del Convegno, ha esortato la platea a guardare al passato, per evitarne le esperienze negative, e a prestare attenzione al presente, in particolare al triangolo giurisprudenziale: Roma, Lussemburgo, Strasburgo, che tiene conto della globalizzazione, della *lex mercatoria* e dei diritti umani. Ha ricordato alcuni casi, quale quello Scordino, Bossi – Cofferati e Scoppola, oggetto di decisione da parte delle suddette Corti internazionali; le sentenze della Corte Costituzionale nn. 348 e 349 del 2007 nonché nn. 102 e 103 del 2008.

Il moderatore ha, poi, sottolineato l'importanza dell'interpretazione, che è il cuore della funzione giudiziaria e rende il diritto vivente. Un esempio paradigmatico è rappresentato dall'evoluzione interpretativa al quale è stato soggetto l'art. 2043 c.c., il cui testo è rimasto immutato, ma la cui sfera di applicazione, nel corso del tempo, è stata estesa dai diritti assoluti, ai diritti relativi, agli interessi legittimi, agli interessi diffusi, ecc.. D'altra parte, la Corte Costituzionale non dichiara incostituzionale la norma per come è scritta ma per come è interpretata.

“Quello che non fa il legislatore, lo fa il giudice, se è capace!”.

Per il futuro, il DOTT. CARBONE ha sottolineato la necessità di risolvere l'alta conflittualità tipica del nostro Paese, la cui inaffidabilità dal punto di vista della giurisdizione (è al 165 posto tra 181 Stati), comporta la fuga degli investimenti. La regola giuridica è debole, perché temporanea e contingente. Oggi regna il disordine normativo, a scapito della sistematicità dell'ordinamento, ma il fenomeno della globalizzazione, connesso al degrado della sovranità, favorisce le norme comuni, perché circolino nel mondo. Il rapporto tra Stato, territorio e giurisdizione sta venendo meno, come dimostrato dall'abolizione degli artt. 2, 3 e 4, c.p.c..

Una giustizia celere ed efficiente può essere conseguita solo se i suoi operatori iniziano a comportarsi come compagni di viaggio, sull'esempio dei padri costituenti, che, con uno sforzo di compromesso, teso al raggiungimento di un interesse comune, nell'art. 3, comma 1, hanno dato rilievo al “cittadino”, assecondando la volontà dei liberali; nell'art. 3, comma 2, al “lavoratore”, soddisfacendo i comunisti, nell'art. 2, all' “uomo”, in ossequio ai desideri dei cattolici.

Il moderatore ha concluso il suo intervento esortando i presenti al perseguimento del comune interesse : dell'uomo, del cittadino e del lavoratore.

Ha, quindi, preso la parola il Consigliere DOTT. ROBERTO CHIEPPA, che ha presentato la relazione intitolata “LE FORME DI ESERCIZIO DEL POTERE E L'ORDINAMENTO COMUNITARIO”.

Ha incentrato l'attenzione sulla dimensione sempre più sopranazionale del diritto amministrativo, materia che, nel suo stretto legame con la sovranità statale, è stata tradizionalmente caratterizzata da un'impronta nazionale. Ha ricordato il pensiero di Massimo Severo Giannini, secondo cui il negozio privato e la sentenza sono categorie necessarie di ogni ordinamento, mentre l'atto amministrativo può mancare. Negli ordinamenti di *common law*, l'Amministrazione può perseguire i propri compiti attraverso gli strumenti di diritto comune; negli Stati a diritto amministrativo, essa si

avvale di poteri autoritativi; tuttavia, i due modelli non si riscontrano mai allo stato puro, anzi, ultimamente si stanno avvicinando.

Per anni si è ravvisata l'assenza di un diritto amministrativo internazionale, ma a seguito dell'irrompere del diritto comunitario, si è avviato un processo di armonizzazione circolare con i diritti amministrativi dei singoli Stati, in vista della formazione di un diritto amministrativo comune.

Nell'ordinamento comunitario, l'assetto dei pubblici poteri sfugge alle classificazioni tradizionali: non vi è una netta distinzione tra funzione normativa ed amministrativa; vengono sviluppati modelli di co-amministrazione e di amministrazione integrata, attraverso procedimenti composti da una fase prima nazionale e poi comunitaria, o viceversa. Il diritto comunitario ha ampliato il concetto di PA, introducendo istituti prima sconosciuti come quello delle società *in house* e degli organismi di diritto pubblico.

Non solo gli Stati hanno attinto dal diritto comunitario, ma è avvenuto anche il viceversa e ciò ha contribuito alla formazione dei principi generali della certezza del diritto, della tutela del legittimo affidamento, dell'imparzialità e del buon andamento, che tutti trovano una radice comune nella *natural justice* del *common law*. Il principio di proporzionalità, di matrice tedesca, è quello che ha trovato maggiore valorizzazione e si traduce nel divieto di imposizione di atti normativi ed amministrativi, obblighi e restrizioni alle libertà del cittadino in maniera sproporzionata rispetto allo stretto necessario per il raggiungimento del pubblico interesse.

L'ordinamento comunitario è caratterizzato dalla moltiplicazione dei centri decisionali e dalla ricerca di modalità di azioni condivise. Da un lato, vi sono gli accordi tra soggetti pubblici; si ricercano forme di cooperazione concordata attraverso gli accordi pubblici di coordinamento e di cooperazione, inquadrati dalla migliore dottrina nei contratti di diritto pubblico, che assumono carattere generale nell'ordinamento comunitario, anche in assenza di una norma che li preveda. Dall'altro, vi sono gli accordi con i privati, per i quali non sussiste un principio generale di diritto comunitario, capace di produrre un effetto di legittimazione generale, analogo a quello previsto per gli accordi pubblici.

La CGCE, con la sentenza 12 luglio 2001, ha affermato che la disciplina comunitaria degli appalti pubblici di lavori osta ad una normativa nazionale (quale quella italiana), che permette al titolare di una concessione edilizia o di un piano di lottizzazione, la realizzazione diretta di opere di urbanizzazione a scomputo totale o parziale del contributo dovuto per il rilascio della concessione, nel caso in cui il valore di tale opera eguagli o superi la soglia comunitaria. L'impressione è che la CGCE abbia applicato la normativa degli appalti pubblici di lavori ad una fattispecie diversa, in cui la realizzazione delle opere di urbanizzazione a scomputo veniva assunta dal privato nell'ambito di un più ampio accordo, rispetto al quale il controllo della correttezza amministrativa non atteneva ai profili di concorrenza propri della disciplina degli appalti, ma piuttosto alla corretta valutazione dell'interesse pubblico, del buon andamento e dell'imparzialità, che poteva essere effettuato attraverso il sindacato sulla motivazione della predeterminazione unilaterale, oggi propedeutica per la stipula degli accordi.

Quanto alla regolazione condivisa, l'ordinamento comunitario ha stimolato l'attribuzione di ampi poteri regolatori alle Autorità indipendenti, della cui compatibilità con l'ordinamento non si dubita più grazie al rafforzamento della legalità procedurale, sotto forma di garanzie del contraddittorio. Il potere regolatorio non è, però, subordinato alla necessaria condivisione dei soggetti regolati: esso resta integro in capo all'Autorità, che può non concordare con i soggetti destinatari delle regole. Queste considerazioni valgono anche rispetto agli strumenti alternativi della coo-regolamentazione o dell'autoregolamentazione, che si stanno sviluppando in ambito comunitario, in cui le stesse parti adottano linee di orientamento, ma che non escludono un intervento pubblico o per rendere vincolante ciò che si è autoregolato oppure per supplire all'inefficienza dell'autoregolamentazione.

Nel diritto *antitrust*, a seguito del regolamento comunitario n. 1/2003, è stata prevista la possibilità di una chiusura atipica del procedimento, con l'accettazione degli impegni delle parti e la conseguente rinuncia all'esercizio della potestà sanzionatoria: è qui improprio parlare di ricerca del consenso e di accordi sostitutivi del provvedimento; il potere resta intatto, perché il provvedimento unilaterale dell'autorità recepisce e cristallizza, come giuridicamente efficace un atto

endoprocedimentale di parte, rispetto al quale resta inalterato il potere di valutazione, correlato a tutta una serie di garanzie procedurali. Ed è significativo che, a fronte del ruolo tendenzialmente marginale che questo istituto ha avuto nell'ordinamento comunitario e del freno oppostogli dalla giurisprudenza sia comunitaria, fondata sul principio di proporzionalità, sia interna, che ha evidenziato il rischio che possa trasmodare in un potere regolatorio, di spettanza di altre autorità, il Garante *antitrust* abbia largamente adottato tale strumento.

Il relatore ha, infine, analizzato i temi della semplificazione e della liberalizzazione, in cui il potere ha perso il suo esito provvedimentale. I due concetti sono distinti: con la semplificazione si riducono gli adempimenti procedurali richiesti in relazione ad una determinata attività, il cui svolgimento resta subordinato al perfezionamento di un *iter* procedimentale; la liberalizzazione elimina la necessità di un titolo abilitativo finanche implicito. In sede comunitaria, l'attenzione è stata inizialmente posta solo alla semplificazione normativa, poi anche a quella amministrativa, entrambe guidate dal principio di proporzionalità.

L'ordinamento comunitario si è occupato poco di alcuni istituti che hanno, invece, trovato largo sviluppo nel nostro ordinamento, come quello del silenzio assenso e della D.I.A., vigendo il principio generale che il procedimento dovesse concludersi in modo espresso e motivato. Il parametro della proporzionalità è stato utilizzato in modo bidirezionale, per evitare sia aggravamenti del procedimento, che una semplificazione eccessiva laddove gli interessi fossero stati complessi. La CGCE ha giudicato incompatibile la Legge Merli, introduttiva del silenzio assenso (in luogo dell'autorizzazione espressa) allo scarico di determinate sostanze, perché non veniva garantito un adeguato controllo e la valutazione di tutti gli interessi in gioco, in un settore di particolare rilevanza quale quello ambientale. Anche la nostra Corte Costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità di diverse leggi regionali che, nel medesimo ambito, hanno introdotto il silenzio assenso.

Il relatore ha ricordato la recente Direttiva servizi n. 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, il cui capo II, dedicato alla semplificazione amministrativa, stabilisce la limitazione del regime di autorizzazione solo ai casi effettivamente giustificati ed introduce per la prima volta nel diritto comunitario, come principio generale, il silenzio assenso, con la finalità di agevolare la libertà di stabilimento dei prestatori nonché la libera circolazione dei servizi.

Il recepimento di tale direttiva rappresenta un obiettivo focale, unitamente alla valutazione se sia necessario il mantenimento di un regime pubblicistico autorizzatorio, seppur semplificato, o se, applicando il principio di proporzionalità, non debba, invece, propendersi per la piena liberalizzazione di alcune attività.

È controverso in dottrina se l'istituto della D.I.A. sia uno strumento di semplificazione o di liberalizzazione. Il relatore è dell'avviso che si tratti di uno strumento di semplificazione. L'ultima modifica dell'art. 19, comma 2, Legge n. 241/1990 ha introdotto una forma di D.I.A. atipica, che consente, in determinati casi, l'immediato inizio dell'attività, direttamente dalla data della sua presentazione all'Amministrazione competente. La sostituzione del provvedimento autorizzatorio con una denuncia da parte del privato fa gravare su quest'ultimo il rischio della valutazione della situazione e dell'interpretazione normativa e, non sempre, ciò si traduce in un alleggerimento dei suoi impegni. Tanto è vero che, in ambito edilizio, si usa richiedere il permesso di costruire anche laddove l'intervento può essere soggetto a D.I.A., perché l'assenza del provvedimento può mettere a rischio la sicurezza dell'investimento finanziario intrapreso.

Il relatore si è, poi, soffermato sul rapporto tra esercizio del potere e tutela giurisdizionale. Dall'iniziale indifferenza del diritto comunitario rispetto ai sistemi processuali nazionali si è passati ad una sempre maggiore invasività che, seppur limitata ad alcuni settori, tra cui quello degli appalti, ha finito per condizionare anche altri ambiti. Si è, così, giunti all'affermazione della CGCE di assicurare l'attuazione del diritto comunitario anche attraverso il riesame di decisioni sulle quali è ormai caduto il velo del giudicato, per l'esaurimento dei rimedi giurisdizionali disponibili. Tale orientamento ha una portata dirimpante, in quanto, sia pure a determinate condizioni, giunge a minare il principio del giudicato.

Il sindacato di legittimità della CGCE è molto simile a quello dei giudici amministrativi degli Stati membri, sebbene si fondi di più sui principi generali dell'ordinamento comunitario, a loro volta attinti dagli ordinamenti nazionali, stante la mancanza di precetti normativi precisi di riferimento. Primo fra tutti il principio di proporzionalità che, quale canone dell'azione amministrativa e legislativa, costituisce una spada affilata nelle mani del giudice per la decisione di un caso concreto che a lui appaia come giusta. Ovviamente ne va evitato sia un uso distorto che un'applicazione meramente formale, inidonea a garantire l'effettività delle tutele.

Gli *standard* di incisività del controllo giurisdizionale della CGCE specie sulla valutazione amministrativa degli elementi tecnici sono inferiori rispetto a quelli italiani. Anche con riguardo alla tutela avverso il silenzio delle istituzioni comunitarie, lo strumento del ricorso in carenza, previsto dall'art. 232 del Trattato, è stato poco utilizzato e, comunque, è spesso risultato scarsamente incisivo.

La giurisdizione deve perseguire il fine di porre al primo posto il cittadino, a cui spettano certezze per fornire risposte all'esigenza di giustizia, rispetto alle quali il sovrano spesso tace. Occorre, tuttavia, evitare che il giudice si senta esso stesso potere, anziché una funzione esercitata al servizio del cittadino. Ciò è tanto più vero per il giudice amministrativo, il cui compito è quello di verificare se il potere sia stato correttamente esercitato dall'Amministrazione.

A margine del suo intervento, il relatore si è soffermato su alcune considerazioni conclusive, ricordando, *in primis*, che il formarsi di un diritto amministrativo europeo trae linfa dal processo di integrazione circolare tra diritto comunitario e diritti nazionali. La priorità da perseguire rimane il corretto esercizio del potere anche da parte di soggetti pubblici, responsabili di decisioni su interessi che travalicano la mera dimensione nazionale.

Minore importanza assume, invece, la modalità di esercizio del potere che può esprimersi o in forme autoritative tradizionali, o in forme di co-amministrazione o di amministrazione integrata, che danno luogo a procedimenti composti, con accordi tra soggetti pubblici e soggetti privati, o in forme atipiche, come per gli impegni del diritto *antitrust*, o priva del suo esito provvedimento tipico.

Spesso il concetto di semplificazione è stato contrapposto all'inutilità di alcuni adempimenti amministrativi, indicati con il termine di "burocrazia", ma che non sempre costituiscono un costo ingiustificato. Per esempio, la non meditata ed eccessiva proliferazione di strumenti come il silenzio assenso e la D.I.A., può rappresentare una risposta non corretta, laddove il relativo uso sia distorto. La risposta ottimale alle esigenze di semplificazione dovrebbe essere, invece, il miglioramento della funzionalità della PA e non l'eliminazione degli adempimenti che appaiono necessari.

La ribadita centralità del potere anche nel diritto comunitario deve costituire uno stimolo nel nostro diritto amministrativo, sia in vista del prossimo recepimento della Direttiva servizi e delle modifiche al procedimento introdotto con la Legge di riforma del luglio del 2009.

La spesso affermata non conoscenza della nozione dell'interesse legittimo da parte del diritto comunitario è una questione sopravvalutata, meramente terminologica, in quanto esso ha ben chiare le forme di esercizio del potere e i loro effetti sulle posizioni giuridiche dei privati ed in alcun modo predilige il modello paritetico dei rapporti, a scapito del classico regime pubblicistico.

L'esperienza del diritto amministrativo italiano è stata a volte sotto utilizzata per rispondere a problematiche comuni a livello europeo, in contrasto con la fiducia che il nostro ordinamento ha sempre avuto nell'integrazione comunitaria, confermata dalla sentenza della nostra Corte Costituzionale che ha ammesso il rinvio pregiudiziale alla CGCE. Questa novità può fungere da propulsore per consentire un maggior dialogo tra il nostro ordinamento e quello comunitario, perché l'Italia sia protagonista, proprio in un momento in cui la sentenza della Corte Costituzionale tedesca del 2009 ha sostanzialmente subordinato la ratifica del Trattato di Lisbona da parte della Germania all'adozione di una serie di misure a tutela del Parlamento tedesco. È stato all'uopo richiamato dal Tribunale costituzionale tedesco sia il *deficit* democratico dell'Unione, sia il fatto che essa continui a fondarsi sulla volontà degli Stati, che rimangono "*i signori dei trattati istituitivi*".

Gli Stati membri possono conquistare un ruolo più attivo per correggere alcune incongruenze del diritto comunitario, per esempio in materia di tutela giurisdizionale; in Italia, l'attuazione della delega

per la riforma del processo amministrativo può costituire un'occasione irripetibile per la sua modernizzazione, in linea con i principi comunitari. Il recupero da parte del nostro Paese di un ruolo leader in tale processo e nella formazione di un diritto amministrativo europeo, è importante, potendo esso costituire una risposta alla crisi della sovranità statale.

Il potere pubblico resta un elemento centrale, a volte svincolato nella sua dimensione nazionale, a volte diretto alla formazione di un diritto amministrativo “*oltre lo Stato*” (in linea con l'opera di Santi Romano, fautore della teoria della pluralità degli ordinamenti). Anche il diritto dell'Unione Europea può oggi considerarsi come una forma di diritto amministrativo oltre lo Stato.

Il relatore ha sottolineato che l'indebolimento della partecipazione democratica è indebolimento della sovranità statale. A fronte di tale *deficit* democratico, che non è solo proprio dell'Unione Europea, il diritto amministrativo può svolgere la funzione di collante, per individuare le corrette modalità di esercizio del potere pubblico che, quando necessario, lascia lo spazio a forme alternative e funzionali all'interesse della collettività, senza comprimerne oltre il dovuto le posizioni giuridiche, nel rispetto della dialettica tra potere e libertà che sta alla base degli ordinamenti moderni.

Nel richiamare Feliciano Benvenuti, secondo cui “*Molti frutti deve dare ancora l'albero delle libertà*”, il Consigliere Chieppa ha rivendicato alla giurisprudenza ed alla dottrina amministrativistica italiana la capacità di trovare adeguate soluzioni, affinché il cittadino italiano ed europeo sia posto nelle condizioni di raccogliarli.

Ha, poi, preso la parola il Procuratore della Corte di Conti DOTT. EUGENIO FRANCESCO SCHITZLER, nel cui intervento programmato, intitolato “NUOVI MODELLI DI GESTIONE DELLE RISORSE FINANZIARIE PUBBLICHE: QUALE TUTELA DEI DANNI ERARIALI”, ha affrontato il tema del rapporto tra S.p.A. partecipate pubbliche e giurisdizione della Corte dei Conti.

In premessa, il relatore ha ricordato alla platea l'autonoma dignità della responsabilità amministrativa, nell'ambito del sistema delle responsabilità pubbliche, e le peculiari regole da cui essa è governata - tra cui la rilevanza della colpa grave, l'intrasmissibilità all'erede delle conseguenze patrimoniali incombenti sul responsabile defunto, la considerazione del vantaggio conseguito dalla PA, il limite esterno della discrezionalità, il potere riduttivo dell'addebito - tutte concepite per alleggerire l'esercizio della funzione pubblica e la posizione del dipendente pubblico.

La giurisdizione della Corte dei Conti ha carattere esclusivo ed il suo stesso ambito è definito *ratione materiae*, sebbene sussista la possibilità che la PA si costituisca parte civile nel processo penale contro il pubblico dipendente, precludendogli, in tal caso, di avvalersi della normativa di favore di cui gioverebbe in sede contabile.

La legge n. 97 del 2001 ha previsto la trasmissione al Procuratore generale della Corte di Conti delle pronunzie di condanna per delitti contro la PA, per gli accertamenti patrimoniali a carico del condannato, e di quelle definitive, per l'inizio dell'eventuale procedimento di responsabilità per danno erariale. Secondo la Corte Costituzionale, la condanna penale solo generica al risarcimento dei danni nei confronti del dipendente non limita la potestà cognitiva del giudice contabile, in ordine all'accertamento del danno erariale ed alla statuizione di una responsabilità amministrativa.

Il relatore ha posto all'attenzione della platea il tema dell'eventuale responsabilità dei dipendenti e degli amministratori di una S.p.A. pubblica, ai fini della reintegrazione del danno da costoro direttamente o indirettamente cagionato alla persona giuridica; caso, questo, che si distingue dall'ipotesi in cui sia la stessa S.p.A. pubblica il soggetto responsabile per il pregiudizio arrecato all'erario, da risarcire con il proprio patrimonio sociale.

Tale distinzione non emerge con chiarezza nell'ambito dell'elaborazione dottrina e giurisprudenziale e la stessa sentenza n. 3899 del 2004 della Corte di Cassazione ha sorvolato sul punto. Tale pronuncia ha affermato trattarsi di un problema (non solo nominalistico) interno alla giurisdizione

contabile, stabilire se i dipendenti debbano risarcire la S.p.A. partecipata pubblica o i proprietari delle quote.

Corollario del tema principale è quello del danno obliquo o trasversale (con cui si indica il pregiudizio, prodotto da un dipendente di un'Amministrazione pubblica ad un'altra Amministrazione). Ammettendosi che gli amministratori e i dipendenti di S.p.A. pubbliche rispondano secondo le norme contabili del danno a queste prodotto, i suddetti sarebbero responsabili anche dei diversi danni causati all'Ente come agenti della S.p.A. pubblica a questo legata da un rapporto di servizio.

Diverso sarebbe il caso delle S.p.A. partecipate, perché l'applicazione delle norme contabili al risarcimento dei danni prodotti dai propri amministratori o dipendenti non ne comporta anche un'omologazione agli organismi pubblici, specie quando la partecipazione azionaria pubblica sia minoritaria. Inoltre, occorre non vanificare l'effettività della tutela risarcitoria del danno erariale. La PA legata da un rapporto di servizio con la S.p.A. (indipendentemente da un'eventuale partecipazione nel capitale azionario) fa affidamento anche sulla consistenza del capitale sociale di cui la compagine societaria dispone, a garanzia del risarcimento dei danni eventualmente derivanti da una gestione non corretta e/o inefficace dei compiti alla stessa assegnati. Pertanto, se si fa gravare la responsabilità ed il conseguente risarcimento sul dipendente della S.p.A., si sposta il rischio dell'insolvenza e dell'attività d'impresa sull'erario dell'ente pubblico danneggiato, essendo questo destinato a rimanere incapiente, nel caso (come è facile che sia) di ridotta consistenza economica del patrimonio della persona fisica rispetto a quello della persona giuridica.

Il diretto coinvolgimento di amministratori e dipendenti pubblici delle S.p.A. partecipate pubbliche sarebbe possibile solo considerando queste ultime come degli organismi di diritto pubblico, sebbene si tratti di una strada interpretativa ancora incerta.

Oggi la giurisprudenza afferma la giurisdizione della Corte dei Conti sugli amministratori e sui dipendenti di enti pubblici economici e, con qualche confusione, su quelli di S.p.A. in rapporto di servizio con Enti territoriali. Manca, tuttavia, nella giurisprudenza della Corte di Cassazione, ma non in quella della Corte dei Conti, un riconoscimento esplicito ed univoco della giurisdizione contabile sui danni prodotti dagli amministratori e dai dipendenti al patrimonio sociale della S.p.A. di appartenenza. Vi sono, poi, pronunzie relative alla responsabilità degli amministratori nei confronti direttamente della mano pubblica che partecipa alla società, secondo uno schema tipico della responsabilità amministrativa, in relazione al potere di direttiva del socio pubblico, che gode di una posizione se non maggioritaria, quantomeno di comando. Diverso è, infine, il discorso della responsabilità della S.p.A. pubblica quale soggetto non leso, bensì danneggiante, nei cui confronti vige la giurisdizione contabile, in ragione del rapporto di servizio che la lega all'Ente.

Il relatore ha, quindi, accennato all'art. 16 *bis*, Legge 28 febbraio 2008, n. 31, che ha sottoposto alla giurisdizione esclusiva del giudice ordinario, secondo le norme di diritto civile, le controversie relative alla responsabilità degli amministratori e dei dipendenti di società a partecipazione pubblica minoritaria, se quotate in borsa. Indirettamente, rimangono attribuite alla giurisdizione contabile le controversie per tutte le altre società a partecipazione pubblica, anche minoritaria o addirittura marginale, non essendo esse, di regola, quotate in borsa.

A conclusione del suo intervento, il Procuratore DOTT. SCHLITZLER ha espresso perplessità in ordine a tale disposizione, anche perché pone problemi di coordinamento con altre norme ed alcuni interrogativi. Ci si chiede, infatti, per quale ragione siano escluse società a partecipazione pubblica minoritaria solo perché quotate; e perché lo statuto del pubblico dipendente debba applicarsi anche nei confronti di dipendenti di S.p.A. private, partecipate in misura minimale dalle risorse finanziarie pubbliche. Inoltre, non si comprende per quale motivo il P.M. contabile dovrebbe agire in tutela del danno societario che, ove subito da una società a partecipazione pubblica minoritaria, pregiudicherebbe in gran parte soggetti privati. Ci si interroga, inoltre, sulla ragione per cui i soggetti privati della S.p.A. pubblica dovrebbero essere tutelati innanzi alla giurisdizione contabile da norme meno rigorose, che sono di sicuro favore per il responsabile del danno, ma non certo per il creditore del risarcimento.

Il relatore ha, infine, richiamato l'attenzione sulla circostanza che la costituzione tempestiva di una pur simbolica partecipazione azionaria pubblica sarebbe sufficiente a radicare la giurisdizione contabile e, per converso, la sua dismissione reintrodurrebbe quella ordinaria, con conseguenze, in termini di prescrizione. L'azione contabile si prescriverebbe, difatti, entro cinque anni dal compimento del fatto dannoso da parte degli amministratori; quella ordinaria, nel medesimo ordine di tempo, con decorrenza, però, dalla cessazione del mandato.

Nel congedarsi, ha ricordato che allo stato sono in atto modifiche normative, stante la presa di coscienza da parte del legislatore dell'inadeguatezza della soluzione contenuta nel citato art. 16 *bis*.

Ha concluso i lavori del Convegno il Presidente DOTT. ALBERTO DE ROBERTO, il quale ha effettuato una lunga carrellata di tutti i contributi susseguitisi nel corso dei tre giorni, riconducendoli sapientemente ai due filoni principali delle relazioni politico istituzionali e delle relazioni organizzative, di cui ha evidenziato le linee guida, gli aspetti controversi nonché i punti condivisi. Ha, quindi, ringraziato gli organizzatori, i colleghi e la platea, rivolgendo a tutti il suo saluto, in vista dell'appuntamento previsto per l'anno prossimo.