



Il volume vuole offrire un quadro generale del complesso normativo che interessa il sistema della produzione edilizia, fornendo alcuni elementi attraverso cui orientarsi nel panorama del processo edilizio. Allo scopo di fornire un quadro sistematico dei mutamenti occorsi nel settore, è stata adottata una chiave di lettura storica, assumendo quale parametro di riferimento la suddivisione temporale utilizzata negli studi sulla produzione edilizia. Così, seguendo un ideale percorso espositivo di un insegnamento di diritto, dopo una prima indagine tesa a chiarire in termini generali i tratti caratterizzanti il sistema giuridico, anche al fine di evidenziarne i profili evolutivi, l'analisi viene focalizzata sui profili soggettivi (pubblici e privati), offrendo un quadro di insieme dell'organizzazione amministrativa del suo complesso, nonché dei soggetti direttamente coinvolti nel processo edilizio e degli stessi enti costruttori. Seguono poi degli approfondimenti sui profili oggettivo-procedimentali concernenti l'uso e l'assetto del territorio, nonché sulla disciplina del procedimento amministrativo e dei contratti delle pubbliche amministrazioni.

Loredana Giani, professore straordinario di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di L'Aquila. Prorettore presso la stessa università e presidente del Corso di laurea in Scienze della formazione primaria. Docente a supplenza da diversi anni nell'ambito del Corso di laurea in Gestione del Processo edilizio, Facoltà di Architettura Valle Giulia, Sapienza Università di Roma, di "Diritto dell'Economia". È autore di numerose pubblicazioni; tra le più recenti: *"Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato"*, Editoriale Scientifica, 2005, *"Il T.U. sulla sicurezza nei luoghi di lavoro. Considerazioni giuridiche"*, in AA.VV., *Edilizia, ambiente e società. Per una stabilità dell'industria delle costruzioni*, Alinea, 2006; *"Articolo 20. Silenzio assenso"* e *"Articolo 21 sexies. Il recesso"*, in AA.VV., *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge 241/90 riformata dalle leggi 15/2005 e 80/2005*, Giappichelli, 2005; *"Il modello regolativo nel quadro dell'evoluzione dei rapporti tra diritto ed economia. Funzione amministrativa di regolazione e modello corporativo"*, in AA.VV., *Scritti in onore di Leopoldo Mazzaroli*, vol. III, Cedam, 2007; *"Finanziamento della Casa della salute"*, in AA.VV., *La casa della salute. Idee di progetto*, Alinea, 2007; *"L'organizzazione amministrativa"* e *"Le funzioni di regolazione del mercato"*, parr. 1-8, in *Diritto amministrativo*, a cura di F.G. Scoca, Giappichelli, 2008.

DIPARTIMENTO DI INDUSTRIAL DESIGN
TECNOLOGIE DELL'ARCHITETTURA
E CULTURA DELL'AMBIENTE ITACA



SAPIENZA
UNIVERSITÀ DI ROMA



5

Materiali Didattici/5

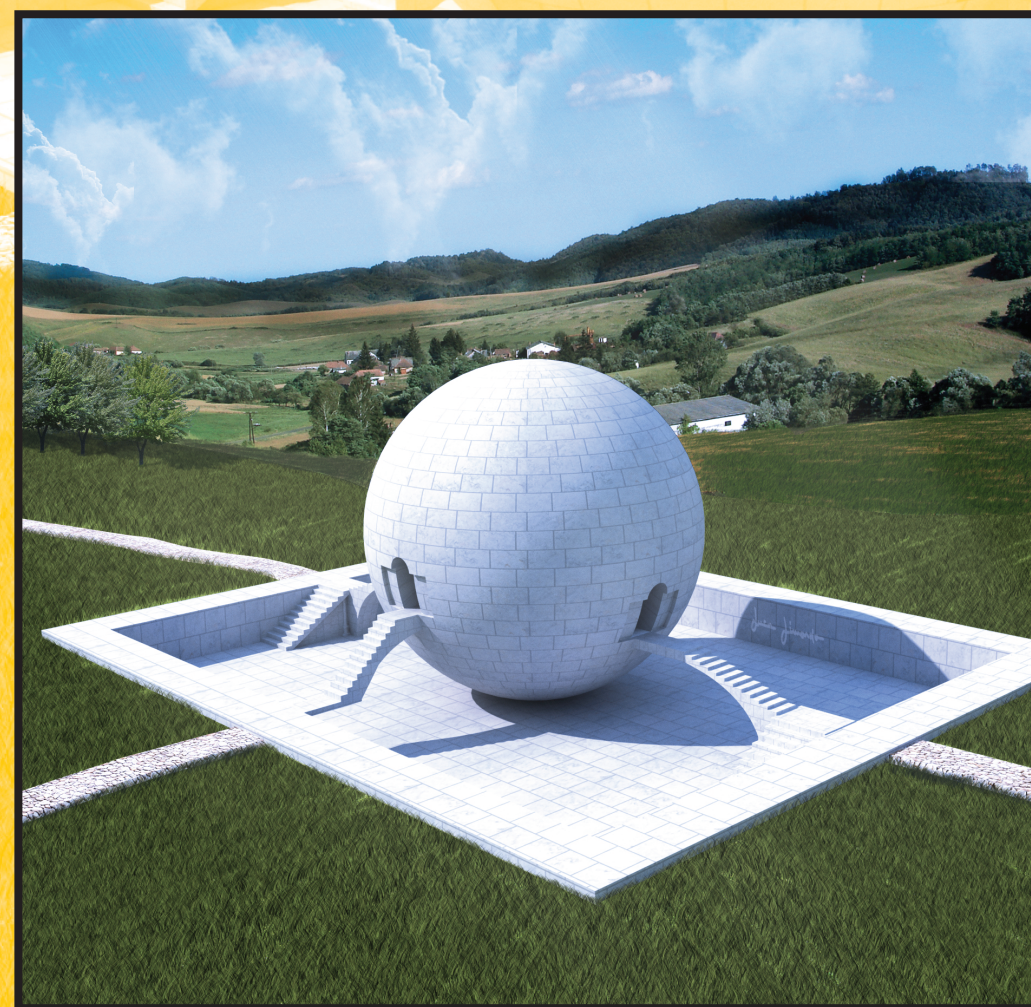
Cultura Tecnologica e
Gestione del Progetto

Collana a cura di
Ferdinando Terranova

Loredana Giani

EDILIZIA E DIRITTO

Profili Giuridici della Produzione Edilizia



EDILIZIA E DIRITTO Profili Giuridici della Produzione Edilizia

Loredana Giani



ALINEA
ARCHITETTURA

*A Liam,
luce e gioia della mia vita,
il cui sorriso ha svelato
il senso di un'esistenza.
L.G.*

DIPARTIMENTO DI INDUSTRIAL DESIGN
TECNOLOGIE DELL'ARCHITETTURA
E CULTURA DELL'AMBIENTE ITACA



SAPIENZA
UNIVERSITÀ DI ROMA

Materiali Didattici/5

Cultura tecnologica e Gestione
del progetto

Collana a cura di
Ferdinando Terranova

Progetto grafico e impaginazione: **Serena Spadolini**

immagine del progetto in copertina: **Luca Limardo**

copyright Alinea editrice s.r.l.- Firenze 2008
50144 Firenze, via Pierluigi da Palestrina, 17 / 19 rosso

Tel. 055/333428 – Fax 055/331013

Tutti i diritti sono riservati:
nessuna parte può essere riprodotta in alcun modo
(compresi fotocopie e microfilms)
senza il permesso scritto della Casa Editrice

e-mail ordini@alinea.it
<http://www.alinea.it>

ISBN 88-6055-266

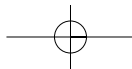
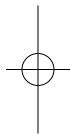
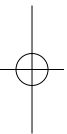
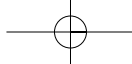
finito di stampare nel maggio 2008

Stampa: Genesi - Gruppo Editoriale srl - Città di Castello (Perugia)

Loredana Giani

EDILIZIA E DIRITTO

Profili Giuridici della Produzione Edilizia



Indice

9	Presentazione	Ferdinando Terranova	
11	PROJECT MANAGER E DIRITTO		sezione 1
13	Capitolo I. Quadro introduttivo		
13	1	Le ragioni di un insegnamento di diritto amministrativo all'interno di un corso dedicato al processo edilizio	
13	2	Cenni sulla figura del <i>project manager</i>	
15	2.1	<i>Project manager</i> e processo edilizio: un tentativo di schematizzazione	
19	CENNI SUL SISTEMA GIURIDICO		sezione 2
21	Capitolo II. L'evoluzione del sistema verso la globalizzazione		
21	1	Cenni sul fenomeno giuridico. Il diritto oggettivo	
21	2	Norma giuridica e fenomeno sociale	
22	3	Caratteri della norma giuridica	
23	4	Posizioni soggettive di svantaggio e di vantaggio. Doveri, obblighi e oneri. Diritti assoluti e diritti relativi	
23	5 (Segue).	Interesse legittimo, aspettativa e potere	
26	6	Le partizioni del diritto	
27	7	L'evoluzione dei rapporti tra sistemi	
29	8	Il rilievo della determinante sociale nell'evoluzione del sistema giuridico	
31	8.1	Il rilievo della libertà economica nel quadro costituzionale italiano	
32	9	Il passaggio allo stato regolatore	
34	10	Cenni sulla globalizzazione	
37	Capitolo III. Fonti del diritto		
37	1	Le fonti del diritto	
38	2	Il sistema delle fonti	
39	3	Le fonti costituzionali	
40	4	Le fonti primarie. La legge	
41	5	Gli atti aventi forza di legge. Delega legislativa e Testi unici	
42	6 (Segue).	I decreti legge	
43	7	Le fonti secondarie	
47	8	Potestà normativa delle amministrazioni indipendenti	
48	8.1	La potestà normativa dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture	
49	9	La riforma del titolo V della Costituzione e il nuovo riparto delle materie	
51	9.1 (Segue).	Il governo del territorio e l'urbanistica ed edilizia	
52	9.2 (Segue).	Lavori pubblici e <i>project financing</i>	
53	10	Fonti comunitarie e ordinamento interno	
55	10.1	Rapporto tra fonti comunitarie e fonti di diritto interno	
57	10.2	L'applicazione delle fonti comunitarie	
60	10.3	La partecipazione delle Regioni alla fase di formazione degli atti comunitari (c.d. fase ascendente)	
61	10.3.1 (Segue).	La "Legge Buttiglione"	
63	10.4	L'attuazione delle fonti comunitarie da parte delle Regioni (c.d. fase discendente)	
65	11	Globalizzazione e fonti del diritto	
65	12	Norme di buona tecnica e buone prassi	
67	Capitolo IV. Profili soggettivi dell'organizzazione amministrativa		
67	1	Cenni sull'organizzazione amministrativa. Organo e ufficio	
68	2	La capacità giuridica degli enti pubblici	
69	3	Brevi cenni sull'organizzazione pubblica statale	

- 70 3.1. (Segue). Ministeri
- 73 3.2. (Segue). Agenzie
- 74 3.3. (Segue). Le strutture di raccordo interne ed esterne alle amministrazioni pubbliche.
- 75 3.4. Le amministrazioni indipendenti
- 76 3.4.1 L'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture
- 77 3.5 Gli Enti pubblici
- 78 3.6 Gli Enti pubblici economici
- 79 4 Impresa pubblica e ordinamento comunitario
- 80 5 Il processo di privatizzazione
- 82 5.1 Le S.P.A.
- 83 6 Gli organismi di diritto pubblico
- 85 7 Le Fondazioni
- 87 8 Le S.O.A. - Società organismi di attestazione
- 89 9 Gli Enti territoriali e locali
- 90 10 Gli strumenti di raccordo tra i diversi livelli di governo: Stato-Regioni; Regioni-Autonomie locali.
- 91 11 Quadro riepilogativo degli enti

97 **IL SISTEMA DELL'EDILIZIA ABITATIVA** sezione 3

99 **Capitolo V Cenni sull'evoluzione del sistema dell'edilizia abitativa. Quadro generale sui principali interventi normativi**

- 99 1 Cenni sull'evoluzione nel XIX secolo
- 100 2 Alcune esperienze di case per i poveri. Le *workhouses* britanniche
- 102 3 Le spinte verso una concezione funzionale
- 103 4 L'esperienza italiana dei primi del Novecento
- 104 5 Politica edilizia e politica rurale durante il Ventennio
- 107 6 Diritto all'abitazione e diritto sull'abitazione nella Carta costituzionale
- 109 7 La situazione edilizia nel secondo dopoguerra. Il primo ciclo edilizio (1945-1957)
- 112 8 (Segue). (1958-1963)
- 113 9 Il secondo ciclo edilizio (1964-1970)
- 114 10 (Segue). (1971-1977)
- 116 11 Il terzo ciclo edilizio (1978-1989)
- 119 12 Gli anni Novanta. Il quarto ed il quinto ciclo edilizio (1990-2001) (dal 2001 ai nostri giorni)

123 **Capitolo VI Pubblica amministrazione e garanzia del diritto all'abitazione**

- 123 1 Diritto all'abitazione e servizio pubblico
- 125 2 Cenni sui profili soggettivi
- 126 2.1 (Segue). Il CIPE ed il CER
- 127 3 Cenni sugli enti costruttori: l'INCIS
- 128 3.1 (Segue). L'ISES e l'INA-CASA
- 128 3.2 (Segue). La GESCAL
- 129 3.3 (Segue). Gli Istituti Autonomi Case Popolari (IACP)
- 131 3.4 (Segue). Dagli Istituti Autonomi Case Popolari (IACP) alle Aziende per l'edilizia residenziale
- 133 4 Elenco di alcuni dei principali provvedimenti in materia di edilizia residenziale

137 **Capitolo VII La cartolarizzazione del patrimonio immobiliare ed i fondi comuni**

- 137 1 Cenni introduttivi sulla cartolarizzazione
- 137 2 Profili soggettivi della cartolarizzazione
- 139 2.1 Altri soggetti della cartolarizzazione
- 139 3 Cenni sul processo di cartolarizzazione
- 140 4 La cartolarizzazione del patrimonio immobiliare. Quadro normativo
- 141 5 Cenni sulla classificazione dei beni
- 143 6 La disciplina contenuta nella legge 23 novembre 2001, n. 410
- 144 6.1 La cessione del patrimonio immobiliare
- 145 7 Cenni sui fondi comuni di investimento

147 **PROGRAMMAZIONE AMMINISTRATIVA E USO DEL TERRITORIO** **sezione 4**

149 **Capitolo VIII Cenni sull'evoluzione dello strumento programmatico**

- 149 **1 Programmazione e pianificazione**
- 150 **2 Diritto ed economia nella Carta costituzionale. Cenni sulla Costituzione economica**
- 153 **3 La programmazione nella Costituzione**
- 155 **4 Le prime esperienze programmatiche**
- 157 **4.1 (Segue). Gli anni Ottanta. Programmazione economica e finanza pubblica**
- 158 **5 Dalla programmazione economica generale alla programmazione di bilancio**
- 158 **6 Il contesto programmatico comunitario**

161 **Capitolo IX Programmazione territoriale e titoli in edilizia. Dalla licenza edilizia al permesso di costruire**

- 161 **1 La programmazione territoriale**
- 162 **1.1 Il piano territoriale di coordinamento**
- 163 **1.2 I piani intercomunali**
- 163 **1.3 I piani comprensoriali**
- 163 **1.4 La pianificazione territoriale nella legislazione regionale, provinciale e sub-provinciale**
- 165 **2 (Segue). La pianificazione ambientale**
- 165 **3 La pianificazione di settore**
- 166 **3.1 La pianificazione urbanistica**
- 166 **3.1.1 Il Piano regolatore generale**
- 168 **4 Dal governo alla *governance* del territorio: la programmazione negoziata**
- 169 **4.1 Gli strumenti della programmazione negoziata**
- 169 **4.1.1 Intesa istituzionale di programma**
- 170 **4.1.2 L'accordo di programma quadro**
- 170 **4.1.3 Patto territoriale**
- 171 **4.1.4 Contratto di programma e contratto d'area**
- 171 **5 Dalla licenza edilizia al permesso di costruire**
- 173 **5.1 (Segue). Il permesso di costruire**
- 176 **5.2 (Segue). La denuncia di inizio di attività**
- 178 **5.3 (Segue). Attività edilizie libere**
- 178 **5.4 Quadro riepilogativo delle procedure edilizie**

187 **PROFILI GIURIDICI DELL'ATTIVITÀ DELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI** **sezione 5**

189 **Capitolo X L'attività procedimentale delle pubbliche amministrazioni**

- 189 **1 Il procedimento amministrativo e le sue fasi**
- 189 **2 Principi generali del procedimento amministrativo**
- 191 **3 Ambiti soggettivi ed obiettivi di applicazione della disciplina del procedimento amministrativo**
- 192 **3.1 Disciplina del procedimento amministrativo e potestà legislativa regionale**
- 193 **4 L'iniziativa procedimentale**
- 193 **5 Il responsabile del procedimento**
- 194 **6 L'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento**
- 196 **7 L'istruttoria procedimentale**
- 198 **8 Partecipazione al procedimento**
- 199 **9 Preavviso di rigetto**
- 200 **10 La fase decisoria**
- 201 **11 La fase integrativa dell'efficacia**
- 202 **12 La motivazione del provvedimento**
- 202 **13 Attività vincolata ed attività discrezionale. Discrezionalità amministrativa, tecnica ed accertamento tecnico**
- 204 **14 Invalidità del provvedimento amministrativo**
- 206 **15 Obbligo di conclusione del procedimento amministrativo e termine di conclusione**
- 207 **15.1 I silenzi dell'amministrazione**
- 208 **15.2 Il silenzio assenso**
- 209 **15.3 La denuncia di inizio di attività**
- 210 **16 La conferenza di servizi**

216	17 Accordi procedurali ed accordi sostitutivi di provvedimento
217	18 Cenni sulla disciplina dell'accesso
221	Capitolo XI Quadro d'insieme della disciplina dei lavori pubblici
221	1 Introduzione
223	2 Le fasi del procedimento ad evidenza pubblica
224	3 La progettazione dei lavori pubblici
223	4 La realizzazione dei lavori pubblici
227	4.1 Le forme indirette. La concessione
228	4.2 (Segue). Il <i>project financing</i>
229	4.2.1 L'ambito oggettivo di applicazione della finanza di progetto
234	4.2.2 Il rilievo economico dell'intervento
235	4.2.3 Cenni sui profili soggettivi della finanza di progetto
237	4.2.4 Pluralità delle fonti di finanziamento
238	4.2.5 Cenni sui profili procedurali
242	4.2.5.1 La conferenza di servizi
243	4.3 Le altre forme di partenariato pubblico privato
244	4.3.1 Il <i>leasing</i> immobiliare
245	4.3.2 Il contratto di sponsorizzazione
240	5 La fase di scelta del contraente privato: procedure ristrette, aperte e negoziate
249	6 (Segue). Il dialogo competitivo e gli accordi quadro
252	7 Stipula ed esecuzione del contratto
257	Bibliografia essenziale

L'impianto dell'opera ed il suo coordinamento sono curati da
Loredana Giani.

Gli autori sono:

Loredana Giani (Capp., I, II, IV, V, VI, VII, VIII, XI)

Annarita Iacopino (Capp. III, IX, X).

Presentazione

Ferdinando Terranova

Professore ordinario di Tecnologia dell'Architettura
Università La Sapienza, Roma

La lunga agonia dei Paesi del socialismo reale e l'affermarsi di un capitalismo rampante ed aggressivo ha finito col rimettere in discussione tutte le regole del gioco e della convivenza alle quali eravamo stati abituati dal dopoguerra e per tutto il periodo della guerra fredda.

Il settore delle costruzioni ha vissuto periodi ruggenti e meno dalla ricostruzione dell'Italia realizzando profitti e guadagni leciti e illeciti ove la contiguità tra speculazione, affarismo e quant'altro si è spesso coniugata con malaffare e criminalità organizzata. Settore quanto mai opaco e terreno permanente d'incursioni di magistrati e di gran parte del giornalismo investigativo. Settore ove il diritto è stato (e continua ad essere) un optional. Nonostante il malaffare fosse noto, l'industria delle costruzioni ha continuato a navigare con alti e bassi fintantoché il bubbone è esploso con Tangentopoli. Gli aspetti giudiziari sono stati il volano affinché le ragioni di quel capitalismo vincente e globalizzato s'imponessero. Quest'ultimo mal accettava il parassitismo d'accatto di screditate cariatidi politiche, perché tale era vissuta la degenerazione dei partiti degli anni '80 guidata dal cosiddetto CAF (Craxi, Andreotti e Forlani) che ha ingessato la democrazia partecipata affermatasi nel dopoguerra e dilapidato l'economia nazionale le cui conseguenze ancora si pagano e si pagheranno in avvenire (debito pubblico), si da determinare l'implosione di quel cartello politico.

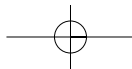
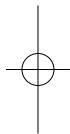
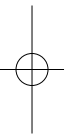
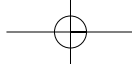
Anime belle pensarono di mettere fuori gioco il malaffare in edilizia studiando sistemi e procedure burocratiche rivelatesi prive d'effetto come le varie edizioni della legge sugli appalti pubblici (leggi Merloni dalla prima alla quater) e quella relativa alle procedure colle quali si legittimano attestazioni relative alle capacità tecnico-finanziarie delle imprese di costruzione a concorrere ai bandi per la realizzazione di opere pubbliche (le cosiddette attestazioni SOA, vera e propria chicca truffaldina e screditata).

Si dirà: allora non c'è speranza? Questa è la scommessa e le ragioni che ci fanno dire che la speranza non muore mai e che gli studiosi del diritto e della legalità ci debbono fornire, in un lavoro che abbia come fine la prevenzione del reato e della corruzione e marginalmente l'obiettivo della repressione che, comunque, dev'essere sempre presente in quanto società costruite sul denaro, sui commerci, sulle ragioni di scambio qual è la nostra vivono perennemente nel rischio malavitoso anche, e soprattutto, quello delle giacche in doppiopetto.

Dobbiamo essere, pertanto, grati a Loredana Giani che si è cimentata con un'opera - quella che andiamo a presentare - approfondita di divulgazione, rivolta soprattutto a giovani studenti del Corso di Laurea in Project Management (Gestione del Processo Edilizio) della Facoltà di Architettura Valle Giulia di Sapienza Università di Roma. Lavoro umile ma necessario il suo affinché futuri responsabili unici del procedimento, direttori dei lavori, coordinatori della sicurezza eccetera siano in grado di avere quelle nozioni che facciano della loro professione un presidio di correttezza legale e di certezza per la collettività.

Ma soprattutto quello che abbiamo apprezzato è lo sforzo per inquadrare storicamente il sistema giuridico italiano e il suo approdo alla globalizzazione nonché il sistema dell'edilizia abitativa nella sua evoluzione storica e nelle strategie pubbliche per ridurre il debito pubblico attraverso politiche governative di dismissione del patrimonio abitativo pubblico e, nel prossimo futuro, di quello demaniale. L'attività della Pubblica Amministrazione e le procedure da essa adottate rappresentano il fulcro del lavoro e quello che più che altri aspetti è più soggetto a smagliature e a creare elementi d'inquinamento e d'infiltrazione malavitosa. L'esplicitazione delle procedure e la certezza legale rappresentano un passaggio importante nella formazione del futuro manager che lavorerà nella realizzazione dell'opera edilizia.

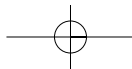
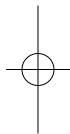
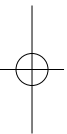
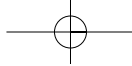
Noi ci auguriamo che si sviluppi una scuola di studiosi del diritto applicato che elabori semplici e trasparenti procedure per garantire risultati positivi allo sforzo economico-finanziario sopportato dalla collettività per dotare di attrezzature civili e moderne il Paese. Il settore delle costruzioni è quello più bisognoso di tali contributi.



Project manager e diritto

s e z i o n e

1



Capitolo I

Quadro introduttivo

1

Sommario:

1. Le ragioni di un insegnamento di diritto amministrativo all'interno di un corso dedicato al processo edilizio. 2. Cenni sulla figura del *project manager*. 2.1. *Project manager* e processo edilizio: un tentativo di schematizzazione.

1. Le ragioni di un insegnamento di diritto amministrativo all'interno di un corso dedicato al processo edilizio

L'obiettivo primario di un insegnamento di diritto amministrativo all'interno di un corso dedicato alla Gestione del processo edilizio è essenzialmente quello di offrire, entro i limiti del corso, un quadro generale del complesso sistema normativo che interessa il settore della produzione edilizia, fornendo degli elementi attraverso cui orientarsi nel panorama normativo del processo edilizio. E cioè quella lunga e complessa vicenda che va dal riconoscimento dei bisogni dell'uomo, dei gruppi sociali, delle collettività, fino al loro soddisfacimento attraverso la costruzione e l'uso delle opere edili.

L'analisi si fa viepiù articolata ove si consideri già solo la molteplicità dei soggetti (pubblici e privati) che a diverso titolo interagiscono assumendo un ruolo peculiare all'interno dell'intero processo produttivo.

È evidente, pertanto, che obiettivo del presente lavoro non è, e non potrebbe essere, un'analisi dettagliata dei singoli aspetti che vengono in considerazione, quanto piuttosto la definizione di un quadro di insieme che ha l'obiettivo di fungere da primo approccio per approfondimenti più specifici delle singole discipline.

Seguendo un ideale percorso espositivo di un insegnamento di diritto, dopo una prima indagine tesa a chiarire in termini generali i tratti caratterizzanti il sistema giuridico, anche al fine di evidenziarne i profili evolutivi, saranno analizzati i profili soggettivi (pubblici e privati), oggettivi e procedurali con particolare riferimento alla produzione edilizia.

"Le figure più caratteristiche del processo edilizio sono quelle degli utenti o utilizzatori delle opere realizzate. Quelle della committenza, cioè dei promotori effettivi dei processi, cui spetta il ruolo di predisporre, programmare, sostenere e controllare lo sviluppo del processo. Le figure dei progettisti, che hanno il compito di tradurre i bisogni e programmi in ipotesi di soluzione. Quelle, infine, dei costruttori che hanno il compito di dare esistenza fisica alle opere progettate" (G. TURCHINI, *Committenti, progettisti e costruttori, ovvero dell'intelligenza del processo. Sintesi della prolusione*, p. 9)

Allo scopo di fornire un quadro sistematico dei mutamenti occorsi nel settore della produzione edilizia, si tenterà di adottare, ove possibile, una chiave di lettura storica, assumendo quale parametro di riferimento la suddivisione temporale utilizzata negli studi sulla produzione edilizia, pur nella consapevolezza che non sempre è possibile una esatta periodizzazione, analoga a quella utilizzata per i cicli edilizi, essendo naturalmente diversi i cicli di vita di alcuni provvedimenti normativi.

2. Cenni sulla figura del *project manager*

Il parametro soggettivo di riferimento della panoramica che si intende offrire è rappresentato dalla figura del *project manager* che si pone quale elemento centrale della produzione edilizia, espressione, come è stato da più parti sottolineato, di una nuova visione dell'impresa. Si tratta di una figura che, come sottolineato dalla dottrina, trova origini assai lontane. È singolare, infatti, come, proprio facendo leva sulla caratteristica indicata in precedenza, relativa alla gestione tanto sotto un profilo statico, relativo cioè agli aspetti che materialmente portano alla realizzazione del progetto, tanto sotto un profilo dinamico, concernente la gestione degli aspetti organizzativi connessi non solo alla gestione del cantiere, le origini del *project management* sono state individuate proprio nel settore dell'edilizia. Più in particolare si sottolinea

che la realizzazione di opere quali le Piramidi in Egitto, la Grande muraglia cinese e lo stesso Colosseo, è stata possibile proprio grazie all'esistenza di figure professionali in possesso di conoscenze tecniche, di pianificazione, di gestione delle risorse umane ed economiche, ecc., in grado di seguire un progetto dall'inizio alla fine.

Nonostante ciò non ci sono pervenuti scritti dai quali si evince un approccio scientifico e consapevole alle problematiche che gravitano attorno alla gestione complessiva di un progetto inquadrato in una prospettiva di sistema.

I primi scritti in tal senso risalgono ad un'epoca decisamente recente, ove raffrontata nella prospettiva considerata, e cioè alla seconda metà del XIX secolo quanto Taylor, riprendendo l'idea cartesiana, affermò che "il lavoro può essere analizzato e può essere migliorato concentrando sulle sue parti elementari, cioè sulle attività che lo compongono".

Nello stesso periodo Gantt rappresentò il processo produttivo offrendone una suddivisione in fasce temporali, cioè quei *milestones* a partire dai quali il progetto è stato poi studiato dalla dottrina successiva in termini di un vero e proprio processo nel quale vengono considerate anche le fasi della gestione e del controllo dell'opera.

In questa prospettiva ben si comprende come il *project manager* si configuri come soggetto titolare di una vera e propria responsabilità sociale da cui deriva la conseguenza di maggiore rilievo, rappresentata dalla sempre crescente esigenza di coordinare, in modo integrato, i diversi aspetti di un progetto (che vanno dalla sua ideazione alla fase ultima della chiusura dello stesso), allo scopo di assicurarne il successo finale, in termini non solo economici ma anche di impatto sull'utenza.

Il *project manager* è soggetto che, nell'ambito del processo edilizio, si pone quale responsabile unico della valutazione, pianificazione e realizzazione di un progetto. I suoi compiti, infatti, riguardano tanto l'area operativa, legata alle metodologie, agli strumenti ed alle tecniche di lavoro per realizzare al meglio gli obiettivi di cui al progetto da realizzare, quanto l'area cosiddetta relazionale, relativa, cioè alle dinamiche interpersonali e di comunicazione.

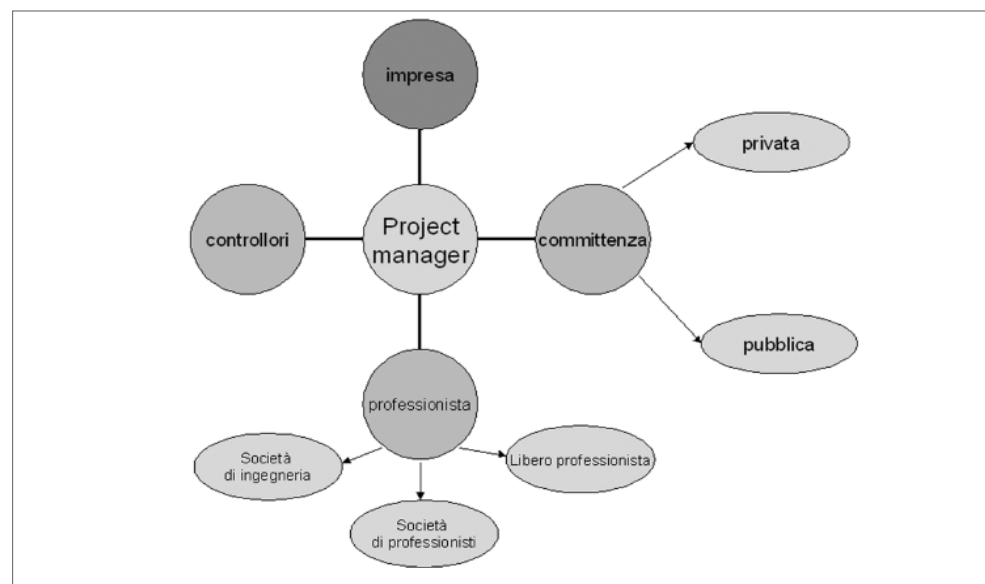
Con riferimento alla cosiddetta fase operativa il rilievo della figura del *project manager* emerge già solo ove si ponga mente alle varie fasi da cui essa è composta:

- *fase di ideazione del progetto* (di norma legata al *management*, nella quale viene formulata l'ipotesi iniziale);
- *fase di definizione del progetto* (nella quale viene individuata con chiarezza la soluzione - lo scopo del progetto, e viene creato il piano di progetto);
- *fase di realizzazione del progetto* (nella quale vengono messe in pratica le previsioni effettuate nella fase di definizione, attraverso l'esecuzione del piano di progetto approvato dal cliente - committente ed utenti - al termine della fase di definizione del progetto. Le attività da svolgere durante la realizzazione del progetto variano, anche sensibilmente, in funzione della tipologia e della dimensione del progetto stesso, nonché della composizione del gruppo di lavoro);
- *fase di chiusura del progetto* (nella quale vengono effettuate tutte le operazioni di ultimazione e controllo dell'opera realizzata e la sua consegna al cliente).

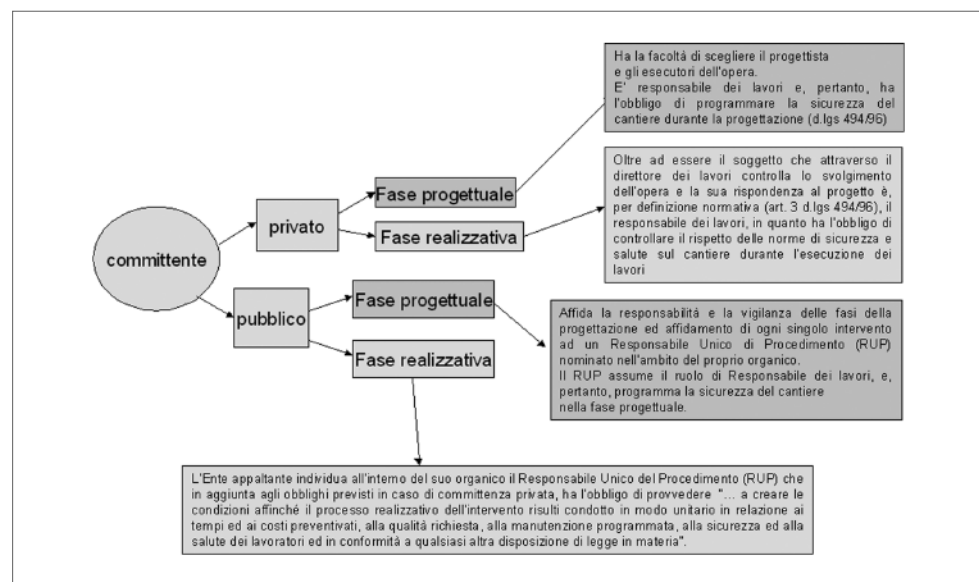
Si tratta di fasi, di operazioni, rispetto alle quali, però, il *project manager* non si pone quale figura isolata, ma opera in un sistema di relazioni che assumono una valenza molteplice (sociale, giuridica ed economica). Ed è in questa prospettiva che si intendono offrire soltanto alcuni elementi che possano fornire a questi protagonisti del processo edilizio alcune chiavi interpretative affinché abbiano gli elementi attraverso cui districarsi, con maggiore consapevolezza, nel reticolo di norme e soggetti (pubblici e privati) con i quali, a diverso titolo, entrano in contatto. Si pensi, ad esempio ai rapporti che il *project manager* dovrà intrattenere con altri soggetti (pubblici o privati) che per diverse ragioni sono coinvolti nel processo di realizzazione dell'opera: il committente; i progettisti che, durante la fase progettuale intervengono come delegati del committente, sia e la progettazione che per la sicurezza; i professionisti coinvolti, in ragione delle specifiche competenze, nella realizzazione dell'opera; i soggetti - enti pubblici - cui compete il controllo del progetto; l'impresa cui è affidato il compito della realizzazione dell'opera.

2.1. *Project manager* e processo edilizio: un tentativo di schematizzazione

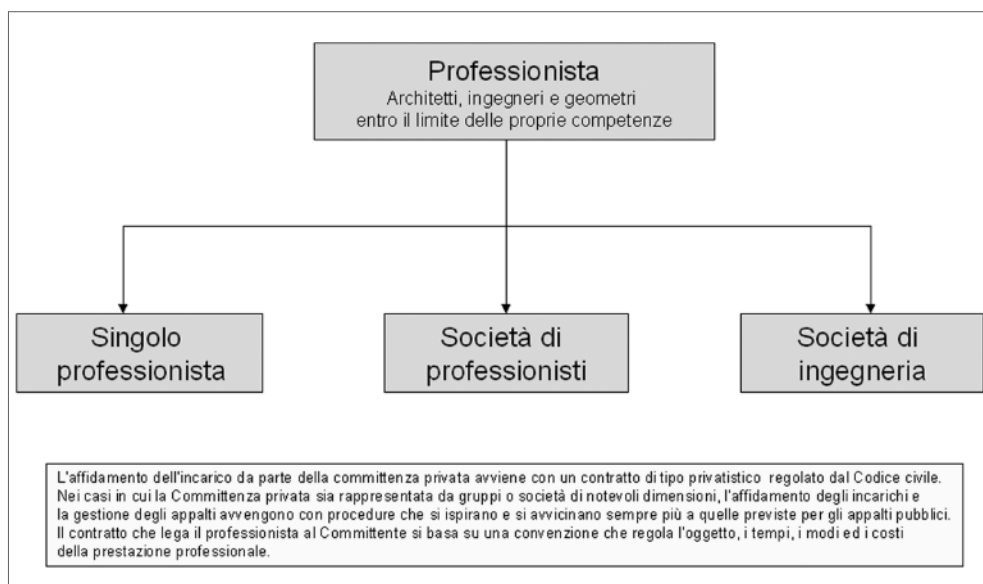
Nelle immagini che seguono si è cercato di offrire una schematizzazione relativa alle attività svolte dal *project manager* focalizzando l'attenzione essenzialmente sui profili soggettivi.



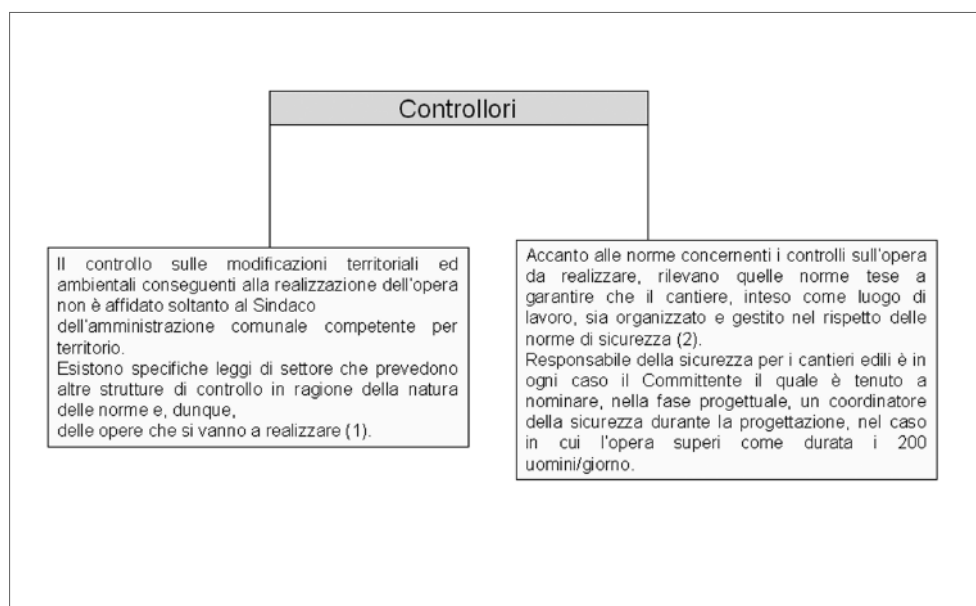
Come è evidente, la natura della committenza, pubblica o privata, condiziona e caratterizza l'intero processo edilizio che seguirà, pertanto delle regole diverse.

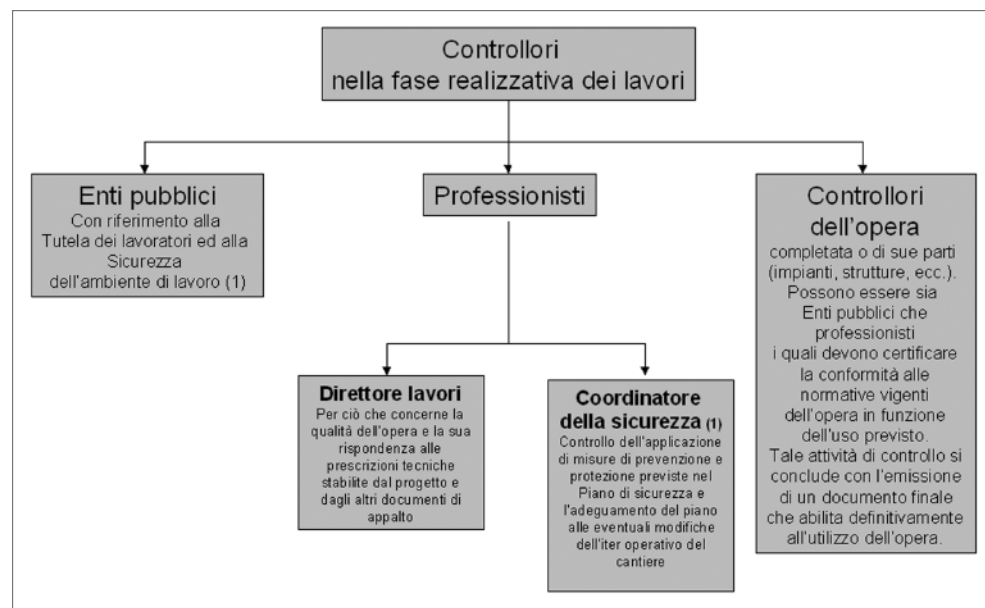


Allo stesso modo la natura giuridica del committente determina le regole e le procedure per l'affidamento di contratti ai professionisti.



Più articolata la questione relativa ai cosiddetti controllori. Di norma soggetti pubblici, si differenziano non solo in relazione alla natura dell'intervento da realizzare (controllori sull'opera) ma alla fase del processo in cui ci si trova (si pensi, ad esempio, ai controllori sulla sicurezza del cantiere).





Altrettanto diversificate sono le regole relative alla individuazione dei soggetti che materialmente potranno procedere alla esecuzione dell'opera.

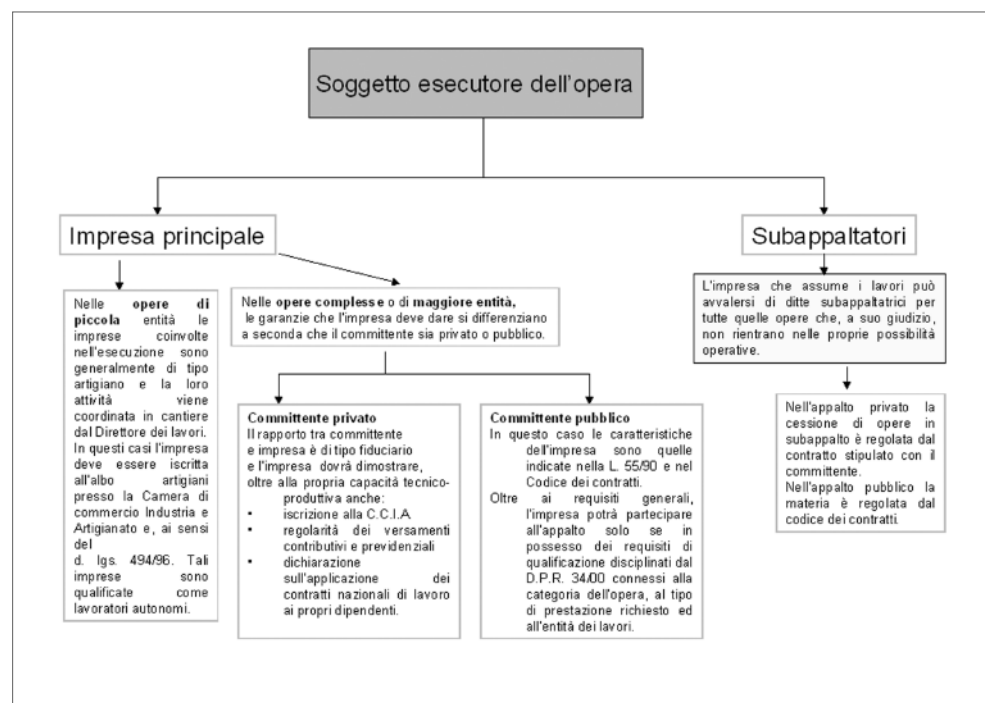
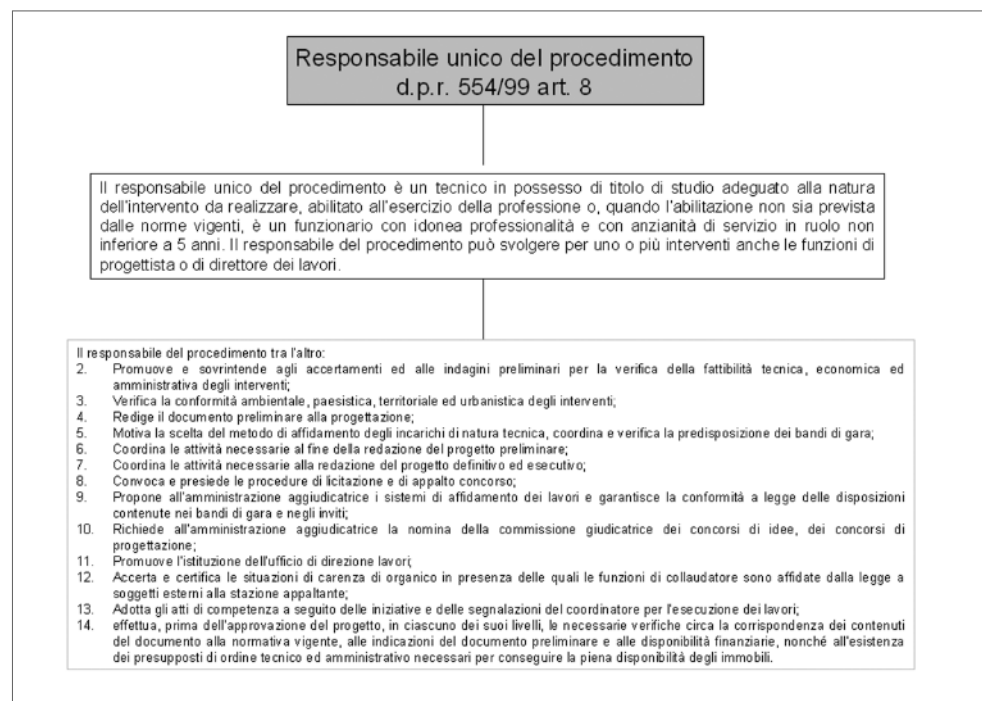


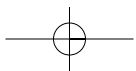
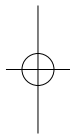
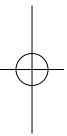
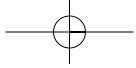
Figura centrale del processo, nell'ambito delle pubbliche amministrazioni, è il responsabile unico del procedimento.



Cenni sul sistema giuridico

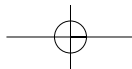
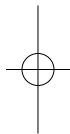
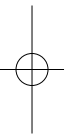
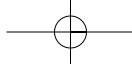
sezione

2



SEZ II

CENNI SUL SISTEMA GIURIDICO



Capitolo II

L'evoluzione del sistema verso la globalizzazione

Sommario:

1. Cenni sul fenomeno giuridico. Il diritto oggettivo. 2. Norma giuridica e fenomeno sociale. - 3. Caratteri della norma giuridica. 4. Posizioni soggettive di svantaggio e di vantaggio. Doveri, obblighi e oneri. Diritti assoluti e diritti relativi. 5. (Segue). Interesse legittimo, aspettativa e potere. 6. Le partizioni del diritto. 7. L'evoluzione dei rapporti tra sistemi. 8. Il rilievo della determinante sociale nell'evoluzione del sistema giuridico. 8.1. Il rilievo della libertà economica nel quadro costituzionale italiano. 9. Il passaggio allo stato regolatore. 10. Cenni sulla globalizzazione.

1. Cenni sul fenomeno giuridico. Il diritto oggettivo

Prima di addentrarci nello studio del diritto applicabile al sistema della produzione edilizia, è necessario preliminarmente chiarire proprio la nozione di diritto. Un vocabolo polisemico il cui significato più immediato rimanda alla regola. Esso viene, infatti, comunemente indicato come quell'insieme di regole, di norme giuridiche e non giuridiche, che disciplinano i rapporti tra i membri di una collettività, regolandone i comportamenti, allocandone beni e servizi, reprimendone i comportamenti considerati - in un determinato momento storico - socialmente pericolosi, istituendo soggetti pubblici, come *"l'insieme delle condizioni che consentono all'arbitrio del singolo di coesistere con l'arbitrio degli altri"*.

Secondo una definizione marcatamente giuspositivista, il diritto è quel complesso di regole in vigore in una società organizzata in forma di Stato (seguendo il brocardo *Ubi societas ibi ius*), emanato dagli organi che secondo la Costituzione (norma fondamentale) dello stesso Stato hanno il compito di approvare le leggi (funzione legislativa) che saranno fatte osservare ai cittadini, sotto pena di sanzioni in caso di mancato rispetto (irrogate dagli organi appartenenti al potere giurisdizionale o dello stesso potere esecutivo).

Accanto alla nozione di diritto si pone necessariamente quella di *ordinamento* (un insieme di regole e di istituzioni) finalizzato alla regolazione dei rapporti sociali.

Il richiamo alla componente giuridica e non del diritto ci consente di individuare all'interno di esso il concetto di *diritto positivo (ius positum)*, cioè quell'insieme di norme giuridiche statuite, poste dagli organi titolari del potere legislativo, ed il concetto di *diritto (positivo) vivente* in un determinato momento storico, cioè quell'insieme di norme giuridiche *«formalmente approvate ed effettivamente applicate»* (M. G. LOSANO, *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, Laterza, Bari, 2000, p. 5) all'interno di un sistema, quell'insieme di regole, provenienti dai soggetti titolari del potere legislativo (Parlamento) e del potere normativo, effettivamente applicato dai membri della collettività.

2. Norma giuridica e fenomeno sociale

Il semplice richiamo al diritto (positivo) vivente evidenzia come l'analisi del fenomeno giuridico non possa in alcun modo prescindere da quella del sistema sociale, sussistendo tra i due un rapporto biunivoco che ne condiziona l'evoluzione e la stessa sopravvivenza.

Salvo ritornare più diffusamente nel prosieguo del presente lavoro sul tema dell'andamento dei rapporti tra sistema giuridico e sistema sociale, al momento sia consentito sottolineare come tra i due sussista una connessione che, ove analizzata nel flusso che va dal sistema sociale a quello giuridico, inevitabilmente condiziona gli stessi caratteri e contenuti della norma e più in generale del fenomeno giuridico. Una connessione che è particolarmente evidente proprio avuto riguardo al sistema della produzione edilizia, basti pensare alle situazioni sociali caratterizzanti i singoli cicli edilizi ed all'evoluzione della relativa normativa.

La relazione che sussiste tra fenomeno sociale e fenomeno giuridico in un sistema democratico fa sì che la norma giuridica si ponga come il momento finale di un processo lungo il quale alcuni eventi, aspetti della vita umana, vengono considerati (a livello politico) meritevoli di tutela, in quanto espressione di esigenze sociali e, pertanto, resi oggetto di una disciplina giu-

ridica, seguendo, così, un percorso circolare il cui punto di avvio e di arrivo è rappresentato dal momento sociale, prima come espressione dell'esigenza di regolazione fatta propria dai titolari della funzione legislativa, poi come destinatari della norma così prodotta.

In questa prospettiva, se si riflette sul percorso che porta alla formulazione della norma, il primo passo è logicamente rappresentato dalla scelta dei fatti cui si intendono riconnettere degli effetti giuridici. Questa scelta, o meglio questi eventi (che possono essere atti espressione della volontà dell'uomo - in questo caso si parla di atti giuridici, es. un contratto - o un fatto puro e semplice, cui si ricollega una rilevanza giuridica, es. la nascita o la morte) costituiscono la fattispecie astratta contemplata dalla norma.

Il passo successivo consiste nel ricollegare degli effetti giuridici al verificarsi in concreto della fattispecie, cioè al verificarsi in concreto di quegli eventi descritti nella norma (es. sottoscrizione di un contratto, presentazione di una istanza all'amministrazione, nascita, ecc.). Tali effetti possono consistere, come si vedrà tra breve, nella attribuzione di *posizioni di vantaggio* in quanto i destinatari della norma possono esigere un comportamento conforme a quello imposto dalla norma stessa, o di *posizioni di svantaggio*, che si hanno in quei casi in cui i soggetti destinatari della norma debbono (o debbono astenersi dal) porre in essere determinati comportamenti.

"La struttura della norma giuridica è normalmente quella di un giudizio di valutazione espresso in forma ipotetico prescrittiva, secondo il modello «se A allora B» (norma giuridica generale e astratta), ovvero «poiché A, allora B» (norma giuridica provvedimentale e concreta). Così nell'enunciato prescrittivo si distingue una parte descrittiva (*frastico*) e una parte prescrittiva o deontica (*neustico*): in base a quest'ultima si classifica la norma giuridica come creativa di un OBBLIGO, di un divieto (norma obbligatoria, positiva o negativa), ovvero di un permesso o di una FACOLTÀ (norma permissiva)" (F. RIMOLI, *Norma giuridica*, in AA.VV., *Dizionario di diritto costituzionale*, a cura di M. ANIS, Laterza, Bari, 2000, pp. 314 ss., in particolare pp. 315-316).

3. Caratteri della norma giuridica

La stretta connessione esistente tra sistema giuridico e sistema sociale condiziona, altresì, gli stessi caratteri del fenomeno giuridico in generale, e della norma in particolare.

Quanto al primo (*il fenomeno giuridico*), si caratterizza il primo luogo per la sua effettività: la regola del diritto può considerarsi davvero esistente in quanto i suoi potenziali destinatari le riconoscono un valore obbligatorio e collegano alla sua violazione delle conseguenze giuridiche quali, ad esempio, l'irrogazione di determinate sanzioni.

Si tratta di un carattere (*l'effettività*) che altro non è che il riflesso più immediato di una concezione della norma - della regola giuridica - che si pone come espressione di una esigenza manifestata dalla collettività che ne risulterà la finale destinataria, assunta a principio recepito nella disposizione al quale i comportamenti sociali tendono ad adeguarsi. Nelle ipotesi in cui tale corrispondenza venga a mancare o la norma viene mutata (in questi casi si può avere una *abrogazione tout-court* della norma, che viene quindi eliminata dall'ordinamento; o un suo *emendamento*, cioè una parziale mutazione del contenuto precettivo della stessa in modo da adeguarla alle esigenze sociali) o più semplicemente non viene più applicata, pur rimanendo in vigore, e non ne viene in concreto più garantita l'applicazione (*desuetudine*).

Altre caratteristiche del fenomeno giuridico, sempre connesse all'aspetto appena richiamato, sono la c.d. *certezza del diritto*, assicurata attraverso l'adozione di particolari strumenti che garantiscono la conoscibilità delle regole e la creazione di strutture che ne assicurino l'applicazione; la sua *relatività*, che sta appunto ad indicare la mutevolezza del contenuto delle regole giuridiche a seconda della comunità sociale cui esse si riferiscono, dei fini che si intendono perseguire e così via.

Principali caratteri della *norma giuridica* - cioè quella regola di comportamento obbligatoria per tutti i componenti di una determinata società -, invece, sono: la *generalità*, cioè il suo essere rivolta a tutti i consociati; l'astrattezza, cioè la possibilità di una applicazione della norma ad una serie indefinita di fattispecie concrete; l'*innovatività*, che si ha nei casi in cui la norma sia idonea a modificare l'ordinamento giuridico.

4. Posizioni soggettive di svantaggio e di vantaggio. Doveri, obblighi e oneri. Diritti assoluti e diritti relativi

Ritornando brevemente agli effetti giuridici della norma, si è detto che essi possono consistere nella determinazione in capo al destinatario della stessa di posizioni di svantaggio o di posizioni di vantaggio. Quanto alle prime (le *posizioni soggettive di svantaggio*), esse si distinguono in:

- *doveri*: previsti per la soddisfazione di un interesse generale, es. classico era la prestazione del servizio militare;
- *obblighi*: previsti per la soddisfazione di un interesse particolare di un altro soggetto, si pensi, ad esempio agli obblighi nascenti dal contratto;
- *oneri*: previsti per la soddisfazione di un interesse proprio e non altrui, si pensi, ad esempio, all'onere della prova nell'ambito del processo.

Con riferimento alle *posizioni di vantaggio* il primo contenuto è individuabile agevolmente dal semplice richiamo al linguaggio quotidiano ed anche a quello tecnico giuridico nei quali sono comuni espressioni quali "ho il diritto di", "il mio diritto è stato leso", ecc.

In questi casi il termine diritto non viene inteso nel senso *oggettivo* visto in precedenza - cioè con riferimento alla norma, o all'insieme di norme, poste dal legislatore - ma in senso *soggettivo*. Esso (*diritto soggettivo*), infatti, sta ad indicare il potere di agire riconosciuto in capo ad un soggetto al fine di soddisfare un interesse tutelato da una norma giuridica. Un diritto, dunque, a fronte del quale si pone un vero e proprio obbligo, nei confronti di altri soggetti, di rispetto dell'interesse tutelato dalla norma.

Il riferimento ai destinatari dell'*obbligo* (di rispetto e soddisfazione dell'interesse tutelato dalla norma) ci consente di operare, all'interno della categoria richiamata, una distinzione tra *diritti assoluti* e *diritti relativi*.

Nel primo caso - *diritto assoluto* - l'imposizione dell'obbligo riguarda una pluralità indistinta di soggetti. I diritti assoluti sono efficaci *erga omnes*, cioè verso tutti, e, cosa ben più importante, la loro realizzazione non richiede alcuna collaborazione con il soggetto titolare del diritto. Si pensi, ad esempio, al diritto di proprietà per la cui realizzazione non serve la collaborazione di altri soggetti in capo ai quali grava piuttosto un obbligo di astenersi dall'assumere comportamenti che in qualche modo lo possano ledere o disturbarne il godimento. Rientrano nella categoria dei *diritti assoluti*: i *diritti della personalità* o diritti *fondamentali dell'uomo*, quali il diritto alla vita, il diritto alla integrità fisica, all'immagine; la libertà personale, di pensiero di religione, di associazione, ecc.; i *diritti patrimoniali*, che possono avere ad oggetto beni reali (in questo caso si parla più comunemente di *diritti reali*), esempio classico è il diritto di proprietà, o beni immateriali (quale ad esempio il diritto patrimoniale d'autore).

Nel caso dei *diritti relativi*, invece, l'obbligo (di rispetto e soddisfazione dell'interesse tutelato dalla norma) riguarda una categoria determinata di soggetti la cui collaborazione diviene essenziale per la stessa soddisfazione del diritto. Esempio classico è il diritto di credito la cui pretesa si rivolge in via principale nei confronti di uno o più soggetti determinati (debitori). La "relatività" del diritto di credito, è legata, dunque, dalla circostanza per cui la sua soddisfazione dipende dal (comportamento del) debitore. Si tratta di una qualificazione che ad oggi risulta per certi versi attenuata dal riconoscimento della cosiddetta "tutela esterna del credito" che si ha in quei casi in cui la mancata soddisfazione del diritto del creditore non sia di fatto imputabile direttamente al debitore, bensì ad un soggetto terzo rispetto al rapporto tra creditore e debitore il quale con la sua condotta preclude al creditore la soddisfazione del suo interesse rendendo impossibile, in modo assoluto ed obiettivo, la prestazione cui il debitore era tenuto. In questi casi il soggetto terzo è chiamato a risarcire il danno subito dal creditore a causa del suo comportamento - ed è in questo che è rinvenibile un'attenuazione della relatività - con la conseguenza che il creditore vede comunque soddisfatto il proprio interesse, indipendentemente dal comportamento concretamente tenuto dal debitore.

5. (Segue). Interesse legittimo, aspettativa e potere

Sempre nel quadro delle posizioni di vantaggio, accanto al diritto si pongono quelle situazioni indicate in termini di interesse, che, a differenza del diritto, possono ricevere una tutela per così dire indiretta da parte dell'ordinamento. Si individuano:

- *l'interesse semplice o interesse di fatto*, cui normalmente l'ordinamento - il diritto oggettivo - non riconosce alcun particolare rilievo (si pensi all'interesse che tutti i cittadini hanno a che i concorsi pubblici si svolgano nel pieno rispetto delle regole procedurali approntate dall'ordinamento);
- *l'interesse legittimo* che, a differenza del primo, si riferisce a quei rapporti in cui una delle parti sia un soggetto pubblico e vede il privato titolare di una posizione qualificata (di interesse legittimo, appunto) nei confronti dell'esercizio di un pubblico potere (si pensi alla posizione di cui è titolare il soggetto che prende parte ad un concorso pubblico per l'accesso ad un impiego presso una pubblica amministrazione).

L'interesse legittimo è una figura tipica del nostro ordinamento, contemplata agli artt. 24, 103 e 113 della nostra Carta costituzionale, menzionata, ma mai effettivamente applicata, soltanto nell'ordinamento spagnolo.

Il richiamo al contesto nel quale è dato rinvenire una posizione di interesse legittimo consente per certi versi di individuarne agevolmente anche i contenuti. Mentre nel caso del diritto soggettivo, come si è già avuto modo di vedere, l'oggetto del diritto è facilmente individuabile (si consideri l'esempio prima richiamato del diritto di proprietà, rispetto al quale l'oggetto è evidentemente lo specifico bene della vita, la casa, l'appezzamento di terreno, ecc.), con riferimento all'interesse legittimo, invece, la questione è più complessa proprio in ragione della sua attinenza all'esercizio di un potere da parte del soggetto pubblico in quella specifica relazione di cui il privato è parte (si pensi, ad esempio, al procedimento espropriativo, o alla presentazione di una istanza volta ad ottenere il rilascio di un permesso di costruire).

Per molti anni l'oggetto dell'interesse legittimo è stato ravvisato nella semplice legittimità dell'azione amministrativa. Esso, pertanto, consisteva in quell'interesse di fatto, privo di un autonomo contenuto sostanziale, che il privato, parte di un procedimento amministrativo, aveva a che l'azione dell'amministrazione fosse semplicemente (formalmente) legittima, cioè condotta nel rispetto delle norme di diritto che la disciplinavano, e ciò indipendentemente dalla valutazione delle condizioni effettive in cui l'azione dell'amministrazione veniva ad essere esercitata.

Più di recente, però, la più attenta dottrina, ed ormai anche la giurisprudenza e lo stesso legislatore, hanno dimostrato come la visione formale dell'interesse legittimo appena richiamata debba in concreto considerarsi superata, essendo innegabile il riconoscimento di un contenuto sostanziale dello stesso, riconducibile alle conseguenze che discendono in capo al privato dall'azione dell'amministrazione, o meglio dal comportamento in concreto da essa tenuto in quello specifico caso (es. sacrificio o meno del diritto di proprietà, nel caso dell'espropriazione; possibilità o impossibilità di realizzare l'opera, nel caso del permesso di costruire). In questa prospettiva, dunque, ben si comprende come l'oggetto dell'interesse legittimo sia stato individuato nella correttezza del comportamento amministrativo (cioè del comportamento tenuto in un caso specifico da un soggetto pubblico) finalizzato alla soddisfazione o tutela di un bene della vita (interesse finale) del soggetto privato. Si pensi al caso già richiamato dell'espropriazione per pubblica utilità e più in particolare alla posizione del privato titolare del bene oggetto del procedimento espropriativo. In questo caso l'amministrazione esercita un potere pubblico (di espropriazione) il cui effetto è la eliminazione, con contestuale trasferimento in capo allo stesso soggetto pubblico, del diritto di proprietà che un privato vanta su un determinato bene. Il privato, proprietario del bene, coinvolto nel procedimento di espropriazione è titolare certamente di una posizione di interesse legittimo.

Qualora ci limitassimo ad individuare l'oggetto dell'interesse legittimo nel (semplice) interesse (del privato) alla legittimità del comportamento dell'amministrazione offriremmo una visione solo parziale della vicenda. E sì vero, infatti, che il privato ha un interesse a che l'amministrazione, in quello specifico procedimento, operi nel pieno rispetto delle regole che disciplinano la sua azione, ma si tratta, evidentemente, soltanto di un aspetto di una vicenda più complessa. Nell'esempio considerato, il privato, infatti, è titolare anche di un interesse (sostanziale) a conservare la proprietà del bene, o comunque a subire un sacrificio che in concreto risulti proporzionato al vantaggio che si intende garantire alla collettività destinataria del bene (opera pubblica) che l'amministrazione procedente intende realizzare sul bene espropriato.

In questo quadro, dunque, è evidente come l'interesse legittimo di cui il privato è titolare abbia come oggetto il comportamento dell'amministrazione, quel comportamento che - in

senso positivo o negativo a seconda dell'esito del procedimento espropriativo - andrà ad incidere sul suo diritto di proprietà. Più precisamente, esso (l'interesse legittimo) consiste nell'interesse che il privato ha a che il comportamento dell'amministrazione relativo a quel determinato procedimento, cioè a quello specifico esercizio di potere, sia posto in essere nel rispetto delle finalità che la legge ha indicato come giustificative del potere e dei limiti che la stessa legge ha posto per il suo esercizio ed in considerazione di tutte le circostanze reali (es. caratteristiche del bene da espropriare, valutate in relazione all'opera da realizzare; sussistenza di siti alternativi maggiormente idonei, ecc.), correttamente valutate dall'amministrazione anche grazie all'apporto del privato attraverso la sua partecipazione al procedimento amministrativo.

Seguendo questo percorso, dunque, l'interesse legittimo viene a coincidere con l'interesse che il privato ha a che l'amministrazione tenga un *comportamento* che sia *legittimo* e a sé *favorevole*, in questo si caratterizza la connotazione sostanziale dell'interesse legittimo. Facendo leva su questi due elementi si distinguono quattro diverse ipotesi in cui il comportamento dell'amministrazione può manifestarsi:

- a. *comportamento legittimo e favorevole al privato*: in questo caso l'interesse legittimo del privato sarà soddisfatto e non sarà necessario ricorrere ad alcuna forma di tutela, in quanto l'amministrazione nel soddisfare l'interesse del privato (si pensi, ad esempio, al rilascio del permesso di costruire) ha tenuto un comportamento (legittimo) rispettoso delle norme vigenti;
- b. *comportamento legittimo e sfavorevole al privato*: in questo caso l'interesse legittimo del privato non potrà dirsi leso in quanto, sebbene la decisione finale dell'amministrazione sia sfavorevole, cioè incida negativamente nella sua sfera privata - es. viene espropriato il bene - non si ha una vera e propria lesione, essendo il comportamento tenuto dall'amministrazione legittimo, cioè rispettoso di tutte le regole poste dall'ordinamento e, dunque, il sacrificio imposto al privato è giustificato dal perseguimento del pubblico interesse;
- c. *comportamento illegittimo e favorevole*: in questo caso nonostante l'illegittimità del comportamento, il profilo sostanziale della decisione (ad esempio, rilascio di un permesso di costruire in violazione della normativa sulle distanze dai fondi confinanti) è tale da escludere che il privato possa avere un interesse - se non quello della garanzia della legalità e legittimità dell'azione dell'amministrazione - ad adire le sedi competenti per l'annullamento della decisione assunta dall'amministrazione. Interesse che, al contrario, è ravvisabile in capo al proprietario del fondo confinante e che rientra nell'ipotesi di cui al punto successivo);
- d. *comportamento illegittimo e sfavorevole al privato*: in questo caso si assiste ad una vera e propria lesione dell'interesse legittimo in quanto, non solo sotto un profilo sostanziale l'interesse (finale) al bene della vita che il soggetto vanta - es. conservare la proprietà del bene, realizzare un immobile su un fondo di proprietà - è stato inciso negativamente dal provvedimento dell'amministrazione ma, nel fare ciò, l'amministrazione stessa ha operato in violazione delle norme all'uopo poste dall'ordinamento. In questi casi l'ordinamento accorda al privato tutela non solo attraverso la garanzia della annullabilità della decisione dell'amministrazione (annullamento del provvedimento amministrativo), ma anche attraverso la risarcibilità dei danni patiti a seguito della scelta illegittima assunta dalla stessa amministrazione.

Tradizionalmente l'interesse legittimo viene distinto in due categorie: l'*interesse legittimo oppositivo* e l'*interesse legittimo pretensivo* in ragione della posizione del privato a fronte dell'esercizio del potere amministrativo. Il primo (*interesse legittimo oppositivo*) indica la posizione soggettiva di colui che mira a mantenere una utilità già acquisita, si pensi alle ipotesi in cui l'azione dell'amministrazione incida sul diritto di proprietà (espropriazione, requisizione, imposizione di servitù pubbliche, ecc.), sul diritto di iniziativa economica (divieto di commercio di alcuni beni), sulle libertà individuali (ordinanze in materia di igiene e sanità, di circolazione stradale, ecc.). In questi casi la tutela dell'interesse (legittimo) oppositivo del soggetto mira ad ottenere l'annullamento, da parte del giudice amministrativo, del provvedimento (quale può essere il decreto di esproprio) che si assume essere illegittimo emanato dall'amministrazione con conseguente restituzione del bene (illegittimamente espropriato). L'*interesse legittimo pretensivo*, invece, è quella posizione giuridica soggettiva, molto simile

al diritto soggettivo, il cui contenuto sostanziale consta della possibilità, riconosciuta al privato, di pretendere una utilità derivante dal legittimo esercizio di una potestà pubblica (caso emblematico è l'ipotesi in cui il privato presenti una istanza all'amministrazione volta ad ottenere il rilascio di un permesso di costruire).

Accanto al diritto soggettivo ed all'interesse legittimo si colloca poi l'*aspettativa* che è una posizione di attesa di un effetto acquisitivo incerto. Esempio classico è la posizione in cui si trova il soggetto acquirente di un bene in virtù di un contratto sottoposto a condizione sospensiva non ancora verificatasi. In questo caso il titolare dell'*aspettativa* è destinatario dell'effetto sperato (l'acquisto della proprietà del bene), ma non ha una pretesa o un potere in ordine alla sua produzione che dipende solo ed esclusivamente dal verificarsi della condizione. L'*aspettativa* ha una rilevanza giuridica autonoma rispetto al diritto soggettivo, essendo tutelata contro la malafede della controparte e potendo essere opposta ai terzi acquirenti mediante la trascrizione del titolo di acquisto. Essa, inoltre, legittima il suo titolare all'esperimento dei rimedi cautelari all'uopo predisposti dall'ordinamento.

Un discorso a parte va fatto con riferimento al potere, cioè quella capacità, facoltà o autorità di agire esercitata a fini personali o collettivi.

Il potere designa una possibilità spettante ad un soggetto di produrre determinati effetti giuridici in capo ad altri soggetti.

La fonte del potere può essere la legge (in virtù del principio di legalità non può esserci *pubblico potere* se non attraverso la attribuzione di una norma) o la volontà del titolare del diritto - *poteri privati* - (si pensi ad esempio al potere di rappresentanza che ricorre in quei casi in cui il privato conferisce ad altro privato il potere di agire per conto proprio per uno specifico affare o per la cura in generale dei propri interessi). I poteri possono essere conferiti al soggetto nel proprio interesse o nell'interesse altrui, in quest'ultimo caso si parla di *ufficio*.

6. Le partizioni del diritto

Come per le altre scienze sociali, anche per il diritto, esistono delle partizioni in ragione dell'oggetto della disciplina.

A livello generale la prima macro ripartizione si ha tra *diritto privato* e *diritto pubblico* dove l'aggettivo consente di individuare il diverso oggetto del diritto - interessi individuali e rapporti tra privati, nel primo caso, interessi pubblici nel secondo. In altri termini, il primo disciplina i rapporti tra i soggetti privati (siano essi persone fisiche o persone giuridiche) o tra soggetti privati e soggetti pubblici nelle ipotesi in cui questi ultimi agiscono *iure privatorum*, cioè come se fossero soggetti privati - si pensi, ad esempio, alla disciplina della materia contrattuale; mentre il secondo si occupa dei rapporti tra Stato e soggetti privati e pubblici, con riferimento a quelle ipotesi in cui il soggetto pubblico agisce a tutela di un interesse (pubblico) della collettività, esercitando un potere (pubblico) che gli è stato attribuito da una norma. Il diritto pubblico, quindi, concerne quella "*sfera dell'ordinamento giuridico dello Stato relativa alla istituzione, organizzazione ed azione dell'autorità di governo in senso lato ed i rapporti di dette autorità, come tali, fra loro e gli altri soggetti giuridici*" (C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, IV ed., UTET, Torino, 1986).

In aggiunta alla bipartizione ora riportata, sempre facendo leva sulla componente oggettiva si individuano il *diritto penale*, ed anche parti del *diritto amministrativo* e del *diritto tributario*, ove si faccia riferimento alla componente repressiva del diritto; il *diritto civile* e parti del diritto amministrativo, ove si ponga mente alla componente allocativa dello stesso e parte del diritto costituzionale; il diritto processuale, parte del diritto amministrativo e del diritto tributario, ove si richiami la funzione istitutiva di poteri.

Più in generale, il termine diritto seguito da un aggettivo o da un complemento di specificazione sta, dunque, ad indicare un sistema di normazione positiva, una disciplina giuridica di un determinato sistema o, più semplicemente, di una determinata materia.

Si tratta di una distinzione di non scarso rilievo in quanto consente di determinare se quella specifica partizione del diritto, quale può essere il diritto dell'economia, il diritto urbanistico, ecc., indichi un "settore di normazione positiva" che tende ad ordinarsi e a funzionare secondo principi propri, di vario ordine che si aggiungono ai principi generali comuni dell'ordinamento giuridico, un sistema - «un insieme di elementi interdipendenti, uniti tra di loro in modo organico» cioè un insieme di norme, parte di un ordinamento minore, che funziona secondo principi propri - o,

più semplicemente una ricognizione organica della disciplina di un determinato settore.

Il richiamo al concetto di sistema consente di distinguere:

- a. *le discipline settoriali*: cioè quelle discipline che “elaborano conoscenze scientificamente ordinate alla costituzione del settore di normazione positiva”;
- b. *le discipline oggettuali*: cioè quelle discipline che “studiano l’istituto giuridico positivo per come esso viene ad essere ordinato in conseguenza del concorrere di più qualificazioni giuridiche”.

Nelle pagine che seguono si cercherà di focalizzare l’attenzione su quegli aspetti del diritto amministrativo e del diritto dell’economia che più da vicino riguardano il settore della produzione edilizia, essendo l’obiettivo principale quello di ripercorrere nei limiti della presente indagine, alcuni dei principali profili normativi del settore, inserendoli in un quadro generale che vuol essere, senza alcuna pretesa di completezza, più una introduzione al diritto ed alla disciplina di alcuni profili che entrano a far parte a diverso titolo della produzione edilizia.

7. L’evoluzione dei rapporti tra sistemi

Preliminare rispetto all’analisi del quadro normativo, si pone l’esigenza di individuare degli elementi attraverso cui elaborare un quadro d’insieme utile ad interpretare l’andamento del settore della produzione edilizia. Indispensabile, in questa prospettiva appare proprio il richiamo al concetto di sistema, ai rapporti tra diritto ed economia, o meglio tra sistema giuridico e sistema economico, che necessariamente, come si vedrà nel corso dell’analisi, si riflettono sull’andamento della disciplina del settore della produzione edilizia.

Per meglio comprendere le ragioni che sono a fondamento di alcuni cambiamenti intervenuti tra i vari cicli edilizi è importante riuscire a chiarire se, ed in quali termini, i rapporti sistema giuridico e sistema sociale si atteggiino, cioè se e come il primo possa porsi come determinante contenutistica del secondo o viceversa, o, più in generale, quali sono gli elementi rinvenibili a fondamento dei mutamenti che avvengono nell’uno e nell’altro.

Le ragioni di una simile scelta si comprendono ove si rifletta su uno dei possibili significati che il sistema giuridico può assumere: un insieme di relazioni giuridiche tra soggetti privati e pubblici regolate dal diritto il cui andamento riflette i mutamenti che occorrono nel sistema sociale al quale fornisce l’impalcatura giuridico-istituzionale. Una definizione cui si affianca quella di sistema sociale che al contrario, rappresenta l’insieme di relazioni sociali concepito ed analizzato come un complesso di elementi caratterizzati da interdipendenza e dall’esistenza di confini rispetto ad un ambiente circostante.

Il punto di partenza è rappresentato dal concetto di *sistema*, cioè un insieme di parti che interagiscono tra di loro in modo da costituire una nuova entità. Ed è appunto la correlazione tra le diverse componenti del sistema a determinare la individualità del sistema rispetto tanto al suo funzionamento quanto alle relazioni che può instaurare con l’ambiente circostante.

Muovendo dalla considerazione del singolo sistema (giuridico, politico, economico o sociale) il primo elemento dal quale iniziare l’analisi è rappresentato dalla considerazione dell’individualità del sistema stesso e, dunque, della sua indipendenza. Non si può, infatti, non prendere atto della circostanza per cui, con riferimento ai sistemi considerati, le singole componenti hanno una caratterizzazione tipizzante e sono ordinate e strutturate al loro interno in maniera peculiare, secondo un principio proprio (secondo un codice binario specifico) che rappresenta la determinante del funzionamento del sistema stesso, ed opera come selettore di elementi che, attraverso i circuiti comunicativi, giungono agli altri sistemi. In altri termini, la componente sociale, come pure quella economica o anche quella giuridica, se considerate singolarmente, rappresentano ciascuna un sistema dotato di una propria autonomia e funzionante secondo proprie regole e principi. Dunque, sistema normativo, sistema sociale e sistema economico si pongono quali sistemi caratterizzati da una loro autonomia funzionanti secondo proprio principi e regole, dotati, di una propria autonomia, rispondenti ad una specifica logica sistemica.

Ma l’autonomia, caratteristica di ogni sistema, non si traduce in termini di una sua impermeabilità ai rapporti con l’ambiente, con gli altri sistemi, in cui è inserito e con i quali deve rapportarsi.

Se si assume come valida questa premessa, si rende necessario definire in che termini, e

secondo quale intensità, tale influenza può essere esercitata.

Pur trattandosi di entità dotate di una propria autonomia, sarebbe irrealistico far discendere da questa caratteristica una loro qualificazione in termini di assoluta indipendenza. Infatti, quando si passa a considerare il singolo sistema in una prospettiva in cui si considera la sua evoluzione in un determinato periodo storico, cioè quando si osservano i mutamenti che nel periodo hanno interessato quel determinato settore, risulta evidente come essi siano in gran parte determinati proprio dalle sollecitazioni provenienti dagli altri sistemi.

Infatti, le interrelazioni tra di essi sono di per sé ineliminabili, e possono essere inquadrare in termini di vere e proprie "perturbazioni reciproche" che spingono verso un progressivo adattamento dei sistemi medesimi alle sollecitazioni provenienti dagli altri sistemi.

In altri termini, il sistema sociale, come pure quello giuridico e quello economico, sebbene siano di per sé autonomi, nel senso che funzionano secondo principi propri (del diritto, dell'economia, delle scienze sociali) - secondo un codice binario (legale/non legale per il diritto; costo/gratuità per l'economia, ecc.) - non sono autoreferenziali, nel senso che non sono chiusi verso l'esterno, proprio in ragione di queste interferenze reciproche. Ciascun sistema, nel complesso delle relazioni reciproche, ha un proprio peso, una propria influenza, nel processo evolutivo degli altri attraverso il transito delle informazioni (dei bisogni) conseguente al fluire delle comunicazioni-informazioni provenienti da ciascuno di essi.

In questo senso si delinea un percorso circolare lungo il quale, ad esempio, le esigenze manifestate in un determinato periodo storico dal sistema sociale, attraverso questo circuito interferenziale, vengono recepite dal sistema politico e non possono non riflettersi sul sistema giuridico che viene sollecitato ad individuare una strumentazione (una struttura giuridico-istituzionale) adeguata per il raggiungimento degli obiettivi invocati dal sistema sociale.

La circolarità, dunque, va intesa in termini di interferenze reciproche tra i sistemi che hanno dei riflessi sulla struttura dei medesimi innestando dei processi di mutamento volti a garantire il loro reciproco adattamento.

Se da un lato l'autonomia del sistema non rappresenta un ostacolo al cambiamento, essa ne costituisce per certi versi il limite.

Ciascun sistema, infatti, assume, come si è visto, una caratterizzazione peculiare in ragione delle sue componenti, si pensi alla distinzione tra sistema democratico e sistemi privi di tale caratterizzazione o, con riferimento al sistema economico, tra sistemi ad economia di mercato, sistemi ad economia marxista, ecc.

In questi casi le determinanti sistemiche, gli elementi di qualificazione dello stesso, rappresentano un limite - relativo - alle possibili variazioni che lo stesso può subire, nel senso che, una volta oltrepassati alcuni estremi, l'interferenza non si manifesta più come tale, e cioè rispettosa dell'autonomia e delle caratteristiche del sistema medesimo, ma diventa eterodeterminante rispetto ad esso, trasformandolo (autoritativamente) in qualcos'altro. Si pensi alla trasformazione del sistema economico nel quadro di un processo di liberalizzazione dello stesso.

Il motore di qualsiasi processo di trasformazione va individuato nella scelta politica che in generale (in un sistema democratico) dovrebbe rispecchiare le esigenze espresse dalla collettività, dal gruppo sociale, da esso (sistema politico) rappresentato. Una scelta che, in generale, viene per certi versi trasfusa nella norma giuridica che, una volta entrata a far parte dell'ordinamento, esplicherà i suoi effetti sul sistema destinatario della stessa. Si considerino, ad esempio, alcune ipotesi estreme: se la scelta politica assume come modello di base un modello di economia socialista, le norme giuridiche, i loro contenuti, saranno funzionali alla creazione ed al mantenimento di un simile modello. Viceversa, se la scelta politica è per un modello economico di tipo concorrenziale, allora il sistema giuridico conterrà norme tese ad implementare questo modello garantendone il funzionamento.

Cogliendo le istanze provenienti dalla società, dunque, il sistema politico, attraverso il sistema giuridico offre una struttura (normativa) per la gestione dei rapporti sociali.

Ritornando all'esempio prima richiamato relativo alla scelta del modello di mercato, che, come si è già accennato, può anche non coincidere con il suo ordine naturale fondato sulla concorrenza. Posto che il settore economico, alla stregua degli altri, ha una sua natura sistemica determinata, il compito del sistema giuridico sarà quello di predisporre un apparato normativo che in un certo senso da un lato garantisca la concreta realizzazione ed il materiale funzionamento del sistema economico, e dall'altro assicuri un sistema di relazioni tra i vari attori del sistema, attraverso la predisposizione di una «regolazione che ordini e coordini le attività e

strutture e risolva i conflitti».

Il mancato rispetto delle caratteristiche proprie del singolo sistema di riferimento, come nel caso delle due ipotesi estreme appena richiamate, può essere all'origine di quello che la dottrina ha definito in termini di un vero e proprio «*trilemma regolativo*», il cui risultato è appunto un *gap regolativo*, inteso in termini di ineffettività del diritto regolativo, della norma. Una ineffettività che può manifestarsi o in una «*incongruenza tra diritto, politica e società*», cui consegue una ineffettività del diritto, nel senso che esso provoca dei mutamenti comportamentali nel sistema regolato il quale reagisce a queste prescrizioni che non corrispondono ai suoi criteri di rilevanza, non reagendo, non applicando la norma espressione di un principio ad esso estraneo; o ancora attraverso una «*iperlegalizzazione della società*», o meglio una colonizzazione del diritto sui sistemi regolati che, a differenza del primo caso, è tale da mettere in pericolo la stessa autoriproduzione del sistema regolato, in questo caso il sistema viene trasformato in un sistema diverso, come nell'ipotesi prima considerata di trasformazione di un sistema ad economia di mercato in un sistema ad economia socialista; o, infine, ad una «*ipersocializzazione del diritto*» che in un certo senso è un fenomeno speculare rispetto all'ipotesi prima considerata, in quanto esprime un asservimento del diritto alle esigenze dei sub-sistemi (sociali), cui consegue un vero e proprio sovraccarico del diritto «sino alla paralisi delle sue possibilità regolative».

Dai rapidi cenni svolti in precedenza, dunque, è evidente come la prospettiva sistemica, che a parere di chi scrive è particolarmente utile per comprendere a fondo i cambiamenti intervenuti nel sistema della produzione edilizia, lungi dal considerare i due poli come delle entità separate ed impermeabili l'una rispetto all'altra, consente di evidenziare la interdipendenza esistente tra di essi che si manifesta, come si è detto, in un sistema di influenze reciproche il quale a sua volta funge da elemento propulsore di continue evoluzioni ed adattamenti degli stessi.

8. Il rilievo della determinante sociale nell'evoluzione del sistema giuridico

Il richiamo alla dimensione sistemica offre una chiave interpretativa valida per comprendere l'evoluzione del sistema giuridico cui si è assistito nel corso del passato ventennio verso forme di regolazione, cioè verso moduli organizzativi caratterizzati da un diverso ruolo del soggetto pubblico che da diretto operatore nell'economia diviene controllore (regolatore) dei soggetti (privati e pubblici) che operano in essi in regime di concorrenza.

Considerando il binomio rappresentato dal polo statale e da quello giuridico, la perturbazione determinante il cambiamento di norma va rintracciata proprio in quegli elementi non giuridici (politici o sociali) che hanno spinto verso un diverso atteggiarsi dei rapporti tra i due poli e, più precisamente, nel rapporto che si instaura tra polo statale, che avanza pretese di governo, e società civile, o meglio una serie di relazioni sociali ed economiche che non si lasciano incapsulare nello Stato moderno, ma che si pongono rispetto ad esso con una pretesa di autonomia.

In questa prospettiva assumono un rilievo centrale le variabili socioculturali che si pongono quali motori del cambiamento.

“Le interrelazioni, per la loro stessa natura, sono complesse e la metodologia di ricerca applicata cerca di indagare in maniera integrata tutte le principali forze del cambiamento, lasciando pieno spazio alle influenze sociali e culturali (...). Anche sviluppi recenti della teoria economica hanno aperto la porta all'inclusione delle variabili socioculturali nell'analisi, anche se queste variabili non sono altrettanto quantificabili quanto quelle adoperate tradizionalmente dagli economisti” (P. MATHIAS, *Cinque lezioni di teoria e storia dello sviluppo economico*, trad. it. a cura di G. SABATINI, ESI, Napoli 2003, pp. 18-19).

In questo senso l'interferenza tra i singoli sistemi si pone quale variabile del cambiamento. “Gli storici del cambiamento farebbero bene a ricordare tutto ciò: dietro allo sviluppo delle istituzioni, alle quali oggi riconosciamo un'importanza primaria nelle dinamiche della crescita economica, si trovano sempre esigenze sociali e culturali” (P. MATHIAS, *Cinque lezioni di teoria e storia dello sviluppo economico*, cit., pp. 26-27).

Seguendo questa linea espositiva, riprendendo le tradizionali categorizzazioni della pubblicistica, è possibile ripercorrere non solo l'evoluzione dei rapporti tra diritto ed economia, e più in

particolare al ruolo che lo Stato assume nell'ambito dei fenomeni economici, ma anche l'evoluzione del ruolo che esso ha avuto nel settore della produzione edilizia.

Nell'epoca anteriore alla rivoluzione industriale si assiste ad una netta distinzione tra i due, troviamo, infatti, da un lato la *lex mercatoria*, creata e imposta dalla stessa classe mercantile e che vede quale soggetto di riferimento il *mercator*, dall'altro il diritto romano ed il diritto canonico disciplinanti aspetti diversi delle relazioni interpersonali. Con il passare degli anni, a seguito dell'affermarsi degli Stati nazionali la situazione si ribalta, risultando evidente un asservimento dell'economia al diritto, o meglio alle decisioni di politica economica assunte direttamente dal monarca per ragioni di Stato.

In questa prospettiva, caratterizzata da un forte protezionismo delle economie nazionali, si affaccia per la prima volta la figura dello stato imprenditore che, attraverso lo strumento delle manifatture regie, si sostituisce alla produzione straniera.

È solo con la rivoluzione industriale che si avverte una nuova crisi tra i due sistemi, a seguito della quale il sistema giuridico assume un carattere squisitamente regolatorio a carattere prettamente nazionale (si afferma il principio della statualità del diritto) cui segue una statalizzazione della *lex mercatoria* attraverso una sua trasformazione in codici di commercio. Una statalizzazione del diritto cui consegue anche una giuridicizzazione dei rapporti tra lo stesso Stato ed i cittadini, tanto per le libertà (vedono la luce in questo periodo le dichiarazioni dei diritti e le carte costituzionali), quanto per i rapporti tra i singoli (codici civili e commerciali nell'Europa continentale).

Le caratteristiche del modello dello Stato liberale possono ricondursi alla filosofia della premienza assoluta delle teorie individualiste ed alla connessa assenza dello Stato nell'economia. In questa prospettiva, che muove dal paradigma smithiano della mano invisibile che governa il mercato attribuendogli la capacità di autoregolarsi, adattandosi alle sollecitazioni provenienti dall'esterno, l'intervento statale viene proiettato necessariamente in una prospettiva negativa, in quanto strumento esterno che finisce con l'alterare in naturale funzionamento del mercato.

Adam Smith nella sua opera *Indagine intorno alla natura e alle cause della ricchezza delle nazioni* (1776) fondava l'esaltazione della libertà economica sulla fiducia che un ordine naturale - l'ordine naturale del mercato - si sarebbe realizzato in assenza di interventi esterni ed inopportuni

Nelle elaborazioni successive, la stessa dottrina economica, muovendo dalla considerazione delle condizioni poste a base della concezione smithiana, essenziali per il funzionamento del mercato in senso concorrenziale (assenza di asimmetrie informative, parità di condizioni di accesso al mercato, ecc.) e della difficoltà del loro verificarsi in concreto, ha riconosciuto la sussistenza di quelli che significativamente sono stati definiti in termini di *fallimenti del mercato*.

In questa prospettiva, pertanto, risulta evidente come le condizioni per il corretto funzionamento del mercato vengono intese, in realtà, come elementi che, in sé considerati, richiedono un intervento esterno (del legislatore) teso a garantire la costituzione di una impalcatura normativa che garantisca il verificarsi dei presupposti o, più in generale, il corretto funzionamento del mercato concorrenziale. L'intervento statale in questo quadro non assume una connotazione negativa, di elemento esterno che ostacola il funzionamento del mercato secondo le regole della concorrenza, bensì diventa elemento essenziale per il suo corretto funzionamento secondo le regole concorrenziali.

Questo sistema (stato liberale) è proseguito fino alla fine dell'800 quando iniziò a sconvolgersi a causa dei nuovi sviluppi della produzione industriale di massa che andava superando e sostituendo la terra nel ruolo di fattore primario della produzione. Una situazione nella quale si accentuano le discriminazioni sociali già esistenti.

Agli inizi del '900, nell'Europa continentale si registra un movimento assai significativo che porta, nel 1919, alla emanazione in Germania della Costituzione di Weimar nella quale si trova per la prima volta istituzionalizzato il passaggio dallo stato di diritto allo Stato sociale diffusosi nel resto dell'Europa continentale, soprattutto a seguito della crisi determinatasi alla fine del 1° conflitto mondiale, aggravata dalla successiva crisi del '29.

Traduzione del termine anglosassone *welfare state* - letteralmente Stato del benessere - la locuzione Stato sociale indica uno Stato democratico che persegue fini di "eguaglianza sostanziale" - intesa come uguaglianza delle condizioni di partenza dei cittadini. Uguaglianza garantita attraverso l'intervento dello Stato nell'economia che assume più le caratteristiche di una economia sociale

di mercato, una economia mista nella quale il controllo e gli interventi pubblici sono essenzialmente finalizzati a garantire la richiamata eguaglianza sostanziale.

L'organizzazione presenta forti punti in comune con lo Stato di diritto (si pensi al principio del valore della legge come elemento portante di limitazione del potere, ed alla necessità di garantire una eguaglianza formale dei cittadini dinanzi alla legge) ma si caratterizza per il tentativo di garantire non solo l'uguaglianza formale dei cittadini dinanzi allo Stato - che nella prospettiva dello Stato di diritto è nettamente separata dalla società - ma anche una loro uguaglianza sostanziale intesa come uguaglianza dei punti di partenza, sia garantendo non solo una partecipazione attiva del popolo alla politica nazionale, sia tentando di soddisfare le esigenze di assicurare una vita dignitosa a tutti i cittadini, operando su diversi fronti: assistenza sanitaria, lavoro, previdenza, istruzione, ecc.

8.1. Il rilievo della libertà economica nel quadro costituzionale italiano

Con riferimento alla nostra esperienza, superata la parentesi totalitaria del fascismo, caratterizzata da una assoluta prevalenza del polo statale sui sistemi economici e sociale, la situazione muta con l'avvento della Costituzione repubblicana quando le condizioni sociali dell'Italia del dopoguerra chiedono una decisa rivisitazione del ruolo dello Stato nella società, accanto ad una ridefinizione della stessa libertà economica.

Sebbene nelle moderne costituzioni la libertà economica si ponga come una libertà per eccellenza, nonostante la sua centralità, essa conosce in diversi momenti della nostra storia forme di intervento statale (governo pubblico dell'economia) che radicano il proprio fondamento nel convincimento circa la inidoneità dell'economia di mercato a garantire da solo uno sviluppo economico equilibrato e coordinato con il progresso civile e sociale. Ed è in questa cornice che si manifestano i primi interventi dello Stato nell'economia, e più in generale della società, anche attraverso forme di pianificazione della stessa, consentiti nel nostro sistema dalla stessa formulazione del dettato costituzionale.

Le norme costituzionali di riferimento sono rappresentate essenzialmente dagli articoli 41 e 43 i quali rispettivamente dispongono:

Art. 41

L'iniziativa economica privata è libera.

Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana.

La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali.

Art. 43

A fini di utilità generale la legge può riservare originariamente o trasferire, mediante espropriazione e salvo indennizzo, allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti, determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale.

Il maggior peso riconosciuto al 2° ed al 3° comma dell'art. 41 Cost. ha consentito che venissero poste le basi per un rapporto Stato/società espressione di un modello ad economia mista.

Con l'affermarsi dello Stato sociale, infatti, l'esigenza di coniugare libertà individuali e fini collettivi viene soddisfatta, o meglio si è tentato di soddisfarla, riconducendo le libertà individuali all'interno del polo statale che a tal fine assume, in misura sempre crescente, il ruolo di erogatore di servizi a favore della collettività.

Nel reagire a tale sfida lo Stato ha progressivamente esteso il campo del proprio intervento tanto da seguire una evoluzione che va dallo *Stato sociale* allo *Stato interventista*, sino all'estremo dello *Stato assistenziale*. Ma tanto lo Stato sociale quanto quello interventista, e poi quello assistenziale, con il passare degli anni sono stato bersaglio di molte critiche. Numerosi, infatti, sono stati gli effetti negativi di quel fenomeno di crescente giuridificazione dei rapporti sociali, essenziale per l'espletamento del ruolo. Si è assistito, così, ad una graduale, e sempre più vistosa, colonizzazione della società da parte del diritto che ha prodotto degli effetti negativi tanto sul profilo più propriamente normativo, quanto su quello istituzionale.

Per ciò che concerne il primo elemento richiamato, basti pensare alle critiche che sono state mosse sotto il profilo della abbondanza della produzione normativa, estesa pressoché a tutti i settori della società, cui è conseguita una progressiva riduzione in termini qualitativi dei precetti normativi.

Il legislatore, infatti, a fronte di questa domanda ed offerta di intervento dello Stato nei rapporti sociali, vista anche la limitatezza degli strumenti attraverso cui conoscere ed interpretare la complessità della realtà sulla quale gli stessi precetti andavano ad incidere, ha emanato norme via via più generali che non solo hanno allargato sensibilmente la discrezionalità dell'esecutivo, ma hanno portato, proprio in ragione della indeterminatezza delle premesse di partenza, alla adozione di scelte amministrative sempre meno aderenti alle istanze provenienti dalla società.

La conseguenza imprescindibile di questa colonizzazione dei fenomeni sociali (e dunque economici) da parte del diritto riguarda evidentemente anche lo stesso profilo istituzionale la cui proliferazione è di fatto un momento imprescindibile, essenziale per l'erogazione dei servizi in favore della collettività. La pretesa di una diretta soddisfazione dei bisogni (tanto in termini di erogazione diretta dei servizi quanto di controlli diretti) della collettività richiede necessariamente la creazione di soggetti all'uopo preposti, con la conseguenza che si assiste alla istituzione di tutta una serie di organi (diretti ed indiretti) dello Stato il cui sovradimensionamento, descritto in termini di una vera e propria elefantiasi degli apparati amministrativi, è stato visto come una delle principali determinanti dell'inefficienza del sistema.

Un sistema rispetto al quale viene avvertita e lamentata, in misura sempre crescente, anche per via degli impulsi derivanti dal sistema comunitario - teso a realizzare un sistema di mercato (comune tra i diversi stati membri) di tipo concorrenziale -, una progressiva delegittimazione della politica, intesa come tutela coercitiva degli interessi e dello stesso livello istituzionale, giudicata *«incapace di risolvere i problemi che non possono essere affrontati individualmente, né affidati allo scambio di mercato o alla cooperazione volontaria della società civile»* (FW. SCHARPF, *Governare l'Europa, Legittimità democratica ed efficacia delle politiche dell'Unione europea*, trad. it., Il Mulino, Bologna, 1999, p. 18).

In questo quadro lo specifico assetto istituzionale si è visto gradualmente sottrarre una propria giustificazione non riuscendo più ad assicurare un *«governo per il popolo»*, cioè l'assunzione di *«scelte politiche che possono essere giustificate in termini di una comune nozione di interesse pubblico»* (FW. SCHARPF, *Governare l'Europa, Legittimità democratica ed efficacia delle politiche dell'Unione europea*, cit., p. 186).

9. Il passaggio allo Stato regolatore

In questo contesto di crisi, nel quale riaffiora necessariamente quella doppia polarità tra Stato e società civile, a fronte delle pretese di governo avanzate dal polo statale, la società civile (in questo caso il riferimento è esteso anche al sistema economico) si è gradualmente posta come un sistema che avanza rispetto al primo delle pretese di autonomia. In altri termini, vengono a crearsi le condizioni per cui la separazione tra Stato e società non viene, e non potrebbe, essere ricondotta ad unità di sistema attraverso il riconoscimento in capo al primo di ambiti funzionali autoritativi, ma, al contrario, si caratterizza per le profonde e significative aperture del sistema giuridico nei confronti del sistema sociale.

E proprio la riemersione di questa dicotomia fa sì che vengano adottati da parte del Governo, non solo strumenti conoscitivi, ma anche processi decisionali del tutto nuovi, e ciò in quanto, i contenuti delle prestazioni chieste allo Stato, e dunque delle norme giuridiche, non potranno, pena la loro ineffettività, non essere modellati su questa nuova realtà.

Da un lato le pressioni provenienti dalla società civile e dal sistema comunitario, dall'altro quelle provenienti dal mondo economico, teso sempre più a rivendicare la propria autonomia, hanno rappresentato una spinta determinante verso il cambiamento; verso una rivisitazione dello stesso ruolo dello Stato, costretto a dover far fronte ai sempre crescenti, e per certi versi ormai insostenibili, costi della sua stessa azione.

Il confluire di questi elementi ha portato, sia pure in tempi diversi, le singole organizzazioni statali a rivedere l'intervento diretto pubblico nell'economia. Si avviano, così, lunghi e complessi processi di trasformazione che incidono proprio sull'assetto della compagine statale.

Proprio la frammentazione della società richiede che si superi la tradizionale partizione publi-

co/privato, sostituendola con una molteplicità di prospettive sociali che sono simultaneamente riflesse nel diritto, superando, così, quei *gap* regolativi che si sono manifestati nel *Welfare state*.

In realtà, però, lo stesso processo di privatizzazione, contrariamente a quanto potrebbe apparire a prima vista, non ha portato all'abbandono della prospettiva pubblico/privato quanto, piuttosto, ad una trasformazione delle strutture giuridiche istituzionali predisposte dal sistema giuridico.

Il diritto, e dunque le istituzioni dello Stato, sono chiamate a rivestire un ruolo diverso, non di regolamentazione, bensì di regolazione del sistema, dove la regolamentazione sta ad indicare un intervento normativo nel quale si assiste ad una eterodeterminazione dei fini che il sistema destinatario della disciplina deve perseguire. Un sistema caratterizzato da una presenza determinante e prevalente di soggetti pubblici anche in veste imprenditoriale.

La *regolazione*, al contrario, sta ad indicare un ruolo diverso del soggetto pubblico il quale si pone come garante del corretto funzionamento dello specifico settore di mercato per il quale rappresenta l'autorità di riferimento. Corretto funzionamento che viene assicurato in primo luogo attraverso la predisposizione (da parte della stessa autorità) di un apparato normativo di riferimento al quale i singoli operatori (siano essi pubblici o privati) debbono attenersi e che prescinde da qualsiasi eterodeterminazione dei fini delle scelte imprenditoriali. Un richiamo che rende possibile anche una immediata distinzione rispetto al modello interventista fatta alla luce della natura dell'intervento pubblico, o meglio del tipo di incidenza che esso ha sulle attività dei privati.

In astratto, come s'è visto, l'incidenza dell'intervento pubblico sull'attività dei privati può muovere tra due poli opposti: o essere tale da indirizzare l'attività dei singoli operatori (anche solo potenziali), sino al punto di vincolarla agli obiettivi da raggiungere, addirittura escludendola da un certo settore (si pensi all'ipotesi della nazionalizzazione del settore dell'energia elettrica); o, in una diversa e opposta prospettiva, nella quale, sulla scia degli insegnamenti delle dottrine liberali, si pongono al centro della scena le libertà individuali, la possibile incidenza dell'attività svolta dal soggetto pubblico è in un certo senso limitata, o se si vuole riflessa, in quanto l'intervento (pubblico) regolatorio (compatibile con il mercato concorrenziale) contempla la predisposizione di regole i cui contenuti possono essere semplicemente adesivi o neutrali rispetto alla struttura ed alle regole proprie del mercato o, tutt'al più, correttivi dello stesso (G. ALPA, *Strumenti privatistici ed esigenze economiche. Ipotesi sintomatiche di interventi correttivi, adesivi o distorsivi delle regole del mercato*, in *Cont. imp.*, 1989, pp. 368 ss.).

In quest'ottica, dunque, la nota caratterizzante la regolazione non riguarda tanto la provenienza della regola, ma i contenuti della stessa e, soprattutto, gli effetti che ad essa sono riconducibili.

Una conferma di quanto detto può senza dubbio essere rintracciata con riferimento alla nostra esperienza, richiamando proprio il passaggio dalla «*regolamentazione*» alla «*regolazione*» individuando nel *genus* della disciplina dell'economia una species particolare: quella relativa all'attività svolta da soggetti pubblici, appartenenti all'esecutivo, nel mercato e per il mercato.

Per tale via regolazione e regolamentazione esprimono, come si è detto, il diverso ruolo dei soggetti pubblici, o, se si vuole, i diversi poteri che a questi ultimi vengono attribuiti dal legislatore.

Applicando il criterio teleologico, dunque, la regolazione diviene espressione di una scelta del legislatore di improntare i rapporti tra Stato ed economia ad una logica diversa in base alla quale la (etero)regolamentazione statale non viene a contrapporsi al mercato concorrenziale ed alla sua logica, ignorando il codice binario proprio del sistema economico, bensì diviene parte di esso, strumentale al suo corretto funzionamento, assumendo dei contenuti neutrali rispetto al principio (economico) cui lo stesso si ispira. In altri termini essa (la (etero)regolamentazione statale) si riferisce ad attività affidate ai privati rispetto alle quali lo Stato pone delle regole che rappresentano le condizioni per un funzionamento efficiente di dette attività e quindi dei settori cui esse ineriscono.

Si delinea, così, un processo che vede il suo punto iniziale nella scelta operata dal legislatore di beni ed interessi allo scopo di farne oggetto di tutela. In questo caso ciò che si vuole tutelare è il corretto funzionamento del (sub)sistema nel quale tali beni ed interessi vanno ad inserirsi (si pensi, ad esempio al settore dei Lavori pubblici). Così, nel rispetto delle caratteristiche proprie

dello stesso (sub)sistema, vengono individuate (dal soggetto deputato alla regolazione, nell'esempio richiamato l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture) regole di condotta rivolte ai consociati (ai soggetti che in modo diretto ed indiretto operano in esso) finalizzate a garantire il corretto funzionamento del (sub)sistema medesimo. Essa (la regolazione) non esprime la volontà politica di sostituirsi al mercato, quanto piuttosto la necessità di predisporre un corpo legislativo e normativo finalizzato a garantirne il corretto funzionamento.

10. Cenni sulla globalizzazione

Seguendo questo percorso evolutivo concernente il ruolo dello Stato e delle sue istituzioni, del quale si sono sommariamente richiamate le principali tappe, non si può omettere qualsiasi riferimento al fenomeno della *globalizzazione* la cui dimensione economica influenza inevitabilmente le scelte degli Stati, i quali devono confrontarsi con soggetti nuovi internazionali e transnazionali che operano ad un livello più ampio rispetto al quale lo stesso soggetto pubblico non può avere influenza.

La globalizzazione economica consiste nella integrazione di economie nazionali nell'economia internazionale attraverso di scambi commerciali, gli investimenti diretti esteri (da parte delle *corporations* e delle multinazionali), i flussi di capitale a breve termine, i flussi internazionali di lavoratori e di persone in genere, e i flussi di tecnologia (J. Bhagwati, *Elogio della globalizzazione*, Laterza, Bari, 2005, pp. 5-6).

Si tratta di un fenomeno di internazionalizzazione delle relazioni economiche, cui sono riconducibili diverse conseguenze, prima fra tutte l'apertura al mercato di molte economie nazionali che prima non lo erano. Una apertura al mercato che inevitabilmente ha assunto una intensità ed una portata tali da produrre degli effetti significativi anche nella stessa sfera istituzionale nazionale che ha dovuto confrontarsi con nuovi soggetti, attori e protagonisti del processo giuridico, assistendo per certi versi ad una vera e propria opacizzazione della propria sovranità.

In questa diversa realtà, infatti, lo Stato, i soggetti pubblici tradizionali, vengono per così dire portati a ridurre gradualmente la propria sfera di influenza e tali pressioni direttamente o indirettamente provengono in parte dallo stesso potere economico i cui maggiori esponenti sono le imprese multinazionali che, proprio per la loro natura, operano su un piano che in parte trascende le singole realtà nazionali.

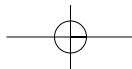
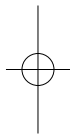
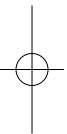
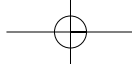
La direzione assunta dal sistema economico in una prospettiva di globalizzazione è tale da richiedere necessariamente un ripensamento dello stesso sistema politico e, conseguentemente, anche del sistema giuridico che è chiamato ad offrire, a predisporre quegli strumenti - "regole ed istituzioni" - funzionali al corretto funzionamento del mercato - globalizzato.

"Il problema delle infrastrutture non riguarda dunque solo la costruzione di ponti, ferrovie e mezzi di comunicazione, ma riguarda anche l'impalcatura istituzionale, i «servizi giuridici»>, specie costituzioni, leggi e tribunali che, oltre ad assicurare i diritti individuali, permettano l'avvio e il funzionamento della vita economica in maniera non anarchica, rendendo affidabile la proprietà e il traffico di merci" (M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, Il Mulino, Bologna, 2000, p. 21).

Le critiche di ogni giorno manifestano una netta divisione tra sostenitori ed oppositori della globalizzazione (sul punto cfr. J. BHAGWATI, *Elogio della globalizzazione*, cit. e J. STIGLITZ, *La globalizzazione e i suoi oppositori*, Einaudi, Torino, 2003) che, muovendo da prospettive evidentemente contrapposte, tendono ad evidenziarne profili differenti. Prescindendo in questa sede dal ripercorrere anche solo sommariamente le diverse opinioni espresse, ai fini della presente analisi è sicuramente corretto assumere una prospettiva per così dire neutrale, per la quale la globalizzazione in sé e per sé considerata non rappresenta né un male assoluto, né tanto meno un bene assoluto. Come tutti i fenomeni presenta degli aspetti positivi e negativi che occorre imparare a conoscere e gestire. Se da un lato, dunque, i critici della globalizzazione, ne hanno evidenziato gli aspetti negativi, considerandola *"espressione del primato dell'economia sulla politica, dell'indebolimento della sovranità degli stati nazionali a favore di un'espansione mondiale senza impacci e confini del capitale"* (*Il mondo attuale e le sue con-*

traddizioni, p. 8) e, dunque, una *longa manus del capitalismo*, che come tale si pone all'origine di molti mali sociali, quali *"l'indigenza dei paesi poveri e il deterioramento dell'ambiente e livello mondiale"* (J. BHAGWATI, *Elogio della globalizzazione*, cit., p. 6), altri autori in diverse occasioni hanno posto in evidenza come molti dei problemi connessi alla globalizzazione dipendano essenzialmente da una sua cattiva gestione sottolineando la necessità di una governance adeguata in grado di controbilanciare la graduale perdita di controllo del potere politico a fronte di un maggiore spazio di manovra riconosciuto agli attori economici i quali proprio in ragione della loro multinazionalità, hanno via via sperimentato forme di autoregolamentazione. Si è pertanto di fronte ad un processo di cambiamento che oltre al profilo soggettivo che vede la comparsa di nuovi attori (ONG e multinazionali, ma anche istituzionali - soggetti (pubblici) internazionali: WTO, FMI, Banca mondiale), incide anche su quello delle fonti, assistendo ad una graduale sostituzione della disciplina pubblicistica con quella contrattuale: una parte della dottrina, già inizi del decennio neoliberaista, sottolineava come *«il principale strumento della innovazione giuridica è il contratto»* il quale *«prende il posto della legge anche per organizzare la società civile»* (F. GALGANO, *Nazioni senza ricchezze, ricchezze senza nazione*, Il Mulino, Bologna, 1993).

L'autoregolamentazione, i codici di condotta e lo stesso contratto diventano *"la fonte di queste norme di diritto privatizzato, che nascono all'ombra del mondo della produzione"* (M. R. FERRARESE, op. cit., p. 50). Esso si pone come *"un diritto con un «centro» poco visibile e una «periferia» altamente sviluppata e la lex mercatoria rappresenta quella parte del diritto economico globalizzato che opera in periferia, in diretta 'combinazione strutturale' con le organizzazioni e le transazioni economiche globali. È un diritto che deriva da regole paralegali che sono prodotte 'ai margini' del diritto, al cui confine con il processo economico e tecnologico"* (M. R. FERRARESE, op. cit., p. 50).



Capitolo III

Le fonti del diritto

Sommario:

1. Le fonti del diritto. 2. Il sistema delle fonti. 3. Le fonti costituzionali. 4. Le fonti primarie. La legge. 5. Gli atti aventi forza di legge. Delega legislativa e Testi unici. 6. (Segue). I decreti legge. 7. Le fonti secondarie. 8. Potestà normativa delle amministrazioni indipendenti. 8.1. La potestà normativa dell'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici. 9. La riforma del titolo V della Costituzione e il nuovo riparto delle materie. 9.1. (Segue). Il governo del territorio e l'urbanistica ed edilizia. 9.2. (Segue). Lavori pubblici e *project financing*. 10. Fonti comunitarie e ordinamento interno. 10.1. Rapporto tra fonti comunitarie e fonti di diritto interno. 10.2. L'applicazione delle fonti comunitarie. 10.3 La partecipazione delle Regioni alla fase di formazione degli atti comunitari (c.d. fase ascendente). 10.3.1. (Segue). La "Legge Buttiglione". 10.4. L'attuazione delle fonti comunitarie da parte delle Regioni (c.d. fase discendente). 11. Globalizzazione e fonti del diritto. 12. Norme di buona tecnica e buone prassi.

1. Le fonti del diritto

Sono fonti del diritto tutti gli *atti o fatti* che producono norme del diritto.

Nell'ambito del nostro ordinamento distinguiamo tra le *fonti di cognizione*, cioè l'insieme dei documenti che forniscono la conoscibilità legale della norma, cioè i documenti che raccolgono i testi delle norme giuridiche, quali ad esempio la costituzione, la gazzetta ufficiale, i codici, e le *fonti di produzione* esito di quel procedimento atto a produrre norme giuridiche: "*i fatti o gli atti ai quali l'ordinamento conferisce l'attitudine a produrre norme giuridiche*" (G. AMATO, A. BARBERA, *Manuale di diritto pubblico*, Il Mulino, Bologna, 1984, p. 117).

Le *fonti di produzione* si distinguono in *fonti-atto* e *fonti-fatto*. Le prime sono atti giuridici volontari atti a porre norme di diritto obiettivo all'interno dell'ordinamento. "Atti" volontari, imputabili a soggetti determinati, esplicitazione di un potere loro attribuito. Le *fonti atto* sono dunque quelle disposizioni scritte (leggi, decreti, regolamenti, ecc.), cioè quegli elementi testuali, dalla cui interpretazione si traggono delle regole giuridiche, cioè delle norme. Le *fonti-fatto*, invece, sono quei fatti che, pur essendo riconducibili ad azioni volontarie, non si concretano in atti, quali la legge, e producono comunque una regola, una norma considerata vincolante da una determinata collettività. Esempio classico di fonte-fatto è la *consuetudine*, cioè quel comportamento costante ed uniforme tenuto dai consociati, ritenuto dagli stessi vincolante. Essa possiede una forza normativa solo al di fuori delle materie regolate dal diritto scritto, nel senso che una norma consuetudinaria non può in nessun caso derogare, contrastare o modificare una norma del diritto scritto. La sua struttura contempla due elementi: la ripetizione più o meno prolungata nel tempo di comportamenti (*repetitio facti*) e la convinzione che essi corrispondano ad una norma giuridica (*opinio iuris ac necessitatis*).

Esistono tre diversi generi di consuetudini:

- la *consuetudine praeter legem*, che disciplina un ambito non ancora regolato dalla legge, per il quale sussiste, dunque, un vero e proprio vuoto normativo, in questi casi la consuetudine ha valore di norma di legge è però cedevole rispetto al diritto scritto che dovesse essere emanato per disciplinare quella data materia;
- la *consuetudine contra legem*, che opera in direzione opposta al precetto legislativo, e pertanto la stessa consuetudine, stante quanto si è detto circa la prevalenza della norma di diritto scritto, dovrebbe considerarsi inesistente o, secondo parte della dottrina, inefficace;
- la *consuetudine secundum legem*, che opera in senso integrativo della norma di legge, ad esempio dove si tratta di offrire un significato particolare alla norma per renderlo maggiormente adeguato alle esigenze sociali (*consuetudine interpretativa*).

2. Il sistema delle fonti

Gli atti e fatti normativi che vanno a comporre l'ordinamento giuridico sono molteplici e nel loro complesso sono organizzati in un sistema regolato essenzialmente da tre *criteri - cronologico, gerarchico e di competenza* - desumibili dalle fonti sulla produzione, cioè da quelle norme aventi la funzione di identificare le norme dell'ordinamento, determinandone le modalità di produzione, i criteri di vigenza e di interpretazione. Nel nostro sistema la principale fonte sulla produzione è rappresentata dalla Costituzione che *"prevede un numero chiuso di fonti operanti a livello costituzionale ed a livello di leggi ordinarie permettendo al legislatore ordinario di prevedere, in coerenza con le disposizioni costituzionali in tema di organizzazione e di tutela delle posizioni soggettive, di configurare anche diversi tipi di fonti secondarie"* (P. CARETTI, U. DE SIERVO, *Istituzioni di diritto pubblico*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 485).

Il nostro sistema normativo si caratterizza, come si è detto, da una molteplicità di fonti che assumono nomi e rilevanza giuridica diversi a seconda della loro provenienza, e che sono organizzati, o meglio sistematizzati, in primo luogo proprio in base alla propria forza giuridica, secondo un sistema gerarchico nel quale si individuano due macro categorie: le *fonti primarie* e le *fonti secondarie*.

In questo caso le possibili antinomie, cioè i possibili contrasti che si producono tra norme di grado diverso, vengono risolte - facendo applicazione del criterio gerarchico - in termini di illegittimità della fonte di grado inferiore contrastante con quella superiore, a prescindere da qualsiasi altro elemento quale può essere quello temporale. In questa prospettiva, ad esempio, sarà incostituzionale una legge che si pone in contrasto con la costituzione, o illegittimo un regolamento che si pone in contrasto con una norma di legge; o, viceversa, una norma di legge successiva, ove ponga una norma in contrasto con quella contenuta in una disposizione regolamentare, avrà necessariamente un valore abrogativo della stessa.

Accanto al principio di gerarchia, per la soluzione delle antinomie trova applicazione il principio cronologico con riferimento a quelle fonti dotate della medesima forza giuridica (due leggi, due regolamenti governativi, ecc.), ma adottate in tempi diversi. In questi casi l'eventuale contrasto tra disposizioni trova soluzione nella automatica abrogazione della norma precedente da parte di quella successiva che, così, andrà a sostituire, in tutto o in parte, la disciplina precedente.

L'art. 15 delle disposizioni sulla legge in generale prevede tre tipi di abrogazione, cioè di cessazione dell'efficacia di una norma in virtù dell'entrata in vigore di una nuova norma contenente previsioni che si pongono in contrasto con le precedenti (*lex posterior derogat priori*):

- *l'abrogazione espressa*, che si ha in quelle ipotesi in cui la legge successiva indichi espressamente le disposizioni precedenti abrogate;
- *l'abrogazione tacita*, che si verifica in quelle ipotesi in cui la norma successiva non contiene alcuna indicazione relativa alle norme da considerarsi abrogate, ma questa sia desumibile di fatto dal contenuto delle norme, incompatibili con quelle contenute nella *lex anterior*;
- *l'abrogazione implicita*, conseguente ad una complessiva modifica della disciplina di un intero settore di una portata tale da far considerare superata la precedente disciplina.

Il terzo criterio per superare le antinomie è il *criterio della competenza*. L'applicazione di questo principio è possibile in quelle ipotesi in cui, in determinati settori, il potere normativo viene affidato ad organi o enti diversi da quelli che ne sarebbero titolari (si pensi, ad esempio, ai regolamenti parlamentari, alle leggi regionali, ecc.).

In questi casi, il contrasto tra diverse fonti non sarà risolubile in termini di una abrogazione di una norma rispetto all'altra, ma di illegittimità della norma che invade la competenza di un altro organo.

L'eventuale illegittimità delle fonti di tipo primario o costituzionale potrà essere dichiarata soltanto dalla Corte costituzionale, mentre nel caso delle fonti secondarie, l'illegittimità (a base dell'annullamento o della semplice disapplicazione), consistente in una violazione di una norma sulla produzione, potrà essere rilevata da qualsiasi giudice (ordinario o amministrativo) nel corso di un giudizio.

3. Le fonti costituzionali

Seguendo nella esposizione delle fonti il criterio gerarchico, al vertice della piramide si colloca la Costituzione che non solo rappresenta la principale fonte del diritto formale ma, proprio in quanto norma fondamentale dell'ordinamento, si impone su tutte le altre fonti, determinando, per alcune di esse, anche le procedure di emanazione (in questo caso la Costituzione assume il valore di fonte sulla produzione).

Una delle caratteristiche della nostra Carta costituzionale è la sua rigidità, cioè la sua non suscettibilità ai cambiamenti attraverso procedimenti ordinari.

Essa è suddivisibile in due parti, la prima dedicata al riconoscimento e alla tutela dei valori fondamentali del cittadino (principio di uguaglianza formale e sostanziale - artt. 2 e 3 -, libertà fondamentali - artt. 13 ss.) secondo una graduazione rispetto alla quale lo Stato assume una funzione strumentale di garanzia del pieno sviluppo dei valori personalistici e comunitari del cittadino, garantendo la realizzazione non solo delle *libertà individuali* e *collettive* contemplate nella costituzione (libertà personale, libertà di associazione, libertà di domicilio, ecc.) ma anche i numerosi diritti sociali (diritto al lavoro, diritto allo studio, diritto alla salute, ecc.) in essa riconosciuti (cioè quei diritti la cui funzione, seguendo l'insegnamento di Calamandrei, "è essenzialmente quella di garantire ad ognuno, a integrazione delle libertà politiche, quel minimo di «giustizia sociale» ossia di benessere economico, che appare indispensabile a liberare i non abbienti dalla schiavitù del bisogno, e a metterli in condizione di potersi avvalere, anche di fatto, di quelle libertà politiche che di diritto sono proclamate come uguali per tutti", ponendo in generale in capo allo Stato un obbligo di fare finalizzato a garantire l'effettività della prestazione prevista), oltre che i rapporti economici.

La seconda parte della Carta costituzionale, invece, è dedicata alla struttura istituzionale dello Stato. In essa sono infatti disciplinati gli organi costituzionali dello Stato - cioè quegli organi (Parlamento, Governo, Presidente della Repubblica, Corte costituzionale ed corpo elettorale) che traggono la loro investitura dalla Carta costituzionale e sono coesenziali allo stesso ordinamento, nel senso che l'assenza di uno di essi ne muterebbe la natura - ed anche alcuni enti ausiliari quali il Consiglio di Stato, il CNEL e la Corte dei conti.

Sempre a livello costituzionale si pongono le leggi di revisione costituzionale e di integrazione della costituzione e le altre leggi costituzionali, cioè quelle leggi cui, per dettato costituzionale è "riservata" la disciplina di determinate materie (si consideri ad esempio l'art. 71, comma 1, Cost. in base al quale "L'iniziativa delle leggi appartiene al Governo, a ciascun membro delle Camere e agli organi ed enti ai quali sia conferita da legge costituzionale"; o l'art. 132, comma 1, Cost.: "si può con legge costituzionale, sentiti i Consigli regionali, disporre la fusione di Regioni esistenti o la creazione di nuove Regioni con un minimo di un milione di abitanti, quando ne facciano richiesta tanti Consigli comunali che rappresentino almeno un terzo delle popolazioni interessate, e la proposta sia approvata con referendum dalla maggioranza delle popolazioni stesse") e la cui approvazione segue la stessa procedura prevista dall'art. 138 per la modifica della Carta costituzionale

Art. 138 Cost.

Le leggi di revisione della Costituzione e le altre leggi costituzionali sono adottate da ciascuna Camera con due successive deliberazioni ad intervallo non minore di tre mesi, e sono approvate a maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna Camera nella seconda votazione.

Le leggi stesse sono sottoposte a referendum popolare quando, entro tre mesi dalla loro pubblicazione, ne facciano domanda un quinto dei membri di una Camera o centocinquanta elettori o cinque Consigli regionali. La legge sottoposta a referendum non è promulgata se non è approvata dalla maggioranza dei voti validi.

Non si fa luogo a referendum se la legge è stata approvata nella seconda votazione da ciascuna delle Camere a maggioranza dei due terzi dei suoi componenti.

Sempre al livello costituzionale si pongono poi le norme internazionali generalmente riconosciute sulle quali si tornerà nel prosieguo del presente capitolo.

4. Le fonti primarie. La legge

Ad un livello immediatamente inferiore si pongono le cosiddette fonti primarie tra le quali rientra la legge (in questo caso alla luce della riforma del titolo V della Costituzione, che ha rotto il monopolio parlamentare della legge formale riconoscendo all'art. 117 una competenza legislativa in via esclusiva in capo alle Regioni, il richiamo alla legge va inteso come comprensivo sia della legge proveniente dal Parlamento, cioè della legge statale, sia della legge regionale). Per comodità espositiva si focalizzerà l'attenzione in prima battuta sulle fonti primarie statali.

L'art. 70 della Cost. dispone che "la funzione legislativa è esercitata collettivamente dalle due camere".

Il primo punto su cui occorre soffermare l'attenzione riguarda il contenuto normativo della legge, cioè la sua capacità di innovare l'ordinamento, operando sul proprio livello gerarchico e dal lato positivo la capacità di resistere all'incidenza (abrogazione, sospensione o deroga) di fonti ad esse subordinate (es. regolamenti). Sebbene si tratti di una regola generale, dalla lettura della stessa Carta costituzionale non può dirsi che essa abbia una valenza assoluta essendo contemplate, nell'ambito della medesima, delle ipotesi di leggi prive del contenuto normativo - leggi meramente formali - quali la legge di autorizzazione a ratificare i trattati internazionali (art. 80 Cost.) la legge di approvazione annuale del bilancio preventivo e quella di approvazione del rendiconto consuntivo (art. 81, comma 1, Cost.).

In altri termini, la tradizionale qualificazione della legge in termini di legge formale sta ad indicare la capacità (forza di legge) di abrogare e modificare (in applicazione del principio cronologico ed anche di quello gerarchico) atti emanati precedentemente, siano essi legislativi che regolamentari e viceversa di resistere (in applicazione del criterio gerarchico) alla abrogazione o alla modifica ad opera di fonti che non siano ad essa equiordinate (prive, cioè, di forza di legge).

Va rilevato, poi, che alla legge formale, cioè all'atto proveniente dal Parlamento, il nostro ordinamento riserva la disciplina di alcune materie attraverso l'istituto della riserva di legge inteso nella sua accezione più restrittiva di riserva di legge formale, quale ad esempio quella contemplata all'art. 81 Cost.

Art. 81

Le Camere approvano ogni anno i bilanci e il rendiconto consuntivo presentati dal Governo.

L'esercizio provvisorio del bilancio non può essere concesso se non per legge e per periodi non superiori complessivamente a quattro mesi.

Con la legge di approvazione del bilancio non si possono stabilire nuovi tributi e nuove spese.

Ogni altra legge che importi nuove o maggiori spese deve indicare i mezzi per farvi fronte.

Nel caso appena richiamato viene in gioco la funzione di indirizzo politico e di controllo sul Governo per cui sarebbe inconciliabile con lo stesso spirito della norma una estensione anche agli atti aventi forza di legge provenienti dal Governo, cioè i decreti legislativi ed i decreti legge. In altri casi, invece, la previsione di una riserva di legge all'interno della Carta costituzionale mira essenzialmente ad escludere l'intervento, nella disciplina di una determinata materia, di fonti subordinate, ed in particolare di atti normativi dell'esecutivo (regolamenti), risultando così possibile che la disciplina di quella data materia venga predisposta attraverso l'emanazione di atti aventi forza di legge.

In questa prospettiva vanno inquadrare le diverse forme in cui la riserva di legge può articolarsi, in aggiunta a quella già rammentata, proprio in ragione della libertà che viene lasciata al legislatore ordinario di intervenire sulla materia avvalendosi anche dell'intervento di fonti diverse dalla legge. La prima è la *riserva di legge assoluta*, quale ad esempio quella disposta dall'art. 13 della Costituzione, attraverso la quale il legislatore costituzionale ha imposto alla legge di disciplinare - in modo assoluto - quella determinata materia escludendo qualsiasi intervento di altre fonti di livello inferiore. Alla fonte secondaria in questo caso residua uno spazio minimo che è rappresentato dalla mera esecuzione della disciplina prevista nella fonte primaria attraverso l'emanazione dei cosiddetti regolamenti di esecuzione.

Indicano la presenza di questo tipo di riserva formule quali «secondo disposizioni di legge», «in

base alla legge».

Il secondo tipo è rappresentato dalla *riserva di legge relativa* nella quale l'intervento del legislatore può limitarsi a definire gli elementi principali della normativa in questione (es. art. 97 Cost.) essendo possibile un intervento della fonte regolamentare nella disciplina di dettaglio della materia.

In alcune ipotesi, invece, la stessa Costituzione non solo impone al legislatore di disciplinare in via esclusiva una determinata materia, ma individua anche gli ambiti entro cui l'intervento dello stesso può aver luogo, prevedendone il contenuto di massima (*riserva di legge rinforzata*). Si pensi ad esempio alla disciplina della libertà di circolazione e soggiorno.

Art. 16 Cost.

Ogni cittadino può circolare e soggiornare liberamente in qualsiasi parte del territorio nazionale, salvo le limitazioni che la legge stabilisce in via generale per motivi di sanità o di sicurezza. Nessuna restrizione può essere determinata da ragioni politiche.

5. Gli atti aventi forza di legge. Delega legislativa e Testi unici

Sempre nel quadro delle fonti primarie si pongono quegli atti che pur non essendo leggi in senso formale, non essendo emanati dal Parlamento, secondo il disposto di cui all'art. 70, hanno comunque forza di legge. Si tratta dei decreti legislativi e dei decreti legge disciplinati agli articoli 76 e 77 della Costituzione.

L'art. 76 Cost. dispone che "l'esercizio della funzione legislativa non può essere delegato al Governo se non con determinazione di principi e criteri direttivi e soltanto per tempo limitato e per oggetti definiti", attraverso l'emanazione, secondo quanto disposto dall'art. 72 Cost., di una legge delega o di delegazione legislativa che presenta così un contenuto necessario, essendo indispensabile, per la validità stessa della delega, che essa individui alcuni elementi. Più precisamente:

- a. l'oggetto su cui il Governo può adottare i decreti legislativi;
- b. il termine temporale oltre il quale il Governo non potrà più esercitare la funzione che gli viene delegata dal Parlamento;
- c. i principi ed i criteri direttivi cui lo stesso Governo dovrà attenersi, pena l'illegittimità del decreto delegato, nella formulazione del testo normativo.

Con riferimento a quest'ultimo punto la stessa Corte costituzionale (sent. n. 198/1998) ha precisato che *"la determinazione dei principi e criteri direttivi richiesti dall'art. 76 Cost. per una valida delegazione legislativa non può eliminare ogni margine di scelta nell'esercizio della delega. I principi ed i criteri direttivi servono, infatti, da un lato a circoscrivere il campo della delega, sì da evitare che essa venga esercitata in modo divergente dalle finalità che l'hanno determinata ma, dall'altro, devono consentire al potere delegato la possibilità di valutare le particolari situazioni giuridiche da regolamentare nella fisiologica attività di riempimento che lega i due livelli normativi"*.

Fra le deleghe un ruolo di rilievo è rivestito da quelle finalizzate alla formazione dei *Testi Unici* approvati nella forma del decreto legislativo. Tecnicamente si tratta di testi nei quali la disciplina esistente ed in vigore relativa ad una determinata materia, si pensi al settore dell'edilizia, alla materia delle espropriazioni o, ancora, alla materia della sicurezza sui luoghi di lavoro (delega tra l'altro mai esercitata appieno), viene raccolta e coordinata in un testo organico e completo a cura del Governo, da cui il nome Testo Unico.

A seconda del tipo di intervento operato dal Governo, si distinguono quei testi nei quali vengono *"semplicemente"* raccolte in un unico atto delle disposizioni, normative e regolamentari, preesistenti. In questi casi si tratta di *Testi unici di mera compilazione* i quali non individuano, di norma, una fonte del diritto vera e propria, non essendoci, a seguito della loro emanazione, alcuna innovazione dell'ordinamento. In questi casi la delega legislativa al Governo assume, evidentemente, un contenuto peculiare, contenendo la individuazione di tutte le fonti da unificare.

È invalsa, però, la prassi, da parte del Parlamento, di delegare al Governo, oltre che la unificazione nell'unico testo della disciplina di una determinata materia, anche la realizzazione di modifiche ed integrazioni ritenute necessarie per chiarire dubbi, eliminare discordanze o, addirittura, adeguare la disciplina (*Testi Unici fonte*). Si pensi, ad esempio, all'esperienza del testo unico in

materia di edilizia, o a quello, non più emanato, in materia di sicurezza sui luoghi di lavoro con il quale veniva operata una vera e propria rivisitazione del concetto stesso di sicurezza. In questi casi, il Testo Unico assume la forza di legge, e dunque di fonte (di produzione e non di mera cognizione) del diritto, avendo un valore innovativo dell'ordinamento giuridico, donde la necessità che la sua emanazione da parte del Governo sia preceduta da una delega legislativa.

6. (Segue). I decreti legge

L'art. 77 della Costituzione dispone che

"il Governo non può, senza delegazione delle Camere, emanare decreti che abbiano il valore di legge ordinaria.

Quando, in casi di necessità e d'urgenza il Governo adotta, sotto la sua responsabilità, provvedimenti provvisori con forza di legge, deve il giorno stesso presentarli per la conversione alle Camere che, anche se sciolte, sono appositamente convocate e si riuniscono entro cinque giorni.

I decreti perdono efficacia sin dall'inizio, se non sono convertiti in legge entro sessanta giorni dalla loro pubblicazione. Le Camere possono tuttavia regolare con legge i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti legge non convertiti".

Dalla lettura del testo costituzionale è agevole inquadrare i caratteri essenziali di queste fonti. Si tratta di atti aventi forza di legge, quindi capaci di incidere nell'ordinamento operando a livello primario, caratterizzati dalla provvisorietà degli effetti. La norma, infatti, dispone che essi producano effetti limitati nel tempo - fino alla loro conversione in legge che deve avvenire entro 60 gg. dalla emanazione - pena la loro perdita di efficacia.

Le ragioni di una simile peculiarità sono di agevole comprensione ove si collochi la disposizione in esame nel contesto della disciplina delle fonti, e più in particolare di quelle disposizioni costituzionali che disciplinano la funzione legislativa, che, come si è visto, è riservata, di norma al Parlamento, il quale può delegarla al Governo attraverso un atto (legge) di delega nel quale la stessa discrezionalità del Governo nella determinazione dei contenuti del provvedimento normativo che gli è stato delegato, viene circoscritta dallo stesso Parlamento attraverso la individuazione dell'oggetto della delega e dei principi e criteri diretti vi cui lo stesso Governo dovrà attenersi nell'esercizio della delega medesima.

Nel caso del decreto legge, invece, non si riscontra alcun atto attraverso il quale il Governo sia a priori legittimato dal Parlamento all'esercizio della potestà legislativa, all'emanazione di una fonte primaria. Il Governo, infatti, agisce in assenza di delega, sotto la propria responsabilità, in casi straordinari di necessità ed urgenza, ed è tenuto a provvedere immediatamente a presentare il provvedimento così adottato alle Camere per la sua conversione in legge.

Nonostante la chiarezza del dettato normativo, si è nel corso degli anni registrato un vero e proprio abuso di questo strumento da parte del Governo, attraverso un sistematico ricorso al decreto legge che in molti casi veniva addirittura reiterato, allo scadere dei sessanta giorni, dallo stesso Governo, by-passando così la sua conversione in legge. Per porre fine a questa prassi è intervenuta la Corte costituzionale che con la sentenza n. 360/96 ha precisato che la disciplina contenuta all'art. 77 Cost. esclude la reiterabilità dei decreti:

"nella sua limpida formulazione, non offre alternative al carattere necessariamente provvisorio della decretazione d'urgenza: o le Camere convertono il decreto-legge entro sessanta giorni o il decreto perde retroattivamente la propria efficacia, senza che il Governo abbia la possibilità di invocare proroghe o il Parlamento di provvedere ad una conversione tardiva. La disciplina costituzionale viene pertanto a qualificare il termine di sessanta giorni fissato per la vigenza della decretazione d'urgenza come un limite insuperabile che - proprio ai fini del rispetto del criterio di attribuzione della competenza legislativa ordinaria alle Camere - non può essere né violato, né indirettamente aggirato.

Ora, il decreto legge iterato o reiterato - per il fatto di riprodurre (nel suo complesso o in singole disposizioni) il contenuto di un decreto legge non convertito, senza introdurre variazioni sostanziali - lede la previsione costituzionale sotto più profili: perché altera la natura provvisoria della decretazione d'urgenza procrastinando, di fatto, il termine invalicabile previsto dalla Costituzione per la

conversione in legge; perché toglie valore al carattere straordinario dei requisiti della necessità e dell'urgenza, dal momento che la reiterazione viene a stabilizzare e a prolungare nel tempo il richiamo ai motivi già posti a fondamento del primo decreto; perché attenua la sanzione della perdita retroattiva di efficacia del decreto non convertito, venendo il ricorso ripetuto alla reiterazione a suscitare nell'ordinamento un'aspettativa circa la possibilità di consolidare gli effetti determinati dalla decretazione d'urgenza mediante la sanatoria finale della disciplina reiterata.

Su di un piano più generale, la prassi della reiterazione (...) viene (...) a incidere negli equilibri istituzionali alterando i caratteri della stessa forma di governo e l'attribuzione della funzione legislativa ordinaria al Parlamento.

La mancata conversione in legge non pregiudica, però, i c.d. diritti quesiti, cioè quelle posizioni di vantaggio consolidate nel periodo di vigenza del decreto.

7. Le fonti secondarie

Nel novero delle fonti di provenienza governativa rientrano poi le cosiddette fonti secondarie, ossia quei provvedimenti espressione della potestà regolamentare del Governo o di membri di esso (regolamenti governativi - art. 17, comma 1 -, regolamenti ministeriali - art. 17, comma 3). Si tratta di provvedimenti che non si inquadrano, evidentemente, nella categoria delle leggi formali, ma che, nei limiti del rispetto del principio gerarchico, hanno la capacità di innovare l'ordinamento, essendo dotati del cosiddetto valore di legge in quanto espressione del potere normativo.

Al contrario di quanto accade per le fonti di rango primario, nell'attuale assetto costituzionale le fonti secondarie non possono essere considerate un *numerus clausus*. Ed in effetti, *"non potendosi più parlare di un'unica amministrazione di tipo accentrato, le fonti secondarie tendono ad ordinarsi in relazione ai diversi livelli amministrativi, con un rapporto tra fonti secondarie dello Stato e quelle delle Regioni e degli enti locali, che è regolato da disposizioni costituzionali e legislative che garantiscono l'autonomia dei livelli di governo locale rispetto all'assetto amministrativo centrale: non esiste più dunque un sistema unitario delle fonti secondarie quale quello ipotizzato negli artt. 3 e 4 delle "preleggi", ma sistemi tra loro indipendenti di fonti normative secondarie dello Stato, delle Regioni, degli enti locali"* (P. CARETTI U. DE SIERVO, *Istituzioni di diritto pubblico*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 502).

Fonti secondarie per eccellenza sono i regolamenti.

L'art. 117, comma 6, della Costituzione, nel testo novellato dalla Legge Costituzionale n. 3 del 2001, ha dato, per la prima volta, dignità costituzionale alla disciplina della potestà regolamentare che in precedenza non trovava alcun riferimento costituzionale se non quello formale contenuto nell'art. 87 Cost. che, tra le funzioni del Presidente della Repubblica, annovera quella di emanare i regolamenti del Governo.

Ad oggi, dunque, la Costituzione delimita l'ambito materiale entro il quale il potere regolamentare statale e quello regionale possono essere esercitati e, nell'ottica di un modello statale policentrico, concede rango costituzionale anche alla normazione secondaria degli enti locali i quali *"hanno potestà regolamentare in ordine alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite"* (art. 117, comma 6, Cost.).

I regolamenti possono essere definiti come *atti normativi* in quanto, da una parte, pur non potendosi inquadrare nella categoria delle leggi formali e degli atti aventi forza di legge, hanno la capacità di innovare l'ordinamento giuridico attraverso disposizioni normative generali ed astratte, e, dall'altra parte, seguono il regime giuridico dei provvedimenti amministrativi, essendo sottoposti al vaglio del Giudice Amministrativo.

Si tratta, dunque, di atti che sono espressione del potere normativo del Governo o dei singoli Ministri, ma che non hanno né forza né valore di legge (ove per valore di legge si intenda, con Martines, la possibilità di un atto di essere sottoposto al sindacato di legittimità costituzionale da parte della Corte Costituzionale).

Stante il rango secondario, il potere regolamentare incontra un limite nel, ed è conseguentemente sottoposto al, principio di preferenza della legge, principio di legalità, nella duplice accezione della legalità formale e della legalità sostanziale, e principio della riserva di legge.

Il *principio di preferenza* della legge implica la subordinazione del regolamento alla legge. Un principio, peraltro, espressamente sancito dall'art. 5 della legge 20 marzo 1865 n. 2248, All. E (abolizione del contenzioso amministrativo) e, successivamente dal codice civile nelle cc.dd. "preleggi".

In ossequio al principio di legalità formale, inoltre, il regolamento deve trovare sempre ed in ogni caso il proprio fondamento in una legge: è la legge che conferisce l'esercizio della potestà regolamentare. Inoltre, il regolamento deve rispettare i principi ed i criteri dettati dalla fonte di rango primario da cui promana (in ossequio al principio di legalità sostanziale).

Inoltre, in ottemperanza al principio della riserva di legge, un regolamento non potrà mai disciplinare una materia coperta da riserva assoluta di legge. Né fa eccezione a tale regola la possibilità del Governo di adottare, in materie riservate esclusivamente alla legge, regolamenti di esecuzione; ciò in quanto i regolamenti di esecuzione sono privi di forza innovativa poiché essi si limitano a prevedere disposizioni di mera esecuzione.

Non vi è dubbio che, anche storicamente, le fonti secondarie per eccellenza sono i regolamenti di provenienza governativa, ossia quei provvedimenti espressione della potestà regolamentare del Governo o di membri di esso.

Tali regolamenti erano in origine disciplinati dalla legge 31 gennaio 1926, n. 100 la quale prevedeva tre tipi di regolamento: regolamenti esecutivi, regolamenti di organizzazione e regolamenti indipendenti. Trattandosi di una fonte antecedente la Costituzione, numerosi sono stati i dubbi di costituzionalità relativi al suo contenuto ed in particolare con riferimento ai regolamenti di organizzazione ed ai regolamenti indipendenti.

Per quanto attiene, in particolare, ai regolamenti di organizzazione, l'entrata in vigore della Costituzione ha messo addirittura in dubbio l'ammissibilità di questo tipo di regolamenti. Ed in effetti, la legge del 1926 prevedeva, espressamente, che il Governo potesse emanare norme giuridiche necessarie per disciplinare *"l'organizzazione e il funzionamento delle Amministrazioni dello Stato"*. Ciò mentre, la Costituzione, all'art. 95, comma 4, prevede che l'ordinamento della Presidenza del Consiglio, nonché il numero, le attribuzioni e l'organizzazione dei Ministeri vengano disciplinati direttamente dalla legge e, ancora, all'art. 97 prevede che *"i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge"*. Di talché *"la Costituzione ha addirittura rovesciato la situazione creata dalla legge del 1926; non solo escludendo che, in tema di organizzazione amministrativa, i regolamenti possano derogare alle leggi, ma coprendo altresì la materia con una riserva di legge, che non lascia spazio alcuno ai regolamenti nella disciplina dei ministeri, mentre consente loro un intervento predeterminato dalla legge in quella dei pubblici uffici in genere"* (C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, UTET, Torino, 1985, p. 328).

Riguardo, invece, ai regolamenti indipendenti, i dubbi di costituzionalità nascevano dalla violazione del principio di legalità formale. Caratteristica dei regolamenti indipendenti, infatti, era quella di intervenire in un ambito materiale in cui non vi è alcuna disciplina, tantomeno quella di rango primario: mancava pertanto il fondamento legislativo della potestà regolamentare.

Per alcuni autori, addirittura, *"Nell'attuale ordinamento, è da ritenere che non ne sia più possibile l'emanazione: in primo luogo perché non sono più riconosciuti i titoli nobiliari (disp. fin. XIV), è stata affidata al Capo dello Stato la sola attribuzione di singole onorificenze (art. 87, ultimo comma), mentre spetta alla legge la disciplina degli ordini cavallereschi ed è venuto meno l'ordinamento coloniale, che peraltro, in caso di ipotetico ritorno, sarebbe oggi disciplinabile solo per legge (art. 80); in secondo luogo, perché la generale presunzione di competenza normativa del Parlamento porta comunque ad escludere che possano disciplinarsi situazioni e rapporti rilevanti nell'ordinamento generale dello stato senza un previo intervento legislativo, contrariamente a quanto accadeva, sotto la vigenza dello Statuto, per i regolamenti indipendenti"* (C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, UTET, Torino, 1985, p. 329).

Al di fuori dei regolamenti disciplinati dalla legge n. 100 del 1926, era, poi, possibile che alcune leggi conferissero al Governo la facoltà di adottare un regolamento in deroga a norme in esse contenute o contenute in altre fonti primarie. Si tratta dei cc.dd. regolamenti delegati (o autorizzati o liberi).

Circa la compatibilità costituzionale di tali regolamenti la dottrina ha lungamente discusso, assumendo posizioni anche antitetiche: da alcuni (Mortati) è stato

sostenuto che, pur non avendo l'efficacia formale della legge, essi avrebbero una efficacia sostanziale di legge e, come tali, andrebbe loro riconosciuta anche la forza della legge; da altri (Cheli) è stato rimarcato che i regolamenti sono sempre e comunque subordinati alle fonti primarie, differenziandosi nettamente dagli atti con forza di legge. Vi è poi una terza prospettiva secondo la quale "i regolamenti con efficacia sostanziale di legge non siano in tutto o siano solo in parte compatibili con l'attuale sistema costituzionale delle fonti che, se da un lato legittima la potestà normativa del potere esecutivo, dall'altro la circoscrive in tale misura (v. artt. 76 e 77 Cost.) da fare ritenere che, al di fuori dei casi espressamente previsti, il Governo non possa disattendere il principio di supremazia della legge del Parlamento. Si tratta di una ipotesi che andrebbe attentamente verificata ma a favore della quale possono farsi valere almeno tre considerazioni: a) l'incertezza della dottrina nel dare un fondamento alla efficacia sostanziale dei regolamenti; b) l'opportunità politica di contenere il potere regolamentare del Governo (e del potere esecutivo in genere) entro i limiti della legge formale, così come, del resto, voluto dalla nostra Costituzione; c) la necessità (anche politica) di assicurare in questo campo una ragionevole certezza per quanto riguarda i vari gradi della normazione facendo coincidere l'efficacia formale dei regolamenti (che, come si è detto, è subordinata a quella della legge) con la loro efficacia sostanziale" (T. MARTINES, *Diritto Costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 82-83).

Solo nel 1988, con l'approvazione della legge 23 agosto 1988 n. 400, è stata introdotta una disciplina completa e dettagliata del potere normativo del Governo.

L'art. 17 della Legge n. 400, infatti, definisce, in primo luogo, il procedimento di formazione dei regolamenti governativi, disponendo che essi vengono approvati dal Consiglio dei Ministri, previo parere del Consiglio di Stato, e vengono emanati con Decreto del Presidente della Repubblica.

Inoltre, esso contempla diverse tipologie di regolamenti:

- *regolamenti di esecuzione*: emanati dal Governo per dare mera esecuzione ai precetti normativi contenuti in leggi, in decreti legislativi o in regolamenti comunitari (lett. a);
- *regolamenti di attuazione e di integrazione*: a differenza dei regolamenti di esecuzione, in questo caso il Governo ha un margine maggiore di operatività, potendo il regolamento presentare un *quid novi* rispetto alla disciplina contenuta nella legge o nel decreto legislativo di riferimento i quali contengono vere e proprie norme di principio alle quali lo stesso Governo deve attenersi nella predisposizione della disciplina regolamentare (lett. b);
- *regolamenti indipendenti*: regolamenti che, come si è detto, intervengono in una materia caratterizzata da un vero e proprio vuoto normativo, cioè da una assenza di disciplina da parte di leggi o di atti aventi forza di legge, e per la quale, comunque, non sia prevista una riserva di legge (lett. c). Ad un primo esame, potrebbe sembrare che tale disposizione ricalchi quella già presente nella legge n. 100 del 1926 e che, dunque, il legislatore non abbia risolto in via definitiva i dubbi di costituzionalità di questo tipo di regolamento ed, in particolare, il contrasto con il principio di legalità formale. E ciò sarebbe vero se si ritenesse necessaria la sussistenza, caso per caso, di una provvedimento legislativo *ad hoc*, ciò mentre l'art. 17, comma 1, lettera c), rappresenta una previsione di carattere generale che ha la funzione di conferire, una volta per tutte, al Governo il potere di adottare un regolamento nelle ipotesi in cui una materia, non coperta da riserva assoluta di legge, non sia ancora disciplinata da una fonte di rango primario;
- *regolamenti di organizzazione*: riguardanti la disciplina dell'organizzazione e del funzionamento delle pubbliche amministrazioni (lett. d).

Accanto ai regolamenti testé richiamati si pongono i cosiddetti regolamenti di delegificazione, utilizzati di frequente in alcuni ambiti rilevanti del processo edilizio. Si tratta di regolamenti disciplinati al secondo comma del citato art. 17 ai sensi del quale il Governo, previa autorizzazione legislativa, può emanare un regolamento con il quale venga dettata la disciplina generale di una materia già disciplinata da una fonte primaria.

"Con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio

dei ministri, sentito il Consiglio di Stato, sono emanati i regolamenti per la disciplina delle materie, non coperte da riserva assoluta di legge prevista dalla Costituzione, per le quali le leggi della Repubblica autorizzando l'esercizio della potestà regolamentare del Governo, determinano le norme generali regolatrici della materia e dispongono l'abrogazione delle normative vigenti, con effetto dall'entrata in vigore delle norme regolamentari"

Si tratta, dunque, di un meccanismo apparentemente complesso attraverso il quale la disciplina di una determinata materia viene trasferita dalla fonte legislativa a quella regolamentare. È evidente, alla luce di quanto si diceva in precedenza a proposito del sistema delle fonti e della rilevanza del criterio gerarchico, che il meccanismo non può non contemplare diversi passaggi tesi essenzialmente ad eliminare il rischio di antinomie.

Il primo passo riguarda la delega al Governo. Si tratta di una legge formale (di delegazione) avente un contenuto complesso. In primo luogo la delega al Governo della potestà di regolamentare in una determinata materia. In secondo luogo, proprio in quanto legge delega, essa deve altresì contenere l'indicazione dei principi e dei criteri direttivi cui il Governo deve attenersi nella disciplina della materia. Il terzo contenuto essenziale è rappresentato dalla previsione dell'abrogazione della previgente disciplina di grado primario disposta proprio al fine di evitare il contrasto tra la disciplina regolamentare e quella legislativa, con evidente inefficacia della disciplina regolamentare che, in applicazione del criterio gerarchico, non potrebbe porsi in contrasto con le previsioni contenute in un atto avente forza di legge.

Va rilevato però che, ove la abrogazione della disciplina contenuta in una fonte di rango primario avesse efficacia dal momento di entrata in vigore della legge di delegazione, si verrebbe a creare un vuoto normativo (cioè una assenza disciplina) fino al momento in cui non viene dal Governo emanata la disciplina regolamentare in attuazione della legge delega. Al fine di evitare questo inconveniente, è stata prevista la c.d. *abrogazione differita*. In altri termini, la disposizione contenuta nella legge delega relativa all'abrogazione della previgente disciplina legislativa è destinata a produrre i propri effetti soltanto al momento della emanazione della disciplina regolamentare da parte del Governo. La norma abrogativa avrà, dunque, una efficacia differita al momento di emanazione della disciplina regolamentare.

L'art. 17 contiene, inoltre, una chiara disciplina del procedimento che porta alla emanazione di un regolamento per il quale è prevista una chiara sovraordinazione gerarchica rispetto agli altri regolamenti dell'esecutivo (regolamenti ministeriali, regolamenti interministeriali ecc.) che vanno a comporre il quadro delle fonti secondarie. Si tratta di un procedimento complesso che contempla diverse fasi:

Art. 17.
comma 1, l. 400/88

1. Con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, sentito il parere del Consiglio di Stato che deve pronunciarsi entro novanta giorni dalla richiesta possono essere emanati regolamenti per disciplinare:

- a. l'esecuzione delle leggi e dei decreti legislativi, nonché dei regolamenti comunitari;
- b. l'attuazione e l'integrazione delle leggi e dei decreti legislativi recanti norme di principio, esclusi quelli relativi a materie riservate alla competenza regionale;
- c. le materie in cui manchi la disciplina da parte di leggi o di atti aventi forza di legge, sempre che non si tratti di materie comunque riservate alla legge;
- d. l'organizzazione ed il funzionamento delle amministrazioni pubbliche secondo le disposizioni dettate dalla legge;

(...)

4. I regolamenti di cui al comma 1 ed i regolamenti ministeriali ed interministeriali, che devono recare la denominazione «regolamento», sono adottati previo parere del Consiglio di Stato, sottoposti al visto ed alla registrazione della Corte dei conti e pubblicati nella Gazzetta ufficiale.

(...)

8. Potestà normativa delle amministrazioni indipendenti

Qualsiasi quadro ricostruttivo delle fonti del diritto non può, ormai, prescindere dal prendere in considerazione gli atti normativi emanati dalle Amministrazioni indipendenti. Quei soggetti, sui quali si tornerà più diffusamente nel prosieguo del lavoro, che sono deputati alla “regolazione” di alcuni settori di mercato, o alcuni settori considerati sensibili, e che sono espressione del passaggio allo stato regolatore.

Il punto di partenza non può che essere rintracciato proprio nella stessa definizione di regolazione, alla quale dette amministrazioni sono preposte e della quale si è detto nella parte in cui si è cercato di delineare un quadro generale sull’evoluzione del sistema. Si tratta, come si è visto, di una attività complessa volta a garantire il corretto funzionamento secondo le regole del mercato concorrenziale del sistema regolato attraverso la predisposizione di specifiche regole a ciò preposte e anche la garanzia del loro rispetto da parte dei soggetti destinatari delle stesse. Ed è appunto questo aspetto a porre in primo piano il problema della attribuzione di potestà normative a questi soggetti dell’ordinamento.

In generale si considerano espressione della potestà normativa delle amministrazioni tutti quegli atti che, pur provenendo da una delle componenti del complesso delle pubbliche amministrazioni, si differenziano dalla generalità degli atti amministrativi proprio in ragione del loro contenuto (generale e astratto), che è appunto tale da disciplinare il sistema, o parte di esso, nel quale sono inseriti. Un esempio classico è appunto la fonte regolamentare esaminata in precedenza.

La richiamata dicotomia tra il momento formale, connesso e condizionato essenzialmente dalla provenienza di tali atti da un soggetto pubblico (*rectius* da un’amministrazione) che porta ad una loro qualificazione in termini di atti amministrativi, e quello contenutistico (normativo) ha fatto sorgere numerose questioni interpretative e prima ancora di inquadramento di detti atti.

Si tratta di un dibattito in realtà non nuovo, non essendo nuovo il riconoscimento in capo all’amministrazione in generale di potestà normative (potestà di normazione secondaria - si pensi, ad esempio, al generale potere di emanare circolari), che, però, ha ricevuto un rinnovato vigore proprio in occasione della istituzione delle amministrazioni indipendenti, assumendo in questo caso una connotazione peculiare in ragione del principale dato caratterizzante dette amministrazioni.

In questo quadro, dunque, è evidente che la scelta operata dal legislatore (Parlamento) di istituire una amministrazione indipendente comporta di necessità il riconoscimento in capo ad essa della competenza a disciplinare quel determinato settore cui è preposta, sovvertendo la tradizionale formula della tripartizione dei poteri (potere legislativo/Parlamento; potere esecutivo/Amministrazione; potere giudiziario/Magistratura) attribuendo allo stesso soggetto al contempo il potere di porre le regole, di attuarle e di garantirne l’applicazione da parte dei soggetti che a diverso titolo operano in quel determinato settore.

Una precisazione è forse opportuna. Al fine di individuare gli atti normativi delle amministrazioni indipendenti il ricorso al criterio meramente nominalistico, in realtà, non è sufficiente, essendo necessario piuttosto focalizzare l’attenzione sui profili contenutistici dei diversi atti da esse emanati ai quali può essere ricondotta una valenza sostanzialmente normativa. Si tratta di una opzione che comporta di necessità un allargamento della portata contenutistica della espressione potestà normativa riferita, dunque, non più ad un solo mero atto formale.

Al fine di individuare, nel novero degli atti emanati da una amministrazione indipendente, quelli ai quali è possibile ricondurre una valenza sostanzialmente normativa è necessario, infatti, far riferimento non tanto, e non solo, ai criteri della generalità ed astrattezza richiamati in precedenza, quanto piuttosto al loro essere preposti alla emanazione di una regola di condotta che nel caso specifico è finalizzata a garantire il corretto funzionamento del sistema, regola che, anche se enunciata con riferimento ad un caso particolare, è destinata ad avere un’applicazione generalizzata. In questo quadro, dunque, anche un provvedimento individuale (quale può essere la specifica decisione dell’autorità) può in realtà contenere la definizione di una regola di condotta precisando, ad esempio, un elemento, un requisito, una procedura cui occorre attenersi in una determinata circostanza. In questi casi è evidente che la statuizione della regola nel caso concreto, relativo a quella specifica ipotesi oggetto di esame da parte

dell'amministrazione indipendente non ha un valore limitato allo specifico caso, prescinde dai confini di esso per assumere una valenza generale, e dunque una applicabilità a tutti i casi analoghi.

8.1. La potestà normativa dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture

L'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (prima autorità di vigilanza sui lavori pubblici) è stata istituita dalla legge quadro n. 109 del 1994 (art. 4) ed è composta da 7 membri, nominati di intesa dai presidenti della Camera e del Senato, ed opera con piena autonomia ed indipendenza di giudizio e di valutazione.

L'obiettivo primario di detta Autorità è quello di garantire l'applicazione, nel settore degli appalti pubblici, delle norme contemplate nella Merloni e, adesso, nel Codice dei contratti.

Per espressa previsione normativa, l'Autorità, disciplinata all'art. 4 della legge Merloni, opera in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione al fine di garantire il corretto funzionamento del mercato dei lavori pubblici. Lo stesso art. 4 disponeva poi al comma 4 che "l'Autorità:

- a). vigila affinché sia assicurata l'economicità di esecuzione dei lavori pubblici;*
- b). vigila sull'osservanza della disciplina legislativa e regolamentare in materia verificando, anche con indagini campionarie, la regolarità delle procedure di affidamento dei lavori pubblici;*
- c). accerta che dall'esecuzione dei lavori non sia derivato pregiudizio per il pubblico erario;*
- d). segnala al Governo e al Parlamento, con apposita comunicazione, fenomeni particolarmente gravi di inosservanza o di applicazione distorta della normativa sui lavori pubblici;*
- e). formula al Ministro dei lavori pubblici proposte per la revisione del regolamento;*
- f). predispose ed invia al Governo ed al Parlamento una relazione annuale nella quale si evidenziano disfunzioni riscontrate nel settore degli appalti e delle concessioni di lavori pubblici con particolare riferimento:*
 - 1. alla frequenza del ricorso a procedure non concorsuali;*
 - 2. alla inadeguatezza della pubblicità degli atti;*
 - 3. allo scostamento dei costi standardizzati di cui al comma 16, lett. b);*
 - 4. alla frequenza del ricorso a sospensioni dei lavori o a varianti in corso d'opera;*
 - 5. al mancato o tardivo adempimento degli obblighi nei confronti dei concessionari e degli appaltatori;*
 - 6. allo sviluppo anomalo del contenzioso;*
- g) sovrintende all'attività dell'Osservatorio dei lavori pubblici di cui al comma 10, lett. c);*
- h) esercita i poteri sanzionatori di cui ai commi 7 e 17;*
- i) vigila sul sistema di qualificazione di cui all'art. 8."*

Come è evidente, dalla lettura del dettato normativo, non emergono elementi in base ai quali imputare in capo alla suddetta autorità dei poteri regolamentari (se non quelli relativi alla propria organizzazione) o poteri normativi riconducibili alla emanazione di provvedimenti formali (es. regolamenti), eppure però non mancano esempi di provvedimenti emanati dalla stessa cui non può essere negata una valenza sostanzialmente normativa. Si pensi ad esempio alla disciplina delle S.O.A. o, ancora, a quei provvedimenti variamente qualificati, i cui contenuti sono sostanzialmente normativi.

Sul punto assai significativo è il caso sottoposto all'attenzione della III sezione del T.A.R. Lazio, la quale nella sentenza 10 luglio 2002, n. 6241, nel dichiarare inammissibile il ricorso proposto avverso una determinazione del Consiglio dell'Autorità, ha ben evidenziato, sia pure non dichiaratamente, la sostanziale valenza normativa del provvedimento del quale si chiedeva l'annullamento. Seb-

bene lo stesso giudice amministrativo avesse ascrivito il provvedimento dell'Autorità alla categoria delle circolari interpretative, dalla lettura della motivazione della sentenza emergono numerosi elementi che spingono verso una sua qualificazione in termini di un provvedimento sostanzialmente normativo.

Il fondamento di tale provvedimento - Determinazione 20 dicembre 2001, n. 25 avente ad oggetto *"profili interpretativi in materia di bandi di gara e di esecuzione dei lavori"* - è rappresentato dall'art. 4 della L. 109/94 il quale, come noto, attribuisce all'Autorità il potere di vigilare sulla osservanza della disciplina legislativa e regolamentare in materia, anche attraverso la emanazione di atti che consentono ai soggetti destinatari della disciplina legislativa di orientarsi al fine di garantire, così, una corretta applicazione della medesima.

Dalla lettura del testo della motivazione della richiamata sentenza e dallo stesso provvedimento impugnato, emerge una realtà in parte diversa. Accanto, o se si vuole in aggiunta, a quello che potremmo indicare come contenuto materiale, o meglio dichiarato dell'atto, rintracciabile senza dubbio nel sussidio ermeneutico che l'autorità ha inteso offrire alle amministrazioni vigilate, facendo il punto sulla normativa che esse stesse debbono applicare in sede di formulazione dei bandi di gara per l'affidamento dei lavori pubblici, si individua un contenuto ulteriore a carattere senza dubbio normativo risultando le decisioni dell'Autorità applicabili anche a casi analoghi. E questo aspetto viene senza dubbio posto in rilievo nel contesto della stessa motivazione della sentenza nella quale, nell'escludere la diretta lesività dell'atto, viene posto l'accento proprio sul profilo contenutistico del provvedimento rispetto al quale viene individuata una "parte più propriamente determinativa (che segue l'espressione 'dal combinato delle suddette disposizioni in conclusione può affermarsi che') la quale sintetizza gli esiti raggiunti attraverso le argomentazioni svolte nel precedente considerato in diritto", stabilendo così una regola di condotta cui le amministrazioni destinatarie devono attenersi. La natura sostanzialmente normativa della determinazione è dunque evidente ove si consideri la stessa affermazione del giudice romano il quale nella richiamata sentenza sottolinea come il predetto atto sia destinato "ad orientare la successiva attività delle amministrazioni vigilate".

Come si è accennato all'inizio del paragrafo, la disciplina dell'Autorità è ora contenuta all'interno del Codice dei contratti nel quale, come si vedrà nel prosieguo, ha sostanzialmente confermato l'assetto dei poteri attribuiti alla stessa.

9. La riforma del titolo V della Costituzione e il nuovo riparto delle materie tra legislazione statale e legislazione regionale

Con la riforma del titolo V della Carta costituzionale, operata con la legge costituzionale n. 3 del 18 ottobre 2001 si è operata, nel tentativo di delineare una struttura marcatamente federalista dello Stato, una completa rivisitazione dei criteri di ripartizione della potestà legislativa tra Stato e Regioni.

Dalla lettura dell'art. 117 Cost. emerge un quadro così caratterizzato. Accanto alla potestà legislativa esclusiva dello Stato che, a differenza del passato, ora sussiste in quelle materie espressamente contemplate nella Carta costituzionale, si collocano una potestà esclusiva delle Regioni e una potestà legislativa concorrente rispetto alla quale allo Stato spetta la determinazione dei principi e dei criteri generali mentre alle Regioni la disciplina di dettaglio.

Spettano alla competenza esclusiva dello Stato, ai sensi del secondo comma dell'articolo richiamato:

- a) politica estera e rapporti internazionali dello Stato; rapporti dello Stato con l'Unione europea; diritto di asilo e condizione giuridica dei cittadini di stati non appartenenti all'Unione europea;*
- b) immigrazione;*
- c) rapporti tra le Repubblica e le confessioni religiose;*
- d) difesa e Forze armate; sicurezza dello stato; armi, munizioni e esplosivi;*
- e) moneta, tutela del risparmio e mercati finanziari; tutela della concorrenza; sistema valutario; sistema tributario e contabile dello Stato; perequazione delle risorse finanziarie;*
- f) organi dello Stato e relative leggi elettorali; referendum statali; elezione del Parlamento*

europeo;

g) ordinamento e organizzazione amministrativa dello stato e degli enti pubblici nazionali;

h) ordine pubblico e sicurezza, ad esclusione della polizia amministrativa locale;

i) cittadinanza, stato civile e anagrafe;

l) giurisdizione e norme processuali; ordinamento civile e penale; giustizia amministrativa;

m) determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale;

n) norme generali sull'istruzione;

o) previdenza sociale;

p) legislazione elettorale, organi di governo e funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane;

q) dogane, protezione dei confini nazionali e profilassi internazionale;

r) pesi, misure e determinazione del tempo; coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale; opere dell'ingegno;

s) tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali”.

Nel quadro della *legislazione concorrente*, invece, disciplinata al comma successivo, rientrano le materie relative *“a rapporti internazionali e con l'Unione europea delle Regioni; commercio con l'estero; tutela e sicurezza del lavoro; istruzione, salva l'autonomia delle istituzioni scolastiche e con esclusione della istruzione e della formazione professionale; professioni; ricerca scientifica e tecnologica e sostegno all'innovazione per i settori produttivi; tutela della salute; alimentazione; ordinamento sportivo; protezione civile; governo del territorio; porti e aeroporti civili; grandi reti di trasporto e di navigazione; ordinamento della comunicazione; produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia; previdenza complementare e integrativa; armonizzazione dei bilanci pubblici e coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario; valorizzazione dei beni culturali e ambientali e promozione e organizzazione di attività culturali; casse di risparmio, casse rurali, aziende di credito a carattere regionale; enti di credito fondiario e agrario a carattere regionale”.*

Nel quadro della legislazione concorrente, seguendo un meccanismo già richiamato con riferimento alla legislazione delegata, allo Stato spetta la potestà di determinazione dei principi fondamentali della disciplina della materia, mentre alle Regioni è demandata la rimanente disciplina della stessa.

Nello stesso art. 117 Cost. è poi prevista, al comma 4, *la potestà legislativa esclusiva* delle Regioni nelle materie non espressamente riservate alla legislazione dello Stato.

Il riparto tra legislazione statale e legislazione regionale, dunque, nella prospettiva della realizzazione di un progetto di uno Stato federale, viene operato seguendo una logica inversa rispetto alla precedente formulazione del testo costituzionale, che individuava una generale potestà legislativa in capo allo stato, riservando alla sola legislazione concorrente delle Regioni le materie espressamente contemplate dalla norma (art. 117 Cost. vecchio testo, d.p.r. n. 616/77).

La poca chiarezza della disposizione richiamata, da un lato, l'incertezza dei confini degli ambiti di materie in essa richiamati, sono oggetto di un ampio e controverso dibattito dottrinale, rendendo necessario l'intervento del giudice delle leggi. La Corte costituzionale è intervenuta più volte al fine di fare chiarezza sulla questione del riparto, colmando, ove possibile, le lacune esistenti sottolineando come la mancata elencazione di una materia nel secondo o nel terzo comma dell'art. 117 non vuol necessariamente significare che essa sia ricompresa nella competenza esclusiva regionale, dovendosi procedere ad una interpretazione del complessivo dettato costituzionale al fine di chiarire a quale delle tre competenze sopra richiamate essa sia ascrivibile.

Nelle sentenze nn. 303 e 376 del 2003 essa ha avuto modo di ribadire con estrema chiarezza che *“in via generale, occorre (...) affermare l'impossibilità di ricondurre un determinato oggetto di disciplina normativa all'ambito di applicazione affidato alla legislazione residuale delle regioni ai sensi del comma quarto del medesimo articolo 117, per il solo fatto che tale oggetto non sia immediatamente riferibile ad una delle materie elencate nei commi secondo e terzo dell'articolo 117 della Costituzione”.*

Seguendo il percorso così delineato, la stessa Corte nella sentenza n. 6/2004 ha precisato che *“perché nelle materie di cui all'art. 117, terzo e quarto comma Cost., una legge statale possa legittimamente attribuire funzioni amministrative a livello centrale ed al tempo stesso regolarne l'esercizio, è necessario che innanzi tutto rispetti i principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza nella allocazione delle funzioni amministrative, rispondendo ad esigenze di esercizio unitario di tali funzioni. È necessario, inoltre, che tale legge detti una disciplina logicamente pertinente, dunque idonea alla regolazione delle suddette funzioni, e che risulti limitata a quanto strettamente indispensabile a tale fine”* e risulti adottata a seguito di procedure che assicurino la partecipazione di tutti i livelli di governo coinvolti attraverso strumenti di leale collaborazione o, comunque, di adeguati meccanismi di cooperazione.

In questo quadro, dunque, la individuazione delle materie di competenza regionale non solo non discende automaticamente dalla lettura dei precetti contenuti all'art. 117, dovendo essere individuata alla luce di una interpretazione sistematica del testo costituzionale, ma potrebbe essere ulteriormente circoscritta da interventi normativi statali giustificati dall'applicazione del principio di sussidiarietà, giustificata *“invocando l'interesse ad un esercizio centralizzato di esse”* (sent. n. 303/2003).

9.1. (Segue). Il governo del territorio e l'urbanistica ed edilizia

Una delle questioni controverse riguarda proprio la materia del *governo del territorio*, ora rientrante nella legislazione concorrente, inserita per la prima volta alla Camera nella seduta del 20 settembre 2000.

Un inserimento che ha subito dato luogo ad un dibattito in Commissione finalizzato a chiarire la collocazione dell'urbanistica e dell'edilizia. Nell'emendamento Guarino, infatti, si chiedeva di escludere espressamente dalla materia del governo del territorio *“i profili urbanistici ed edilizi”*.

La materia dell'edilizia, già prima della riforma del titolo V, era stata interessata dal processo di decentramento e devoluzione che ha avuto inizio con la legge n. 59 del 1997, nota come *Bassanini uno*, con la quale si è operato il trasferimento dallo Stato al sistema delle autonomie territoriali di un rilevante complesso di compiti e funzioni amministrative. Processo proseguito con la legge 127 del 1997, *Bassanini bis* e con la legge n. 191 del 1998, *Bassanini ter*.

Con il primo intervento normativo richiamato si è operato un riassetto del sistema amministrativo sulla base del principio di sussidiarietà.

In questa rinnovata prospettiva le funzioni amministrative sono state trasferite al soggetto pubblico più vicino alla collettività destinataria delle stesse, comuni, Province e Comunità montane, invertendo così il principio di enumerazione delle competenze contenute nella Carta costituzionale. Vengono così conferiti alle Regioni ed agli Enti locali tutte le funzioni ed i compiti amministrativi *“relativi alla cura degli interessi ed alla promozione dello sviluppo delle comunità, nonché (...) localizzabili nei rispettivi territori”*.

Con il decreto n. 112 del 1998, Decreto Bassanini, viene espressamente previsto che *“tutte le funzioni ed i compiti non espressamente conservati allo Stato con le disposizioni del presente decreto legislativo sono conferiti alle regioni e agli enti locali”*. Funzioni e compiti (amministrativi) espressamente individuati, con riferimento al territorio ed all'urbanistica nel Capo II, le cui sezioni sono dedicate:

- alle Linee fondamentali dell'assetto del territorio nazionale (sezione I), riservato allo Stato (art. 52);
- all'Urbanistica, pianificazione territoriale e bellezze naturali (sezione II, artt. 53-58);
- all'edilizia residenziale pubblica (sezione III.< artt. 59-64). Nell'ambito del riordino così realizzato è stato soppresso, dall'art. 62, comma 2, lett. a) e b) il CER, il relativo comitato esecutivo nonché il segretariato generale del CER e il centro permanente di documentazione;
- al Catasto, servizi geotopografici e conservazione dei registri immobiliari (sezione IV, artt. 65-67).

Da una prima analisi dei lavori preparatori emerge come l'esclusione dell'emendamento Guarino sia dovuta alla convinzione secondo cui l'aggiunta suggerita doveva ritenersi superflua

“attesa la volontà di trasferire urbanistica ed edilizia alla potestà legislativa generale ed esclusiva delle Regioni” (IN PL. PORTALURI, *Riflessioni sul «governo del territorio» dopo la riforma del titolo V*, in Riv. giur. dell'edilizia, 2002, pp. 357 ss., in particolare p. 375).

Lo stesso giudice costituzionale in diverse occasioni aveva riconosciuto, anche prima della riforma del Titolo V, *“un'incomprimibile ruolo dell'autonomia locale nell'ambito della pianificazione urbanistica”*. Con riferimento alla individuazione dei contenuti della disciplina del governo del territorio nella richiamata sent. n. 303/2003 già richiamata, ha ribadito che *“la materia dei titoli abilitativi ad edificare appartiene storicamente all'urbanistica che, in base all'art. 117 Cost., nel testo previgente, formava oggetto di competenza concorrente. La parola urbanistica non compare nel nuovo testo dell'art. 117, ma ciò non autorizza a ritenere che la relativa materia non sia più ricompresa nell'elenco del terzo comma: essa fa parte del governo del territorio. Se si considera che altre materie o funzioni di competenza concorrente, quali porti e aeroporti civili, grandi reti di trasporto e di navigazione, produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia, sono specificamente individuati nello stesso terzo comma dell'art. 117 Cost. e non rientrano quindi nel governo del territorio, appare del tutto implausibile che dalla competenza statale di principio su questa materia siano stati estromessi aspetti così rilevanti quali quelli connessi all'urbanistica e che il governo del territorio sia stato ridotto a poco più di un guscio vuoto”*.

Dunque si tratta di una materia - l'*urbanistica* - che, per espressa dichiarazione del giudice costituzionale, fa parte del *governo del territorio*, e dunque rientra nella *competenza concorrente* per la quale lo Stato può emanare una disciplina contenente “principi di legislazione” e dunque anche “principi della legislazione statale in materia di titoli abilitativi per gli interventi edilizi” del resto sempre disciplinati dallo Stato.

Nella stessa prospettiva, con una successiva decisione, il giudice costituzionale ha precisato che anche la *materia dell'edilizia* va ricondotta al *“governo del territorio”*, *“del resto la formula adoperata dal legislatore della revisione costituzionale del 2001 riecheggia significativamente quelle con le quali, nella più recente evoluzione della legislazione ordinaria, l'urbanistica e l'edilizia sono state considerate unitariamente* (v. art. 34 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80)“.

In questo quadro, la stessa *“pianificazione attuativa”* è stata considerata (sent. n. 343/05) come parte del governo del territorio, così come prima rientrava nell'urbanistica, ed è quindi oggetto di legislazione concorrente per la quale le regioni devono osservare, ora come allora, i principi fondamentali ricavabili dalla legislazione statale.

9.2. (Segue). Lavori pubblici e *project financing*

Altrettanto problematica la questione relativa ai *lavori pubblici*, per la quale nella già richiamata sent. n. 303 del 2003 il giudice costituzionale ha sottolineato la trasversalità della disciplina, sostenendo che la mancata inclusione *“nella elencazione dell'art. 117 Cost. (...) non implica che essi siano oggetto di potestà legislativa residuale delle Regioni. Al contrario, si tratta di ambiti di legislazione che non integrano una vera e propria materia”*, in ciò discostandosi dagli insegnamenti della dottrina. Sempre secondo il giudice costituzionale essi (i lavori pubblici) al contrario *“si qualificano a seconda dell'oggetto al quale afferiscono e, pertanto, possono essere ascritti di volta in volta a potestà legislative esclusive dello Stato ovvero a potestà legislative concorrenti”* a seconda della funzione cui fanno riferimento, o meglio degli interessi che sono coinvolti.

Si delinea, così, un quadro composito nel quale la disciplina dei lavori pubblici taglia trasversalmente i tre tipi di competenza.

In primo luogo emerge il riconoscimento di una *potestà generale dello Stato* anche in ragione della connessa attinenza alla materia della concorrenza la cui tutela, come recentemente ribadito dalla stessa Corte costituzionale nella sent. 27 luglio 2004, n. 272, *“non può essere intesa soltanto in senso statico, come garanzia di interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto, ma anche in quell'accezione dinamica, ben nota al diritto comunitario, che giustifica misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali”*. Obiettivi, quelli appena richiamati, che certamente sono sottesi *“alle disposizioni di carattere generale che disciplinano le modalità di gestione e l'affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica”*, nonché alla

disciplina (dei profili oggettivi e soggettivi) del *project financing*. In questo senso, pertanto, non può esulare dalle competenze dello Stato la predisposizione di una disciplina generale del *project financing* che ponga lo strumento in linea con i principi concorrenziali.

I richiami sin qui effettuati non sono però sufficienti ad individuare, o meglio ad esaurire, il novero delle competenze. Se da un lato l'obiettivo concorrenziale attrae la disciplina nell'ambito statale - confermando le conclusioni cui si perviene ove si considerino i contenuti contrattuali dello strumento la cui disciplina, ai sensi del comma 2, lett. L), dell'art. 117 Cost. è affidata alla potestà legislativa esclusiva dello Stato -, dall'altro il richiamo allo specifico settore di intervento può portare a diverse conclusioni.

A tale conclusione si giunge anche facendo applicazione del principio di sussidiarietà e dei connessi principi di differenziazione e adeguatezza in base ai quali le funzioni amministrative di regola allocate al livello più vicino ai destinatari delle stesse possono trovare una diversa collocazione per assicurarne l'esercizio unitario e ciò se la valutazione dell'interesse pubblico sotteso alla scelta di una diversa allocazione sia proporzionata, ragionevole ed oggetto di una intesa con la Regione interessata. Un'intesa che, in generale, secondo quanto riportato nella decisione del giudice delle leggi (303/03), può essere un'intesa che per certi versi può essere considerata debole (punto 24) essendo nella sostanza assimilabile a un parere dell'Ente interessato, per altri forte, essendo richiesto un *idem consensus* (cfr. R. DICKMANN, *I principi di sussidiarietà e di proporzionalità ed il principio dell'intesa per un corretto metodo della legislazione statale di attrazione di funzioni amministrative regionali*, in Corr. Giur., 2004, 1, pp. 41 ss.).

E così che con riferimento ai lavori relativi a *porti e aeroporti civili, alle grandi reti di trasporto e navigazione e all'energia*, la disciplina è da ricomprendersi tra le materie devolute alla *legislazione concorrente*, non potendosi escludere comunque ipotesi di competenza regionale.

Sempre nella definizione del quadro delle competenze rileva, infine, il dettato di cui al comma 6 dell'art. 117 Cost. che riserva ai Comuni, Province e Città metropolitane, la "potestà regolamentare in ordine alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite". In questo senso, pertanto, ove si consideri il *project financing* uno degli strumenti attraverso cui essi possono adempiere alle proprie funzioni nel settore dei lavori pubblici, si dovrebbe loro riconoscere una potestà regolamentare in materia.

10. Fonti comunitarie e ordinamento interno

La ricostruzione delle fonti del diritto non può ormai prescindere dalla considerazione delle fonti comunitarie che, come si vedrà, in diverso modo entrano a far parte del nostro ordinamento.

Seguendo anche in questo caso il criterio gerarchico, troviamo in primo luogo i Trattati istitutivi delle Comunità europee (che sono accordi internazionali tra gli Stati membri) norme fondamentali dell'ordinamento comunitario, i quali, oltre a contenere la disciplina delle istituzioni comunitarie e delle politiche comunitarie, cioè dei settori demandati dagli Stati membri alla disciplina degli organi comunitari, contemplano, seguendo lo schema tipico delle costituzioni dell'Europa continentale, disposizioni nelle quali sono individuati gli atti che le istituzioni comunitarie possono adottare e che prendono il nome di diritto comunitario derivato, in altre parole, le fonti comunitarie.

In particolare, l'art. 249 del Trattato individua i seguenti atti: regolamento, direttiva, decisione, raccomandazione e parere.

In base all'art. 249 del Trattato, il *Regolamento* è un atto "obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri". I regolamenti sono pubblicati sulla Gazzetta Ufficiale della Comunità ed, in mancanza di data, entrano in vigore dopo 20 giorni dalla loro pubblicazione. Nel caso in cui l'entrata in vigore sia, invece, immediata occorre che questa scelta venga motivata.

Ai regolamenti equivalgono le decisioni generali della CECA.

Le caratteristiche del regolamento sono: applicabilità diretta, portata generale ed obbligatorietà. Quanto al primo elemento (applicabilità diretta), le disposizioni del Regolamento entrano in vigore negli Stati membri senza che vi sia necessità di un atto legislativo interno di attua-

zione. Al massimo, il regolamento comunitario può avere necessità di un regolamento di esecuzione da parte dello Stato, ma questo deve limitarsi a porre in essere esclusivamente delle norme di dettaglio che servano ad applicare il regolamento comunitario e non certamente delle norme che lo possano sostituire (si veda ad esempio la lett. a) dell'art. 17 della legge n. 400/88 che prevede la possibilità per il Governo di adottare un regolamento di esecuzione di regolamenti comunitari). Gli altri elementi riguardano l'efficacia soggettiva (portata generale), in quanto il Regolamento si rivolge a tutti soggetti degli Stati membri, e l'efficacia oggettiva (obbligatorietà) dello stesso, dovendo essere applicato interamente, non essendo suscettibile di un'applicazione parziale. Proprio per le caratteristiche che hanno le norme contenute in un Regolamento, è chiaro che da un lato tutti i soggetti dell'ordinamento sono tenuti ad applicarli, anche ove questi si pongono in contrasto con una norma interna, dall'altro i privati potranno rivolgersi al giudice nazionale per far valere i diritti derivanti dal regolamento.

Per ciò che concerne la *direttiva*, si differenzia dal regolamento perché vincola lo Stato per quanto riguarda il risultato da raggiungere, mentre resta salva la competenza degli organi nazionali in merito alla forma ed ai mezzi necessari per raggiungere il risultato stesso. Di conseguenza, le direttive necessitano dell'intervento di una disciplina statale che, tra l'altro, deve essere posta in essere nel termine fissato dalla direttiva stessa.

Alle direttive equivalgono le raccomandazioni CECA.

Nel caso in cui lo Stato non attui la direttiva nel termine previsto può incorrere in una procedura di infrazione per violazione di uno specifico obbligo comunitario (di dare attuazione alla disciplina comunitaria).

Non trattandosi di un atto che al momento della sua emanazione entra automaticamente a far parte dell'ordinamento dello Stato membro, essendo necessario un atto di recepimento dello stesso, si pone il problema della tutela delle posizioni dei cittadini comunitari, o meglio della garanzia di una uguale applicazione dei diritti riconosciuti dalle fonti comunitarie all'interno dei diversi Stati membri. Sul punto la Corte di Giustizia ha riconosciuto la possibilità al privato di chiedere il risarcimento allo Stato nel caso in cui abbia subito danni in conseguenza della mancata attuazione della direttiva (sentenza Francovich). In particolare, la Corte ha subordinato la richiesta di risarcimento di danni a tre condizioni:

1. che la direttiva attribuisca dei diritti ai singoli;
2. che il contenuto di tali diritti sia individuabile in base alle disposizioni della direttiva;
3. che esista un nesso di causalità tra la violazione dell'obbligo da parte dello Stato ed il danno subito dal privato.

Sebbene la direttiva, in base al Trattato, sia un atto che vincoli lo Stato solo per ciò che concerne il risultato da raggiungere, occorre precisare che in molti casi le direttive emanate non lasciano alcuno spazio alla legislazione interna dello Stato, fissando anche i modi ed i tempi per realizzare il risultato previsto. Si tratta delle cosiddette *direttive self executing*, o *direttive dettagliate* o particolareggiate, e perciò *autoesecutive*.

La particolarità e la rilevanza di questo tipo di direttiva sta nel fatto che, contenendo disposizioni dettagliate, hanno effetti diretti nello Stato ed, in sostanza, si comportano come un regolamento. Ciò in quanto le norme in essa contenute sono chiare, precise e prive di condizioni e, dunque, produttive di effetti anche in assenza di una disciplina statale di recepimento. E' evidente che in questo caso il singolo potrà rivolgersi al giudice nazionale per far valere i diritti derivanti da questo tipo di direttiva

"Le disposizioni di una direttiva comunitaria non attuata hanno efficacia diretta nell'ordinamento dei singoli Stati membri - sempre che siano incondizionate e sufficientemente precise e lo Stato destinatario sia inadempiente per l'inutile decorso del termine accordato per dare attuazione alla direttiva - limitatamente ai rapporti tra le autorità dello Stato inadempiente ed i soggetti privati - cosiddetta efficacia verticale - e non anche nei rapporti interprivati - cosiddetta efficacia orizzontale che può essere invocata solo a seguito del recepimento da parte dello Stato membro" (Cass. Civ., sez. III, 28 marzo 200, n. 7083).

La *decisione*, così come il regolamento, è obbligatoria in tutti i suoi elementi ma, al contrario del regolamento, non ha portata generale. Essa, infatti, si rivolge a destinatari determinati alla stregua di un atto amministrativo, potendo essere indirizzata a uno stato o ad una persona fisica o giuridica e comunicata attraverso una formale notifica.

Le *raccomandazioni*, al contrario, non sono atti vincolanti. Si tratta di atti che vengono rivolti agli Stati membri, alle istituzioni o ad altri soggetti e contengono l'invito a conformarsi ad un determinato comportamento. Sebbene non si tratti di atti vincolanti, la loro inosservanza non è comunque priva di conseguenze. La Corte di Giustizia, infatti, ha affermato che i giudici nazionali, nel risolvere una controversia, sono tenuti a prendere in considerazione le raccomandazioni quando esse sono di aiuto per l'interpretazione di norme nazionali adottate al fine di garantire l'attuazione di una raccomandazione, o al fine di completare norme comunitarie vincolanti.

I *pareri*, infine, sono generalmente atti non vincolanti con i quali le istituzioni o altri organi comunitari, rispondono ad una richiesta presentata, facendo così conoscere il proprio punto di vista su una determinata materia o anche in merito all'adozione di un atto. Pareri vincolanti sono previsti nel Trattato CECA.

Chiudono il quadro dei principi comunitari gli *atti atipici non vincolanti* (regolamenti interni; decisioni; risoluzioni; codici di condotta; Libri verdi, cioè quei documenti pubblicati dalla Commissione allo scopo di avviare il processo di consultazione su specifici argomenti nella Comunità; Libri bianchi, nei quali le consultazioni effettuate si traducono in concrete proposte d'azione) e le cc.dd. *fonti non scritte*, cioè quelle fonti ricavabili dalle tradizioni comuni degli Stati membri o i principi propri del diritto comunitario.

Tra i *principi generali* di diritto mutuati dai sistemi nazionali possiamo ricordare il *principio di certezza del diritto*, il *principio di proporzionalità* dell'azione amministrativa, il *principio di affidamento dei terzi in buona fede*, o anche il *principio di forza maggiore*.

Quanto ai principi propri del diritto comunitario, si tratta di principi generali di elaborazione giurisprudenziale che possono essere comuni a quelli costituzionalmente tutelati negli ordinamenti dei singoli Stati membri o possono rispondere alle specifiche esigenze comunitarie. Si pensi, ad esempio, al principio di *stretta necessità* nell'azione comunitaria o a quello di leale cooperazione o ai principi del *mutuo riconoscimento* e della *diretta efficacia* del diritto comunitario.

10.1. Rapporto tra fonti comunitarie e fonti di diritto interno

Nel menzionare le fonti del diritto comunitario si sono richiamati, pur senza prestare la dovuta attenzione, i rapporti tra diritti interni e diritto comunitario, rispetto ai quali numerose questioni sono sorte nel tentativo di stabilire la prevalenza o, al contrario, la subordinazione del diritto comunitario rispetto al diritto interno, nonché per definire i problemi concernenti l'attuazione del primo e, conseguentemente, l'adeguamento degli ordinamenti nazionali agli obblighi comunitari.

La dottrina ha da tempo chiarito che il rapporto tra diritto comunitario e diritto degli Stati membri non è riconducibile al consueto rapporto tra diritto interno e diritto internazionale, non essendo pertanto rinvenibile un rapporto di coordinamento tra i due sistemi dato che essi non sono dotati di reciproca autonomia.

Seguendo un percorso caratterizzato da numerosi interventi dello stesso giudice comunitario, nonché di diversi giudici nazionali, è stata esclusa la possibilità di individuare la sussistenza tra essi (ordinamento comunitario e ordinamento degli Stati membri) di una correlazione caratterizzata da una reciproca paritarietà.

L'ordinamento comunitario, infatti, tende ad integrarsi nell'ordinamento interno pur non contenendo i Trattati istitutivi una clausola di supremazia del diritto comunitario sul diritto interno.

Non è certamente questa la sede in cui soffermare l'attenzione sulle complesse questioni sollevate dalla dottrina nel tentativo di individuare, all'interno del nostro sistema costituzionale, una clausola di ingresso per il diritto comunitario.

Sul punto, sia consentito richiamare il testo dell'art. 11 Cost. il quale espressamente dispone che

"L'Italia ...consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia tra le Nazioni..."

Alla luce del richiamato principio costituzionale, in base al quale le fonti comunitarie entrano nel nostro ordinamento giuridico, occorre verificare in che modo le fonti comunitarie si collo-

cano nel nostro sistema delle fonti e che rapporti hanno con le fonti di diritto interno.

A questo proposito non si può prescindere dal ripercorrere, sia pure molto brevemente, le tappe segnate dalle decisioni della Corte di Giustizia e della Corte Costituzionale.

Per ciò che concerne il problema del rapporto tra i due ordinamenti, se da intendersi o meno in termini di prevalenza dell'uno sull'altro, per consentire all'ordinamento comunitario di realizzare forme progressive di integrazione, la Corte di Giustizia ha affermato il principio di supremazia o, meglio, del primato del diritto comunitario sui diritti interni.

Il primo passo va rintracciato nella decisione della Corte di Giustizia Costa c. Enel 6/64 del 16 luglio 1964 nella quale la Corte parte dalla considerazione che nell'istituire la Comunità Europea gli Stati hanno limitato, sia pure in campi circoscritti, la propria sovranità.

"Il trasferimento, effettuato dagli Stati a favore dell'ordinamento giuridico comunitario, dei diritti e degli obblighi corrispondenti alle disposizioni del Trattato, implica ... una limitazione definitiva dei loro diritti sovrani, di fronte alla quale un atto unilaterale ulteriore, incompatibile con il sistema della Comunità, sarebbe del tutto privo di efficacia" (Corte di giustizia, 15 luglio 1964, causa 6/64, Costa c. ENEL, 1129).

Nella ricostruzione offerta dal giudice comunitario, una volta effettuato il trasferimento di poteri sovrani alla Comunità, gli Stati membri non possono, nelle materie trasferite, porre in essere un provvedimento legislativo nazionale che prevalga sulle norme comunitarie. Secondo la Corte, dunque, l'istituzione della Comunità comporterebbe la *preminenza* delle norme comunitarie rispetto alle norme di diritto interno.

Di contro, invece, la Corte Costituzionale, nella sentenza n. 232 del 30 ottobre 1975 ha individuato la preminenza del diritto comunitario nell'art. 11 Costituzione, escludendo, però, che il trasferimento agli organi della comunità del potere di emanare norme giuridiche comporti una privazione totale della volontà sovrana degli Stati. In questa prospettiva, il trasferimento fa sorgere il diverso problema della legittimità costituzionale dei singoli atti legislativi interni. Pertanto le disposizioni di una legge in contrasto con il diritto comunitario sarebbero illegittime per contrasto con i principi del Trattato e, di conseguenza, per violazione dell'art. 11 della Costituzione. Di talché, in caso di contrasto, ad avviso della Corte, doveva essere sollevata la questione di legittimità costituzionale della disposizione interna.

Successivamente, nella sentenza 9 marzo 1978 Amministrazione delle Finanze c. Simmenthal, la Corte di Giustizia ha affermato che in forza del principio della preminenza del diritto comunitario sul diritto interno, le fonti comunitarie, qualora siano direttamente applicabili, hanno un duplice effetto: rendere inapplicabile qualsiasi disposizione nazionale contrastante, nonché impedire la formazione di nuovi atti legislativi contrastanti.

La decisione viene richiamata anche nella sentenza Factortame, Corte di giustizia, 19 giugno 1990, causa C-213/89, al fine di sottolineare che *"il riconoscere una qualsiasi efficacia giuridica ad atti legislativi nazionali che invadano la sfera nella quale si esplica il potere legislativo della Comunità, o altrimenti incompatibili con il diritto comunitario, equivarrebbe ... a negare ... il carattere reale di impegni incondizionatamente e irrevocabilmente assunti in forza del Trattato, dagli Stati membri, mettendo così in pericolo le basi stesse della Comunità"*.

La Corte ha poi chiarito che ciascun giudice nazionale, nel caso ravvisi un contrasto tra disposizione comunitaria e disposizione di diritto interno, ha l'obbligo di applicare il diritto comunitario e di disapplicare il diritto interno.

La Corte Costituzionale, nella sentenza n. 170 dell'8 giugno 1984 (nota come Sentenza Granital), ha cambiato il proprio indirizzo, pur continuando ad individuare nell'art. 11 Costituzione la ragione della preminenza della normativa comunitaria. La Corte ha, infatti, affermato da un lato che l'ordinamento comunitario e l'ordinamento italiano sono ordinamenti separati e dall'altro lato che in base all'art. 11 Costituzione sono state trasferite alle istituzioni comunitarie le competenze relative a determinate materie. La Corte ha dunque evidenziato la separazione delle competenze tra i due ordinamenti e, di conseguenza, ha affermato che nelle materie di competenza comunitaria, nel caso in cui lo Stato ponga in essere disposizioni contrastanti, queste ultime potranno essere disapplicate dal giudice comune senza far ricorso al giudizio di costituzionalità.

In altri termini, in caso di contrasto tra diritto interno e diritto comunitario, prevale il diritto comunitario e la disposizione di diritto interno dovrà essere disapplicata dal giudice comune senza far ricorso al giudizio di legittimità costituzionale e ciò in quanto prevale una visione in base alla quale "la fonte normativa della Comunità e quella del singolo Stato" sono "integrate in un solo sistema" con la conseguenza per cui la vigenza del regolamento non ha "l'effetto di caducare la norma interna incompatibile, bensì di impedire che tale norma venga in rilievo per la definizione della controversia innanzi al giudice nazionale". L'applicazione del diritto comunitario discende dalla sua preminenza sulle disposizioni di diritto interno nelle materie di competenza della Comunità.

10.2. L'applicazione delle fonti comunitarie

In linea con le impostazioni richiamate si pongono le decisioni relative all'applicazione del diritto comunitario.

Sul punto occorre distinguere la partecipazione al processo di integrazione che si realizza in *fase ascendente*, nella quale lo Stato membro contribuisce alla formazione delle norme e delle azioni comunitarie da quelle forme di partecipazione realizzate in *fase discendente*, nella quale l'apparato statale provvede ad adeguare l'ordinamento interno agli obblighi comunitari. Con riferimento a quest'ultima fase, le istituzioni chiamate a partecipare al processo comunitario sono il Governo, il Parlamento, le Regioni e gli Enti locali e gli organi giurisdizionali interni.

Quanto agli strumenti per l'adeguamento, esso si realizza attraverso diverse attività normative di recepimento delle norme prive di diretta applicabilità; di attuazione degli atti normativi europei o di abrogazione delle norme interne incompatibili.

Per quanto riguarda i regolamenti comunitari, è stato già sottolineato che essi sono immediatamente applicabili nel nostro ordinamento giuridico e non necessitano di alcuna disposizione interna di attuazione, salvo i casi in cui sia necessario un mero regolamento di esecuzione che ponga in essere esclusivamente norme di dettaglio, idonee a favorire l'applicazione concreta delle norme comunitarie (regolamenti espressamente previsti dall'art. 17, I comma, lettera a) della Legge n. 400 del 1988).

Per quanto riguarda le disposizioni comunitarie che necessitano di un intervento legislativo, per lungo tempo l'ordinamento italiano ha proceduto ad adeguarsi al diritto comunitario attraverso le consuete fonti di produzione normativa.

Con la legge n. 86 del 1989 (meglio nota come legge La Pergola) è stato inserito uno strumento inedito noto come "*legge comunitaria*" annuale.

Gli obiettivi che la legge comunitaria persegue sono essenzialmente tre: la garanzia di un puntuale adeguamento al diritto comunitario; il coinvolgimento del Parlamento e il riordino dell'ordinamento normativo nei settori interessati dalle fonti comunitarie.

Si tratta di un atto con cadenza annuale che viene presentato alle Camere dal Governo, accompagnato da una relazione illustrativa.

Quanto ai contenuti, la legge comunitaria provvede sia alle modifiche dell'ordinamento interno imposte dalla normativa comunitaria, sia a fissare le disposizioni occorrenti per dare attuazione o assicurare l'applicazione agli atti delle istituzioni comunitarie, anche mediante conferimento di delega legislativa al Governo.

Va rilevato, inoltre, che nelle materie già disciplinate dalla legge e non riservate, la legge comunitaria può disporre che le direttive siano attuate mediante regolamento.

Infine, la legge La Pergola ha previsto che le Regioni a Statuto Speciale e le Province Autonome possono dare immediata attuazione alle direttive nelle materie di competenza esclusiva; le Regioni, anche quelle a statuto ordinario, e le Province Autonome di Trento e Bolzano possono dare attuazione immediata alle direttive comunitarie nelle materie di competenza concorrente; i suddetti provvedimenti regionali e provinciali debbono indicare gli estremi della direttiva attuata (art. 9, comma 2 bis, modificato dalla legge comunitaria n. 422 del 2000, in particolare la legge comunitaria ha sostituito il termine "leggi" con "provvedimenti", ammettendo implicitamente la possibilità che le regioni possano dare esecuzione agli obblighi comunitari anche con atti regolamentari); la legge comunitaria o un'altra legge dello Stato che dia attuazione a direttive in materia di competenza regionale indica quali disposizioni di principio non sono derogabili dalla legge regionale sopravvenuta e prevalgono sulle contrarie disposi-

zioni eventualmente già emanate dagli organi regionali; in mancanza di atti normativi della regione si applicano tutte le disposizioni dettate per l'adempimento degli obblighi comunitari dalla legge dello Stato o dal regolamento del Governo.

Con la Legge n. 11 del 2005 (c.d. Legge Buttiglione) è stata nuovamente disciplinata l'esecuzione degli obblighi comunitari.

Nella legge è previsto che, entro il 31 gennaio di ogni anno, sia presentato dal Governo il disegno di legge comunitaria.

È prescritto, inoltre, che nelle materie di loro competenza la verifica è operata dalle Regioni e dalle Province Autonome.

Con la richiamata disciplina è stato, inoltre, istituito il Comitato Interministeriale per gli affari comunitari europei (CIACE) che funge da collegamento e raccordo degli apparati dello Stato e degli enti territoriali per l'esecuzione degli obblighi comunitari.

Tale modifica legislativa si è resa necessaria a seguito della riforma costituzionale intervenuta con l'approvazione della Legge Cost. n. 3 del 2001, di modifica del Titolo V della Costituzione. Ed in effetti, il nuovo testo dell'art. 117, comma 1, della Cost., prevede che la potestà legislativa regionale trova un limite nel rispetto "[...] *dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali*". Tali limiti valgono tanto per la legislazione regionale concorrente che per quella residuale e si traducono nel divieto di introdurre nell'ordinamento norme giuridiche che pongano lo Stato in condizione di infrazione nei confronti della normativa comunitaria.

La previsione del rispetto di tali vincoli da parte della potestà legislativa regionale, non prevista nel previgente testo dell'art. 117 Cost., si giustifica in ragione della nuova posizione che le Regioni vengono ad assumere nel nuovo ordinamento che la riforma costituzionale ha inteso disegnare.

In tale nuovo assetto costituzionale, infatti, la Regione diviene il baricentro nella tutela degli interessi pubblici fra lo Stato e l'ordinamento comunitario ed internazionale da un lato, e le autonomie locali dall'altro. Essa rappresenta ormai l'ente di riferimento principale per la disciplina legislativa della maggior parte delle materie, in relazione alle quali appare giustificabile una disciplina differenziata nelle diverse aree del Paese, anche al fine di garantire alle stesse Regioni la massima autonomia possibile e di cogliere tutte le potenzialità economiche e sociali di cui sono capaci.

A conferma di tale ruolo e della autonoma rilevanza che le Regioni hanno assunto nell'ordinamento comunitario ed internazionale sta il fatto che nel nuovo sistema delineato dalla riforma costituzionale viene ad esse riconosciuta, ad esempio, potestà legislativa concorrente in materia di *"rapporti internazionali e con l'Unione europea"* e in materia di *"commercio con l'estero"* (art. 117, comma 3, Cost.), come pure viene ad esse riconosciuta la possibilità di partecipare, nelle materie di loro competenza, *"alle decisioni dirette alla formazione degli atti normativi comunitari e provvedono all'attuazione e all'esecuzione degli accordi internazionali e degli atti dell'Unione europea (...)"* (art. 117, comma 5 Cost.).

Deve essere comunque precisato che il riconoscimento della potestà legislativa concorrente nelle suddette materie e il nuovo ruolo delle Regioni delineato dalla riforma costituzionale, pur conferendo alle stesse una autonoma rilevanza nell'ordinamento comunitario ed internazionale, quanto meno in determinate materie, non valgono a conferire ad esse una autonoma soggettività sul piano dell'ordinamento internazionale.

Il mancato conferimento alle Regioni della soggettività di diritto internazionale determina la responsabilità dello Stato in caso di inadempienza agli obblighi comunitari da parte delle Regioni: è lo Stato a soggiacere alle procedure di infrazione, anche se la materia è di competenza regionale (sia essa esclusiva o concorrente).

Proprio al fine di evitare la condanna dello Stato per inadempienze dovute all'inerzia delle Regioni nell'attuazione degli obblighi comunitari, il comma 2 dell'art. 120 della Costituzione, novellato dalla Legge Cost. n. 3 del 2001, ha previsto un potere di intervento sostitutivo dello Stato nei confronti di Regioni ed enti locali nel caso di mancato rispetto *"della normativa comunitaria"*, demandando alla legge ordinaria la definizione delle procedure.

Procedure fissate dall'art. 8 della Legge n. 131 del 2003 (c.d. Legge La Loggia) il quale espressamente prevede che "1. Nei casi e per le finalità previsti dall'articolo 120, secondo comma, della Costituzione, il Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro competente per materia, anche su iniziativa

delle Regioni o degli enti locali, assegna all'ente interessato un congruo termine per adottare i provvedimenti dovuti o necessari; decorso inutilmente tale termine, il Consiglio dei ministri, sentito l'organo interessato, su proposta del Ministro competente o del Presidente del Consiglio dei ministri, adotta i provvedimenti necessari, anche normativi, ovvero nomina un apposito commissario. Alla riunione del Consiglio dei ministri partecipa il Presidente della Giunta regionale della Regione interessata al provvedimento.

2. Qualora l'esercizio del potere sostitutivo si renda necessario al fine di porre rimedio alla violazione della normativa comunitaria, gli atti ed i provvedimenti di cui al comma 1 sono adottati su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri o del Ministro per le politiche comunitarie e del Ministro competente per materia. L'articolo 11 della legge 9 marzo 1989, n. 86, è abrogato.

Si tratta di un potere sostitutivo "straordinario" la cui *ratio* è stata rinvenuta dalla Corte Costituzionale (sentenza n. 43 del 2004) nella preoccupazione *"di assicurare comunque, in un sistema di più largo decentramento di funzioni quale quello delineato dalla riforma, la possibilità di tutelare, anche al di là degli specifici ambiti delle materie coinvolte e del riparto costituzionale delle attribuzioni amministrative, taluni interessi essenziali... che il sistema costituzionale attribuisce alla responsabilità dello Stato"*. La Corte ha dunque concluso nel senso che la Costituzione ha voluto che fosse sempre possibile un intervento sostitutivo del Governo per garantire tali interessi essenziali.

In particolare, per quanto attiene all'inadempimento degli obblighi comunitari, la *ratio* deve essere rinvenuta nella circostanza che dell'inadempienza agli obblighi comunitari è responsabile solo ed unicamente lo Stato.

Il potere sostitutivo dello Stato per l'attuazione delle direttive comunitarie nelle materie di competenza delle Regioni e delle Province autonome è poi specificamente disciplinato dal quinto comma dell'art. 117 della Costituzione.

Tale disposizione prevede, infatti, espressamente: *"Le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano, nelle materie di loro competenza, ... provvedono all'attuazione degli atti dell'Unione europea, nel rispetto delle norme di procedura stabilite da legge dello Stato, che disciplina le modalità di esercizio del potere sostitutivo in caso di inadempienza"*. Nei casi di esercizio del potere sostitutivo, lo Stato deve sentire la Conferenza Stato-Regioni ai sensi dell'art. 2, comma 3 e dell'art. 5, comma 2, del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281.

Con la decisione n. 2 del 25 febbraio 2002, il Consiglio di Stato ha chiarito che *"Tale previsione del potere sostitutivo rende espressa una norma riconducibile agli articoli 11 e 117, primo comma, della Costituzione e, cioè, al generale potere dovere dello Stato di rispettare i vincoli comunitari per i quali è responsabile unitariamente. Poiché la norma costituzionale prevede il potere sostitutivo in caso di inadempienza, la norma statale, se emanata anteriormente, avrà effetto soltanto dalla scadenza dell'obbligo comunitario di attuazione della direttiva nei confronti delle sole Regioni inadempienti. La cedevolezza è connessa alla natura esclusivamente collaborativa dell'intervento dello Stato in materie di competenza regionale (arg. anche ex sentenze n. 214/1985 e 192/1987 della Corte Costituzionale). È quindi necessario che l'atto normativo dello Stato in funzione sostitutiva collaborativa contenga la clausola di cedevolezza"*.

Di talché, ove le Regioni non provvedano all'attuazione delle direttive comunitarie, sussiste il potere-dovere dello Stato di attuare le direttive stesse attraverso proprie fonti normative. Le norme così poste dallo Stato in via sostitutiva sono applicabili solo nell'ambito dei territori delle Regioni e Province autonome che non hanno provveduto e sono *"cedevoli"*, divengono cioè inapplicabili qualora le Regioni o le Province esercitino il potere loro proprio di attuazione della direttiva.

Il principio di cedevolezza è stato legislativamente previsto dalla Legge n. 11 del 2005 il cui art. 11, all'ottavo comma, prevede *"In relazione a quanto disposto dall'articolo 117, quinto comma, della Costituzione, gli atti normativi di cui al presente articolo possono essere adottati nelle materie di competenza legislativa delle regioni e delle province autonome al fine di porre rimedio all'eventuale inerzia dei suddetti enti nel dare attuazione a norme comunitarie. In tale caso, gli atti normativi statali adottati si applicano, per le regioni e le province autonome nelle quali non sia ancora in vigore la propria normativa di attuazione, a decorrere dalla scadenza del termine stabilito per l'attuazione della rispettiva normativa comunitaria, perdo-*

no comunque efficacia dalla data di entrata in vigore della normativa di attuazione di ciascuna regione e provincia autonoma e recano l'esplicita indicazione della natura sostitutiva del potere esercitato e del carattere cedevole delle disposizioni in essi contenute. I predetti atti normativi sono sottoposti al preventivo esame della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano".

10.3. La partecipazione delle Regioni alla fase di formazione degli atti comunitari (c.d. fase ascendente)

L'approvazione della Legge Costituzionale n. 3 del 2001 costituisce indubbiamente una svolta per il ruolo delle Regioni nel processo di formazione del diritto comunitario.

L'art. 117, comma 5, della Costituzione dispone, infatti, che *"Le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano, nelle materie di loro competenza, partecipano alle decisioni dirette alla formazione degli atti normativi comunitari provvedono all'attuazione e all'esecuzione degli accordi internazionali e degli atti dell'Unione europea, nel rispetto delle norme di procedura stabilite da legge dello Stato, che disciplina le modalità di esercizio del potere sostitutivo in caso di inadempienza"*.

Già dalla lettura della disposizione è evidente dunque, che le Regioni e le Province Autonome diventano "soggetti attivi di produzione giuridica" del diritto comunitario. Una precisazione, però, è indispensabile, non potendosi prescindere dall'esame della seconda parte della disposizione richiamata in virtù della quale il ruolo riconosciuto agli enti territoriali richiamati viene, per certi versi, limitata, potendo essi partecipare alla formazione degli atti normativi comunitari nei settori di loro competenza nei modi e nelle forme previste, come si vedrà nel prosieguo, dal legislatore nazionale.

Riservandoci di tornare nel prosieguo sul ruolo dei soggetti richiamati nella formazione/attuazione del diritto comunitario, è necessario preliminarmente rilevare che, con la surrichiamata disposizione costituzionale, il legislatore costituzionale ha istituito una competenza statale ulteriore e speciale, rispetto a quella contemplata nell'art. 117, comma 3, della Costituzione - concernente il più ampio settore dei rapporti internazionali e con l'Unione Europea delle Regioni - affidando alla legge statale il compito di fissare le modalità procedurali attraverso le quali deve esplicarsi la partecipazione delle Regioni alla c.d. fase ascendente del diritto comunitario, ossia a quel procedimento attraverso il quale viene determinato il contenuto delle direttive e dei regolamenti comunitari.

Le suddette modalità sono state fissate dall'art. 5 della Legge n. 131 del 2003 (altrimenti conosciuta come Legge "La Loggia").

"1. Le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano concorrono direttamente, nelle materie di loro competenza legislativa, alla formazione degli atti comunitari, partecipando, nell'ambito delle delegazioni del Governo, alle attività del Consiglio e dei gruppi di lavoro e dei comitati del Consiglio e della Commissione europea, secondo modalità da concordare in sede di Conferenza Stato-Regioni che tengano conto della particolarità delle autonomie speciali e, comunque, garantendo l'unitarietà della rappresentazione della posizione italiana da parte del Capo delegazione designato dal Governo. Nelle delegazioni del Governo deve essere prevista la partecipazione di almeno un rappresentante delle Regioni a statuto speciale e delle Province autonome di Trento e di Bolzano. Nelle materie che spettano alle Regioni ai sensi dell'articolo 117, quarto comma, della Costituzione, il Capo delegazione, che può essere anche un Presidente di Giunta regionale o di Provincia autonoma, è designato dal Governo sulla base di criteri e procedure determinati con un accordo generale di cooperazione tra Governo, Regioni a statuto ordinario e a statuto speciale stipulato in sede di Conferenza Stato-Regioni. In attesa o in mancanza di tale accordo, il Capo delegazione è designato dal Governo. Dall'attuazione del presente articolo non possono derivare nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica.

2. Nelle materie di competenza legislativa delle Regioni e delle Province autonome di Trento e di Bolzano, il Governo può proporre ricorso dinanzi alla Corte di giustizia delle Comunità europee avverso gli atti normativi comunitari ritenuti illegittimi anche su richiesta di una delle Regioni o delle Province autonome. Il Governo è tenuto a proporre tale ricorso qualora esso sia richiesto dalla Conferenza Stato-Regioni a maggioranza assoluta delle Regioni e delle Province

autonome”.

In verità, va detto che le Regioni e le Province Autonome sono insorte avverso la procedura delineata dal legislatore statale con la surrichiamata disposizione, ritenendo che essa si limiterebbe a prevedere una partecipazione regionale scarsamente, o, addirittura, per nulla incisiva e, in ogni caso, non idonea a rappresentare efficacemente le istanze regionali. Per le ragioni sinteticamente richiamate è stato prospettato un contrasto tra la disposizione contenuta nella Legge La Loggia e l'art. 117, comma 5, della Costituzione che, invece, a detta delle Regioni, prevederebbe una competenza concorrente e non esclusiva dello Stato.

Sul punto è intervenuta la Corte Costituzionale che, con la sentenza n. 239 del 2004, ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale sollevata dalle Regioni e dalle Province Autonome rilevando che *“Con specifico riferimento alla procedura tramite la quale deve esplicarsi la partecipazione alla c.d. «fase ascendente» del diritto comunitario, dunque, la Costituzione non ha previsto una competenza concorrente, bensì ha affidato alla legge statale il compito di stabilire la disciplina delle modalità procedurali di tale partecipazione”*. Si tratta di una materia che può e deve essere disciplinata interamente attraverso una legge dello Stato e in cui la legislazione regionale resta del tutto esclusa. Si può, dunque, dire, con la Corte Costituzionale, che l'art. 117, comma 5, *“affidando in via esclusiva allo Stato il compito di dettare «norme di procedura», non ha garantito alle Regioni o alle Province Autonome ambiti riservati alla legislazione regionale o provinciale”*.

Nonostante la modifica costituzionale operata dalla Legge Cost. n. 3 del 2001 e nonostante l'approvazione della Legge La Loggia, per molto tempo le modalità procedurali sulla base delle quali è stata consentita la partecipazione delle Regioni e delle Province Autonome alla formazione del diritto comunitario derivato sono state quelle sancite dalla Legge n. 86 del 1989, meglio conosciuta come Legge La Pergola.

In realtà, deve essere osservato che le disposizioni originarie del surrichiamato provvedimento legislativo, con riferimento alla partecipazione alla fase ascendente da parte di enti diversi dallo Stato, erano assai scarse, per non dire inesistenti. Ciò in quanto, come si è avuto occasione di sottolineare in precedenza, prima dell'approvazione della riforma del Titolo V della Costituzione, il ruolo delle Regioni nell'iter di formazione del diritto comunitario era anch'esso del tutto marginale. In effetti, per diverso tempo, le decisioni relative alle posizioni dell'Italia nelle questioni comunitarie sono state appannaggio esclusivo del Governo nazionale, con un generico potere di indirizzo e controllo da parte del Parlamento. Tanto è vero che, successivamente all'approvazione della riforma costituzionale del Titolo V della Costituzione, si è resa necessaria una integrazione della disciplina contenuta nella Legge La Pergola attraverso l'introduzione di una profonda modifica dell'art. 1 bis della Legge stessa.

10.3.1. (Segue). La “Legge Buttiglione”

L'inadeguatezza della legislazione vigente, seppure sottoposta a modifica, con riferimento al mutamento del quadro costituzionale ad opera della legge cost. n. 3 del 2001 - oltre alla necessità di garantire un maggiore coinvolgimento del Parlamento, delle Regioni e delle autonomie locali alla fase di predisposizione degli atti comunitari - ha portato all'approvazione della Legge 4 febbraio 2005, n. 11, comunemente denominata “Legge Buttiglione”, che ha radicalmente modificato ed innovato il sistema previsto dalla Legge La Pergola, soprattutto la c.d. fase ascendente del diritto comunitario che ha, finalmente, trovato nell'ordinamento giuridico italiano una sua procedimentalizzazione.

E ciò è evidente esaminando il testo dell'art. 5 della legge n. 11 del 2005 il quale indica con puntualità gli obblighi del Governo nei confronti delle Regioni e delle Province Autonome e, contestualmente, le prerogative di queste ultime.

Il primo obbligo del Governo è quello di trasmettere, contestualmente alla loro ricezione, alla Conferenza dei Presidenti delle Regioni e delle Province Autonome e ai Presidenti della Conferenza dell'Assemblea, dei Consigli regionali e delle Province Autonome i progetti e gli atti comunitari, indicando la data presunta per la loro discussione ed adozione. Saranno, poi, i Consigli Regionali e Provinciali a trasmettere tali atti ai rispettivi organi regionali e provinciali (Giunte Regionali e Provinciali, Consigli Regionali e Provinciali).

Il legislatore ha, inoltre, considerato la possibilità che i progetti e gli atti comunitari trasmessi subiscano delle modifiche da parte delle istituzioni comunitarie e, per questa ragione, ha pre-

visto in capo al Governo (Presidenza del Consiglio - Dipartimento per le politiche comunitarie) l'obbligo di assicurare una informazione qualificata e tempestiva sui progetti e sugli atti che rientrano nelle materie di competenza delle Regioni e delle Province Autonome, curandone il costante aggiornamento.

L'obbligo di trasmissione degli atti e quello di continuo aggiornamento discendono dalla circostanza che, come si è detto nel precedente capitolo, l'interlocutore diretto e principale delle istituzioni comunitarie rimane pur sempre lo Stato, non avendo le Regioni e le Province Autonome una personalità giuridica "internazionale" ed essendo, per tale ragione, lo Stato, e per esso il Governo nazionale, il destinatario degli atti e dei progetti comunitari.

Dalle considerazioni che precedono discende anche l'obbligo del Governo di informare, tramite la Conferenza dei Presidenti delle Regioni e delle Province Autonome, delle proposte e delle materie di competenza delle Regioni e delle Province Autonome che risultano inserite all'ordine del giorno delle riunioni del Consiglio dei Ministri dell'Unione Europea, nonché l'obbligo del Governo di riferire alla Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province Autonome di Trento e Bolzano, in sessione comunitaria, sulle proposte e sulle materie di competenza delle Regioni e delle Province Autonome che risultano inserite nell'ordine del giorno del Consiglio dei Ministri dell'Unione Europea illustrando la posizione che il Governo stesso intende assumere. La Conferenza stessa, in sessione comunitaria, può richiedere al Governo di riferire e di illustrare la posizione che intende assumere in sede di Consiglio dei Ministri dell'Unione europea.

È evidente che il Governo dovrà poi informare le Regioni e le Province Autonome, sempre per il tramite delle Conferenze, dell'esito delle riunioni del Consiglio dei Ministri dell'Unione Europea.

Passando ora alle prerogative regionali e provinciali, la Legge Buttiglione prevede, in primo luogo, che le Regioni e le Province Autonome, nelle materie di loro competenza, possono trasmettere al Governo nazionale, entro venti giorni dalla data di ricezione degli atti e dei progetti, le loro osservazioni, sempre per il tramite della Conferenza dei Presidenti delle Regioni e delle Province Autonome o della Conferenza dei Presidenti dell'Assemblea, dei Consigli Regionali e delle Province Autonome. Qualora tali osservazioni non pervengano entro la data indicata o, comunque, entro il giorno precedente a quello della discussione in sede comunitaria, il Governo potrà comunque procedere alle attività dirette alla formazione degli atti. Ciò in quanto, diversamente opinando, si arriverebbe alla conseguenza di non essere coinvolti nella decisione finale rispetto alla formazione di un atto comunitario, con indubbi riflessi negativi per il Paese.

La legge n. 11 del 2005, sempre all'art. 5, prevede, infine, due strumenti particolari, l'intesa e la riserva di esame, che dimostrano viepiù l'incisività della partecipazione delle Regioni al processo di formazione degli atti comunitari.

A tal proposito, giova premettere che, mentre la riserva di esame non è una prerogativa propria delle Regioni, poiché la legge attribuisce anche al Parlamento la possibilità di richiedere al Governo, in casi di particolare importanza politica, economica e sociale, di apporre una riserva di esame parlamentare, l'intesa è tipica delle materie di competenza, concorrente o esclusiva, regionale.

Il quarto comma dell'art. 5 della Legge n. 11 del 2005 dispone che, qualora un progetto di atto normativo comunitario riguardi una materia che la Costituzione attribuisce alla competenza regionale, ove una o più Regioni o Province Autonome ne facciano richiesta, il Governo, entro venti giorni dalla richiesta, deve convocare la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le Province Autonome di Trento e di Bolzano ai fini del raggiungimento dell'intesa ai sensi dell'art. 3 della Legge n. 281 del 1997. Anche in questo caso, ove il termine decorra infruttuosamente ovvero sopravvenga una urgenza motivata, il Governo può procedere anche in assenza dell'intesa.

Nei casi previsti dal suddetto comma, la Conferenza permanente può richiedere al Governo di apporre, in sede di Consiglio dei Ministri dell'Unione Europea, una riserva di esame. In queste ipotesi, il Governo, così come accade ove l'apposizione della riserva venga richiesta dal Parlamento, il Governo sospende la propria votazione nell'ambito del Consiglio dei Ministri dell'Unione Europea in attesa che si pronunci l'organo che ha chiesto l'apposizione della riserva. Il periodo di sospensione non può essere superiore a venti i giorni, trascorsi i quali il Governo può comunque procedere alle attività dirette alla formazione dei relativi atti.

Merita, infine, di essere rammentato che la Legge Buttiglione ha incluso tra i soggetti cui compete l'esame degli atti comunitari anche gli enti locali e le parti sociali (artt. 6 e 7 della Legge n. 11 del 2005).

Per quanto attiene, in particolare, al coinvolgimento degli enti locali, va detto che anch'esso è conseguenza diretta della riforma del Titolo V della Costituzione ed in particolare del riconoscimento, ai sensi del nuovo art. 114 della Costituzione, della pari dignità costituzionale di Comuni, Province, Città metropolitane, Regioni e Stato, quali elementi costitutivi della Repubblica. Il legislatore costituzionale ha voluto fare, infatti, delle autonomie locali la base, la componente costitutiva di quelle che sono le istituzioni regionali (portatrici dell'autonomia regionale) e per fare poi delle autonomie regionali, a loro volta, le componenti dell'assetto nazionale dei pubblici poteri, aperto verso l'Unione europea.

In ossequio alle nuove disposizioni costituzionali, dunque, la legge Buttiglione prevede, all'art. 6, che qualora i progetti e gli atti comunitari e dell'Unione Europea, nonché gli atti preordinati alla formulazione degli stessi, riguardino questioni di particolare rilevanza negli ambiti di competenza degli enti locali, il Governo li trasmette alla Conferenza Stato-città ed autonomie locali, nonché, per il tramite di quest'ultima, alle associazioni rappresentative degli enti locali, i quali possono, in tal modo trasmettere osservazioni al Governo. Quest'ultimo, peraltro, nelle materie che investono la competenza degli enti locali, può convocare esperti designati dagli enti locali alle riunioni dei tavoli di coordinamento nazionale previsti dal settimo comma dell'art. 5 della medesima legge.

10.4. L'attuazione delle fonti comunitarie da parte delle Regioni (c.d. fase discendente)

Prima di passare all'esame delle modalità di attuazione delle fonti comunitarie da parte delle Regioni appare opportuno un breve excursus sulla ripartizione della competenza legislativa tra Stato e Regioni operata dalla Costituzione attraverso l'esame dell'art. 117 della Costituzione, nel testo modificato dalla Legge Costituzionale n. 3 del 2001, ed il raffronto con il vecchio testo costituzionale, nonché l'individuazione dei criteri principali di differenziazione tra i diversi tipi di potestà legislativa (esclusiva e concorrente). Tale premessa, infatti, è necessaria per comprendere le differenti modalità di attuazione delle fonti di diritto comunitario a seconda della tipologia di potestà legislativa.

Nella sua originaria formulazione, anteriore alla modifica posta in essere dalla Legge Cost. n. 3 del 2001, l'art. 117 Cost. prevedeva che le Regioni potessero emanare norme legislative nelle seguenti materie in esso elencate. L'attività legislativa delle Regioni nelle suddette materie incontrava il suo limite nei *"principi fondamentali fissati dalle leggi dello Stato"* e le disposizioni contenute nella legge regionale non potevano porsi in contrasto *"con l'interesse nazionale e con quello di altre Regioni"*.

Il criterio di riparto della competenza legislativa tra Stato e Regioni era dunque basato sul principio che la potestà legislativa spettasse allo Stato, salvo per quelle materie indicate in Costituzione, in cui però alle Regioni era attribuita una competenza non esclusiva, ma concorrente con quella dello Stato che poneva sempre i principi fondamentali.

Nella nuova formulazione dell'art. 117, introdotta dalla Legge Cost. n. 3 del 2001, il criterio per la ripartizione delle competenze legislative è stato completamente rovesciato poiché il principio è ora che la competenza spetti in via generale alle Regioni salvo in quelle materie che il secondo comma della disposizione costituzionale riserva in via esclusiva allo Stato o quelle materie che, al terzo comma dell'art. 117, vengono indicate come materie di competenza concorrente.

Rispetto, dunque, alla precedente disciplina costituzionale, con la riforma del Titolo V della Costituzione viene introdotta la potestà legislativa esclusiva delle Regioni, rimane la potestà legislativa concorrente, mentre scompare la potestà attuativa: lo Stato non può più delegare alle Regioni l'emanazione di norme legislative di attuazione di proprie leggi.

La potestà legislativa statale risulta così distinta in esclusiva o concorrente. Solamente lo Stato può adottare leggi nelle materie di legislazione esclusiva, mentre nelle materie di legislazione concorrente allo Stato compete la determinazione dei principi fondamentali mentre la disciplina di dettaglio spetta alle leggi regionali.

Le materie che non rientrano tra quelle espressamente attribuite allo Stato, secondo il criterio

della competenza esclusiva o concorrente, sono soggette alla potestà legislativa delle Regioni (art. 117, comma 4: *"Spetta alle Regioni la potestà legislativa in riferimento ad ogni materia non espressamente riservata alla legislazione dello Stato"*).

La situazione delineata dalla riforma costituzionale sulla quale ci si è soffermati diffusamente all'inizio del presente capitolo, è, dunque, in sintesi, la seguente:

A) Materie espressamente riservate alla legislazione esclusiva dello Stato (articolo 117, comma 2): si tratta di diciassette settori che possono essere disciplinati solamente con legge dello Stato.

B) Materie, espressamente previste, di legislazione concorrente (articolo 117, comma 3). Si assiste ad una suddivisione dei compiti: allo Stato compete la determinazione dei principi fondamentali (principi che esprimono le direttive e gli orientamenti generali cui, nelle intenzioni del legislatore statale, dovrebbe attenersi la legislazione regionale nella disciplina delle singole materie), mentre alle Regioni spetta l'adozione, nel rispetto dei principi statali, della legislazione di dettaglio.

A tal proposito, la Corte Costituzionale ha ribadito il principio, già affermato prima della riforma costituzionale attuata dalla Legge Cost. n. 3 del 2001, in base al quale la mancanza della determinazione dei principi fondamentali della materia da parte della legge statale non impedisce alla Regione di legiferare, poiché, in tal caso, il limite è rappresentato dai principi fondamentali che si possono desumere dall'ordinamento statale vigente. Con la sentenza n. 282 del 2002, inoltre, la Corte ha affermato che i principi fondamentali della materia possono essere tratti direttamente dalla Costituzione ove essi non vengano rinvenuti nelle leggi vigenti.

C) Materie non rientranti né tra quelle riservate alla legislazione esclusiva dello Stato né tra quelle di legislazione concorrente, in quanto non comprese nelle relative enumerazioni. Sono i settori non definiti nel testo costituzionale, ma che vanno ricavati per esclusione: in questo caso, la riforma attribuisce la potestà legislativa esclusiva alle Regioni (articolo 117, comma 4).

Delineata la distribuzione della potestà legislativa, si può ora passare all'esame dei diversi procedimenti previsti dalla legislazione per l'attuazione degli atti comunitari nel nostro ordinamento.

Nelle pagine precedenti è stato analizzato il meccanismo di attuazione previsto dalla Legge La Pergola. In questa sede, dunque, verranno esaminati i contenuti della Legge n. 11 del 2005 (Legge Buttiglione), approvata, come è noto, proprio per la necessità di adeguare la c.d. fase discendente di attuazione del diritto comunitario derivato al nuovo assetto costituzionale delle competenze legislative.

La Legge Buttiglione prevede che il Governo dia attuazione alle direttive comunitarie attraverso leggi comunitarie o in via regolamentare amministrativa. Le Regioni partecipano alla formazione dei disegni di legge dello Stato che sono destinati ad attuare le direttive nell'ordinamento giuridico italiano e, come si è visto, sono informate degli atti normativi e di indirizzo emanati dagli organi dell'Unione europea e delle Comunità.

Lo Stato provvede, come si è detto, al recepimento delle direttive attraverso una legge comunitaria annuale con la quale opera la ricognizione degli atti comunitari da recepire nell'ordinamento interno e definisce le procedure per l'adattamento dell'ordinamento nazionale (confr. art. 8 della Legge n. 11 del 2005).

Analogamente, le Regioni e le Province Autonome possono approvare leggi comunitarie regionali annuali di recepimento (confr. art. 8 della Legge n. 11 del 2005), ferme restando le disposizioni necessarie per l'attuazione delle direttive comunitarie da parte delle Regioni e delle Province Autonome contenute nell'art. 16 della medesima legge.

Quest'ultima disposizione prevede che, nelle materie di competenza esclusiva residuale regionale, le Regioni e le Province Autonome possono dare immediata attuazione alle direttive comunitarie, senza alcun vincolo o limitazione da parte dello Stato.

Nel caso in cui, invece, si tratti di materie appartenenti alla potestà legislativa concorrente, le Regioni e le Province Autonome potranno ugualmente dare immediata attuazione alle direttive comunitarie, ma dovranno rispettare i principi fondamentali fissati dallo Stato nella legge comunitaria nazionale, principi che sono inderogabili. Tuttavia, come è stato chiarito in precedenza, l'assenza della definizione dei principi fondamentali da parte dello Stato non preclude, in linea di principio, la possibilità per le Regioni di procedere al recepimento delle direttive comunitarie prima dell'approvazione della legge comunitaria nazionale che fissi i principi fon-

damentali della materia. E ciò in virtù di quel principio esplicitato dalla Corte Costituzionale, e riportato in precedenza, secondo il quale in caso di competenza concorrente le regioni possono legiferare anche in assenza della determinazione dei principi fondamentali da parte dello Stato. È evidente che nel caso in cui la legge regionale di attuazione della direttiva comunitaria sia in contrasto con i principi fondamentali fissati successivamente dalla legge comunitaria nazionale, prevarranno questi ultimi con la conseguenza che la Regione potrebbe dover modificare la legge già approvata.

Il quarto comma dell'art. 16 della Legge Buttiglione si occupa, invece, delle materie di competenza esclusiva dello Stato. In tali casi, sebbene il recepimento sia, appunto, appannaggio esclusivo dello Stato, il Governo *"indica i criteri e formula le direttive ai quali si devono attenere le regioni e le province autonome ai fini del soddisfacimento di esigenze di carattere unitario, del perseguimento degli obiettivi della programmazione economica e del rispetto degli impegni derivanti dagli obblighi internazionali"*. Questa funzione può essere esercitata con legge o con atto avente forza di legge oppure, se previsto dalla legge comunitaria, con regolamento ovvero con deliberazione del Consiglio dei Ministri, secondo le modalità previste dall'art. 8 della Legge n. 59 del 1997 (c.d. Legge Bassanini).

Per quanto attiene, infine, all'ipotesi di mancata attuazione delle direttive da parte delle Regioni nelle materie di loro competenza e, dunque, alla previsione del potere sostitutivo dello Stato, si rinvia al par. 4 del Capitolo 2.

11. Globalizzazione e fonti del diritto

Come si è visto nelle pagine precedenti, uno degli effetti del processo di globalizzazione ha interessato anche il diritto il quale ha dovuto avviare un percorso assai delicato nel quale sono essenzialmente rivisti i rapporti con il territorio che, come noto, rappresenta la base dello stesso stato-nazione. Con il progressivo affermarsi di tale processo, infatti, si è, almeno per alcuni settori, assistito ad una vera e propria riscrittura anche dello stesso modo di produzione delle regole che non sono più le norme statali o internazionali esaminate in precedenza.

"La globalizzazione economica (...) coincide con la messa in moto di processi giuridici segnati da una grande complessità. La complessità è data dal fatto che sono aumentati i soggetti protagonisti dei processi giuridici e che tali processi sono, per un verso, sospesi tra un carattere pubblico e un carattere privato e, per un altro verso, tra un carattere formale e un carattere informale" (M.R. FERRARESE, op.cit., p. 63).

Si tratta di norme, spesso contrattuali, generalmente indicate come *lex mercatoria*, riferendosi con essa a quell'insieme di misure giuridiche prodotte dal mondo imprenditoriale che superano le barriere statali. In questo quadro vi rientrano anche altri strumenti quali le direttive ed i codici di comportamento o i moduli e standard per contratti uniformi.

12. Norme di buona tecnica e buone prassi

Un cenno a parte va fatto alle norme di *buona tecnica* ed alle cosiddette *buone prassi*. Le prime non sono leggi, o atti aventi comunque valore normativo nel senso tradizionale del termine, non provengono infatti dagli organi rappresentativi di una collettività. Si tratta, infatti, di documenti che definiscono le caratteristiche di un prodotto, processo o servizio secondo lo stato dell'arte, cioè in base ai livelli tecnici e tecnologici raggiunti in quel determinato momento storico. Più esattamente, riprendendo quanto stabilito dal legislatore comunitario nella direttiva 98/34/CE del 22 giugno 1998: norma "è la specifica tecnica approvata da un organismo riconosciuto a svolgere attività normativa per applicazione ripetuta o continua".

Tali documenti, dati i loro contenuti, sono elaborati da esperti che rappresentano le parti economiche e sociali interessate (produttori, consumatori, centri di ricerca, pubbliche amministrazioni), organizzati in gruppi di lavoro ed operano seguendo le procedure dell'ente di normazione:

CEN (Comitato europeo di normalizzazione),

CENELEC (Comitato europeo per la standardizzazione elettrotecnica),

ISO (Organizzazione internazionale per la standardizzazione),

IEC (Commissione internazionale elettrotecnica),
UNI (Ente nazionale di unificazione),
CEI (Comitato elettronico italiano).

Si crea così una sorta di graduazione in base alla provenienza: norme internazionali, ISO; norme europee, EN; norme nazionali, UNI.

A differenza delle norme di cui si è parlato in precedenza, le norme di buona tecnica non hanno valore vincolante, incidendo soltanto sulla qualità del prodotto finale e, dunque, sul suo valore di mercato.

Le *buone prassi*, invece, consistono in soluzioni organizzative o procedurali coerenti con la normativa vigente che possono essere applicate anche ad altri soggetti, cioè sono generalizzabili, che permettono di ottenere una riduzione dei rischi, dei miglioramenti nelle condizioni di lavoro ed in generale la promozione della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro.

Si tratta *“innovazioni riuscite di procedimenti, di soluzioni, di servizi e processi reingegnerizzati che riescono ad imprimere un reale miglioramento alla gestione della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro in termini di efficacia, efficienza e sostenibilità”*.

Capitolo IV

Profili soggettivi dell'organizzazione amministrativa

Sommario:

1. Cenni sull'organizzazione amministrativa. Organo e ufficio. 2. La capacità giuridica degli enti pubblici. 3. Brevi cenni sull'organizzazione pubblica statale. 3.1. (Segue). Ministeri. 3.2. (Segue). Agenzie. 3.3. (Segue). Le strutture di raccordo interne ed esterne alle amministrazioni pubbliche. 3.4. Le amministrazioni indipendenti. 3.4.1. L'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. 3.5. Gli Enti pubblici. 3.6. Gli enti pubblici economici. 4. Impresa pubblica e ordinamento comunitario. 5. Il processo di privatizzazione. 5.1. Le S.P.A. 6. Gli organismi di diritto pubblico. 7. Le Fondazioni. 8. Le S.O.A. Società organismi di attestazione. 9. Gli Enti territoriali e locali. 10. Gli strumenti di raccordo tra i diversi livelli di governo: Stato-Regioni; Regioni-Autonomie locali. 11. Quadro riepilogativo degli Enti.

1. Cenni sull'organizzazione amministrativa. Organo e ufficio

Uno dei principali interlocutori del *project manager* è rappresentato da un soggetto pubblico, o meglio da una pubblica amministrazione. Nella teoria tradizionale della ripartizione dei poteri le pubbliche amministrazioni vengono racchiuse nel cosiddetto potere esecutivo che accanto al Governo che ne rappresenta il vertice, è disciplinato al titolo III della Carta costituzionale. Si tratta di organizzazioni, di strutture organizzative alle quali l'ordinamento attribuisce poteri (pubblici) allo scopo di perseguire un pubblico interesse, o meglio per la soddisfazione di un interesse della collettività ed alle quali è consentito operare nell'ordinamento ponendo in essere atti (pubblici e privati) aventi una rilevanza giuridica.

Soffermando l'attenzione sull'organizzazione interna delle singole amministrazioni, in linea generale esse sono composte da uffici che sono composti di uomini e mezzi attraverso cui l'amministrazione svolge la propria attività

"unità organizzative, consistenti di uomini e di mezzi tra loro collegati e ordinati per assolvere ad un compito o ad una pluralità di compiti: ad una funzione predeterminata" (V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 84).

Alla singola organizzazione viene attribuito, ragione della sua istituzione, un fine generale da soddisfare (attribuzione), fine che, data la sua complessità, si articola in diversi obiettivi il cui perseguimento viene assegnato alle diverse parti dell'organizzazione (competenze). Le singole parti dell'organizzazione cui sono attribuite specifiche competenze (si pensi all'articolazione dell'amministrazione comunale) rilevano, da un punto di vista giuridico, in quanto centri di imputazione giuridica dell'organizzazione e sono indicati come *organi* dell'ente. Essi (gli organi) sono, dunque, degli uffici dotati di una specifica competenza (in questo senso la competenza si riferisce ad una attività avente un rilievo giuridico, mentre gli uffici, non organi, svolgono in via esclusiva una attività sostanzialmente materiale, es. il centro stampa di un ente) la cui attività rileva non soltanto all'interno dell'ente, ma anche all'esterno della singola organizzazione che entra a far parte (con altre organizzazioni o con i privati) di veri e propri rapporti giuridici (si pensi, ad esempio, all'attività svolta dall'Ufficio tecnico del Comune). L'attività svolta dall'organo ha come effetto quello di impegnare l'ente verso l'esterno. Più precisamente, l'attività posta in essere dal soggetto (persona fisica) titolare dell'organo, impegna l'amministrazione verso l'esterno. In questi casi si parla di imputazione organica, cioè dell'"attribuzione (della titolarità) di atti giuridici, materialmente (o psicologicamente) riferibili ad una persona fisica, avente qualità di organo, ad una persona giuridica" (AA.VV., *Diritto amministrativo*, a cura di L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANI, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, Monduzzi, Bologna, II ed., 1998, p. 491). Attraverso l'organo, dunque, è possibile attribuire alla persona giuridica gli atti giuridici da essa emanati ed i loro effetti. L'imputazione opera a condizione che l'organo che ha emanato l'atto appartenga a quella amministrazione o, per espressa previsione, sia comunque titolare del potere di emanare quel determinato atto (ne abbia, cioè, la competenza) e che il soggetto (persona fisica) dal quale il provvedimento proviene sia effettivamente titolare dell'organo (o comunque abbia il potere di emanare l'atto, es. delega al responsabile del procedimen-

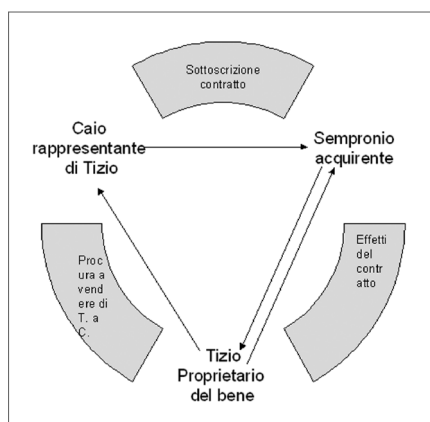
to) o quanto meno, in rari casi, sia dalla collettività ritenuto tale (funzionario di fatto).

Il rapporto che lega la singola persona fisica, titolare dell'organo, all'ente prende il nome di rapporto organico, si tratta di uno strumento tecnico grazie al quale le persone giuridiche (le pubbliche amministrazioni) diventano titolari di atti giuridici emanati dalla persona fisica.

Il *rapporto organico*, ad oggi tradizionalmente descritto in termini di immedesimazione organica, una *immedesimazione* che consente di identificare la persona fisica che agisce per l'amministrazione (il soggetto fisico titolare dell'organo) con la stessa amministrazione, pertanto l'atto, il provvedimento amministrativo, la determina emanata dal dirigente dell'Ufficio tecnico viene imputata direttamente all'amministrazione alla quale l'organo che ha emanato l'atto appartiene, nell'esempio richiamato, l'amministrazione comunale.

In passato il problema della imputazione degli effetti veniva risolto attraverso il ricorso all'istituto civilistico della *rappresentanza* rivelatosi poi inadeguato. Nella rappresentanza, infatti, si crea un rapporto nel quale il soggetto che pone in essere l'atto (rappresentante), in nome e per conto del rappresentato, rimane titolare dell'atto, mentre gli effetti dello stesso vengono imputati al rappresentato. Consideriamo, ad esempio, un contratto di compravendita stipulato tra Tizio, proprietario del bene compravenduto e Sempronio, acquirente; dove Tizio è rappresentato da Caio. Il contratto viene materialmente stipulato (e dunque sottoscritto) tra Sempronio e Caio che, nello stesso contratto verrà indicato come rappresentante di Tizio, proprietario del bene, in virtù della procura conferitagli dallo stesso Tizio. Gli effetti del contratto, invece, saranno imputati a Sempronio ed a Tizio, consistendo nel trasferimento della proprietà del bene oggetto del contratto da uno all'altro.

Questa situazione non si riscontra, invece, nel caso delle amministrazioni. Si riprenda l'esempio richiamato in precedenza della determina emanata dal dirigente dell'Ufficio tecnico del comune. In questo caso sebbene l'atto sia materialmente sottoscritto dal dirigente dell'Ufficio tecnico, esso sarà imputabile all'amministrazione comunale, come pure i suoi effetti.



2. La capacità giuridica degli enti pubblici

Le singole organizzazioni, per lo svolgimento della loro attività pongono in essere non solo atti e provvedimenti amministrativi (atti di natura pubblicistica), ma anche atti di diritto privato (contratti) dei quali si dirà nel prosieguo del lavoro e ciò in virtù della "capacità" che ad ogni pubblica amministrazione viene riconosciuta dall'ordinamento.

L'art. 1 del codice civile stabilisce che ciascuna persona fisica è dotata della *capacità giuridica*, cioè della idoneità in astratto di essere titolare di diritti e destinatari di obblighi fin dal momento della nascita. Dalla capacità giuridica si distingue la *capacità di agire* che concerne la capacità, l'idoneità del soggetto di svolgere in concreto le attività che si riconnettono alle posizioni giuridiche soggettive di vantaggio e di svantaggio di cui esse sono titolari. Nel caso delle persone fisiche, la capacità di agire piena si acquisisce con la maggiore età e sussistono ipotesi in cui essa è limitata. Oltre alla minore età, vi sono altre ipotesi di limitazione della capacità di agire si pensi, ad esempio, al caso di infermità mentale.

Con riferimento alle persone giuridiche, invece, la questione si presenta più complessa, ed è stata ampiamente dibattuta in dottrina. In primo luogo occorre distinguere tra la capacità di porre in essere atti di diritto pubblico (provvedimenti) e capacità di diritto privato, cioè di porre in essere atti di diritto privato (contratti). Mentre nel primo caso la questione non appare particolarmente problematica, potendo il soggetto (pubblico) porre in essere tutti gli atti compatibili con la specifica attribuzione di potere, cioè di tutti gli atti ed operazioni necessarie al perseguimento del fine pubblico per cui esso è stato istituito; nel caso della capacità di diritto privato, invece, si è posto in dottrina il problema relativo alla ampiezza della stessa, se essa potesse essere considerata generale, conferendo all'ente al momento della sua istituzione la possibilità di porre in essere qualsiasi atto privatistico (ad esempio qualsiasi contratto), o se, al contrario essa (la capacità) dovesse essere qualificata in termini di specialità, limitata, cioè a quelle ipotesi in cui una espressa previsione normativa prevedesse detta attribuzione. In un primo momento la dottrina aveva sostenuto che i soggetti pubblici fossero titolari di una capacità di diritto privato limitata, e pertanto occorre di volta in volta verificare se un ente fosse o meno legittimato a porre in essere un determinato atto di diritto privato, ricercando la relativa disposizione normativa legittimante. Con il passare degli anni, si è diffusa una concezione di senso opposto. Si è, infatti, sostenuto che gli enti pubblici, alla stregua di qualsiasi persona fisica, sono titolari di una capacità giuridica di diritto privato generale, e le cui eventuali limitazioni devono essere oggetto di una espressa previsione normativa. In questa prospettiva, pertanto, gli enti pubblici possono stipulare qualsiasi contratto di diritto privato, purché questo risulti compatibile con la *mission* dell'ente.

3. Brevi cenni sull'organizzazione pubblica statale

Volgendo lo sguardo all'esterno, all'insieme delle pubbliche amministrazioni, l'*organizzazione pubblica*, intesa nella sua accezione *statica*, comprende quell'insieme di soggetti di regola qualificati come enti pubblici, che in un determinato momento storico sono istituiti e operano per la soddisfazione di un interesse pubblico e che nel loro complesso costituiscono l'insieme delle pubbliche amministrazioni.

La nostra esperienza conosce una molteplicità di soggetti pubblici (*pluralismo amministrativo*) che presentano diversi moduli organizzativi (*plurimorfismo*). Le maglie generali del complesso organizzativo pubblico sono rintracciabili a livello costituzionale nel quale, però, salvo poche eccezioni, non è contemplato un espresso richiamo ai singoli modelli di amministrazione, essendosi limitato il legislatore costituente a dettare i principi generali cui i soggetti titolari del potere organizzativo devono attenersi nell'esercizio dello stesso.

La Nostra Carta costituzionale individua un modello generale composto di tre parti disomogenee. La prima relativa all'amministrazione nella composizione in atto al momento dei lavori della costituente, incentrata essenzialmente sul *modello ministeriale* (art. 95 Cost.; la seconda riconducibile ad un *modello autocefalo di amministrazione* (artt. 97 e 98 Cost.) rispetto al quale non ci sono riferimenti relativi alla organizzazione ex se, lasciata alla discrezionalità del legislatore, ma soltanto ad elementi caratterizzanti l'organizzazione e l'attività dell'ente istituito secondo questo modello, individuati nell'efficienza, imparzialità e buon andamento. La terza ed ultima parte riguarda il c.d. *modello autonomistico o comunitario* (art. 5 Cost.) che esprime "il disegno di una Repubblica che non presenta, anche Comuni, Province e Regioni (e altri enti locali) ma che consiste in essi e, se si accetta la tesi espansiva di questa volontà autonomista, consiste non tanto negli enti quanto proprio nelle comunità" (M. NIGRO, *La pubblica amministrazione fra costituzione formale e costituzione materiale*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1985, pp. 162 ss., in particolare p. 165) che tali Enti rappresentano e che ha avuto un'ampia applicazione proprio a partire dalle riforme attuate con le leggi Bassanini ed in particolare con la legge n. 59/97 e poi con la riforma del Titolo V della Costituzione realizzata con la legge costituzionale n. 3/01.

Già da questi brevi richiami emerge come si sia di fronte ad una nozione di amministrazione ben più ampia di quella offerta dal giudice comunitario il quale, con riferimento alla questione relativa al possesso del requisito della cittadinanza come condicio *sine qua non* per l'accesso ai posti di pubblico impiego, ha delineato i confini della nozione di pubblica amministrazione, limitandola a quel-

le *organizzazioni incaricate dell'esercizio di pubblici poteri*, cui è attribuito lo svolgimento delle *"mansioni che hanno ad oggetto la tutela degli interessi generali dello Stato o delle altre collettività pubbliche"* (Corte giust. CE, 2 luglio 1996, n. 473, Comm. CE/Granducato Lussemburgo, in *Dir. Scambi internazionali*, 1996, p. 584; Id., 2 luglio 1996, n. 290, Comm. CE/Repubblica ellenica, ivi, 1996, p. 586). Più in particolare, il giudice comunitario ha ritenuto contrarie all'art. 48 del Trattato ed all'art. 1 del Regolamento del Consiglio n. 1612/68, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della comunità, le decisioni di alcuni Stati membri tese a limitare, in base al requisito della cittadinanza, la partecipazione all'accesso ai posti di pubblico impiego in ipotesi diverse dagli impieghi che implicino la partecipazione, diretta od indiretta all'esercizio dei pubblici poteri ed alle mansioni che hanno ad oggetto la tutela degli interessi generali dello Stato o delle altre collettività pubbliche.

Nell'ambito della richiamata complessità, la dottrina ha elaborato diversi criteri ai fini di operare una sistematizzazione delle diverse pubbliche amministrazioni. Primo fra tutti rileva il *criterio territoriale*, in base al quale si distinguono l'amministrazione statale da quella regionale e locale (Province, Comuni, Comunità montane, Città/Aree metropolitane). Altro criterio utilizzato per classificare le pubbliche amministrazioni concerne l'ambito di intervento. Si distinguono, così, gli *Enti pubblici* - cioè quelle persone giuridiche pubbliche che lo Stato o la Regione o l'Ente locale creano per affidare loro il perseguimento di finalità che potrebbero essere proprie dell'Ente - dagli *Enti pubblici economici* creati per lo svolgimento di attività economiche, operanti, a differenza di quelli non economici con atti di diritto privato.

Enti pubblici sono le persone giuridiche pubbliche che lo Stato o gli enti territoriali e locali (Regione, Provincia, Comune, ecc.) creano per affidare loro il perseguimento di finalità che sono, o potrebbero essere, proprie dell'Ente «creatore», ma vengono invece coltivate attraverso l'attività dell'ente «creato», che ne diventa istituzionalmente il portatore.

Gli enti pubblici economici creati per lo svolgimento di attività economiche di produzione di beni e servizi. A differenza degli enti pubblici, gli enti pubblici economici operano con atti di diritto privato. Si tratta di una categoria che, a partire dagli anni Novanta, è stata oggetto di un radicale processo di privatizzazione.

Nell'ambito dell'amministrazione pubblica si distingue poi tra *amministrazione diretta*, costituita da organi le cui attività ed atti si imputano (direttamente) all'Ente per cui agiscono, ad esempio i Ministeri, ed un'amministrazione indiretta, nella quale un Ente (maggiore) si serve per il perseguimento dei propri fini di altri soggetti (pubblici) i quali, dunque, si pongono in una posizione di strumentalità rispetto al primo che si evidenzia anche grazie ad una serie di elementi che attraversano il piano organizzativo-funzionale dell'Ente stesso, quali, ad esempio, la sottoposizione al potere di direttiva o di vigilanza del Ministro o anche il controllo della Corte dei conti. Si consideri, ad esempio, il sistema dell'istruzione nel quale troviamo da un lato il Ministero della pubblica istruzione la cui attribuzione è, appunto, l'istruzione scolastica, il quale svolge direttamente il servizio di istruzione primaria e secondaria attraverso le sue strutture, tra cui i singoli istituti di istruzione dislocati sul territorio nazionale, e dall'altro il Ministero dell'università e della ricerca, competente per la istruzione universitaria che, però, viene erogata non dal Ministero o da una sua struttura diversamente articolata sul territorio nazionale ma da Enti pubblici dotati di una propria autonomia (le Università).

L'assetto ed il numero delle pubbliche amministrazioni è destinato a mutare a seguito dell'esercizio da parte del Governo della delega contenuta al comma 482 dell'art. 1 della legge finanziaria per il 2007 (Legge 27 dicembre 2006 n. 296 *"Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato"*) relativa al riordino, trasformazione, fusione o soppressione e messa in liquidazione degli enti ed organismi pubblici, nonché di strutture amministrative pubbliche.

3.1. (Segue). Ministeri

Seguendo il disegno introdotto da Cavour, il principale modello di amministrazione per anni è stato rappresentato dal Ministero al cui vertice sono posti i Ministri, membri del corpo politico. L'art. 95 Cost. stabilisce che *«la legge determina il numero, le attribuzioni e l'organizzazione dei Ministeri»* i quali presentano dimensioni diverse in ragione delle funzioni ad essi attribuite.

Il vincolo, nella variazione del numero dei ministeri, che incide anche nella composizione del Consiglio dei Ministri, è stato superato dalla previsione dell'art. 9 della legge 23 agosto 1988, n. 400 *"disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri"*, con il quale è stata prevista la possibilità di nominare i cosiddetti Ministri senza portafoglio, cioè privi di un proprio apparato organizzativo.

L'organizzazione del Governo è stata poi riformata con il d.lgs 30 luglio 1999, n. 300, emanato in esecuzione della delega conferita al Governo dall'art. 11 della legge 15 marzo 1997, n. 59 (legge Bassanini).

Il quadro delle riforme Bassanini è così composto:

- Legge 15 maggio 1997, n. 59 Delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle Regioni ed Enti locali, per la riforma della pubblica amministrazione e per la semplificazione amministrativa - *Legge Bassanini* -;
- Legge 15 1997, n. 127 Misure urgenti per lo snellimento dell'attività amministrativa e dei procedimenti di decisione e di controllo - *Legge Bassanini bis* ;
- Legge 16 giugno 1998, n. 191 Modifiche ed integrazioni alle leggi 15 marzo 1997, n. 59, e 15 maggio 1997, n. 127, nonché norme in materia di formazione del personale dipendente e di lavoro a distanza nelle pubbliche amministrazioni. Disposizioni in materia di edilizia scolastica - *Legge Bassanini ter*;
- Legge 8 marzo 1999, n. 50 Delegificazione e testi unici di norme concernenti procedimenti amministrativi - legge di semplificazione 1998, *Legge Bassanini quater*;
- D. lgs. 31 marzo 1998, n. 112 Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello stato alle Regioni ed agli enti locali, in attuazione del Capo I della legge 15 marzo 1997, n. 59.

Riforma resasi necessaria a seguito del trasferimento, operato dalle riforme Bassanini di funzioni e compiti amministrativi relativi alla cura ed alla promozione dello sviluppo delle comunità di riferimento e agli interessi localizzabili nei rispettivi territori alle Regioni ed agli enti locali (*decentramento amministrativo*) in attuazione del principio di sussidiarietà.

Il principio di sussidiarietà è un principio politico caratteristico della dottrina sociale della Chiesa cattolica, il cui significato essenziale risiede nell'idea che non vi debba essere interferenza da parte degli organi sovraordinati, nell'attività svolta da altri soggetti (sottordinati). Richiamando la descrizione offerta nell'Enciclica *Centesimus Annus* di Papa Giovanni Paolo II, un'organizzazione o una istituzione di ordine superiore deve sostenere, in caso di necessità, l'azione del soggetto sottordinato, aiutandolo e coordinando "la sua azione con quella delle altre componenti sociali, in vista del bene comune".

Del principio di sussidiarietà conosciamo diverse accezioni.

La prima (*sussidiarietà orizzontale*) tende a sottolineare la opportunità di lasciare quanto più spazio possibile all'autonomia privata - libertà di impresa, associazionismo, volontariato - piuttosto che all'intervento pubblico, nel perseguimento delle finalità dell'ordinamento.

La seconda (*sussidiarietà verticale*) riguarda più da vicino la ripartizione delle competenze politiche ed amministrative tra i diversi livelli di governo, privilegiando le sedi più vicine ai cittadini.

La Corte costituzionale nella sentenza n. 303/2003 ha affermato che il principio di sussidiarietà agisce come *"subsidiium quando un livello di governo sia inadeguato alle finalità che si intenda raggiungere; ma se ne è comprovata un'attitudine ascensionale deve allora concludersi che, quando l'istanza di esercizio unitario trascende anche l'ambito regionale, la funzione amministrativa può essere esercitata dallo Stato"*. In tale decisione, peraltro, la Corte ha sottolineato il mutamento di significato che il principio di sussidiarietà ha subito a seguito del suo riconoscimento costituzionale (art. 118 Cost.): *"Enunciato nella legge 15 marzo 1997, n. 59, come criterio ispiratore della distribuzione legale delle funzioni amministrative fra lo Stato e gli altri enti territoriali, e quindi già operante nella sua dimensione meramente statica, come fondamento di un ordine prestabilito di competenze, quel principio, con la sua incorporazione nel testo della Costituzione, ha visto mutare il proprio significato. Accanto alla primitiva dimensione statica, che si fa evidente nella tendenziale attribuzione della generalità delle funzioni amministrative ai Comuni, è resa, infatti, attiva una vocazione dinamica della sussidiarietà, che consente ad essa di operare non più come ratio ispiratrice e fondamento di un ordine di attribuzioni stabilite e predeterminate, ma come fattore di flessibilità di quell'ordine in vista del soddisfacimento di esigenze unitarie"*.

Nella richiamata riforma del 1999 era stato rivisto il numero dei Ministeri (12), ma la realtà di ogni giorno mostra come le previsioni non siano mai state rispettate, avendone ogni governo variato il numero, e viene rivista la organizzazione interna di ciascun singolo Ministero. In essa vengono individuati essenzialmente due modelli. Il primo basato sul dipartimento, struttura organizzativa cui sono *"attribuiti compiti finali concernenti grandi aree di materie omogenee e i relativi compiti strumentali, ivi compresi quelli di indirizzo e coordinamento delle unità di gestione in cui si articolano i dipartimenti stessi, quelli di organizzazione e quelli di gestione delle risorse strumentali, finanziarie ed umane ad essi attribuite"* (art. 5, comma 1), diretto da un dirigente generale, nominato con d.p.r. su deliberazione del Consiglio dei ministri e proposta del Ministro competente. Il secondo articolato su Direzioni generali facenti capo ad un Segretario generale il quale rappresenta il *trait d'union* tra la struttura amministrativa ed il Ministro.

Al loro interno i Dipartimenti sono articolati in Uffici dirigenziali generali ai cui vertici si trovano i Dirigenti Generali. L'articolazione interna degli uffici dirigenziali generali prevede Uffici dirigenziali variamente nominati diretti da dirigenti.

Al di fuori dei Dipartimenti, delle Direzioni Generali e del Segretario Generale, nei tre Ministeri non Dipartimentalizzati, la nuova organizzazione introdotta attraverso la riforma in esame consente l'esistenza di un numero limitato di uffici di diretta collaborazione con i Ministri, Vice-Ministri ed i Sottosegretari. Si tratta di *uffici di staff*, intendendo con questa espressione riferirsi a quelle strutture che non gestiscono direttamente affari amministrativi e che rimangono all'esterno della struttura amministrativa del singolo Ministero (costituita dai cc.dd. *uffici di linea*). Nel novero degli uffici di staff vanno certamente incluse le segreterie dei Ministri e dei Sottosegretari, nonché gli uffici studi e gli uffici legislativi.

L'assetto organizzativo interno, come pure la stessa articolazione periferica dei Ministeri è destinata a mutare in quanto il comma 404 dell'art. 1 della legge finanziaria per il 2007 ha demandato al Governo la riorganizzazione degli uffici di livello dirigenziale generale e non generale, nonché la rideterminazione delle strutture periferiche operate attraverso una loro riduzione e, ove possibile, la costituzione di uffici regionali o la riorganizzazione presso le Prefetture (Uffici territoriali del Governo).

Al fine di garantire la riuscita del programma di revisione degli assetti organizzativi dei Ministeri, delineato nella finanziaria, lo stesso legislatore al successivo comma 415 ha disposto la costituzione di una "Unità per la riorganizzazione", composta dai Ministri per le riforme e le innovazioni nella pubblica amministrazione, dell'economia e delle finanze e dell'interno, che, oltre ad essere competente per il coordinamento del programma di revisione, è destinata ad operare come centro di monitoraggio delle attività conseguenti alla predetta attuazione.

Il numero dei Ministeri è stato oggetto di revisione ad opera del d.l. 18 maggio 2006, n. 181 (Disposizioni urgenti in materia di riordino delle attribuzioni della Presidenza del Consiglio dei Ministri e dei Ministeri), convertito in legge, con modifiche, dall'art. 1 della legge 17 luglio 2006, n. 233.

Per ciascun Ministero la legge definisce la *mission* e individua le aree funzionali. Si consideri ad esempio il Ministero delle infrastrutture e trasporti disciplinato al capo IX del decreto, nel testo modificato dal quarto comma dell'art. 1 della l. n. 233/06.

Art. 41

Istituzione del Ministero e attribuzioni

È istituito il ministero delle infrastrutture e trasporti.

A detto Ministero sono trasferite, con le inerenti risorse finanziarie, strumentali e di personale, le funzioni attribuite al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti dell'art. 42, comma 1, lettere a), b), d *ter*), d *quater*) e per quanto di competenza, lettera d bis del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300.

(...)

Art. 41

Aree funzionali

Il ministero svolge in particolare le funzioni e i compiti di spettanza statale nelle seguenti aree funzionali:

- a) programmazione, finanziamento, realizzazione e gestione delle reti infrastrutturali di interesse nazionale, ivi comprese le reti elettriche, idrauliche e

acquedottistiche, e delle altre opere pubbliche di competenza dello stato, ad eccezione di quelle in materia di difesa; qualificazione degli esecutori di lavori pubblici; costruzioni nelle zone sismiche; integrazione modale fra i sistemi di trasporto;

b) edilizia residenziale; aree urbane;

c) navigazione e trasporto marittimo; vigilanza sui trasporti; demanio marittimo; sicurezza della navigazione e trasporto nelle acque interne; programmazione, previa intesa con le regioni interessate, del sistema idroviario padano-veneto; aviazione civile e trasporto aereo;

d) trasporto terrestre, circolazione dei veicoli e sicurezza dei trasporti terrestri.

2. Il ministero svolge, altresì, funzioni e compiti di monitoraggio, controllo e vigilanza nelle aree di cui al comma 1, nonché funzioni di vigilanza sui gestori del trasporto derivanti dalla legge, dalla concessione e dai contratti di programma o di servizio, fatto salvo quanto previsto dal decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79".

Molti ministeri sono dotati di una articolazione periferica (amministrazione statale periferica), cioè parti dell'amministrazione statale diversamente dislocate sul territorio che costituisce il limite esterno alla loro competenza.

Si tratta di un decentramento organico o burocratico che non trova nell'elemento territoriale il suo unico momento caratterizzante.

In aggiunta ad esso, infatti, nel delimitare la competenza di questi soggetti è necessario anche soffermare l'attenzione sull'ambito della attribuzioni. Si distinguono, così, organi a competenza generale, che rappresentano lo Stato nella sua totalità, esercitando funzioni di rappresentanza governativa, quali, ad esempio le Prefetture e le rappresentanze diplomatiche ed organi a competenza speciale, che svolgono specifiche funzioni statali inerenti, ad esempio, l'istruzione, la pubblica sicurezza, la gestione finanziaria.

L'amministrazione statale periferica è stata oggetto di una radicale riforma a seguito dell'emanazione delle richiamate leggi Bassanini, caratterizzata da una sostanziale riduzione del numero delle amministrazioni e da un accentramento presso le Prefetture-Uffici territoriali del Governo di gran parte delle funzioni statali.

3.2. (Segue). Agenzie

Accanto ai Ministeri è prevista dal d. lgs. n. 300, la istituzione delle cosiddette Agenzie. Si tratta di "strutture che, (...) svolgono attività a carattere tecnico operativo di interesse nazionale, in atto esercitate da ministeri ed enti pubblici. Esse operano al servizio delle amministrazioni pubbliche, comprese quelle regionali e locali" (art. 8, comma 1).

Le agenzie sono soggetti dotati di una propria autonomia statutaria, organizzativa, contabile e di gestione, sottoposti al controllo della Corte dei conti e ai poteri di indirizzo e di vigilanza del Ministero competente.

Ad eccezione delle agenzie fiscali e della protezione civile, che per espressa previsione normativa (art. 10) sono disciplinate anche in deroga al modello generale delineato negli articoli 8 e 9 della legge, sono istituite:

- a. L'agenzia Industrie e difesa, posta sotto la vigilanza del Ministero della difesa;
- b. L'agenzia per le normative ed i controlli tecnici, posta sotto la vigilanza del Ministero delle attività produttive;
- c. L'agenzia per la protezione dell'ambiente e per i servizi tecnici, posta sotto la vigilanza del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio;
- d. L'agenzia dei trasporti terrestri e delle infrastrutture, posta sotto la vigilanza del Ministero dei trasporti e delle infrastrutture.

Una disciplina a parte è prevista per le Agenzie fiscali (agenzia delle entrate, agenzia delle dogane, agenzia del territorio e agenzia del demanio) cui sono attribuite funzioni concernenti:

- "le entrate tributarie erariali che non sono assegnate alla competenza di altre agenzie" (agenzia delle entrate);

- “i servizi relativi all’amministrazione, alla riscossione e al contenzioso dei diritti doganali e della fiscalità interna negli scambi internazionali, delle accise sulla produzione e sui consumi” (agenzia delle dogane);
- “i servizi relativi al catasto, i servizi geotopocartografici e quelli relativi alle conservatorie dei registri immobiliari, con il compito di costituire l’anagrafe dei beni immobili esistenti sul territorio nazionale sviluppando (...) l’integrazione fra i sistemi informativi attinenti alla funzione fiscale ed alle trascrizioni ed iscrizioni in materia di diritti sugli immobili” (agenzia del territorio);
- “l’amministrazione dei beni immobili dello stato, con il compito di razionalizzare e valorizzarne l’impiego, di sviluppare il sistema informativo sui beni del demanio e del patrimonio” (agenzia del demanio).

Interessante sottolineare, ai fini del presente lavoro, che il comma terzo dell’art. 64 del d.lgs 300 attribuiva alla neonata Agenzia del territorio una specifica competenza in qualità di osservatorio del mercato immobiliare:

“L’agenzia gestisce l’osservatorio del mercato immobiliare ed i connessi servizi estimativi che può offrire direttamente sul mercato”.

Alle Agenzie appena menzionate va ad aggiungersi l’Agenzia per la formazione dei dirigenti e dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni (comma 580, art. 1, legge finanziaria per il 2007).

Si tratta di un soggetto al quale è stato riconosciuto un ruolo composito che va dalla formazione dei dirigenti e dipendenti delle amministrazioni pubbliche - da realizzarsi attraverso la istituzione Scuola nazionale della pubblica amministrazione - al fine di contribuire all’ammodernamento delle amministrazioni pubbliche ed al miglioramento delle attività formative, alla garanzia di un adeguato sostegno alle pubbliche amministrazioni nella valutazione dei loro fabbisogni formativi e nella sperimentazione delle innovazioni organizzative e gestionali.

3.3. (Segue). Le strutture di raccordo interne ed esterne alle amministrazioni pubbliche

All’interno delle singole amministrazioni sono inseriti degli strumenti di raccordo rappresentati dagli Uffici centrali del bilancio (ex Ragionerie), i quali, pur essendo, da un punto di vista organizzativo/funzionale, estranei ai Ministeri presso i quali sono incardinati, dipendendo dal Ministero dell’economia e delle finanze, operano presso i primi al fine di garantire una unitarietà, sotto il profilo della spesa, dell’azione, controllando al contempo la regolarità economico-finanziaria delle operazioni da essi svolte e provvedendo a tal fine anche alla tenuta delle scritture contabili ed alla registrazione degli impegni di spesa risultanti dai provvedimenti assunti dagli Uffici amministrativi, sotto la responsabilità dei dirigenti competenti, vigilando sull’osservanza delle leggi e delle disposizioni impartite dal Ministero del tesoro “...per la conservazione del patrimonio dello stato; ... per l’esatto accertamento delle entrate; ...per la regolare gestione dei fondi di bilancio” (art. 27, r.d. n. 244/1923 ss. mm. e ii.).

Nel complesso organizzativo delle pubbliche amministrazioni si rinvencono altri strumenti di raccordo quali il Consiglio dei Ministri - (art. 92, comma 1, Cost.), al quale è riconosciuto il compito precipuo di determinare la politica generale del Governo, fissando l’indirizzo politico ed amministrativo (interno ed esterno) del paese, nonché la guida politica, normativa e finanziaria del Governo e la soluzione dei conflitti di attribuzione tra i vari Ministri (art. 2, legge n. 400/88) -, i *Comitati dei Ministri*, il *Presidente del Consiglio dei Ministri*, coadiuvati, a livello organizzativo della Presidenza del Consiglio dei Ministri - dirige la politica generale del Governo, mantenendo l’unità di indirizzo politico-amministrativo, coordinando l’attività dei Ministri (art. 92, comma 1, Cost.) - ed i *Comitati interministeriali* - ridotti a tre dall’art. 1 della legge 24 dicembre 1993, n. 537: CIPE (Comitato interministeriale per la programmazione economica), CICR (Comitato interministeriale per il credito ed il risparmio) e CESIS (Comitato Esecutivo per i servizi di informazione e di sicurezza)-.

Accanto agli elementi di raccordo esterni ai Ministeri considerati, completano il quadro degli *Enti i c.d. organi ausiliari - Consiglio di Stato, Corte dei conti e CNEL* - i quali operano con funzioni consultive e di controllo sugli atti e sull’attività delle pubbliche amministrazioni.

3.4. Le amministrazioni indipendenti

Sempre rimanendo a livello centrale, cioè di amministrazioni che hanno la propria competenza su tutto il territorio nazionale, rilevano le cosiddette amministrazioni indipendenti o autorità di regolazione. Si tratta di un fenomeno giuridico non recentissimo, si consideri che la prima amministrazione indipendente istituita nel nostro ordinamento è la Consob (Commissione Nazionale per le società e la Borsa), prevista dal d.l. 8 aprile 1974, n. 95, convertito nella legge 7 giugno 1974, n. 216, nata come autorità preposta alla tutela del risparmio (risparmio azionario) accanto alla Banca d'Italia (risparmio creditizio). Tanto l'una quanto l'altra, come più in generale tutte le amministrazioni indipendenti, sono espressione di una esigenza di garantire il corretto funzionamento di un settore di mercato nel quale operano soggetti privati. In questa prospettiva, il soggetto pubblico assume un ruolo di garante del corretto funzionamento dello stesso. Garanzia del corretto funzionamento di quello specifico settore (mobiliare, assicurativo, dei lavori pubblici, ecc.) che viene assicurata attraverso il conferimento all'amministrazione indipendente di un complesso di poteri che vanno dalla predisposizione di un sistema di regole che non riguardano soltanto la determinazione della propria organizzazione (potere di organizzazione) ma anche la disciplina del settore, cui gli attori operanti in quello specifico settore debbono attenersi, alla garanzia della loro applicazione, nonché alla soluzione di conflitti.

A differenza dei Ministeri, non esiste un modello normativamente predeterminato di amministrazione indipendente. I caratteri essenziali possono essere individuati nella indipendenza, che va intesa come indipendenza della stessa amministrazione dalla politica (*rectius* dal Governo), e dunque come indipendenza nello svolgimento della propria attività di regolazione. Tale indipendenza viene assicurata non solo attraverso la scelta, per i vertici della stessa, di soggetti dotati di una competenza specifica, alta professionalità ed indipendenza, ma anche attraverso la previsione di un "procedimento" di scelta degli stessi vertici che prescindano da qualsiasi legame con il Governo, cioè con il vertice politico dell'esecutivo.

Nella maggior parte dei casi, infatti, la designazione dei vertici viene effettuata dal Parlamento. Si pensi all'Autorità garante della concorrenza e del mercato (Autorità *antitrust*), istituita dalla legge 10 ottobre 1990, n. 287. Il suo vertice è costituito da un organo collegiale costituito dal Presidente e da quattro membri, nominati con determinazione adottata di intesa dai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica. Il presidente dell'Autorità è scelto tra persone di notoria indipendenza, che abbiano ricoperto incarichi istituzionali di grande responsabilità e rilievo. Mentre i membri della stessa, oltre a dover possedere il requisito della indipendenza, sono scelti tra persone da individuarsi tra magistrati del Consiglio di Stato, della Corte dei conti o della Corte di Cassazione, professori universitari ordinari di materie economiche o giuridiche, e personalità provenienti da settori economici dotate di alta e riconosciuta professionalità. O ancora all'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici, istituita dalla legge 11 febbraio 1994, n. 109, ora Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, costituita da sette membri nominati con determinazione adottata di intesa dai presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica, scelti tra personalità che operano in settori tecnici, economici e giuridici con riconosciuta professionalità, il cui presidente viene scelto dall'Autorità tra i suoi componenti (art. 6, comma 2, d.lgs. 163/2006). Su detta autorità si tornerà più diffusamente nel prossimo paragrafo.

Al requisito dell'indipendenza fa da contraltare quello della neutralità, rinvenibile nella non appartenenza in qualità di operatore dell'Autorità a quel determinato settore rispetto al quale essa è chiamata a predisporre la regolazione, sono caratteri del modello proprio la titolarità di quel *mix* di poteri (normativi, esecutivi e di soluzione dei conflitti) richiamati in precedenza.

In aggiunta a quelle appena richiamate, vengono tradizionalmente ricondotte alla categoria delle amministrazioni indipendenti, la Commissione di garanzia dell'attuazione della legge sull'esercizio del diritto di sciopero, istituita dall'art. 12 della legge 12 giugno 1990, n. 146, con la finalità di valutare l'idoneità delle misure volte ad assicurare il contemperamento dell'esercizio del diritto di sciopero con il godimento dei diritti della persona, costituzionalmente tutelati, quali ad esempio il diritto alla vita, alla libertà ed alla sicurezza, ecc. con poteri di intervento nella composizione dei conflitti sindacali; l'Autorità per l'energia elettrica ed il gas, istituita dalla legge 14 novembre 1995, n. 481, con la quale sono stati dettati, altresì, gli indirizzi generali validi per tutte le autorità di regolazione dei servizi pubblici, ivi compresa la istituzione dell'Autorità per le telecomunicazioni disciplinata poi con la legge 31 luglio 1997, n. 249, che

sostituisce il Garante per la radiodiffusione e l'editoria; il Garante per la protezione dei dati personali, istituito dalla legge 31 dicembre 1996, n. 675, modificato dal decreto legislativo 9 maggio 1997, n. 123 il quale vigila sulle attività di trattamento dei dati personali, controllando il rispetto delle disposizioni che regolano il settore.

3.4.1. L'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture

Nel novero delle autorità indipendenti va ascritta, come s'è detto nel paragrafo precedente, l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, ora Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, disciplinata dagli artt. 6-8 del d. lgs 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture).

Secondo quanto riportato nella stessa relazione illustrativa alla Legge Merloni, l'Autorità, contemplata nella direttiva comunitaria, è stata istituita anche per "...ovviare a distorsioni ed abusi dei procedimenti amministrativi, il rimedio principale non può essere ritrovato nell'esercizio sempre più frequente dell'azione penale, bensì in un'opera di riforma organizzativa e funzionale che ridia rigore e dignità all'amministrazione ricostituendo quelle istanze e quelle misure che la rendono capace di trovare al suo interno rimedi e sanzioni alle sue disfunzioni".

Per ciò che concerne l'ambito di attività, il quinto comma dell'art. 6 del d. lgs n. 163/2006 dispone che essa eserciti la vigilanza non solo sul settore dei lavori pubblici ma, più in generale, su tutti i *"contratti pubblici, anche di interesse regionale, di lavori, servizi e forniture nei settori ordinari e nei settori speciali, nonché, nei limiti stabiliti dal presente codice, sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture esclusi dall'ambito di applicazione del presente codice, al fine di garantire il rispetto dei principi di cui all'articolo 2 e, segnatamente, il rispetto dei principi di correttezza e trasparenza delle procedure di scelta del contraente, e di economica ed efficiente esecuzione dei contratti, nonché il rispetto delle regole della concorrenza nelle singole procedure di gara"*.

L'Autorità è organo collegiale, composta da 7 membri nominati con determinazione adottata d'intesa dai Presidenti di Camera e Senato individuati tra persone che operano in settori tecnici, economici e giuridici con riconosciuta professionalità, in carica per 5 anni. Il Presidente dell'Autorità viene scelto dai suoi componenti. A ulteriore garanzia della neutralità ed indipendenza dell'autorità, è fatto divieto, a pena di decadenza, ai suoi componenti di esercitare ogni attività professionale o di consulenza, di rivestire cariche di amministratori o dipendenti di enti pubblici o privati, né di ricoprire altri uffici pubblici di qualsiasi natura o di ricoprire cariche pubbliche elettive o cariche nei partiti politici.

Per espressa prescrizione normativa, poi, l'Autorità è dotata di una propria indipendenza funzionale, di giudizio e di valutazione e di autonomia organizzativa (art. 6, comma 4) ponendosi quale autorità di regolazione del settore.

Art. 8, comma 2

L'autorità, nell'ambito della sua autonomia organizzativa, disciplina con uno o più regolamenti la propria organizzazione e il proprio funzionamento, i bilanci, i rendiconti e la gestione delle spese nei limiti delle proprie risorse, anche in deroga alle disposizioni sulla contabilità generale dello Stato, l'accesso ai documenti amministrativi, le modalità di esercizio della vigilanza e i procedimenti sanzionatori di sua competenza.

Con riferimento ai poteri normativi si rinvia all'analisi svolta nel capitolo relativo alle Fonti del diritto. Per ciò che concerne i poteri esecutivi all'autorità spettano poteri di vigilanza, segnalazione e proposta, cui corrispondono anche poteri di indagine e poteri sanzionatori, tutti nel complesso finalizzati a garantire l'osservanza dei principi espressi all'articolo 2 del Codice dei contratti.

1. l'affidamento e l'esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture, (...) deve garantire la qualità delle prestazioni e svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza; l'affidamento deve altresì rispettare i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché quello di pubblicità con le modalità indicate nel (...) codice;
2. il principio di economicità può essere subordinato, entro i limiti in cui sia

espressamente consentito dalle norme vigenti e dal (...) codice, ai criteri previsti dal bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute e dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile.

Quanto ai poteri di soluzione dei conflitti, infine, rileva il disposto di cui all'art. 6, comma 7, lett. n) del Codice, in base al quale l'autorità *"su iniziativa della stazione appaltante e di una o più delle altre parti, esprime parere non vincolante relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, eventualmente formulando una ipotesi di soluzione"*. Si tratta di un potere che, sebbene non porti all'adozione di un atto avente valore vincolante per la stazione appaltante, assume indubbiamente un rilievo determinante ai fini della valutazione della legittimità dell'operato della stessa che, ove decida di discostarsi dall'opinione espressa dall'autorità dovrà offrirne una congrua motivazione.

Nell'ambito dell'organizzazione dell'autorità è inserito l'Osservatorio dei contratti pubblici, composto da una sezione centrale e da sezioni regionali aventi sede presso le Regioni e le Province autonome (art. 7, d.lgs. 163/2006).

Compito precipuo dell'Osservatorio è la raccolta ed elaborazione di dati riguardanti il settore dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, la loro elaborazione e messa a disposizione dell'utenza. Più in particolare i dati informativi raccolti riguardano, i bandi, gli avvisi di gara, le aggiudicazioni, gli affidamenti, le imprese partecipanti, l'impiego di manodopera e le relative norme di sicurezza, i costi, gli scostamenti rispetto ai costi preventivati, i tempi di esecuzione e le modalità di attuazione degli interventi, i ritardi e le disfunzioni.

Altra funzione demandata all'Osservatorio è quella relativa determinazione annuale dei costi standardizzati per tipo di lavoro, con riferimento alle specifiche aree territoriali (art. 7, comma 4, lett. b, del codice), nonché *"i costi standardizzati per tipo di servizio e fornitura sempre in relazione a specifiche aree territoriali"* (art. 7, comma 4, lett. c, del codice).

La sezione centrale dell'Osservatorio si occupa, altresì, della pubblicazione con cadenza semestrale dei programmi triennali dei lavori pubblici predisposti dalle amministrazioni aggiudicatrici, nonché dell'elenco dei contratti pubblici affidati (art. 7, comma 4, lett. d, del codice).

3.5. Gli Enti pubblici

A completamento del quadro delle amministrazioni statali è necessario soffermare rapidamente l'attenzione sul complesso degli Enti pubblici, le cui sorti sono segnate da numerosi interventi normativi che in diversi momenti ne hanno operato una radicale risistemazione.

Prima fra tutte rileva la legge n. 70 del 1975, normalmente indicata come legge di soppressione degli enti inutili nella quale furono individuati i c.d. enti necessari (il parastato), quali l'INPS, la Cassa per il Mezzogiorno, l'ENEA, gli enti lirici, l'ACI, per i quali era previsto il mantenimento in vita in quanto esercitanti funzioni strumentali alla attività statale. Alla categoria degli enti necessari si aggiungono, nel quadro delineato dal legislatore quegli enti non soggetti alla legge sul parastato, per i quali non era stato predisposto un elenco dettagliato, essendosi il legislatore limitato a rinviare agli statuti di specie, cioè alle rispettive norme di disciplina (enti pubblici economici, enti locali territoriali - Province, Comuni e altri enti locali -, IPAB, Camere di commercio) e "gli altri enti pubblici", cioè quegli enti che non considerati necessari né a statuto di specie che continuavano ad esistere come enti privati, senza alcun finanziamento statale. In via residuale, infine, venivano individuati i cosiddetti "enti inutili", cioè quegli enti, non ricompresi nelle categorie menzionate, ritenuti non meritevoli di sopravvivere anche se autofinanziati e che, pertanto, sono stati soppressi.

Un ulteriore momento di svolta nel riordino del sistema è individuabile nella più volte rammentata riforma Bassanini. Più in particolare rileva il disposto di cui alla lett. b) del comma 1 dell'art. 11 della legge n. 59/97 con il quale è stata delegata al Governo la emanazione di decreti legislativi per il riordino degli enti pubblici nazionali operanti in settori diversi dall'assistenza e dalla previdenza, delega poi estesa al riordino delle istituzioni di diritto privato ed alle s.p.a. controllate direttamente o indirettamente dallo Stato, operanti nel settore della promozione e del sostegno al settore produttivo italiano, con la legge 191/98.

Le linee di intervento seguite dal legislatore delegato sono state:

- *riordino e razionalizzazione di alcuni enti pubblici*
- *fusione e soppressione di enti ed organi aventi finalità omologhe o complementari*

- *trasformazione in pubblica amministrazione, ufficio statale o struttura universitaria di enti per i quali l'autonomia di cui erano dotati non risultava necessaria*
- *privatizzazione, attraverso la trasformazione in ente pubblico economico o in società di diritto privato, di quegli enti che presentavano un alto indice di autonomia finanziaria (es. d. lgs 17 agosto 1999, n. 304 di trasformazione in s.p.a. dell'Ente autonomo espositivo universale di Roma - Ente EUR);*
- *privatizzazione attraverso trasformazione in associazioni o persone giuridiche di diritto privato degli enti che non svolgono funzioni o servizi di rilevante interesse pubblico o degli enti per il cui funzionamento non necessitano della personalità giuridica di diritto pubblico,*
- *riordino di istituzioni di diritto privato o di società per azioni controllate dallo Stato ed operanti nel settore del sistema produttivo*

3.6. Gli enti pubblici economici

Gli Enti pubblici economici, istituiti già nel periodo fascista per lo svolgimento di attività economiche, di produzione di beni e servizi, rappresentano la figura cardine attraverso cui è stato realizzato l'intervento pubblico nell'economia. Le sorti di dette strutture hanno seguito, ovviamente, l'evoluzione del modo di concepire i rapporti tra diritto ed economia, e, dunque, dello stesso intervento pubblico nell'economia.

Si consideri, ad esempio, il settore ferroviario, al quale è toccata una sorte analoga a quello postale e ad altri settori economici, rispetto al quale già nel 1876, in sede di riscatto delle ferrovie dell'Italia settentrionale, venne dichiarata la "statizzazione delle stesse, sebbene subordinata all'affidamento dell'esercizio alla gestione privata". Agli inizi del secolo, nel 1905, in occasione della scadenza del primo ventennio delle concessioni, si assistette ad una riassunzione delle stesse da parte dello Stato ed all'affidamento della loro gestione ad una Amministrazione autonoma, posta sotto la direzione del Ministero dei lavori pubblici. Amministrazione che nel 1948 divenne parte del Ministero dei trasporti (d.l. 7 maggio 1948, n. 598) per poi ridiventare Amministrazione autonoma delle Ferrovie dello Stato.

Figura cardine dell'intervento pubblico nell'economia è rappresentata dalle c.d. Aziende autonome. Strutture organizzative la cui autonomia riguardava essenzialmente il profilo strutturale e non quello funzionale, essendo l'organo di vertice delle aziende comunque individuato nel Ministro di settore, al quale oltre ai poteri di rappresentanza dell'Azienda autonoma, in molti casi spettavano anche poteri deliberativi. Il Ministro era affiancato da un Consiglio di amministrazione con funzioni consultive e di assistenza al Ministro.

A seguito del ridimensionamento del ruolo dello Stato nell'economia, le Aziende autonome, come del resto buona parte dei soggetti pubblici operanti nei settori economici, sono state coinvolte nel processo di privatizzazione che ha visto la loro trasformazione in Enti pubblici prima e in s.p.a. poi (privatizzazione formale), soggetti privati che gradualmente sono stati collocati sul mercato (Amministrazione poste e telecomunicazioni; Poste italiane, Ente pubblico economico; Poste s.p.a.) attraverso la cessione del pacchetto azionario (privatizzazione sostanziale).

Sempre agli inizi del secolo, con la legge 29 marzo 1903, n. 103, si assiste ad un fenomeno analogo a quello appena descritto, però a livello locale, caratterizzato dalla creazione di numerose aziende municipalizzate, secondo lo schema della impresa organo (o dell'azienda autonoma).

Nel primo dopoguerra si assiste poi alla nascita di un nuovo modello organizzatorio, quello delle imprese pubbliche gestite dallo Stato, o meglio gestite da enti pubblici, separati dallo Stato-amministrazione e degli enti pubblici economici.

Il primo ente pubblico gestore di una impresa fu l'INA, l'Istituto Nazionale delle Assicurazioni, istituito nel 1912 nell'intento di creare un monopolio pubblico nel settore delle assicurazioni sulla vita.

Analogo fenomeno ha interessato il settore creditizio nel quale, nel 1936, con la legge bancaria, venne istituito un vero e proprio ordinamento sezionale del credito, posto sotto il governo della Banca d'Italia.

L'ente pubblico che gestiva l'impresa, la cui autonomia era confermata dalla attribuzione di un fondo di dotazione, assumeva la qualità di imprenditore ed una organizzazione assimilabile

alla stessa impresa: un Presidente, cui spettavano funzioni di rappresentanza dell'ente, un Consiglio di amministrazione, che determinava le direttive dell'attività dell'ente deliberandone gli atti più importanti, nominato dal Ministro di pertinenza.

Subito dopo la grande crisi economica degli anni Trenta il fenomeno della partecipazione pubblica, cioè dell'acquisizione da parte dello Stato di quote di partecipazione in società private, si è esteso notevolmente. Ed è in questo periodo che si assiste alla costituzione, nel 1933, dell'IRI (Istituto per la Ricostruzione Industriale) il quale acquisì i pacchetti azionari delle imprese private in crisi detenuti dalle banche che, proprio a causa di queste tipologie di investimenti, erano state direttamente interessate dalla crisi economica degli anni Trenta.

La transitorietà dell'IRI venne meno nel 1937, rimanendo l'istituto titolare di numerosissime azioni in diversi settori.

Ed è in questo periodo che accresce il numero delle imprese di appartenenza statale, quali, ad esempio, l'azienda minerali metallici italiana, l'ente nazionale metano, l'azienda carboni italiana, l'AGIP - per le ricerche petroliere-, l'ANIC - per la raffinazione, trattamento e commercio del petrolio greggio. L'IRI diviene così una *holding* raggruppando il più possibile le varie imprese sotto società finanziarie in comando dell'IRI stesso. A partire dal 1960 l'IRI risultava composta da sei holding di settore nelle quali erano state raggruppate molte azioni possedute: STET, FINMARE, FINSIDER, FINMECCANICA, FINELETTRICA (scomparsa due anni più tardi a seguito della nazionalizzazione dell'energia elettrica e la costituzione dell'ENEL) e FINCANTIERE. Fuori dalle *holdings* rimasero, l'Alitalia, la Rai, le autostrade e le banche di interesse nazionale.

Sempre nel settore delle partecipazioni pubbliche vi rientra l'EFIM (ente autonomo di gestione per le partecipazioni del fondo di finanziamento dell'industria meccanica) modificato nel 1967, con la legge 9 agosto 1967, n. 1248, in Ente di partecipazione e finanziamento per l'industria manifatturiera al fine di consentire una diversificazione della sua attività di gestione di imprese site nel sud d'Italia. Sempre in veste di *holding* agivano poi L'EAGAT (Ente Autonomo di Gestione per il Cinema), l'EAGAM (Ente autonomo di gestione per l'attività mineraria).

I moduli organizzatori dell'IRI e dell'ENI si articolavano su diversi livelli. Il primo nel quale erano collocate le imprese operative, le società per azioni operanti sul mercato. Al secondo livello erano collocate le finanziarie di settore (come la MCS, ex Carbosarda s.p.a., capogruppo del settore del vetro, della carta, della gomma e dell'alluminio). Al terzo gli enti di gestione (IRI ed ENI) cui spettava la direzione ed il coordinamento dell'azione imprenditoriale e finanziaria dei gruppi.

Trattandosi comunque di soggetti a partecipazione pubblica è evidente che dovevano necessariamente operare secondo direttive pubblicistiche impartite dagli organi statali - il CIPE ed il Ministero per le partecipazioni statali - spettando a quest'ultimo, su proposta del CIPE la verifica della conformità al programma economico nazionale dei programmi annuali e pluriennali dell'IRI e dell'ENI.

4. Impresa pubblica e ordinamento comunitario

Sempre con riferimento all'impresa pubblica occorre sottolineare che, nonostante il processo di privatizzazione, essa non è scomparsa totalmente dal panorama organizzativo tanto da richiedere l'intervento dello stesso legislatore comunitario che le ha definite come quelle "imprese su cui le autorità pubbliche possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante perché ne hanno la proprietà, o hanno in esse una partecipazione finanziaria, oppure in conseguenza delle norme che disciplinano le imprese in questione. L'influenza dominante è presunta quando le autorità pubbliche, direttamente o indirettamente, riguardo ad un'impresa: detengono la maggioranza del capitale sottoscritto dall'impresa, oppure controllano la maggioranza dei voti cui danno diritto le parti emesse dall'impresa, oppure hanno il diritto di nominare più della metà dei membri del Consiglio di amministrazione, del Consiglio direttivo o del Consiglio di vigilanza" (art. 1, direttiva 93/38/CEE).

Tale direttiva ha trovato attuazione nel nostro ordinamento ad opera del d. lgs. 17 marzo 1995, n. 158, molte volte modificato, in modo particolarmente significativo dal d. lgs. 25 novembre 1999, n. 525 ed ora ripreso nel Codice dei contratti.

Dai richiami normativi emergono gli elementi caratterizzanti l'impresa pubblica: un soggetto che, indipendentemente dalla sua forma giuridica, soddisfa bisogni di interesse generale a

carattere industriale o commerciale, ovvero secondo le regole del mercato. In altri termini «debbono essere considerate «imprese pubbliche» ai sensi della direttiva «settori speciali» quelle entità che svolgono un'attività economica sotto l'influenza dominante delle «autorità pubbliche», ma nel rispetto dei «principi della normale gestione commerciale» e cioè sopportandone tutti i rischi, tra cui quello di fallire.

Si tratta, dunque, di soggetti che operano sul mercato e che, a differenza dell'organismo di diritto pubblico, del quale si dirà tra breve, ne sopportano il rischio e la cui sottoposizione al diritto comunitario degli appalti si giustifica solo in funzione della asserita necessità di garantire la piena concorrenzialità dei mercati sui quali operano le *utilities*.

5. Il processo di privatizzazione

La situazione descritta nel paragrafo precedente, è rimasta, come si diceva, sostanzialmente invariata fino verso la fine degli anni Novanta quando, anche per far fronte al debito pubblico, ormai divenuto insostenibile, lo Stato incomincia a rinunciare al proprio ruolo di imprenditore. Più precisamente, già nel 1985 si assiste ad un primo significativo mutamento organizzativo che segna l'abbandono delle formule dell'azienda autonoma prima e dell'ente pubblico economico dopo.

Con la legge 17 maggio 1985, n. 210 viene operata la trasformazione dell'Azienda ferrovie dello Stato in ente pubblico economico, seguita dalla trasformazione dell'Amministrazione delle Poste e telecomunicazioni (decreto legge 30 settembre 1993, n. 390, reiterato e poi convertito nella legge 29 gennaio 1994, n. 71), dell'Azienda nazionale assistenza strade (Anas) (decreto legislativo 26 febbraio 1994, n. 143), dell'Azienda di stato per gli interventi sul mercato agricolo (decreto legge 27 marzo 1995, n. 87). Una trasformazione che viaggia di pari passo con un analogo fenomeno che interessa il settore bancario il cui punto di partenza può senza dubbio essere rintracciato nella legge Amato del 30 luglio 1990, n. 218 «Disposizioni in materia di ristrutturazione e integrazione patrimoniale degli istituti di credito di diritto pubblico», con il quale si opera una radicale rivisitazione dei modelli organizzativi del settore, muovendo dalla convinzione della inadeguatezza della formula dell'ente pubblico economico, tanto al fine di reperire il capitale, quanto per garantire una gestione più trasparente ed efficiente del settore stesso.

Con la legge delega n. 218/90 e con il successivo decreto legislativo 20 novembre 1990, n. 356, viene operata la trasformazione degli enti pubblici creditizi (Casse di risparmio e Istituti di credito di diritto pubblico) in società per azioni controllate dagli enti pubblici conferenti (le cosiddette Fondazioni bancarie) titolari dell'azienda bancaria, relegando, così, il modello dell'ente pubblico creditizio, ereditato dagli anni Trenta, al ruolo di «banca pubblica residua» (art. 151 del T.U. in materia bancaria e creditizia, decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385).

Per gli enti creditizi occorre distinguere tra quelle ipotesi in cui l'ente aveva già una struttura associativa per cui è stato possibile realizzare una trasformazione (privatizzazione formale) diretta dall'ente stesso in società per azioni trasformando il fondo di dotazione dell'ente in capitale della società per azioni, attribuendo la titolarità delle azioni ai possessori del fondo di dotazione, come nel caso della Banca Nazionale del Lavoro, e quelle nelle quali gli altri enti aventi una struttura di fondazione, ivi comprese le Casse di risparmio. In questi casi il processo di privatizzazione è stato più complesso. Il primo passaggio necessario è stato individuato nello scorporo dell'azienda giungendo, così, alla duplicazione degli enti: da un lato l'ente originario, titolare delle azioni della società per azioni, che continua a svolgere le tradizionali funzioni pubblicistiche (es. erogazione di contributi a scopo di beneficenza); dall'altro la società per azioni che diviene titolare dell'azienda bancaria.

In quest'ottica, la trasformazione in s.p.a. era possibile solo in un momento successivo allo scorporo dell'azienda che rimane così distinta dall'ente originario, titolare delle azioni della società per azioni, che continua a svolgere le tradizionali funzioni pubblicistiche (es. erogazione di contributi a scopo di beneficenza). Mentre per quegli enti che già presentavano una struttura associativa è stato possibile realizzare una trasformazione (privatizzazione formale)

diretta dell'ente stesso in società per azioni attraverso una trasformazione del fondo di dotazione dell'ente in capitale della società per azioni attribuendo la titolarità delle azioni ai possessori del fondo di dotazione, come nel caso della Banca Nazionale del Lavoro.

Per ciò che concerne gli altri settori, le origini del processo di privatizzazione debbono farsi risalire al d.l. 5 dicembre 1991, n. 386, convertito nella legge n. 35 del 1992, con la quale fu disposta la trasformazione in società per azioni degli Enti pubblici economici, delle Aziende autonome e degli Enti di gestione. Con il decreto legge 11 luglio 1992, n. 333, convertito nella legge 8 agosto 1992, n. 359 è stata realizzata una trasformazione dei maggiori enti pubblici economici, tra i quali l'IRI, ENI, ENEL e INA in società per azioni il cui maggiore azionista rimane, al momento il soggetto pubblico. I poteri di azionista furono dal decreto legge attribuiti al Ministro del tesoro, previsione poi modificata nella legge di conversione che prevedeva che i diritti attribuiti al Ministro del tesoro fossero esercitati d'intesa con i Ministri del Bilancio e della programmazione economica, dell'industria, del commercio ed artigianato e delle Partecipazioni statali.

È significativo rilevare che nei casi richiamati si è in presenza di una privatizzazione formale, consistente nel mutamento della forma giuridica dell'ente pubblico o dell'azienda pubblica, seguita dalla soppressione del Ministero delle partecipazioni statali (decreto legge 22 febbraio 1993, n. 41, reiterato con il decreto legge 23 aprile 1993, n. 118, convertito poi nella legge 23 giugno 1993, n. 202). Mutamento non necessario nei casi in cui si dovevano privatizzare imprese a partecipazione statale con una struttura privatistica, come nel caso dell'Alfa Romeo s.p.a., alienata direttamente al gruppo FIAT.

La privatizzazione formale si pone, dunque, quale passo essenziale per il momento successivo, cioè per la privatizzazione sostanziale, consistente nella collocazione del pacchetto azionario sul mercato (dismissione) che, nell'esperienza italiana è stata realizzata soltanto successivamente. Infatti solo nel 1993, con direttiva del Consiglio dei Ministri del 15 ottobre è stato disposto l'avvio delle procedure di dismissione per l'ENEL, l'INA, la Banca commerciale italiana, il Credito italiano, l'IMI, la Stet e l'Agip.

Successivamente, con la legge 30 luglio 1994, n. 474 sono state dettate norme per l'accelerazione delle procedure di dismissione delle partecipazioni dello Stato in società per azioni, prevedendo la vendita dei beni e la dismissione delle partecipazioni azionarie pubbliche da immettere sul mercato.

A fronte del processo di privatizzazione, nel tentativo di evitare che venisse a crearsi una sorta di vuoto nella tutela degli interessi pubblici, si è resa necessaria la creazione di *authorities* di settore (autorità di regolazione), per la regolazione ed il controllo dei servizi di pubblica utilità. Accanto alla istituzione di amministrazioni indipendenti sono stati poi adottati altri accorgimenti attraverso i quali assicurare la tutela degli interessi pubblici anche in un momento successivo alla privatizzazione sostanziale: i nuclei stabili, i tetti di possesso azionario e la *golden share*.

Quanto ai primi si tratta di obblighi che comportavano che la privatizzazione sostanziale fosse realizzata attraverso la cessione del pacchetto azionario di controllo a soggetti predeterminati, con la conseguente collocazione sul mercato della quota residua di azioni.

I tetti di possesso azionario consentivano, invece, di porre limiti al possesso delle azioni sia da parte dei singoli sia da parte di imprenditori tra loro associati, favorendo la diffusione delle *public companies*.

La *golden share*, infine, consiste in una azione particolare, la cui proprietà veniva riservata al soggetto pubblico, ed alla quale sono connessi poteri che consentono al suo possessore di esercitare un controllo sulla società. L'introduzione della *golden share* è stata effettuata con la legge 474/1994 il cui art. 2 riserva al Governo alcuni poteri speciali nei confronti di società operanti in settori strategici quali la difesa e le fonti di energia. La disposizione prevede l'introduzione di una clausola all'interno degli statuti che attribuisca al Ministero del Tesoro poteri speciali in tema di controllo e guida della società (es. nomina di un quarto degli amministratori; gradimento, a pena di invalidità, sugli accordi conclusi in vista della vendita o dell'acquisto mediante offerte pubbliche di acquisto di azioni od obbligazioni; il veto all'adozione di particolari delibere modificative dello statuto).

Con riferimento alle società create a seguito del processo di privatizzazione si è registrato in dottrina ed in giurisprudenza un ampio dibattito teso a verificarne la natura, o meglio la loro

assoggettabilità alla disciplina pubblicistica.

Nonostante la natura dichiaratamente privatistica la stessa Corte costituzionale nella decisione del 28 dicembre 1993, n. 466, sposando la tesi pubblicistica ha riconosciuto la assoggettabilità al controllo della Corte dei conti delle società privatizzate e ciò in ragione della rilevanza strategica che permane in capo a dette società ed alla circostanza che in molti casi esse permangono sotto il controllo pubblico.

Spetta alla Corte dei conti esercitare nei confronti delle società per azioni costituite a seguito della trasformazione dell'Iri, dell'Eni, dell'Ina e dell'Enel disposta dall'art. 15 del d.l. 11 luglio 1992 n. 333 convertito con modificazioni nella l. 8 agosto 1992 n. 359, il potere di controllo di cui all'art. 12 della l. 21 marzo 1958 n. 259 da esercitare, nelle forme e nei limiti in precedenza applicati, fino a quando permanga una partecipazione esclusiva o maggioritaria dello Stato al capitale azionario di tali società

Tesi poi confermata dallo stesso Consiglio di Stato con riferimento alla FF.SS.p.a.

La costituzione dell'ente Ferrovie dello Stato, quale società per azioni ad esclusivo capitale statale ed operante come concessionaria "ex lege" delle attività e dei compiti previsti dalla l. 17 maggio 1985 n. 210, non ha comportato la devoluzione delle controversie, insorte per l'esecuzione delle opere per il rinnovamento dell'armamento ferroviario mediante appalto, all'autorità giudiziaria ordinaria. L'ente ferrovie dello Stato, quale titolare "ex lege" della concessione traslativa del pubblico servizio ferroviario, già espletato dall'azienda autonoma delle ferrovie dello Stato, deve, infatti, ritenersi legittimata all'esercizio degli stessi poteri finalizzati a servizio pubblico essenziale, nelle qualità di organo indiretto della p.a. (Cons. Stato, Sez. VI, 20/05/1995, n. 498).

5.1. Le S.P.A.

Con riferimento alle società create a seguito del processo di privatizzazione si è registrato in dottrina ed in giurisprudenza un ampio dibattito volto a determinarne la natura giuridica. Tanto in dottrina, quanto in giurisprudenza, si è registrato un contrasto tra i sostenitori della tesi privatistica, per i quali dette società sarebbero di diritto privato, anche in caso di detenzione del pacchetto azionario di maggioranza da parte di un soggetto pubblico, ed i sostenitori della tesi pubblicistica i quali, proprio nell'ipotesi di detenzione del pacchetto azionario di maggioranza da parte di un soggetto pubblico, hanno riconosciuto la permanenza della natura pubblicistica, indipendentemente dalla loro formula organizzatoria. In quest'ultimo caso, il cambiamento della veste giuridica, pertanto, non è stato ritenuto un elemento sufficiente ad escludere comunque la forte caratterizzazione pubblicistica. Ed in questo senso la stessa Corte costituzionale, in particolare con la sentenza del 28 dicembre 1993, n. 446, muovendo dal presupposto del riconoscimento che l'adozione della forma societaria è finalizzata a migliorare l'efficacia e la stessa funzionalità dell'attività del soggetto nel quadro del mercato internazionale, ha ribadito l'assoggettamento di tali società al controllo della Corte dei conti, e ciò anche in considerazione dell'innegabile rilievo pubblicistico che le stesse società mantengono, riconducibile, tra l'altro alla mancata realizzazione di una privatizzazione sostanziale attraverso l'effettiva dismissione delle quote azionarie in mano pubblica con la conseguente fuoriuscita delle predette società dalla sfera della finanza pubblica.

In linea con questa impostazione lo stesso Consiglio di Stato (IV sez.) nella già richiamata decisione del 10 maggio 1995, n. 498 ha ritenuto necessaria la sottoposizione dei contratti stipulati dalla FF.SS. s.p.a. (residuale dalla privatizzazione dell'Ente economico Ferrovie dello Stato) alle procedure pubblicistiche di evidenza pubblica, considerandola una società di diritto speciale, ancora interamente nelle mani dello Stato che, proprio per questo, non evidenzia una causa lucrativa ex art. 2217 c.c. ma continuando a perseguire una finalità pubblicistica. È evidente, dunque, come nella prospettiva assunta dal giudice costituzionale e dallo stesso Massimo organo di giustizia amministrativa, la formula societaria abbia una valenza neutrale con riferimento alla determinazione della natura giuridica del singolo soggetto, rilevando, a tal fine, le finalità che con esso si intendono perseguire e più in particolare la c.d. strumentalità pubblicistica ed il conseguenziale assoggettamento ad una disciplina derogatoria rispetto a quella dettata per il modello societario tradizionale, e ciò anche in ragione della diffusione a livello comunitario di una nozione sostanziale di impresa pubblica, in buona parte finalizzata

ad agevolare la individuazione di un punto di incontro tra la causa lucrativa, tipica dello schema civilistico della s.p.a., e l'interesse pubblico al cui perseguimento detti soggetti sono comunque deputati.

E in linea con questa impostazione ben si comprendono le ragioni in base alle quali dette società sono state fatte rientrare, come si vedrà, nella categoria degli organismi di diritto pubblico.

6. Gli organismi di diritto pubblico

Dai brevi cenni svolti nelle pagine precedenti si evince come nel corso degli anni il panorama dei soggetti pubblici sia sensibilmente variato, vuoi in ragione della loro trasformazione (privatizzazione) in soggetti di natura diversa, vuoi in ragione della connessa assunzione di un diverso ruolo da parte dello Stato che da imprenditore diviene regolatore del mercato. Questo mutamento si inserisce, come si è detto, in un contesto assai articolato nel quale giocano un ruolo di primaria importanza le spinte provenienti dal sistema comunitario tra le quali emerge in primo luogo quella tesa a garantire nei diversi settori dell'ordinamento, la creazione di un mercato comune.

La disciplina comunitaria dell'ultimo decennio del secolo passato, e conseguentemente la disciplina nazionale, ha ampliato sensibilmente il novero dei soggetti tenuti ad applicare la disciplina comunitaria, in particolare la disciplina sugli appalti pubblici estendendo, così, il limite soggettivo di applicazione dell'evidenza pubblica, «ben oltre il tradizionale limite soggettivo dei contratti stipulati dagli enti pubblici», e ciò «al fine di realizzare anche nel settore dei pubblici appalti gli obiettivi della libera circolazione dei beni, delle persone, dei servizi, nonché di salvaguardare la libera concorrenza» (Consiglio di Stato, Sez. V, 1° aprile 2000, n. 2078, in *Urbanistica e Appalti*, 2000, p. 528, con nota di F. CARINGELLA, *Il Consiglio di Stato sui rapporti tra appalti di soggetti privati e giurisdizione amministrativa*).

L'elaborazione della nozione di organismo di diritto pubblico da parte del giudice comunitario fa leva essenzialmente su una concezione sostanzialistica, o funzionale, dell'azione dei soggetti privati o pubblici come chiarito nella decisione Beentjes (Corte giust. CE, 20 settembre 1988, in causa 31/87, Beentjes, in *Racc.*, 1988, 4635; in *Giust. Civ.*, 1990, I, 579). Il giudice comunitario ha sottolineato che «al fine di assicurare la piena efficacia al principio della libera circolazione, alla nozione di amministrazione aggiudicatrice dev'essere data un'interpretazione funzionale» (Corte giust. CE, 17 dicembre 1998, in causa C-306/97, Connemara Machine Turf Co, in *Foro It.*, 1999, IV, 139, con nota di Scotti, *I nuovi confini dell'«organismo di diritto pubblico» alla luce delle più recenti pronunce della Corte di giustizia*).

La figura dell'organismo di diritto pubblico è stata introdotta a partire dalla direttiva 89/440/CEE, e comprende tutti soggetti nazionali, indipendentemente dalla loro natura giuridica, che presentano caratteristiche tali da operare secondo logiche diverse da un qualsiasi imprenditore privato e che, da un punto di vista sostanziale, giustificano l'applicazione della disciplina sull'evidenza pubblica.

L'art. 1, lett. b), delle direttive 92/50/CEE (servizi), 93/36/CEE (forniture) e 93/37/CEE (lavori), ora art. 3, comma 26, del d. lgs n. 163/2006, definisce l'organismo di diritto pubblico come: «*qualsiasi organismo: anche in forma societaria istituito per soddisfare specificatamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, (e) - dotato di personalità giuridica, (e) - la cui attività è finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da organismi di diritto pubblico, oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi, oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri più della metà dei quali è designata dallo Stato, dagli enti locali o da altri organismi di diritto pubblico*».

Le direttive contengono, poi, un allegato nel quale sono elencati gli organismi di diritto pubblico nei vari Paesi membri.

Si tratta di una nozione assai ampia che, come si vede, è costituita da 3 elementi la cui presenza deve necessariamente essere cumulativa.

“L'eventuale qualificazione di un ente di diritto privato come organismo di diritto pubblico dipende dalla circostanza se l'ente interessato soddisfa o meno i tre requisiti cumulativamente enunciati dall'art. 1, lett. b), 2° comma, delle diret-

tive 93/36/CE del 14 giugno 1993, e 93/37/CE, del 14 giugno 1993, in quanto il carattere di diritto privato di tale ente non costituisce un criterio atto ad escludere la sua qualificazione quale amministrazione aggiudicatrice ai sensi di tali direttive (Corte giustizia comunità Europee, 13/01/2005, n. 84).

Il primo è senza dubbio rappresentato dalla natura dei bisogni per la cui soddisfazione il soggetto è stato istituito che, secondo la definizione offerta dal legislatore comunitario prima richiamata, devono essere «istituiti per soddisfare specificatamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale».

Il secondo è individuabile nella personalità giuridica.

Il terzo, infine, è dato dalla presenza di una serie di elementi che fanno presumere che le decisioni dell'ente siano sotto l'influenza determinante di un soggetto pubblico, e che, di conseguenza, seguano logiche diverse rispetto a quelle dell'imprenditore privato.

Il primo requisito è stato quello maggiormente dibattuto nel tentativo di definire i confini di una nozione "bisogni a carattere non industriale e commerciale" decisamente ampia.

La prima questione che è stata posta era tesa ad individuare se tale requisito dovesse essere riferito ai bisogni di interesse generale o all'organismo, assumendo, così, rilevanza la natura giuridica dell'ente. La Corte di giustizia, al fine di evitare che, facendo leva sulla natura giuridica del soggetto (pubblico o privato), la norma potesse essere aggirata, ha precisato che l'espressione dovesse essere riferita ai «bisogni che, da un lato, sono soddisfatti in un modo diverso dall'offerta di beni o servizi sul mercato e che, dall'altro, per motivi connessi all'interesse generale, lo Stato preferisce soddisfare direttamente ovvero nei confronti dei quali intende mantenere un'influenza determinante» (Corte giust. CE, 15 gennaio 1998, in causa C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria AG c. Strohal Rotationsdruck GmbH; Id., 16 ottobre 2003, in causa C-283/00, Commissione c. Spagna, cit., punti 71 e segg. della motivazione, e Id., 15 maggio 2003, in causa C-214/00, Commissione c. Spagna, in *Urbanistica e Appalti*, 2003, p. 885, con nota di R. CARANTA, *La tutela cautelare ante causam contro gli atti adottati dalle amministrazioni aggiudicatrici*; in *Giorn. dir. amm.*, 2003, pp. 898 ss.; Corte giust. CE, 10 maggio 2001, in cause riunite C-223/99 e C-260/99, Agorà e altro c. Ente autonomo Fiera internazionale di Milano, cit., punto 37 della motivazione; la Corte cita al proposito i punti 50 e segg. della motivazione di Corte giust. CE, 10 novembre 1998, in causa C-360/96, Gemeente Arnhem e Gemeente Rheden c. BFI Holding BV).

Come sottolineato poi dallo stesso Consiglio di Stato "La preoccupazione è quella di evitare che l'ente pubblico, avvalendosi di società od enti privati soggetti a controllo più o meno intenso, possa provocare distorsioni negli assetti concorrenziali del libero mercato, favorendo imprese dello Stato membro di appartenenza: proprio per questo si impone anche a tali società ed enti di aggiudicare l'appalto pubblico mediante procedura di gara" (Cons. di Stato, Sez. V, 1° aprile 2000, n. 2078, in *Urbanistica e Appalti*, 2000, p. 528, con nota di CARINGELLA, // *Consiglio di Stato sui rapporti tra appalti di soggetti privati e giurisdizione amministrativa*).

In questo quadro si comprendono, pertanto, le ragioni che hanno portato ad escludere rilevanza alcuna alla circostanza per cui i bisogni siano soddisfatti da soggetti operanti sul mercato, o che per la loro soddisfazione siano utilizzati strumenti di diritto pubblico o strumenti di diritto privato, assumendo un ruolo determinante ai fini della qualificazione l'aspetto funzionale.

Nella prospettiva offerta dal giudice comunitario, ad esempio nel caso dell'Ente fiera di Milano, l'esclusione della sua qualificazione in termini di organismo di diritto pubblico deve imputarsi al fatto che «l'organizzazione di fiere, di esposizioni e di altre iniziative analoghe costituisce un'attività economica che consiste nell'offrire servizi sul mercato. Nella specie, emerge dagli atti che l'ente di cui trattasi fornisce questi servizi agli espositori dietro versamento di un corrispettivo. Mediante la propria attività l'ente soddisfa bisogni di tipo commerciale, da un lato, degli espositori che beneficiano così della promozione dei beni o dei servizi che espongono e, dall'altro lato, dei visitatori che desiderano raccogliere informazioni ai fini di eventuali decisioni di acquisto». L'Ente fiera, infatti, non persegue fini lucrativi, opera, come emerge dall'art. 1 del proprio Statuto, secondo criteri di rendimento, di efficacia e di redditività, ma «Considerato che non è previsto alcun meccanismo per compensare eventuali perdite finanziarie, esso sopporta direttamente il rischio economico della propria attività».

In altri termini, richiamando una delle numerose decisioni del Giudice comunitario sul punto, si tratta di «un ente (quale l'Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano), che ha per oggetto lo svolgimento di attività volte all'organizzazione di fiere, di esposizioni e di altre iniziative analoghe; che non persegue scopi lucrativi, ma la cui gestione si fonda su criteri di rendimen-

to, di efficacia e di redditività; nonché che opera in un ambiente concorrenziale, non costituisce organismo di diritto pubblico ai sensi dell'art. 1, lett. b), comma 2, direttiva n. 92/50/Cee. L'attività consistente nell'organizzare fiere ed esposizioni, infatti, ancorché soddisfi bisogni di interesse generale, non presenta il carattere non industriale e commerciale, che l'art. 1, lett. b), comma 2, primo trattino, della citata direttiva viceversa impone, al fine di inquadrare un ente fra gli organismi di diritto pubblico» (Corte giustizia comunità Europee, Sez. V, 10/05/2001, n. 233).

Inoltre, come precisato dallo stesso giudice, a nulla rileva il fatto che la soddisfazione di detti bisogni non sia contemplata dallo statuto o, comunque dall'atto costitutivo del soggetto, essendo sufficiente che essa sia in concreto verificabile.

“Per la definizione della nozione di organismo di diritto pubblico, la soddisfazione di bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale dev'essere valutata oggettivamente, restando al riguardo irrilevante la forma giuridica delle disposizioni per mezzo delle quali tali bisogni sono espressi. Una persona giuridica che non è stata istituita per soddisfare specificamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, ma che ha, in seguito, preso a suo carico tale compito può essere definita organismo di diritto pubblico a condizione che la presa a carico della soddisfazione dei bisogni in parola possa essere oggettivamente constatata” (Corte giustizia comunità Europee, Sez. VI, 12/12/2002, n. 470).’

7. Le Fondazioni

Nel novero dei soggetti privati esercenti pubbliche funzioni assumono un ruolo di crescente importanza le Fondazioni, particolarmente presenti nel settore della ricerca ed in quello bancario, che si caratterizzano per la prevalenza dell'elemento patrimoniale che è nella sostanza vincolato allo scopo. Uno scopo che ben può coincidere con parte degli scopi istituzionali degli enti pubblici fondatori (Ministero, Regione, Provincia, Comune) e che non può non essere altruistico, non di lucro e, soprattutto, di pubblica utilità, riferito cioè al soddisfacimento di interessi e/o necessità di soggetti diversi dal fondatore. A tal fine, infatti, la Fondazione, disciplinata dal codice civile, si caratterizza per la presenza di amministratori (organi della Fondazione) che si pongono in posizione servente, nel senso che sono vincolati al perseguimento dello scopo che dall'Ente fondatore viene assegnato e specificato nell'atto di costituzione della Fondazione stessa.

Con riferimento al requisito della non lucratività dell'attività svolta dalla Fondazione, corre sottolineare come la realtà conosca Fondazioni in cui lo scopo altruistico implica in qualche modo l'esercizio di attività economiche, o meglio di attività imprenditoriali, senza che ciò comporti l'automatica attribuzione della qualità di imprenditore commerciale alla Fondazione. La giurisprudenza, con riferimento a queste ipotesi, ha introdotto precisi limiti all'ammissibilità dello svolgimento di attività imprenditoriale da parte della Fondazione precisando che esse possono conseguire i propri fini ideali anche «svolgendo attività imprenditoriali organizzate, cioè, per la produzione di beni e servizi» (Cass. N. 5770/1979), a condizione, però, che la attività di impresa sia strumentale alla realizzazione degli scopi istituzionali della Fondazione stessa e che sia comunque esercitata in via accessoria rispetto all'attività principale dell'ente (realizzazione dello scopo), come ad esempio l'attività editoriale svolta da una fondazione culturale. Un settore nel quale la presenza della figura della fondazione è assai marcata è quello creditizio nel quale, a seguito del processo di privatizzazione si è assistito alla creazione delle c.d. fondazioni bancarie per consentire la privatizzazione di quegli enti pubblici creditizi il cui fondo di dotazione o non era costituito o non era ripartito in quote imputabili a soggetti diversi, divenuti poi azionisti della costituenda società per azioni.

Secondo quanto previsto nella stessa legge delega, le fondazioni bancarie hanno per oggetto la «gestione di partecipazioni bancarie e finanziarie», gestione che deve essere ispirata «alle finalità originarie dell'ente» (art. 2, comma 1, lett. c) ed il cui impianto legislativo va letto alla luce del nuovo testo dell'art. 118 Cost. ed in particolare del 4° comma, essendo chiaro il tentativo di valorizzare le fondazioni bancarie elevandole al ruolo di investitori istituzionali nell'ambito di progetti di utilità sociale, realizzando, così, il principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118 Cost., 4° comma.

"Il principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118 comma 4 cost., costituisce il criterio propulsivo in coerenza al quale deve da ora svilupparsi, nell'ambito della società civile, il rapporto tra pubblico e privato anche nella realizzazione delle finalità di carattere collettivo. Ciò trova riscontro in una visione secondo cui lo Stato e ogni altra Autorità pubblica proteggono e realizzano lo sviluppo della società civile partendo dal basso, dal rispetto e dalla valorizzazione delle energie individuali, dal modo in cui coloro che ne fanno parte liberamente interpretano i bisogni collettivi emergenti dal "sociale" e si impegnano direttamente per la realizzazione di quelle che sono avvertite come utilità collettive, come esigenze proprie della comunità di cui fanno parte. Sotto il profilo economico, ciò si traduce nel senso che appare meno necessario impiegare risorse pubbliche là dove operano, o sono in grado di operare, i privati, mediante il ricorso a forme di autofinanziamento e/o incremento delle risorse che provengono dall'apporto disinteressato dei singoli" (Cons. Stato, 01/07/2002, n. 1354).

Con il decreto legislativo n. 356, il Governo ha accentuato il carattere di ente di beneficenza della Fondazione bancaria (caratteristica rimarcata ulteriormente dalla Direttiva del Ministro del tesoro del 18 novembre 1994, con la quale si prevede che gli statuti specifichino i settori di intervento privilegiati nell'attività erogativi in modo da evitare il rischio di una dispersione delle risorse disponibili e che favoriscano la rappresentatività degli interessi connessi a tali settori negli organi collegiali degli Enti fondazione), cercando di svincolare il più possibile la società per azioni dal suo controllo e dagli eventuali condizionamenti esercitabili sulla società da parte della Fondazione. Una conferma di questo intento può senza dubbio essere rintracciata nella disciplina dei controlli cui la fondazione e la s.p.a. sono soggetti. Mentre la prima, ai sensi dell'art. 14, è soggetta al controllo del Ministero del tesoro, la seconda, come tutte le aziende di credito ed anche le società finanziarie che controllano un gruppo creditizio, è sottoposta al controllo dell'autorità di settore (la Banca d'Italia).

Si tratta di soggetti la cui natura giuridica non solo è stata ampiamente dibattuta in dottrina, ma è stata anche diversamente qualificata dallo stesso legislatore. Soltanto nel 1999, con la riforma Ciampi (con la legge delega n. 461/1998 ed il d. lgs. n. 153/1999), è stata utilizzata per la prima volta esplicitamente la locuzione fondazioni bancarie ed è stato affrontato esplicitamente il problema della natura giuridica di questi soggetti. L'art. 2 del d. lgs. n. 153/1999, operando un deciso taglio con il passato, le considera persone giuridiche private senza scopo di lucro, dotate di una piena autonomia statutaria e gestionale. Qualificazione mutata nuovamente nel 2001, con la legge finanziaria (l. n. 448/2001), nella quale viene operata una sostanziale ripubblicizzazione delle fondazioni, negata anche dallo stesso giudice costituzionale che, al contrario si è espresso a favore di una loro qualificazione in termini privatistici.

La Corte, ha ritenuto sufficiente la qualificazione formale operata dal legislatore, a nulla rilevando la titolarità, riconosciuta *ex lege*, dei poteri pubblicistici da parte degli organi istituzionali, il perseguimento, per espressa previsione normativa di fini pubblicistici o comunque di interesse pubblico, nonché la sussistenza di disposizioni derogatorie della disciplina privatistica. Una qualificazione in termini privatistici che si discosta, peraltro, anche dalla stessa ricostruzione offerta dal Consiglio di Stato (1° luglio 2002, n. 1354) il quale aveva chiaramente posto in evidenza la necessità di qualificare le fondazioni bancarie di origine non associativa in termini di organismo di diritto pubblico, essendo tenuti a garantire una «prevalente e qualificata rappresentanza degli enti» pubblici negli organi di indirizzo. In virtù di tale qualificazione, il Massimo organo di giustizia amministrativa aveva, dunque, concluso nel senso che dette fondazioni (di origine non associativa) fossero tenute, per i casi eccedenti la soglia comunitaria, al rispetto delle regole della gara europea, oltre che per la scelta delle società di gestione del risparmio, anche per la realizzazione di tutti i servizi pubblici cui la fondazione decida di indirizzare la propria attività, nonché per l'affidamento di lavori.

Altrettanto elastica è stata la individuazione dei possibili settori di intervento delle fondazioni, i quali sono stati notevolmente ampliati nella riforma appena richiamata che ha incluso ambiti quali la prevenzione della criminalità e la sicurezza pubblica, l'edilizia popolare locale e la sicurezza alimentare (art. 11, 1° comma, legge n. 448/2001, che si aggiunge alla lett. c) del d. lgs. n. 153/1999). Va poi rilevato che, sempre nella disciplina richiamata, l'elencazione dei settori era ritenuta modificabili e dall'Autorità di vigilanza con regolamento da emanare ai sensi dell'art. 17, terzo comma, della L. 23 agosto 1988, n. 400. Modificabilità che dalla Consulta è stata giudicata costituzionalmente illegittima in quanto «la norma impugnata, accordando

all'Autorità di vigilanza il potere di modificare con regolamento la legge in qualsiasi direzione, per di più senza indicazione di criteri compatibili con la natura privata delle fondazioni e con la loro autonomia statutaria, idonei a circoscrivere la discrezionalità, viola i parametri costituzionali evocati dal rimettente». In altri termini, si tratta di una disposizione la cui illegittimità viene individuata nella assenza di una fonte primaria nella quale siano indicati di criteri «compatibili con l'autonomia privata delle fondazioni e con la loro autonomia statutaria», idonei a circoscrivere la discrezionalità dell'Autorità governativa di vigilanza (Ministero dell'economia e delle finanze) e che ripropone un modello di amministrazione dell'economia proprio di un sistema dirigista.

Una previsione tendente a circoscrivere l'attività delle fondazioni bancarie all'interno di specifici settori (settori ammessi), dando preferenza ai settori a maggiore rilevanza sociale in modo che esse possano assicurare «singolarmente e nel loro insieme l'equilibrata destinazione delle risorse» (art. 11, comma 3, della legge n. 448/2001), e sostanzialmente limitando in maniera assai incisiva la libertà della fondazione.

Nel corso degli anni le Fondazioni bancarie hanno acquisito un ruolo di primaria importanza sviluppando nella programmazione degli interventi una progettualità più mirata ed efficiente. Si pensi agli interventi svolti dalla Fondazione Cassa di risparmio di Bologna sul restauro dei monumenti attraverso l'attività del Centro delle Collezioni d'arte e di Storia grazie ai quali sono stati finanziati la ristrutturazione dell'immobile di Via di Reno, sede dell'istituto *"Veritas Splendor"*, destinato ad ospitare il Museo d'arte contemporanea "Cardinale Giacomo Lercaro".

8. Le S.O.A. - Società organismi di attestazione.

Accanto alle fondazioni bancarie di cui al paragrafo precedente, un'attenzione particolare va in questa sede dedicata alle Società Organismi di Attestazione - S.O.A., cioè quegli organismi attestatori e certificatori di cui all'articolo 8 della legge Merloni nel testo modificato dalla l. n. 415/98 (Merloni ter) istituite mediante il regolamento Bargone n. 34/2000. Gli organismi di cui all'articolo 8 rispondono alla esigenza di conformarsi agli obiettivi fissati dalle fonti comunitarie attestando la qualità delle imprese potenziali contraenti della pubblica amministrazione, secondo un modello che supera il sistema rappresentato dalla semplice iscrizione all'Albo Nazionale dei Costruttori.

Si tratta di organismi che, per espressa previsione normativa, hanno una natura giuridica privatistica il cui precipuo scopo è rappresentato dalla offerta di un servizio, consistente nel rilascio di attestazioni di qualità volte essenzialmente a garantire il possesso, da parte dei soggetti imprenditoriali, di un certo livello di qualità nell'esecuzione dell'appalto.

La creazione in sede comunitaria di un simile organismo si pone in linea con una ben precisa strategia per l'armonizzazione esplicitata nella Risoluzione del Consiglio dell'Unione del 7 maggio 1989, fondata essenzialmente sul principio del mutuo riconoscimento, cioè del riconoscimento reciproco degli atti interni quali proprio i certificati attestanti la conformità dei prodotti ai requisiti di sicurezza e di affidabilità, stabiliti dalle direttive comunitarie di settore. La garanzia di qualità può essere ottenuta attraverso l'applicazione delle norme internazionali emanate dall'*International Standard organization* nel 1987, norme ISO 9000, tradotte dal Comitato europeo di normalizzazione nelle norme EN 29000 e, in Italia, dall'Ente Nazionale Italiano di Unificazione (UNI) nelle norme UNI-EN 29000, espressamente richiamate dalla Merloni ter al menzionato art. 8.

Si tratta di un processo di armonizzazione teso a garantire la soddisfazione, nell'attività di progettazione e di produzione, dei livelli qualitativi fissati in sede comunitaria che lascia agli Istituti di normazione tecnica il compito di elaborare le norme tecniche atte a raggiungere gli obiettivi circa la sicurezza e la qualità del prodotto fissati in quella sede.

L'armonizzazione rappresenta una tappa indispensabile per garantire la piena realizzazione della libertà di circolazione delle merci e dei servizi all'interno del mercato unico, assicurando al contempo il rispetto delle regole del mercato concorrenziale ed un adeguato livello di tutela dei consumatori comunitari rispetto ai prodotti che circolano sul mercato unico.

Va rilevato che gli enti formatori hanno dettato anche le norme (EN 45000) destinate agli organismi preposti alle attività di attestazione della conformità, ovvero agli organismi preposti alle attività di controllo (le agenzie ispettive di cui si avvalgono gli organismi di certificazione). Con il sistema in esame è stato introdotto un nuovo meccanismo di qualificazione unico attra-

verso cui dimostrare il possesso dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria ai fini dell'affidamento dei lavori pubblici articolato, a differenza del sistema previsto dall'Albo Nazionale dei Costruttori, su categorie di opere e su una classifica di iscrizione.

Soggetti cardine di questo sistema - nel quale alle stazioni appaltanti è richiesto, per la partecipazione alle gare per lavori sopra soglia, il possesso della certificazione del sistema di qualità o della dichiarazione sostitutiva attestante la presenza di elementi del sistema di qualità - sono le S.O.A., cui si affiancano i soggetti accreditati nel settore delle costruzioni ai sensi delle norme UNI CEI EN 45000.

Con riferimento agli *enti accreditati per la certificazione*, si tratta di soggetti - autorità tecniche indipendenti - che possono chiedere all'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici di essere autorizzati allo svolgimento dei compiti di attestazione tesi a certificare, per mezzo di un apposito documento (certificato), o per mezzo di un marchio di conformità, la rispondenza del prodotto o servizio ad alcune specifiche tecniche contemplate dalle relative norme.

La credibilità di questi soggetti, che da un punto di vista funzionale possono essere assimilati alle S.O.A., è fondata sul sistema di accreditamento che implica una valutazione di tali soggetti da parte di terzi che ne verificano la competenza tecnica, la neutralità e la indipendenza in base ai parametri normativi previsti.

L'oggetto delle certificazioni rilasciate da questi soggetti riguarda la qualità del prodotto e la qualità del sistema dei quali viene, così, garantita l'affidabilità.

Diversa la situazione per le attestazioni per le quali gli enti certificatori si comportano come le S.O.A., stante la dichiarata unicità del sistema di certificazione ed hanno come contenuto la attestazione di requisiti di qualità, di affidabilità finanziaria di una impresa.

Lo svolgimento della attività di attestazione da parte delle S.O.A. è subordinato all'autorizzazione dell'Autorità di Vigilanza sui lavori pubblici, sentita una apposita commissione consultiva composta da soggetti nominati dalla stessa Autorità di cui fanno parte i rappresentanti dei Ministeri dei lavori pubblici, dei Beni ed attività culturali, dell'Industria, del Lavoro, dell'Ambiente, dei Trasporti e della Difesa.

Si tratta di un provvedimento rilasciato allo scopo di rendere credibili le S.O.A. in vista del miglior funzionamento del mercato dei lavori pubblici. La disciplina dei requisiti che gli organismi di attestazione debbono possedere è disciplinata dal regolamento n. 34/2000 che all'art. 7, oltre a prevedere la formula societaria (s.p.a.), la cui denominazione sociale deve comprendere espressamente la locuzione "organismi di attestazione", dispone che essa abbia la sede nel territorio della Repubblica ed un capitale interamente versato pari a un miliardo di lire, ora convertiti nell'equivalente controvalore in euro, in deroga alla previsione codicistica che per le s.p.a. precede un capitale minimo pari ad almeno duecentomilioni di lire. Sempre per espressa previsione normativa lo statuto societario deve prevedere come oggetto esclusivo lo svolgimento dell'attività di attestazione in conformità alle prescrizioni di cui alla Merloni, e di effettuazione dei controlli tecnici sull'organizzazione aziendale e sulla produzione delle imprese di costruzione, nonché sulla loro capacità operativa ed economico finanziaria.

Pur trattandosi di società per azioni che, per espressa previsione normativa hanno una natura privatistica, che stabiliscono con i propri clienti dei rapporti di natura contrattuale aventi ad oggetto, dietro pagamento di corrispettivo, il rilascio dell'attestazione di qualità, non si può sottacere la natura sostanzialmente pubblicistica dell'attività da essi svolta individuabile non tanto nei contenuti delle attestazioni quanto, piuttosto, nell'obiettivo generale cui esse sono preordinate - attività pubblicistica di certificazione (Cons. Stato, Sez. VI, 14/05/2004, n. 2125.): la garanzia della pubblica fede da un lato, e la garanzia del possesso dei requisiti qualitativi da parte dei potenziali contraenti dell'amministrazione.

Proprio in ragione di questo contenuto dell'attestazione, cui il giudice amministrativo ha riconosciuto il valore di atto pubblico, inquadrandola nell'ipotesi di esercizio privato di una pubblica funzione, è riconosciuto alla stessa Autorità di Vigilanza sui Lavori pubblici un potere di vigilanza da esplicarsi tanto sui soggetti quanto sugli atti da essi emanati e che, con riferimento a questi ultimi si estende sino al loro annullamento. Il potere sostitutivo nei confronti della S.O.A. da parte dell'Autorità può essere legittimamente esercitato soltanto nell'ipotesi in cui essa (l'Autorità) abbia ottemperato all'onere di indicare previamente alla S.O.A. l'atto da adottare, specificandone il contenuto (rilascio, modifica, ritiro dell'attestazione) (Cons. Stato, Sez. VI, 24/01/2005, n. 128.) e solo nel caso di inerzia della stessa S.O.A. (Cons. Stato, Sez. VI,

22/03/2005, n. 1178; Cons. Stato, Sez. VI, 07/09/2004, n. 5843.).

9. Gli Enti territoriali e locali

La riforma del Titolo V, parte II, della Costituzione, operata in particolare con la legge 18 ottobre 2001, n. 3, rappresenta per il sistema delle autonomie locali e regionali una importante attuazione dei principi fondamentali dell'art. 5 Cost. e sancisce definitivamente l'assetto policentrico della Repubblica e un modo nuovo di coniugare unità del sistema e ruolo delle autonomie.

Ulteriore vigore e attualità assumono i principi fondamentali dell'articolo 5 Cost.: il riconoscimento delle Autonomie locali, la loro compartecipazione a pieno titolo all'unità e alla indivisibilità della Repubblica, ma anche l'obbligo per la legislazione repubblicana di adeguare i suoi principi e metodi alle esigenze dell'autonomia e del decentramento.

Questi principi trovano un più pregnante inquadramento nel riconoscimento, ai sensi del nuovo art. 114, della pari dignità costituzionale di Comuni, Province, Città metropolitane, Regioni e Stato, quali elementi costitutivi della Repubblica, ulteriormente confermata nella scelta del legislatore costituzionale di abrogare le disposizioni relative ai Commissari di governo e agli organi regionali di controllo e, più in generale, ai controlli di legittimità sugli atti degli Enti locali (artt. 124, 125, comma 1, e 130 Cost.).

Ed in effetti, l'idea base della legge di riforma è stata quella di rovesciare in maniera completa l'andamento nella costruzione/ricostruzione del nuovo ordinamento dei pubblici poteri muovendo dal basso verso l'alto, partendo dalle istituzioni più prossime ai cittadini, anzi dalle istituzioni/formazioni sociali (secondo il principio di sussidiarietà in senso orizzontale) e poi via via risalendo a quelle di livello più elevato (secondo la logica del principio di sussidiarietà verticale), portando a compimento il disegno di riforma avviato con il decentramento delle funzioni amministrative.

Meglio di qualsiasi altra formula, il senso del ribaltamento di prospettiva lo offre il confronto fra le due formulazioni dell'art. 114. Il primo, quasi riecheggiando la formula di apertura del vecchio T.U. della legge comunale e provinciale del 1934, secondo cui il Regno si ripartiva in Province e Comuni, affermava che *"La Repubblica si riparte in Regioni, Province e Comuni"*, mentre nel nuovo testo la prospettiva viene completamente ribaltata - *"La Repubblica è costituita dai Comuni, dalle Province, dalle Città metropolitane, dalle Regioni e dallo Stato"* - offrendo uno schema organizzativo il cui nucleo centrale va ravvisato nelle autonomie locali alle quali viene così riconosciuto un complesso grado di autonomia.

La complessità della riforma costituzionale ha come snodo centrale la ricerca di un nuovo equilibrio e di nuovi rapporti istituzionali tra lo Stato, le Regioni e le Autonomie locali.

In questa prospettiva, innanzitutto, va inquadrata la disposizione contenuta al secondo comma, lett. p), dell'art. 117 Cost., nel quale la potestà legislativa statale viene circoscritta alle funzioni fondamentali degli organi di governo, lasciando alle leggi regionali ed alla potestà statutaria e regolamentare locali, l'allocatione delle funzioni amministrative di *Comuni, Province e Città metropolitane*.

L'individuazione delle funzioni fondamentali consente la messa in moto un processo legislativo e politico che impegna anche le Regioni, per le materie di propria competenza, attraverso il quale sarà, tra l'altro, possibile migliorare anche le stesse disposizioni dei decreti attuativi della legge 59/97 (specialmente del d.lgs. n. 112/98).

Dalla affermazione della pari dignità costituzionale di tutti i livelli di governo discende la conseguente abrogazione dell'art. 128 Cost. che sanciva l'autonomia dei Comuni e delle Province nell'ambito dei principi fissati *"dalle leggi della Repubblica, che ne determinano le funzioni"*.

In sintonia col nuovo assetto, la l. 131 del 5 giugno 2003, ha delegato al Governo la revisione delle disposizioni in materia di Enti locali, nel rispetto del nuovo riparto di competenze, assicurando una valorizzazione dell'autonomia statutaria e regolamentare degli enti. Autonomie aventi ad oggetto rispettivamente la disciplina degli organi di governo e delle funzioni fondamentali, nonché i principi di organizzazione e funzionamento degli enti, le forme di controllo, anche sostitutivo, le garanzie delle minoranze e le forme di partecipazione popolare e (per i regolamenti) la disciplina dell'organizzazione, dello svolgimento e della gestione delle funzioni dell'Ente.

La stessa *ratio* deve essere rinvenuta nell'abrogazione dell'art. 129 Cost. che qualificava le Province ed i Comuni come circoscrizioni di decentramento statale e regionale. Con la riforma

ma del Titolo V, infatti, gli Enti locali hanno funzioni proprie che trovano il loro fondamento direttamente nella Costituzione ovvero sono destinatari di un conferimento di funzioni da parte dello Stato o della Regione seguendo uno schema allocativo fra i diversi livelli di governo ispirato al principio di sussidiarietà.

10. Gli strumenti di raccordo tra i diversi livelli di governo: Stato-Regioni; Regioni-Autonomie locali

Il nuovo assetto dei livelli di governo delineato dalla Legge cost. n. 3 del 2001 ha avuto quale conseguenza la riconsiderazione dei rapporti tra i vari livelli di governo e la previsione di strumenti di raccordo, di maggiore collaborazione e concertazione.

In quest'ottica, va inquadrata la previsione contenuta all'art. 11 della Legge Cost. n. 3 del 2001, concernente l'integrazione della Commissione parlamentare per le questioni regionali con rappresentanti delle Regioni, delle Province Autonome e degli Enti Locali nelle ipotesi di progetti di legge riguardanti la determinazione dei principi fondamentali delle materie di legislazione concorrente, nonché delle disposizioni previste nella nuova formulazione dell'art. 119 Cost. In tali ipotesi, infatti, la Commissione "integrata" entra a far parte del procedimento legislativo, in quanto essa deve essere necessariamente sentita ed il suo eventuale parere contrario o, comunque, il parere favorevole condizionato, comporta conseguenze con riferimento al procedimento di approvazione della legge, nel caso in cui la Commissione parlamentare in sede referente non accolga le modificazioni richieste (la votazione finale in Assemblea deve, infatti, avvenire a maggioranza assoluta). Peraltro, l'integrazione della Commissione in queste ipotesi deve considerarsi obbligatoria e non facoltativa. Ciò si può desumere dalla diversa formulazione testuale del I e del II comma del medesimo articolo, non lasciando il secondo comma alcuno spazio alla scelta dei regolamenti parlamentari, dando per presupposta, nelle due ipotesi che esso considera, l'integrazione della Commissione stessa e non configurandola, come invece accade nel primo comma, come mera possibilità.

Ulteriori sedi di raccordo delle istanze dei diversi livelli di governo sono sicuramente le "Conferenze": la Conferenza Stato-Regioni e la Conferenza c.d. "unificata" (risultato della unificazione della Conferenza Stato-Regioni con la Conferenza Stato-città ed autonomie locali). Del resto, già la legge n. 59 del 1997, all'art. 8, aveva previsto che *"Gli atti di indirizzo e coordinamento delle funzioni amministrative regionali, gli atti di coordinamento tecnico, nonché le direttive relative all'esercizio delle funzioni delegate"* dovessero essere adottati previa intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, o con la singola regione interessata.

Tali istituzioni, precedenti alla riforma del Titolo V della Costituzione, mantengono ed anzi rafforzano la loro posizione. La Conferenza "unificata", istituita dal l. lgs. 28 agosto 1997, n. 281, è destinata a diventare la sede privilegiata di definizione dell'indirizzo politico-amministrativo del governo nel nuovo sistema federale. Essa, infatti, rappresenta un momento di concertazione e, come è stato affermato, di governo integrato e condiviso. Basti pensare al sistema di deliberazione previsto dal d.lgs. n. 281 del 1997 ed all'ambito oggettivo di competenza della Conferenza stessa. Le decisioni della Conferenza devono essere, infatti, assunte con il necessario assenso del Governo, delle Regioni, delle Province, dei Comuni e delle Comunità Montane, assenso che deve essere espresso distintamente da ciascuno dei rappresentanti di ognuno dei due gruppi delle Autonomie e l'assenso di ciascuno dei due gruppi deve essere espresso all'unanimità o, comunque, a maggioranza. Ma non basta. Tutto ciò che concerne le Autonomie (fonti, programmazione, risorse), tutto ciò che riguarda i processi decisionali di interesse regionale, interregionale e infraregionale, deve necessariamente passare per la Conferenza.

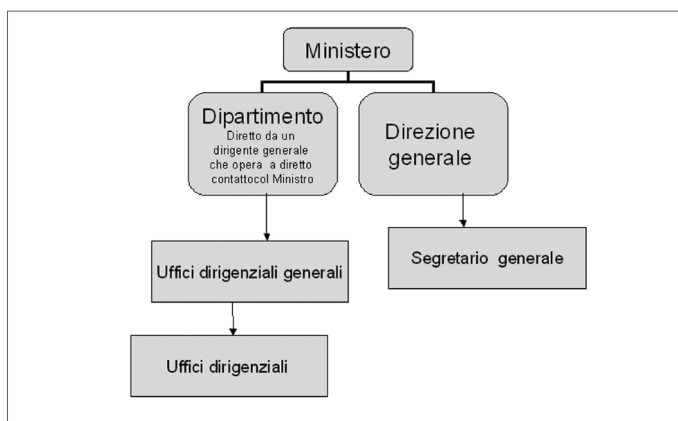
La novella costituzionale, ed in particolare il riconoscimento della pari dignità costituzionale delle Autonomie Locali impone il ripensamento sulle forme di raccordo tra Regioni e Autonomie Locali in ottemperanza ai principi costituzionali della leale collaborazione e della partecipazione delle Autonomie Locali alla formazione delle decisioni regionali (e statali).

Così come è accaduto per le Conferenze di cui si è detto in precedenza, anche prima della riforma del Titolo V della Costituzione, in virtù di alcune precise disposizioni legislative contenute nella legge n. 59 del 1997 e successivamente nel d.lgs. n. 112 del 1998 e nel Testo Unico sugli enti Locali, in quasi tutte le Regioni sono sorti degli organismi di raccordo (denominati

Conferenze Regioni-Autonomie Locali ed in alcuni casi Consiglio delle Autonomie Locali). Si tratta di organismi cui è stata generalmente attribuita una funzione consultiva, anche se non mancano dei casi in cui sono state attribuite loro limitate funzioni deliberative, le cui competenze riguardano gli atti regionali di conferimento di funzioni amministrative e gli atti di programmazione regionale ed i piani di sviluppo, l'esercizio del potere sostitutivo regionale e delle funzioni regionali di indirizzo e coordinamento. In alcuni casi, a tali organismi sono stati attribuiti anche compiti di proposta, di studio e di informazione.

Tale processo di coinvolgimento delle Autonomie Locali ha trovato la sua naturale conclusione nella riforma, con la previsione introdotta dalla Legge cost. n. 3 del 2001 all'art. 123 Cost. secondo la quale "In ogni Regione, lo statuto disciplina il Consiglio delle autonomie locali, quale organo di consultazione fra la Regione e gli enti locali".

La scelta del legislatore costituzionale è, dunque, quella di prevedere un coinvolgimento delle Autonomie Locali nella vita politica della Regione attraverso una attività consultiva, che però non deve essere sottovalutata, in quanto ben può incidere sull'indirizzo politico-amministrativo della Regione. Anche se ciò, non vi è dubbio, dipende dalla scelta del legislatore statutario regionale circa le modalità e le forme e dell'intervento consultivo del Consiglio, nonché l'ambito materiale in cui tale intervento può svolgersi. Come è stato autorevolmente sostenuto, il Consiglio delle Autonomie dovrebbe configurare una "camera" istituzionalmente rappresentativa di tutti gli enti locali con competenza a deliberare sugli atti fondamentali della Regione, sulle proposte di regolamento che interessino gli Enti Locali e le cui deliberazioni siano in grado di vincolare gli organi regionali.



11. Quadro riepilogativo degli enti

Nelle pagine seguenti sono rappresentate in via schematica alcune delle competenze dei diversi enti coinvolti nel processo edilizio.

Controllori del progetto	Enti pubblici	Atto amministrativo	Professionista/tecnici	Atto professionale
Diritto di edificare				
Interventi urbanistici	Amministrazione comunale	convenzione		
Interventi edilizi	Amministrazione comunale	Concessione Autorizzazione Verifica DIA	Committente progettista	DIA Asseverazione
Tutela				
Beni vincolati				
Beni storico artistici	Ministero dei Beni culturali – sovrintendenza competente per territorio	Autorizzazione		
Aree archeologiche	Ministero dei Beni culturali – sovrintendenza Beni Archeologici competenti	Autorizzazione		
Ambiente				
Beni paesistici	Ministero dei Beni culturali	Autorizzazione		
	Regione	Autorizzazione		
Ambiente Aree protette	Regione	Autorizzazione		
	Provincia – Corpo forestale dello stato	Autorizzazione		
	Enti parco	Autorizzazione		
Emissione in atmosfera	Agenzia Nazionale Protezione Ambientale o Uffici regionali	Autorizzazione		
Immissione in acque superficiali	Provincia – Polizia idraulica provinciale	Autorizzazione		
Acque reflue	Provincia	Autorizzazione		
Derivazione acque pubbliche	Regione – Genio civile	Autorizzazione		
Idrogeologia	Provincia – Corpo forestale dello stato	Autorizzazione		

Salute				
Salute e sicurezza sui luoghi di lavoro	Azienda Sanitaria Locale	Autorizzazione		
Salubrità edilizia	Azienda Sanitaria Locale	Autorizzazione		
Prescrizioni tecniche				
SEMPRE RICORRENTI				
Sicurezza costruzioni	Regione o delegato	Verifica sul progetto depositato	Progettista	Deposito progetto
Strutture in cemento armato e acciaio	Regione o delegato	Verifica sul progetto depositato	Progettista strutture	Deposito progetto
Sicurezza impianti	Ispettorato per la sicurezza sul lavoro	Nulla osta	Progettista	Deposito progetto
Sicurezza cantiere	Azienda Sanitaria Locale	Controllo della notifica preliminare depositata	Committente Coordinatore della sicurezza	Notifica preliminare Piano di sicurezza coordinamento
Barriere architettoniche	Amministrazione comunale	Verifica sul progetto	Progettista	Dichiarazione di accessibilità/ visitabilità/ adattabilità
Risparmio energetico	Amministrazione comunale		Progettista	Deposito progetto
Acustica	Amministrazione comunale		Progettista	
DIPENDENTI DALLA NATURA DEL PROGETTO				
Prevenzione incendi	Corpo nazionale dei Vigili del fuoco	Certificato prevenzione incendi	Progettista con 10 anni di iscrizione all'albo	Deposito progetto
Difesa nazionale	Provveditorato opere pubbliche	Nulla-osta		
Grandi infrastrutture (strade, ferrovie, ponti)	Provveditorato opere pubbliche	Autorizzazione		
	Amministrazione comunale	Autorizzazione		
	Regione	Autorizzazione		

	Sovrintendenza competente	Autorizzazione		
	Amministrazioni di settore	Autorizzazione		
Scuole, ospedali, impianti sportivi	Amministrazione comunale	Autorizzazione		
	Regione	Autorizzazione		
	Sovrintendenza competente	Autorizzazione		
	ASL	Autorizzazione		
	Vigili del fuoco	Certificato prevenzione incendi		
	Amministrazioni di settore	Autorizzazione		
Industrie a rischio	Amministrazione comunale	Ispezione		
	ANPA	Ispezione		
	Protezione dell'ambiente o uffici regionali	Ispezione		
	ISPELS	Ispezione		
	Vigili del fuoco	Ispezione		

Industrie insalubri	Amministrazione comunale	Autorizzazione		
	ANPA o Uffici regionali	Autorizzazione		
	ASL	Autorizzazione		
Dipendenti dalla localizzazione del progetto				
Vincolo sismico	Regione o delegato	Verifica a campione sul progetto depositato	Progettista strutture	Deposito progetto
Vincolo fluviale	Provincia – autorità di bacino	Autorizzazione		
Vincolo marino	Regione	Autorizzazione		
	Capitaneria di porto	Autorizzazione		
Vincolo idrogeologico In presenza di emissioni elettromagnetiche	Provincia	Autorizzazione		
	Regione	Autorizzazione		
	ENEL	Nulla-osta a deroghe		
Vincolo ferroviario	Regione	Autorizzazione		
	Ferrovie dello stato	Nulla-osta		
Vincolo stradale	Amministrazione comunale	Autorizzazione		
	Azienda nazionale strade	Nulla-osta		
Vincolo aeroportuale	Amministrazione comunale	Autorizzazione		
Vincolo cimiteriale	Amministrazione comunale	Autorizzazione		

SEZ III

IL SISTEMA DELL'EDILIZIA ABITATIVA

Capitolo V

Cenni sull'evoluzione del sistema dell'edilizia abitativa. Quadro generale dei principali interventi normativi

Sommario:

1. Cenni sull'evoluzione nel XIX secolo. 2. Alcune esperienze di case per i poveri. Le *workhouses* britanniche. 3. Le spinte verso una concezione funzionale. 4. L'esperienza italiana dei primi del Novecento. 5. Politica edilizia e politica rurale durante il Ventennio. 6. Diritto all'abitazione e diritto sull'abitazione nella Carta costituzionale. 7. La situazione edilizia nel secondo dopoguerra. Il primo ciclo edilizio (1945-1957). 8. Il secondo ciclo edilizio (1958-1965). 9. Il terzo ciclo edilizio (1966-1970). 10. Il quarto ciclo edilizio (1971-1975). 11. Il quinto ciclo edilizio (1976-1983). 12. Gli anni '80. Il sesto (1984-1987) ciclo edilizio. 13. Dagli anni Novanta.

1. Cenni sull'evoluzione nel XIX secolo

Volgendo lo sguardo al settore delle costruzioni, e più in particolare a quello della casa, nel corso degli anni si registra un significativo alternarsi pubblico/privato, dove il pubblico, in determinati periodi storici, assume un ruolo determinante non solo nella programmazione degli interventi edilizi ma anche nella loro realizzazione.

Si pensi all'esperienza francese del XVIII secolo, quando si diffonde l'idea di una crescita controllata della città, garantita attraverso la individuazione delle attrezzature collettive ritenute indispensabili.

Una individuazione che muove dall'idea dell'autonomia delle aree cittadine, dei quartieri.

L'altra modificazione registrabile in questa fase, strettamente legata all'idea di crescita controllata, è l'acquisizione del principio della distribuzione isotropa delle attrezzature sociali, che svolgono la duplice funzione di vedette del potere e di poli di incentivazione e di qualificazione dello sviluppo urbano. Con la suddivisione del territorio parigino in dodici circoscrizioni amministrative (*arrondissements*), avviata dal direttorio e sancita dall'Impero, si afferma definitivamente la tendenza ad attribuire ai quartieri un grado di relativa autonomia «civile», ma non di autosufficienza, affidando alle istituzioni il ruolo di riconnessione della rete centralizzata di controllo. (B. GRAVAGNUOLO, *La progettazione urbana in Europa*, cit., pp. 19-20).

È proprio questo il periodo in cui si afferma, accanto alla "programmazione e tipizzazione delle istituzioni", quella forma di individualismo che spinge verso l'introduzione di formule costruttive di tipo residenziale.

La Parigi di Haussmann - Prefetto della Senna dal 1853, che a distanza di circa due secoli porterà a compimento il disegno di trasformazione della città delineato da Colbert nella seconda metà del XVII secolo - rappresenta un vero e proprio cambiamento dello stesso modo di pensare la città.

Alla logica degli *embellissements*, protesa verso interventi puntuali di riqualificazione dei tessuti urbani, e alla strategia della città-servizio, fondata sull'equilibrata diffusione delle pubbliche istituzioni, subentra la moderna idea di metropoli, intesa come una macchina urbana in cui la rete infrastrutturale (delle strade e degli impianti) assume una preminenza gerarchica. L'architettura viene fermamente subordinata al dominio del tracciato viario; gli stessi monumenti del passato, eletti a punti focali delle fughe prospettiche, sono ridotti in fin dei conti a isolati *objets trouvés*, riciclati come segnali visivi di un paesaggio metropolitano radicalmente rinnovato. (B. GRAVAGNUOLO, *La progettazione urbana in Europa*, cit., p. 23).

Questa esperienza, cui si contrappongono alcune specificità quali, ad esempio, il ring di Vienna, viene emulata in gran parte d'Europa e anche in Italia, si pensi ai grandi viali periferici di Torino, ai portici di via Cernia, dove, però, l'applicazione del modello risulta più ardua in ragione delle caratteristiche specifiche delle città italiane.

Anche in Italia si riverbera l'eco haussmanniana, sia pure affievolita dal lento definirsi dei nuovi processi economici e sociali e dal ritardo dovuto al riassetto amministrativo del territorio dopo l'unità nazionale. (...) È significativo a tal proposito che lo stesso Haussmann, interpellato come consulente per il piano di ampliamento della città-capitale consigli di non ripetere a Roma il modello parigino: meglio costruire una città nuova accanto alla città antica, piuttosto che sovrapposta ad essa. Questa indicazione trova nei fatti un parziale riscontro nel primo piano regolatore ufficiale della nuova capitale italiana, redatto nel 1873 da Alessandro Viviani. A ben vedere le motivazioni che sottendono tanto il primo, quanto il secondo piano di Viviani del 1882 sono dettate da altre considerazioni, tra le quali prevale soprattutto l'idea di ratificare e ricucire in una trama unitaria le trasformazioni già avvenute sotto la spinta degli interessi fondiari. In altri termini, a Roma (come in molte altre città italiane) gli adempimenti decisi dai privati anticipano, anziché seguire, le scelte di piano.

Nelle città italiane il meccanismo trainante della crescita urbana diviene la concessione a gruppi immobiliari dell'edificazione di nuove parti di città. Questi, tramite convenzioni, realizzano per conto della pubblica amministrazione le opere di urbanizzazione su terreni preventivamente acquisiti, incamerando in tal modo l'incremento di valore fondiario indotto dalle opere stesse. Emblematica in tal senso è la sistematica lottizzazione dei colli e dei parchi delle grandi ville patrizie, tra le quali villa Ludovisi che dà origine al quartiere imperniato su Via Veneto (...). Altrettanto significativa è l'edificazione del quartiere Cavour, avvenuta sotto la spinta di un consorzio di proprietari dei terreni che affidano all'architetto Cipolla la redazione di un progetto dell'intera area (...). Esempi di questa fase di vasta espansione residenziale sono i quartieri Esquilino e Testaccio, realizzati entrambi all'interno del tracciato delle mura aureliane e destinati rispettivamente ai ceti impiegatizi ed operai. (B. GRAVAGNUOLO, *La progettazione urbana in Europa*, cit., pp. 28-29).

Un rilievo a parte, sotto il profilo dell'intervento normativo, va riconosciuto all'esperienza Napoletana che, a causa dell'epidemia di colera del 1884, registra una serie di interventi normativi specifici tesi ad agevolare la costruzione-ricostruzione della città, facendo fronte all'emergenza sociale venutasi a creare in quella circostanza.

Il richiamo è alla legge per il risanamento della città di Napoli del 1885 con la quale furono stanziati dei fondi per la realizzazione delle infrastrutture e per l'espropriazione dei suoli. È appunto in questa occasione che viene introdotto quale criterio per il computo dell'indennizzo dovuto per le espropriazioni «la media del valore venale del bene con i fitti coacervati nell'ultimo decennio», superando il preesistente criterio fondato sul solo valore venale del bene.

Non è certamente questa la sede in cui affrontare l'evoluzione del settore in maniera dettagliata, esulando una simile analisi dagli ambiti del presente lavoro. Obiettivo del presente capitolo è quello di offrire un *excursus* sull'evoluzione normativa del settore dando un'idea di alcuni dei fattori che possono essere individuati all'origine di detti mutamenti. Ed è per queste ragioni che sia consentito circoscrivere i richiami dottrinali.

2. Alcune esperienze di case per i poveri. Le *workhouses* britanniche

È in questo periodo che nell'ambito del catalogo dei diritti fondamentali della persona, nel quadro delle costituzioni ottocentesche, viene inserito il diritto di proprietà che negli ambienti socialisti viene criticato nella sua costruzione originaria e reinterpretato non più come diritto di proprietà ma, più specificamente, come *diritto all'abitazione* e vede la luce il movimento delle case popolari.

Muovendo da una visione umanitaria, non aliena da suggestioni anarchiche per la decisa opposizione ad ogni forma di statalismo, Proudhon, dopo una iniziale dura critica al principio di proprietà privata, sostituisce gradualmente il termine «proprietà» con quello di «possesso», giungendo a proporre l'associazionismo operaio quale forma di organizzazione finalizzata ad acquisire, attraverso mutui agevolati, beni accomunati da una «proprietà federalistica». È il germe teorico che alimenta il sorgere delle cooperative operaie per la costruzione degli alloggi (...).

Il diritto al possesso di una casa per tutti è l'indiretto punto di tangenza tra le diverse strategie dei socialisti e dei cristiani sulla questione operaia e proprio

dalla pressione congiunta di questi due movimenti prenderà avvio una legislazione specifica nel settore degli alloggi a basso costo. (B. GRAVAGNUOLO, *La progettazione urbana in Europa*, cit., p. 46).

Prima di ripercorrere i tratti più salienti dell'esperienza italiana è interessante soffermare l'attenzione su quella britannica nella quale, a partire dal primo trentennio dell'Ottocento, vedono la luce studi e interventi normativi che, in linea con il progetto di realizzazione di un sistema di *Welfare*, tendono a migliorare le condizioni di vita delle classi meno abbienti.

Il primo *input* può essere collocato temporalmente nel 1832, anno in cui Edwin Chadwick, membro del *Public Health Movement*, venne nominato ispettore della «*Poor Law Commission*».

Soltanto nel 1848 venne inaugurata La *Metropolitan Association for improving dwellings of the industrious classes*, prima casa collettiva per gli operai.

All'epoca il principale provvedimento normativo (*Poor Law Amendment Act*) vede la luce nel 1834, anno in cui Chadwick divenne segretario della *Poor Law Commission*. In esso, tra l'altro, viene prevista l'assegnazione di alloggi a favore degli indigenti. Sebbene a prima vista l'intervento sembri possa essere ricondotto nell'ambito della generale categoria degli interventi di edilizia economica e popolare, l'idea di fondo ad esso sottesa palesa come in realtà esso debba essere diversamente inquadrato.

Le *workhouses*, non a caso criticate per il loro valore assolutamente ghetizzante, venivano considerate dai sostenitori della legge come uno strumento per spingere al lavoro i disoccupati, espressione di una filosofia di fondo per cui l'assistenza pubblica doveva essere la *less eligible*, cioè la meno preferibile di tutte. Dunque una scelta non invitante in modo da spingere chiunque fosse in grado di provvedere a se stesso di farlo autonomamente senza dover ricorrere all'assistenza pubblica.

L'ingresso in una *workhouse*, infatti, rappresentava un momento particolarmente duro - è significativo il fatto che l'entrata della *workhouse* di Birmingham era nominata «*the Archway of Tears*» (*L'arco delle lacrime*). Preliminare all'ingresso era un colloquio teso a verificare la sussistenza dei requisiti per l'ammissione. A seguito del colloquio le persone ammesse venivano sottoposte a visita e quelle malate collocate in sezioni speciali e veniva data loro un'uniforme.

La suddivisione nell'ambito delle sezioni della *workhouse* avveniva in base a sette criteri:

- a. uomini anziani o infermi;
- b. uomini abili al lavoro e ragazzi sopra i 13 anni;
- c. maschi tra i 7 e i 13 anni;
- d. donne anziane o inferme;
- e. donne abili al lavoro e ragazze sopra i 16 anni;
- f. donne tra i 7 e i 16 anni;
- g. bambini di età inferiore ai sette anni.

Ciascuna categoria veniva assegnata ad un'area specifica e nessun rilievo veniva dato all'appartenenza allo stesso nucleo familiare.

Soltanto a partire dal 1847 le coppie sposate ultrasessantenni potevano richiedere di vivere insieme e solo dal 1842 le madri potevano essere autorizzate a far visita ai propri figli di età inferiore ai 7 anni.

La *workhouse* era concepita come un piccolo villaggio autosufficiente i cui abitanti venivano impiegati in diversi lavori e la vita era scandita secondo i programmi determinati dalla *Poor Law Commission*, che stabiliva anche le regole di condotta e le sanzioni per la loro violazione. Persino la dieta era meticolosamente determinata dai *Poor Law Commissioners*.

Per il resto la tipica abitazione per gli operai era rappresentata dagli alloggi realizzati dai proprietari delle industrie in prossimità delle stesse, di norma privi di qualsiasi presidio igienico sanitario.

Otto anni più tardi, Chadwick a proprie spese redasse e pubblicò il primo *Report ... on an Enquiry into the Sanitary Conditions of the Labouring Population of Great Britain* che rappresenta la base sulla quale è stata elaborata non solo la normativa urbanistica del 1844, ma anche lo stesso *Public Health Act* del 1848 cui segue la istituzione del *General Board of Health* (soppresso nel 1854). Provvedimenti seguiti poi, nel 1890, dalla emanazione dell'*Housing of the Working Class Act* con il quale le autorità locali furono spinte a migliorare l'edilizia nelle proprie aree demolendo le vecchie dimore e ricollocando gli abitanti.

Parallelamente alle iniziative legislative si afferma in Europa un nuovo genere di trattatistica, i manuali per la costruzione delle case operaie. Un testo fondamentale in tale campo è il volume di Henry Roberts, *The Dwellings of the labouring Classes*, pubblicato in Inghilterra nel 1850 e subito tradotto in francese per iniziativa di Luigi Napoleone. Il testo è importante non solo perché introduce embrionali criteri di morfologia urbana, senza mai limitarsi alle mere indicazioni di tipologia edilizia, ma anche per l'appartenenza dell'autore alla *Society of Improving of the Labouring Classes*, un'associazione fondata nel 1844 da Sir Anthony Ashley Cooper (lord Shaftesbury), che all'elaborazione teorica affianca una concreta e pragmatica opera di costruzione di *cottages* operai. A tale Society si deve, peraltro, la realizzazione di due *model-houses* in Hyde Park in occasione della grande esposizione londinese del 1851; da allora in poi le abitazioni-tipo diventeranno una costante delle grandi mostre, con un interesse crescente che porterà all'edificazione di un'intera strada di case-popolari-modello nell'expo parigina del 1889. (B. GRAVAGNUOLO, *La progettazione urbana in Europa*, cit., p. 47).

Le *workhouses* non rappresentano, però, l'unico esempio di *social housing*. Il quadro per essere completo, infatti, deve richiamare i tenements costruiti nelle città dai principali attori del sistema feudale, rientranti della disciplina del *Feu Charter* che per motivi di pura speculazione presentavano standard edilizi di pessima qualità.

Il panorama del *social housing*, agli inizi del Novecento contava anche i *first class tenements*, cioè edifici di 3 o 4 piani, con un giardino comune situato sul retro dell'edificio stesso e di solito anche dei locali ad uso comune destinati a lavatoio, con diversi appartamenti per ciascun piano.

Il numero degli appartamenti per piano, nonché il numero delle stanze, veniva deciso nell'ambito del *Feu Charter* stipulato tra *the superior*, cioè il proprietario del terreno, ed il costruttore. Ai *tenements* andavano ad aggiungersi *"the new houses estate"*, case singole o ville plurifamiliari (composte da 2 a 4 appartamenti), realizzate dalle Autorità locali con fondi pubblici e sottoposte a un regime di affitti controllati.

3. Le spinte verso una concezione funzionale

I mutamenti economici e sociali affermatosi tra la fine dell'Ottocento e gli inizi del Novecento si riflettono sensibilmente nell'architettura.

Il taylorismo e il fordismo - due metodi di razionalizzazione ingegneristica del ciclo industriale ideati in America - esercitano una forte (e non celata) seduzione sulle avanguardie intellettuali europee a partire dai primi decenni del secolo. L'inno alla metallica bellezza delle macchine ed all'efficientismo della catena di montaggio, già elevato dal Futurismo, riecheggerà con toni ancora più vibranti nelle teorizzazioni degli anni Venti del Purismo, del Costruttivismo, della Nuova oggettività, del Bauhaus (B. GRAVAGNUOLO, *La progettazione urbana in Europa*, cit., p.268).

Le Courbusier affermava:

Una grande epoca è cominciata. Esiste uno spirito nuovo: l'industria, irrompente come un fiume che scorre verso il proprio destino, riportagli strumenti nuovi adatti a quest'epoca animata da un nuovo spirito. La legge dell'Economia amministra in modo imperativo i nostri atti e i nostri pensieri. (...) La grande industria deve occuparsi della costruzione e produrre gli elementi della casa. Occorre creare lo spirito della produzione in serie, lo spirito di costruire case in serie. Se si sradicano dal proprio cuore e dalla propria mente i concetti sorpassati della casa e si esamina la questione dal punto di vista critico e oggettivo, si arriverà alla casa-strumento, casa in serie, sana (anche moralmente) e bella nell'estetica degli strumenti di lavoro che accompagnano la nostra esistenza (*Vers une architecture*, Paris, 1923, trad. it., Milano 1973, pp. XL-XLI, citato da B. GRAVAGNUOLO, *La progettazione urbana in Europa*, cit., p.268).

Si afferma, così, il funzionalismo che muove dall'azzeramento culturale, dal rifiuto della tradizione, e assume come ideale ispiratore l'industria, la macchina che con il rigore logico dei suoi ingranaggi deve ispirare l'orizzonte progettuale proponendo un vero e proprio culto dello standard inteso come elemento omologante per eccellenza.

Razionalizzare le tipologie edilizie, separare gli isolati residenziali dalla rete stradale, *enfaticizzare l'igiene* dei blocchi edilizi lineari, disponendoli con ordine su un prato verde a distanze ottimali lungo assi eliotermini, e - soprattutto - *distinguere* la rete dei traffici veicolari da quella dei percorsi pedonali, le zone dei negozi dalle abitazioni, le neutre infrastrutture tecniche dai valori dell'abitare, questa, in estrema sintesi, è la «griglia d'acciaio» di un ideogramma astratto di anti-città che il funzionalismo pretenderebbe di motivare come progetto di rifondazione logica della metropoli moderna. Animati dalla mitologia del nuovo, gli architetti radicali finiranno con il contrapporre alle piazze, ai viali e agli isolati della città ottocentesca - punto di arrivo di una storia millenaria evolutasi lentamente nel corso del tempo - il colpo di pugna sulla lavagna teorica sintetizzato dalla parola d'ordine «*Il faut tuer la rue corridor*», ovvero (in senso metonimico) annullare la città storica (B. GRAVAGNUOLO, *La progettazione urbana in Europa*, cit., p. 269).

In concreto il quadro teorico di cui si sono rammentate soltanto alcune delle caratteristiche essenziali trova la propria espressione nelle costruzioni di marcata impronta razionalista realizzate nel primo ventennio del secolo passato, caratterizzate certamente da una "industrializzazione del ciclo edilizio, una tipizzazione degli alloggi e da una standardizzazione della pianificazione urbanistica".

4. L'esperienza italiana dei primi del Novecento

In Italia il fenomeno dell'edilizia popolare nasce relativamente tardi. Nella seconda metà dell'Ottocento grazie ad alcune iniziative filantropiche furono realizzate abitazioni popolari a Firenze, dal Comitato per le case degli indigenti, che ottenne a tal fine un prestito dalla locale Cassa di risparmio che venne ammortizzato con la quota di utile destinata alla beneficenza; e nel decennio successivo, a Milano, dove nel 1861 ha inizio la realizzazione delle cosiddette case operaie.

È agli inizi del Novecento che per la prima volta viene affrontato pubblicamente il tema.

Nel 1902 si tiene a Cagliari un congresso di architetti e ingegneri specificamente dedicato al tema dell'edilizia economica e popolare. In quello stesso anno viene dato alle stampe il volume di Pagliani su *Le abitazioni igieniche ed economiche per le classi meno abbienti nel secolo XIX*, che inaugura la manualistica italiana del Novecento in questo settore.

Da un'analisi comparata dei vari trattati europei emerge come dato significativo il carattere sopranazionale dei tipi edilizi adottati per le case popolari, tipi riconducibili tuttavia a due fondamentali categorie distintive: l'edificio alto plurifamiliare e la casa bassa unifamiliare.

Alla prima categoria vanno ascritti - oltre alle caserme d'affitto diffuse nell'Europa nord occidentale e centrale - altri nuovi modelli giunti a definizione tipologica nel XIX secolo, quali la «*mulhousienne*» edificio a due piani, pianta quadrangolare divisa in quattro appartamenti con scala centrale collaudato nel quartiere Dolfus a Mulhouse e poi riadattata in varie parti d'Europa); la casa medioalta a cinque piani (con quattro appartamenti per ciascun livello, sperimentata negli edifici popolari della *Farringdon Road* a Londra); e lo stesso Familisterio di Godin, che pur non avendo repliche fedeli diventerà comunque il prototipo delle case comuni dotate di servizi sociali e collettivi. Alla seconda categoria - oltre ai *cottages* inglesi (ristudiati nei primi anni del Novecento nelle varie conformazioni e combinazioni da architetti quali C.F.A. Voysey, W. Crane, E.L. Lutyens) - possono essere ricondotte le case a schiera adottate nei quartieri-modello dei Krupp a Essen, pur essendo a rigore un tipo intermedio tra le case pluri e unifamiliari. (B. GRAVAGNUOLO, *La progettazione urbana in Europa*, cit., pp. 47-48).

Il primo intervento normativo in materia risale alla legge Luzzatti del 31 maggio 1903, n. 254 con la quale venivano previsti crediti agevolati, soprattutto alle cooperative, per la costruzione di case popolari. Si tratta di una legge fortemente avversata dai proprietari di abitazioni i quali cercavano di scongiurare gli effetti negativi sul mercato delle abitazioni derivanti da un incremento dell'offerta. Essa rappresenta il primo intervento organico in materia con il quale si pone in capo ai Comuni il compito di realizzare abitazioni popolari nell'ambito delle prime politiche municipali per i servizi pubblici.

Ai sensi dell'art. 3 della legge menzionata:

"quando sia riconosciuto il bisogno di provvedere alloggi per le classi meno agiate (...) i comuni sono autorizzati ad intraprendere la costruzione di case popolari soltanto per darle a pigione, conformandosi alle leggi vigenti ed a tutti i provvedimenti che disciplinano l'assunzione di pubblici servizi per parte dei municipi".

Seguirono poi altri provvedimenti quali la legge Giolitti del 1907 che colpiva la proprietà delle aree e al contempo favoriva la costruzione di case popolari, il r.d. 27 febbraio 1908 n. 89 sulle costruzioni delle case economiche e popolari, che integrava la disciplina predisposta con la legge Luzzatti.

Il quadro normativo non sarebbe completo se non si richiamassero quei provvedimenti che, in risposta alle esigenze sociali determinate dal primo conflitto mondiale, incisero sul settore delle abitazioni attraverso una regolamentazione dei fitti. Si tratta del decreto luogotenenziale 3 giugno 1915, n. 788 con il quale oltre a rendere mensili i pagamenti, anche in deroga a contratti e consuetudini, veniva consentito ai capifamiglia sotto le armi di corrispondere, sino a due mesi dopo la cessazione del servizio, la metà del fitto.

Le disposizioni in materia di fitti, tra cui quelle riguardanti il blocco degli stessi, furono più volte prorogate e nel 1917 con il decreto luogotenenziale del 30 dicembre n. 2046 fu stabilita una proroga per l'intera durata del conflitto bellico, esattamente fino a due mesi dopo la sua conclusione, vietando l'aumento dei canoni anche per quei contratti che nelle more fossero scaduti. Disposizioni prorogate nuovamente anche dopo la fine del conflitto, date le condizioni socio-economiche del paese, fino al 31 luglio del 1921, con il decreto luogotenenziale del 27 marzo 1919, n. 370.

Nello stesso anno, al fine di agevolare l'edilizia popolare, fu emanato il T.U. per le case popolari e per l'industria edilizia (r.d. 30 novembre 1919, n. 2318) con il quale fu, tra l'altro, disposta l'esenzione da imposte e sovra-imposte per la costruzione di case popolari per un periodo di 10 anni per le case ultimate entro il 1921, e per 6 anni per le case terminate entro il 1925.

L'anno successivo con il r.d.l. 4 gennaio 1920, n. 1, furono istituiti i *Commissari di governo per gli alloggi*, allo scopo di «regolare in via provvisoria, con provvedimenti di massima o relativi a casi particolari, gli eventuali nuovi aumenti per i periodi di proroga stabiliti» e ciò allo scopo di mantenere la pace pubblica.

Con il r.d.l. 18 aprile 1920, n. 477 si torna alla libertà dei fitti, o meglio Mussolini si impegna a porre fine alla regolamentazione degli affitti nel 1923.

5. Politica edilizia e politica rurale durante il Ventennio

Una decisa svolta nel settore si ha nel periodo fascista nel quale si assiste ad una costante oscillazione tra la liberalizzazione del mercato edilizio ed il blocco dei fitti che, nonostante le promesse fatte, viene nuovamente prorogato nel quadro di una politica di stabilizzazione della lira avviata dal Duce col discorso di Pesaro del 18 agosto 1926. Addirittura nel 1926 viene disposta *ope legis* una riduzione generalizzata degli affitti del 10%.

Oltre ai provvedimenti richiamati nel paragrafo precedente in materia di fitti, vanno a comporre il complesso panorama del settore il r.d. 28 aprile 1938 n. 1165, che rappresenta il primo intervento organico in materia edilizia dell'epoca fascista; la l. 6 luglio 1939 n. 1092 e, infine, la legge n. 1150 del 1942, legge urbanistica, che sancisce a livello istituzionale la necessità di una pianificazione attuata mediante un piano territoriale di coordinamento.

La circostanza richiamata nelle pagine precedenti, relativa allo stretto legame esistente tra la situazione nel settore dell'edilizia e la situazione sociale, è particolarmente evidente proprio in questo periodo nel quale si percepisce, in maniera evidentissima, il tentativo, solo in parte riuscito nei fatti, di operare, attraverso provvedimenti normativi, una conformazione della società secondo i piani ed i programmi propri del regime che vedono quali momenti essenziali un decentramento delle popolazioni dalle aree urbane ed una contestuale incentivazione della politica rurale.

Il tentativo di porre in essere un progetto di radicale modifica e conformazione della società secondo gli schemi del regime è alla base dell'introduzione dello strumento del *piano*, tipico

dell'ideologia comunista. Esso viene dallo stesso Mussolini definito come *"il tentativo di domare le forze e di ipotecare il futuro. Il piano è il tentativo di eliminare l'arbitrio e l'imprevedibile dallo sviluppo delle situazioni"* (B. MUSSOLINI, *Sintesi del regime*, 1934, p. 168).

Emblematico in tal senso il discorso proclamato in Campidoglio l'ultimo giorno del 1925, in occasione dell'insediamento del Governatore di Roma, che inizia con la frase *«Governatore! Le mie idee sono chiare, i miei ordini sono precisi. Sono certissimo che diventeranno una realtà concreta»*, nel quale Mussolini enuclea con estrema chiarezza al Governatore di Roma i punti essenziali della trasformazione della città in "capitale simbolo del fascismo".

Roma deve apparire meravigliosa a tutte le genti del modo: vasta, ordinata, potente come fu nei tempi del primo impero di Augusto. Voi continuerete a liberare il tronco della grande quercia da tutto ciò che ancora l'aduggia (...). Tutto ciò che vi crebbe attorno nei secoli della decadenza deve scomparire (...) i monumenti millenari della nostra storia devono giganteggiare nella necessaria solitudine.

Si tratta di una strategia che si riflette appieno nel nuovo Piano regolatore di Roma, del maggio del 1931, nel quale è chiara non solo la strumentalizzazione dell'archeologia, ma anche l'intento di portare avanti una politica di «decentramento» sfollando, per usare un'espressione propria del Duce (*Sfollare le città*, è questo il titolo di un suo articolo pubblicato sul Popolo d'Italia del 22 novembre 1928), le città e incentivando la politica rurale.

Il disegno del piano - del quale il Duce stesso rivendicherà la paternità - è schematicamente riconducibile a tre idee basilari: l'adozione degli «sventramenti» come tecnica di drastica modificazione del centro storico; l'espansione compatta della città affidata prevalentemente al tessuto residenziale delle «palazzine» condominiali (destinate ai ceti impiegatizi); e l'edificazione lungo l'estrema fascia periferica di «borgate» (predisposte per accogliere, accanto al proletariato di nuova immigrazione, la «plebe» espulsa da centro a seguito dei lavori di «diradamento» ed attraverso la politica degli sfratti e della liberalizzazione dei fitti). (B. GRAVAGNUOLO, *La progettazione urbana in Europa*, cit., p. 212).

In questo quadro si procedette alla realizzazione del parco archeologico del Foro che comportò l'abbattimento di 5500 vani abitabili; alla costruzione di via della Conciliazione, con conseguente abbattimento dei Borghi antistanti al colonnato di San Pietro; alla edificazione del quartiere EUR, in occasione della Esposizione Universale di Roma, da cui prende il nome, su progetto di Marcello Piacentini.

(...) venne istituito l'Ente EUR, per consentire lo svolgimento dell'esposizione universale di Roma prevista per il biennio '41-'42. Si tratta di un ente pubblico, tuttora esistente, sia pure con una formula organizzativa diversa, la cui attività istituzionale fu interrotta durante la seconda guerra mondiale per riprendere, poi, solo nel 1951 sotto la guida di un Commissario straordinario che si occupò essenzialmente della edificazione del quartiere e della realizzazione, nel 1960, in occasione delle Olimpiadi di Roma, del Palazzo dello Sport, del Velodromo e della Piscina delle rose. L'ente EUR ha mantenuto inalterata la propria formula organizzativa fino al 1999 quando, con il d.lgs. n. 304 del 17 agosto, ne è stata disposta la privatizzazione formale attraverso una trasformazione in s.p.a. a partecipazione interamente pubblica, costituita il 15 marzo 2000 e posseduta per il 90% dal Ministero dell'economia e delle Finanze e per il 10% dal Comune di Roma, sempre allo scopo di gestire l'organizzazione del quartiere in parziale autonomia dal Comune di Roma.

Il progetto di decentramento, di sfollamento delle città, è alla base della legge Serpieri del 1923, finalizzata ad assicurare il miglioramento delle condizioni economiche dei bacini montani garantendone una bonifica integrale in parte affidata ai Consorzi di bonifica all'uopo predisposti, e della successiva legislazione sulla bonifica integrale di cui al T.U. n. 215/33, tra cui rientra del progetto di bonifica dell'agro-pontino.

Per ritrovare realizzazioni in linea con il modello di ascendenza anglosassone bisogna risalire agli esempi (...) dei primi decenni del secolo. Il più emblematico tentativo di applicazione degli enunciati *howardiani* è rappresentato negli anni Venti dalla città-giardino Aniene, poggiata con elegante tracciato curvilineo sulle pendici del Monte Sacro negli immediati dintorni di Roma su disegno di Gustavo Giovannoni. Ma si tratta a rigore di un'esperienza pre-fascista, se si considera che la data di avvio dei lavori è il 1920; esperienza che verrà peraltro ben

presto travisata dalla sostituzione dei villini con palazzine ad alta densità. D'altra parte non può rientrare in una trattazione dei sobborghi-giardino la caotica vicenda della costruzione delle borgate alla periferia di Roma, sorte il più come spontanee e abusive aggregazioni di baracche, rimaste prive degli orti coltivabili e dei servizi basilari anche nei pochi casi di interventi «programmati» (San Basilio, Porta Metronia, Acilia e altre). Così come fallimentare resta la tanto sbandierata volontà di «sfollare le città» disegnando borghi rurali ai margini dei nuclei urbani esistenti. Basti pensare al caso del piano di Foggia del 1928, esemplare sulla carta, ma largamente disatteso nei fatti.

In fin dei conti, l'avventura più significativa del ventennio nel campo degli insediamenti rurali, è legata all'ampia opera di bonifica integrale dell'Agro Pontino, avviata nel dicembre del 1928 (dall'apposita legge Mussolini) ma predisposta sin dai primi anni Venti dalla lucida strategia agraria di Arrigo Serpieri" (B. GRAVAGNUOLO, *La progettazione urbana in Europa*, cit., p. 114).

È interessante notare che uno dei criteri principali ai quali gli interventi di bonifica si ispiravano è proprio il principio di sussidiarietà, inteso nella sua accezione orizzontale, per cui la realizzazione delle opere deve essere preferibilmente affidata ai privati previa la sottoscrizione da parte loro, controparte il soggetto pubblico competente, di piani di intervento in cui si impegnano a realizzare e mantenere le opere di bonifica da essi stesse proposte.

Il richiamo alla legge Serpieri è importante anche perché essa rappresenta l'antesignana della pianificazione di bacino idrografico disciplinata dalla l. n. 183/89. Infatti, nell'esperienza concreta delle bonifiche avviate dal regime, risultò ben presto evidente come la sola bonifica idraulica fosse di per sé sola insufficiente, soprattutto nella prospettiva della soluzione dei problemi sanitari - per ridurre la malaria che infestava le zone paludose oggetto dei progetti di bonifica e la sua trasmissione -, ad una riqualificazione effettiva delle aree, rendendosi necessaria la realizzazione di una riqualificazione agraria, trasformando le aree bonificate in aree coltivabili e, conseguentemente, anche una riqualificazione o realizzazione di insediamenti abitativi.

Gli insediamenti abitativi seguono una preordinata gerarchia, riconoscibile nonostante l'andamento alquanto casuale della griglia territoriale che si adegua alle irregolarità orografiche. A un primo livello è ascrivibile la lottizzazione dei poderi (con un'estensione media di 15 ettari) dotati di case unifamiliari allineate lungo le stradine interpoderali; a un secondo si collocano i borghi (circa trenta formati dall'aggregazione di un centinaio di case) collocati nei quadrivi delle strade interpoderali e finalizzati a fungere da piccoli nuclei aziendali di produzione cooperativistica; al terzo livello si attestano infine le cosiddette città nuove, dislocate strategicamente nei punti di convergenza dei principali assi viari e preposte a un ruolo eminentemente rappresentativo. (B. GRAVAGNUOLO, *La progettazione urbana in Europa*, cit., p. 114).

Uno dei progetti di bonifica di maggiore impatto fu quello che interessò l'agro-pontino, avviato con la legge Mussolini del 1928 con la quale venne stabilito un piano finanziario per il settore di 14 anni, a partire dal 1930, e la cui realizzazione fu affidata all'Opera nazionale combattenti (Ispettorato agro-pontino) e che portò alla realizzazione di numerose città e borghi rurali. Littoria, inaugurata nel 1932 e dichiarata provincia due anni più tardi, fu realizzata su incarico dell'Opera Nazionale Combattenti in base ad un piano regolatore che prevedeva una piazza rettangolare al centro attorno alla quale si disponevano gli edifici pubblici - municipio, banca, negozi, opera nazionale combattenti, direzione agricola, caserme dei carabinieri e della Milizia, ecc. - da cui partivano a raggiera 6 strade che dividevano il territorio cittadino.

Non si tratta solo di una revisione in chiave razionalistica dello stesso tema, bensì di una sostanziale innovazione dell'impianto compositivo che nega l'archetipo della «strada corridoio» privilegiando quegli schemi di progettazione «aperta» sperimentati nelle più avanzate ricerche europee del tempo. La forma urbis, che mostra una singolare e ibrida fusione dei paradigmi razionalistici con i valori urbani distillati dalla tradizione, è riconducibile a tre zone, nettamente differenziate già nel disegno planovolumetrico: il centro cittadino, caratterizzato dai tipici edifici rappresentativi che ruotano intorno a tre piazze funzionalmente distinte (la piazza religiosa, civile e mercantile); la zona rurale con case prevalentemente in linea dotate di orto e di accesso carraio; infine la zona dei villini residenziali. (B. GRAVAGNUOLO, *La progettazione urbana in Europa*, cit., p. 115).

L'anno successivo ebbe inizio la realizzazione di Sabaudia e poi, a seguire, Pontinia (1934-

1935), Guidonia, nata come la città dell'aeronautica (1935), Aprilia (1936-1937) e Pomezia (1937-1939).

L'esperienza progettuale di Sabaudia, che assume un ruolo diverso nel quadro delle bonifiche pontine in quanto testa di ponte per il settore turistico in ragione della sua vicinanza col Parco nazionale del Circeo creato nel 1934, deriva dal concorso progettuale i cui vincitori furono gli architetti Cancellotti, Montuosi, Picconato e Scalpelli.

L'esperienza dell'agro-pontino è significativa anche con riferimento alla movimentazione di popolazione che fu organizzata proprio al fine di perseguire il programma di rafforzamento dell'economia rurale portato avanti dal regime. Essa, infatti, fu oggetto di un progetto di colonizzazione, programmata e organizzata, sin dal 1926, sotto l'egida del *Comitato per le migrazioni interne*, teso, secondo le dichiarazioni del regime, a decongestionare le aree sovraffollate. Nel caso dell'agro-pontino il movimento migratorio ha interessato soprattutto le aree del nord-est d'Italia, con lo spostamento di gruppi di coloni reclutati ufficialmente dai sindacati ma di fatto dalle segreterie federali del partito.

Sempre con riferimento alla movimentazione di popolazione ed al progetto di sfollamento delle città non si possono non richiamare la legge del 24 dicembre 1928, n. 2961, con la quale veniva consentito ai Prefetti di emanare ordinanze obbligatorie per limitare la sovrappopolazione delle città e la successiva legge del 6 luglio 1939, n. 1092 con la quale fu addirittura introdotto il divieto di migrazione nelle città, se non su richiesta dei datori di lavoro o degli organi provinciali di collocamento.

In questo quadro, la politica delle case popolari era diretta sempre più ai ceti medi. Gli *istituti case popolari* (ICP) erano sempre più in crisi per la mancanza di fondi che andavano a favore degli istituti per l'edilizia media. Analogamente, le abitazioni costruite nella vigenza del T.U. del '38 per gli operai risultavano, in realtà, destinate ai ceti medi. Si tratta di un andamento che ben si comprende nel quadro di una politica tesa a favorire il ritorno alla terra e il decentramento della popolazione.

Soltanto nel 1942, il 17 agosto, fu emanata la legge urbanistica generale italiana (n. 1150) che, secondo quanto dichiarato nel primo articolo, disciplina *"l'assetto e l'incremento edilizio dei centri abitati e lo sviluppo urbanistico in genere nel territorio della Repubblica"*, assumendo, quale strumento centrale per la determinazione dell'assetto del territorio, la pianificazione - piani regolatori generali, riferiti all'intero territorio comunale; piani regolatori particolareggiati, di attuazione del piano regolatore generale -, subordinando altresì qualsiasi intervento edilizio al rilascio di un titolo concessorio: art. 31, comma 1, *"chiunque intenda nell'ambito del territorio comunale eseguire nuove costruzioni, ampliare, modificare o demolire quelle esistenti ovvero procedere all'esecuzione di opere di urbanizzazione del terreno, deve chiedere apposita concessione al sindaco"*. Il provvedimento normativo riflette l'impostazione delle politiche del regime favorendo il disurbamento delle città.

6. Diritto all'abitazione e diritto sull'abitazione nella Carta costituzionale

Il quadro di riferimento, avuto riguardo alla nostra esperienza, muta sensibilmente con l'emanazione della Carta costituzionale nella quale in parte sono state recepite alcune delle sollecitazioni provenienti dal movimento in favore delle abitazioni popolari, sorto già agli inizi dell'ottocento in Belgio, poi estesosi alla Francia dove, nel 1835, si registra la costruzione di alcune decine di alloggi con giardino da parte di dell'imprenditore Koechlin per i propri operai, ed alla Gran Bretagna dove, nel 1848, come si è detto in precedenza, viene inaugurata la prima casa collettiva per gli operai ad opera della *"Metropolitan association for improving the dwellings of the industrious classes"* e, nel 1885, viene approvato l'*"Housing of the working class Act"*.

Preliminare rispetto all'analisi del dettato costituzionale è la distinzione, ben delineata in dottrina, tra diritto *all'abitazione* e diritto *sull'abitazione*. Mentre il primo - il diritto della persona all'abitazione - trova soddisfazione non solo nella disciplina della proprietà, ma anche nella predisposizione di un apparato pubblico incaricato di promuovere e di gestire - direttamente o indirettamente - il settore attraverso interventi sul mercato delle locazioni e sulle case di proprietà pubblica, il secondo, ben più immediato, si pone come espressione, per così dire immediata, del diritto di proprietà consacrato all'art. 42 della Costituzione ai sensi del quale:

“La proprietà è pubblica o privata. I beni economici appartengono allo Stato e ad enti o a privati.

La proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti.

La proprietà privata può essere, nei casi preveduti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi d'interesse generale.

La legge stabilisce le norme ed i limiti della successione legittima e testamentaria e i diritti dello Stato sulle eredità”.

In sede di Assemblea costituente “protagonista dell’elaborazione della proposta in tema di proprietà nella III sottocommissione fu (...) Paolo Emilio Taviani. La relazione Taviani sottolinea il collegamento fra proprietà privata e libertà della persona. «Soltanto rifacendosi a questo legame - afferma il relatore - possiamo trovare la ragione della universalità e della naturalità del principio della proprietà personale». Ma per assicurare il raggiungimento delle finalità sociali della proprietà, inscindibili da quelle personali, «...la legge determinerà le norme che ne regolano l’acquisto e il trasferimento, i limiti di estensione e le modalità di godimento». Si ricordi a questo proposito che il principio della proprietà privata come frutto del lavoro e garanzia dei diritti della persona umana e della famiglia, e in quanto ordinato al bene comune, era stato presentato come uno dei cardini della giustizia sociale cristiana in numerose ed impegnative dichiarazioni pubbliche di parte cattolica, ad esempio nella dichiarazione conclusiva - redatta da Moro, Veronese, Giordani e altri - della XIX settimana Sociale (22-28 ottobre 1945) e nella circolare - la cosiddetta circolare Forghino - diretta il 14 aprile 1946, Domenica delle Palme, dall’Azione cattolica agli Uffici diocesani in vita della consultazione elettorale per la Costituente. (...) La natura essenzialmente mediana e contenutisticamente «aperta» dell’art. 42 è efficacemente sintetizzata da Rodotà, che definisce il testo costituzionale «... lo specchio delle molte ambiguità di quella stagione politica, rispetto alle quali l’unica vera mediazione possibile sembrava quella legata ad una formulazione dell’articolo che non lo irrigidisse in forme tali da farne un ostacolo agli ancora incerti svolgimenti del futuro». (S. BERETTA, *La «costituzione economica» genesi e principi*, in *Il politico*, 1988, pp. 379 ss., pp. 404-405, p. 406).

Al contrario, il diritto all’abitazione trova il proprio fondamento nella interpretazione dell’art. 47 della Costituzione, ai sensi del quale assume, di necessità una portata complessa, coinvolgendo una molteplicità di profili che a diverso titolo riguardano la persona. Si pensi, ad esempio, ai legami che necessariamente sussistono tra diritto all’abitazione e tutela del risparmio contemplata proprio al richiamato art. 47 Cost., ai sensi del quale, in particolare del secondo comma:

“La Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme; disciplina, coordina e controlla l’esercizio del credito.

Favorisce l’accesso del risparmio popolare alla proprietà dell’abitazione, alla proprietà diretta coltivatrice e al diretto e indiretto investimento azionario nei grandi complessi produttivi del Paese”.

Si tratta di un diritto complesso (TARANO, *Accesso al bene casa e tutela privatistica*, in *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona*, Laterza, Bari, 1974, pp. 407 ss.) che, nelle ricostruzioni di una parte della dottrina, acquista una propria collocazione all’interno dei diritti sociali, presentandosi come «diritto all’habitat» che racchiude al proprio interno non soltanto il diritto alla proprietà dell’abitazione, ma, in maniera più articolata, il diritto a veder soddisfatte una serie di esigenze di natura sociale che contemplano la disponibilità di servizi, scuole, verde pubblico, negozi, ecc. Sul punto, però, non sono mancati autori che hanno offerto una visione diversa in ragione della collocazione della disposizione in esame all’interno di una norma dedicata alla tutela del risparmio e del credito finendo così per prevalere, in quelle ricostruzioni, l’aspetto più intimamente connesso al favor per le possibili destinazioni che il risparmio popolare può avere (D. SORACE, *A proposito di proprietà dell’abitazione, diritto all’abitazione e proprietà della casa*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, Giuffrè, Milano, 1977, pp. 1037 ss.).

È innegabile, però, che la norma in questione, ove inquadrata nell’ambito del sistema costituzionale, e coordinata con le disposizioni in tema di diritti fondamentali - alcune delle quali implicano o presuppongono il diritto all’abitazione - esprime, in maniera più o meno diretta, un

favor per l'abitazione, non condizionato al suo aspetto finanziario, intendendo per abitazione quella strettamente necessaria alla soddisfazione del bisogno abitativo primario (T. MARTINES, // *diritto all'abitazione*, in *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona*, cit., pp. 393 ss.), punto di riferimento e componente essenziale di quegli elementi che favoriscono, e allo stesso tempo garantiscono, il pieno sviluppo della persona

Corte cost., sent. 419/91: *"Si aggiunga la progressiva valorizzazione del diritto a permanere nell'abitazione, a compenso della insufficienza del mercato a rispondere alla crescente domanda della popolazione urbana, sino alla formulazione di un diritto sociale fondamentale all'abitazione che connota la nostra forma di Stato"* (anche Corte cost. 217/88 e 404/88).

Un diritto, quello all'abitazione, che nella richiamata dimensione sociale, prevale anche sullo stesso diritto di proprietà, e che, come qualsiasi istanza sociale, si manifesta in una pretesa, nei confronti dei soggetti pubblici, di determinate prestazioni (dirette o indirette), che vanno dalla proprietà dell'abitazione in senso stretto, ad un più generale interesse all'accesso all'abitazione, inteso come soddisfazione del bisogno del privato. Dunque, un'istanza sociale che presuppone l'organizzazione di un servizio pubblico a ciò destinato, nonché una costante azione dei soggetti pubblici tesa a garantire i molteplici aspetti in cui tale diritto sociale si sostanzia, ivi compresa la garanzia di una equilibrata gestione dei rapporti tra proprietari di abitazioni e conduttori.

7. La situazione edilizia nel secondo dopoguerra. Il primo ciclo edilizio (1945-1957)

Nel secondo dopoguerra in Italia si avvia un acceso dibattito sull'urbanistica testimoniato dalla pubblicazione di una serie di volumi che assumeranno un rilievo determinante nell'evoluzione della stessa. Si pensi all'opera di Zevi, *Verso una architettura organica*, pubblicata nel 1945; o a quella di Picconato, *Urbanistica*, dello stesso anno, o al *Manuale dell'architetto*, curato da Ridolfi, Fiorentino, Zevi e Calcaprina, pubblicato l'anno successivo che meglio di ogni altro, forse, esprime *"Il desiderio di ancorare il ciclo edilizio alla rivalorizzazione della tradizione artigianale, vale a dire all'amore per il «mestiere» tramandato per secoli, di generazione in generazione, da anonimi capomastri"* (B. GRAVAGNUOLO, *La progettazione urbana in Europa*, cit., p. 133).

Si afferma, in questo periodo, una visione urbana assai peculiare.

La guerra ha mutato infatti il quadro referenziale del «progetto moderno». La distruzione dei centri storici offre alle teorie funzionaliste un'occasione di verifica progettuale particolarmente propizia, ma inattesa. La *tabula rasa* reclamata nei progetti e nei manifesti dell'architettura d'avanguardia si mostra tutt'al più un tratto come un dato di fatto tangibile nel «grande vuoto» delle macerie belliche. Relegati per decenni ad operare in *periferia*, gli architetti «moderni» devono ora affrontare la questione del centro, con tutto il suo complesso groviglio di radicati valori simbolici nei quali la collettività residente si *identifica* ed alla cui *appartenenza* non vuole rinunciare nel nome dei freddi dettati della pura funzionalità (B. GRAVAGNUOLO, *La progettazione urbana in Europa*, cit., p. 328).

La politica per la casa, in realtà, non presenta sostanziali innovazioni, da un punto di vista degli strumenti, rispetto al precedente periodo fascista. L'edilizia pubblica e sovvenzionata erano disciplinate dal T.U. 28 aprile 1938, n. 1165. Permangono, infatti, le esenzioni da imposte e sovrimposte per le nuove costruzioni, viene prorogato il blocco dei fitti, reintrodotta nel 1940, vengono concesse alcune terre incolte e prorogati i patti agrari, viene conferita la facoltà alla Cassa depositi e prestiti di concedere mutui all'ICP di Roma con la sola garanzia ipotecaria sugli stabili da realizzare (l. 2 aprile 1940, n. 267).

Dopo la guerra, l'intervento del legislatore si orienta in tre direzioni: ricostruzione edilizia; agevolazione della ripresa delle costruzioni edilizie; piano per l'incremento dell'occupazione operaia e la costruzione di case per i lavoratori.

Per ciò che concerne la ricostruzione edilizia il provvedimento principale è il T.U. 9 luglio 1945, n. 305 con il quale veniva disciplinato il ricovero dei cittadini rimasti senza tetto a cagione degli eventi bellici, tracciando un piano per le soluzioni immediate, e autorizzando il Ministero dei Lavori pubblici a provvedere alla riparazione dei fabbricati danneggiati ed alla

ricostruzione di quelli distrutti.

Nel quinquennio successivo vedono la luce alcuni provvedimenti tesi ad agevolare la ripresa delle costruzioni edilizie:

- d.l. 22 settembre 1945, n. 637 con il quale veniva fissata la spesa per le riparazioni e ricostruzioni degli immobili dell'ICP e dell'INCIS e la rispesa dei lavori interrotti a causa della guerra;
- d.l. 10 aprile 1947, n. 261 con il quale viene ripartito il contributo diretto e quello sugli interessi dei mutui ai proprietari che direttamente provvedono alle opere in modo da favorire i piccoli proprietari;
- d.l. 8 maggio 1947, n. 399 con il quale viene autorizzato l'uso di finanziamenti per la riparazione ed il completamento degli edifici danneggiati dagli eventi bellici (seguito dai dd.l. 22 dicembre 1947, n. 1600 e 17 aprile 1948, n. 10925).

In questo stesso periodo viene emanato, nel febbraio 1949, il Piano-Casa Fanfani (l. 28 febbraio 1949, n. 43) - seguendo uno schema analogo a quello proposto nel 1939 da Miniati - che porta alla istituzione dell'INA-Casa, con compito di emanare *provvedimenti per incrementare l'occupazione operaia agevolando la costruzione di case per lavoratori*.

La proposta di Miniati prevedeva la creazione di un ente, finanziato dall'INFPS (Istituto Nazionale Fascista della Previdenza Sociale), dall'Istituto delle assicurazioni contro gli infortuni, dall'INA, dalla Federazione delle casse mutue e dallo stato, con contributi obbligatori degli industriali, al fine di realizzare case da cedere in ammortamento agli operai. Già per il finanziamento delle opere pubbliche nel 1926 era stato creato l'Istituto di credito per le opere pubbliche con sottoscrizioni della Cassa depositi e prestiti, della Cassa nazionale per le assicurazioni sociali, dell'INA, dell'Istituto di credito delle Casse di risparmio italiane, della Cassa di risparmio delle province lombarde e di altri soggetti.

In questo modo si tende di perseguire un duplice obiettivo: la costruzione di case per lavoratori e l'impiego di manodopera per far fronte al problema occupazionale.

L'esperienza del Piano INA-Casa è così sintetizzabile:

- raccolta settennale dei fondi provenienti da contributi dei lavoratori, dei datori di lavoro e dello Stato;
- ripartizione dei fondi tenendo conto delle esigenze abitative e occupazionali delle singole aree;
- organizzazione centralizzata della raccolta e della distribuzione dei fondi il cui impiego era affidato localmente a soggetti pubblici o privati che materialmente gestivano l'appalto di costruzione;
- garanzia della redditività degli alloggi realizzati, da reinvestire nel settore.

Il piano INA-Casa è suddivisibile in due distinte fasi.

La prima che va dal 1949 al 1955, di impronta marcatamente neorealista, nel corso della quale vengono realizzati, secondo una metodologia progettuale che viaggia in uno con l'impegno sociale, il quartiere Italia a Terni; il quartiere Tiburtino a Roma; la Martella a Matera, progettato per accogliere gli abitanti dei Sassi, considerati dall'opinione pubblica un *habitat* troglodita e definiti da De Gasperi e Togliatti una «vergogna d'Italia»; il quartiere INA a Cerignola.

Il quartiere tiburtino è il frutto di un lavoro di gruppo coordinato dallo stesso Ridolfi e da Ludovico Quadroni in collaborazione con (...) Carlo Aymonino, Carlo Chiarini, Mario Fiorentino, Federico Gorio, Sergio Lenci, Piero Lugli, Carlo Melograni e Michele Valori. La condizione di emarginazione di questo quartiere residenziale per i meno abbienti viene assunta dal gruppo di progettisti come pretestuosa chance per rivendicare il rifiuto della città borghese in nome di un ritorno alla purezza contadina. In questo rifiuto gioca un ruolo non secondario la polemica contro il monumentalismo retorico del passato regime. Eppure non sarebbe difficile rintracciare lontane radici di questo atteggiamento populistico nelle crepe ruralistiche del ventennio, vale a dire in quell'aspirazione autarchica a un recupero delle tecnologie povere locali, sperimentata nella citata esperienza delle città pontine, oltre che in opere dello stesso Quaroni quali i progetti degli edifici doganali ai valichi alpini (1937), della Villa a Porto S. Stefano (1938) e del Padiglione della Mostra delle bonifiche a Roma (1938).
(...)

Le scale aperte, i tetti a coppi, i balconi in ferro battuto e la stessa informale morfologia dell'impianto urbano rinviano a una polemica mitologia «paesana». La stessa malintesa contrapposizione etica del tepore degli archetipi pre-moderni alla freddezza delle astratte tipologie razionaliste finisce col rovesciarsi in una involontaria adesione al disegno strategico della conservazione dello stato di arretratezza del ciclo edilizio e della emarginazione delle classi povere nelle aree periferiche suburbane. (B. GRAVAGNUOLO, *La progettazione urbana in Europa*, cit., pp. 134-135).

Sarà solo verso la fine del settennio che si registreranno dei tentativi di abbandonare l'ideologia costruttiva di fondo ispirata al villaggio, a favore di una tipologia edilizia a Torre, ben rappresentata dall'intervento edilizio realizzato a Roma in Viale Etiopia tra il 1955 ed il 1962, cioè a cavallo tra i due settenni del Piano INA-Casa.

Esempi significativi di questa fase di transizione sono i quartieri INA: San Giuliano a Mestre (1950) di L. Piccinato, G. Samonà, A. Scattolin, E. Trincanato (un assemblaggio di diverse tipologie - a torre, a schiera, in linea - prevalentemente declinate in un linguaggio vernacolare); Cesate a Milano (1950-1952) di F. Albini, E. Castiglioni, I. Gardella, BPR (case a schiera con alloggi unifamiliari, ruotanti intorno a un lungo blocco multipiano con alloggi a ballatoio e negozi al piano terra); Borgo Panigale a Bologna (1951) di G. Vaccaio (dalla fisionomia allungata tipica dei borghi emiliani); Villa Bernabò-Brea a Genova (1951-54) di L. Daneri (che tenta di superare l'equivoco del quartiere isolato ed autosufficiente prolungando delle spire di connessione con il tessuto urbano circostante).

Gli insediamenti residenziali San Basilio a Roma (1949-55) di M. Fiorentino, e Falchera a Torino (1951) di G. Astengo rappresentano, invece, i casi più spinti di importazione in Italia del modello tipologico ad «alveoli» di ascendenza scandinava. A conti fatti una delle poche deviazioni dal movimento empirico, nel primo settennio dell'INA-Casa, può essere rintracciata negli edifici in linea del quartiere Harrar a Milano (1949) di P. Bottoni, P. Chessa, L. Figini, G. Pollini: un inequivocabile esempio di razionalismo (B. GRAVAGNUOLO, *La progettazione urbana in Europa*, cit., pp. 136-137).

Sempre nel 1949, vengono emanate, il 2 agosto la legge n. 408 (legge Tupini) contenente norme per l'incremento della costruzione delle case popolari e il 25 giugno la legge n. 409 contenente norme per agevolare la ricostruzione delle abitazioni distrutte dagli eventi bellici e per l'attuazione dei piani di ricostruzione i cui fondamentali aspetti urbanistici erano delineati nel d.l.l. 1 marzo 1945, n. 154 con il quale veniva posto un obbligo in capo ai comuni danneggiati dalla guerra di redigere entro tre mesi i piani di ricostruzione stessi.

Nel 1950 vedono la luce due provvedimenti che assumono un ruolo determinante nel settore: la legge Aldisio (legge 10 agosto 1950, n. 715) con la quale viene costituito un «fondo per l'incremento edilizio» destinato a sollecitare l'attività edilizia privata con la concessione di mutui al 4% per la concessione delle case di abitazione; ed il decreto del Ministro dei Lavori pubblici del 7 gennaio con il quale furono determinate le caratteristiche delle abitazioni di lusso escluse, perciò, dai benefici di legge, il cui esito fu un sostanziale ampliamento del concetto di casa popolare includendovi parametri igienico-sanitari che sino a quel momento erano rimasti esclusi.

Nel 1954 viene emanata la legge 9 agosto n. 640 per l'assegnazione di case per i meno abbienti, privi di abitazione o alloggiati in abitazioni improprie o malsane.

L'anno successivo è stato proposto lo schema Vanoni nel quale venivano indicati i settori (agricoltura, opere pubbliche, imprese di pubblica utilità ed edilizia) che più degli altri risultavano influenzabili dalla regolamentazione statale.

Con specifico riguardo al settore dell'edilizia si legge:

l'azione dello Stato è mossa fino a un certo livello da gravi esigenze sociali che occorre in ogni modo soddisfare; oltre tale livello il programma edilizio può invece essere concepito come un eventuale stimolo ulteriore al processo di espansione della domanda. In altri termini, gli investimenti in edilizia, in quanto non danno luogo come gli altri investimenti a nuove capacità produttive, ma si risolvono solo nella disponibilità di un bene di consumo, possono avere - per la parte che risponde ad esigenze sociali meno urgenti - un carattere di maggiore

*elasticità rispetto agli altri settori di investimento (Gennaio 1955: il Piano Vano-
ni, in Mondo economico, 27 gennaio 1975, n. 3).*

Nello stesso anno viene emanata la legge 26 novembre 1955, n. 1148 con la quale viene prorogato per altri sette anni il piano INA-casa e vengono ampliati i provvedimenti per l'incremento dell'occupazione operaia.

La seconda fase del piano INA-Casa va dal 1956 al 1962 ed esprime, seguendo le anticipazioni già manifestate nel periodo di transizione, l'esigenza di realizzare una politica di quartiere diversa.

A differenza del Tiburtino e della Martella, l'impianto compositivo del quartiere è giocato su una matrice geometrica chiaramente riconoscibile, data dalla fitta tessitura di un modulo planimetrico a torre che si innesta su un più ampio incastro di corti quadrangolari intorno a cui ruotano le cellule-tipo reiterate con ritmo serrato (B. GRAVAGNUOLO, *La progettazione urbana* in Europa, cit., p. 137).

Vedono la luce in questo periodo quartieri tipo il quartiere IACP Forte Quezzi di Genova (1958) realizzato su progetto di Danieri, e il quartiere INA di via Cavedone a Bologna (1957-1960).

8. Il secondo ciclo edilizio (1958-1965)

Uno dei primi provvedimenti emanati nel secondo ciclo edilizio è la legge 21 marzo 1958, n. 447, con la quale viene conferita una delega al Governo per l'emanazione di provvedimenti per la cessione in proprietà degli alloggi dell'INA-Casa e dell'INCIS (Istituto nazionale case per gli impiegati statali), attuata con il d.p.r. 17 gennaio 1959 n. 2 nel quale vengono, appunto, stabilite le modalità della cessione degli alloggi di proprietà pubblica, seguita quattro anni più tardi dalla legge 18 aprile, n. 167 *"disposizioni per favorire l'acquisizione di aree fabbricabili per l'edilizia economica e popolare"* da parte dei comuni, assicurando il reperimento a basso costo di aree (da espropriare) ove realizzare interventi di edilizia residenziale pubblica. Aree per la cui acquisizione viene emanata la legge n. 847 del 29 settembre 1964, con la quale si autorizzano i Comuni e i loro consorzi a contrarre mutui a tal fine. Il meccanismo previsto per l'acquisizione delle aree fu dichiarato incostituzionale con la sentenza n. 22/1965 in quanto l'indennità, ad avviso della Corte, doveva costituire un serio ristoro del danno patrimoniale subito dal soggetto cui viene espropriato il bene. Con la decisione n. 904 del 1965 fu ripristinato il vecchio criterio contemplato dalla legge sulla città di Napoli.

Lo strumento centrale del provvedimento in questione (l. 167/63) è il PEEP, un piano decennale di edilizia economica e popolare che ciascun Comune, ai sensi dell'art. 18, deve adottare onde conseguire la realizzazione a basso costo di insediamenti di edilizia popolare.

Si tratta di uno strumento con il quale lo stato persegue finalità di promozione sociale, garantendo il diritto all'abitazione, e rimuovendo così, in ottemperanza al dettato costituzionale, quegli *"ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana"* (art. 3, comma 2, Cost.).

In questo periodo, soprattutto nel Nord, vengono posti in essere numerosi provvedimenti di pianificazione, in risposta alla contraddizione tra il settore dell'edilizia speculativa ed i settori industriali. Una contraddizione che si riflette anche in un ampio dibattito che, alla fine del 1960, porta ad una prima proposta di riforma della legge urbanistica redatta dall'Istituto nazionale di urbanistica. Tra i contenuti essenziali della proposta di riforma si possono ricordare: l'eliminazione dell'esproprio generalizzato dei suoli destinati all'edificazione; l'obbligo dei comuni di dotarsi di aree da urbanizzare per utilizzarle direttamente o da cedere in uso o in proprietà e quello dei proprietari di cedere gratuitamente al comune una quota del 30% dell'area totale da destinare ad attrezzature pubbliche, e di sostenere le spese di urbanizzazione primaria.

Nel 1962 vede la luce il disegno di legge Sullo, tendente a risolvere alla radice il problema della riforma fondiaria, da più parti avversato ed ostacolato. Ruolo centrale è riconosciuto allo strumento del Piano la cui attuazione è demandata ai piani particolareggiati, le cui prescrizioni hanno valore a tempo indeterminato. Il procedimento muove dalla acquisizione delle aree da parte dell'amministrazione comunale, attraverso l'esproprio. Momento successivo è rappre-

sentato dalla realizzazione, da parte dello stesso, delle opere di urbanizzazione primaria, cui segue la collocazione sul mercato (vendita all'asta) delle aree destinate ad edilizia residenziale. La vendita, però, non ha ad oggetto la proprietà del bene, ma soltanto il diritto di superficie. L'anno successivo viene emanata dalla legge n. 60 del 14 febbraio 1963, sul piano GESCAL 1962-1973, che opera avvalendosi della legge 18 aprile 1962, n. 167 recante *"disposizioni per favorire l'acquisizione di aree fabbricabili per l'edilizia residenziale pubblica"* con la quale viene introdotto il Piano di zona per l'edilizia economica e popolare (Peep, per l'acquisizione espropriativa di aree edificabili) da inquadrare nell'ambito del Piano regolatore generale. Una integrazione tra strumenti di programmazione che garantisce, per la prima volta, la possibilità di coordinare i programmi di edilizia pubblica con le scelte di piano dei Comuni.

L'efficacia del piano è di 10 anni, prorogabile non oltre 2 anni, e la sua approvazione ha valore di:

- piano particolareggiato esecutivo ai sensi della l. 1150/42;
- dichiarazione di indifferibilità e urgenza per tutte le opere a fini espropriativi;
- dichiarazione di idoneità delle aree per gli edifici scolastici previsti dall'art. 8 della legge n. 645/54 sull'edilizia scolastica;
- preordinazione agli espropri delle aree comprese nel piano di zona, nel periodo di validità di questo.

Infine, nel 1965, in piena crisi edilizia, (6 settembre) fu emanato il d.l. n. 1022 convertito nella legge 1 novembre 1965 n. 1179, contenente norme per l'incentivazione dell'attività edilizia consistenti in snellimenti dell'attività burocratica e provvedimenti per l'incentivazione dell'attività edilizia tesi a favorire lo smaltimento degli alloggi non venduti dai costruttori.

9. Il terzo ciclo edilizio (1966-1970)

Il terzo ciclo edilizio sotto un profilo normativo si apre con un provvedimento che rappresenta il tentativo di porre rimedio alla situazione di crisi, creando un collegamento tra la disciplina urbanistica del '42 e la futura disciplina urbanistica, da cui il nome di legge Ponte (legge 6 agosto 1967, n. 765 *"Modifiche e integrazioni alla legge urbanistica"*, 17 agosto 1942, n. 1150). Emanata per bloccare la crescita incontrollata delle città attraverso una disciplina più rigorosa, la Legge Ponte cerca di estendere la formazione dei piani regolatori generali, e introduce gli standard urbanistici: la quantità minima di spazio che ogni PRG deve inderogabilmente riservare all'uso pubblico e la distanza minima da osservarsi nella costruzione dai lati delle strade. Valori determinati poi nel Decreto Ministeriale n. 1444 del 2 aprile 1968 (limiti inderogabili di densità edilizia, di altezza, di distanza fra i fabbricati e rapporti massimi tra gli spazi destinati agli insediamenti residenziali e produttivi e spazi pubblici o riservati alle attività collettive, al verde pubblico o a parcheggi, da osservare ai fini della formazione dei nuovi strumenti urbanistici o della revisione di quelli esistenti ai sensi dell'art. 17 della l. 6 agosto 1967, n. 765), e nel Decreto ministeriale n. 1404 dello stesso anno (1 aprile) (Distanze minime a protezione del nastro stradale da osservarsi nella edificazione fuori del perimetro dei centri abitati ai sensi dell'art. 19 della l. 6 agosto 1967, n. 765).

Il quadro normativo della legge urbanistica viene ridefinito grazie all'intervento della Corte costituzionale che con la sent. 55 ha dichiarato la parziale illegittimità degli artt. 7 e 40 della legge urbanistica del 1942 asserendo il principio della valenza a tempo indeterminato del piano regolatore generale e dei vincoli di destinazione di zona per uso pubblico. Diversamente, invece, la Corte ha riconosciuto la illegittimità dei vincoli espropriativi nei quali non viene fissata una data certa.

Il problema centrale rimane la qualificazione dello *ius aedificandi*: se l'edificabilità dovesse essere connaturata alla proprietà privata dei suoli o se, al contrario, essa fosse solo oggetto di un provvedimento concessorio, quindi un diritto trasferito dal soggetto pubblico al soggetto privato attraverso un provvedimento ampliativo (concessione edilizia) della sua sfera giuridica. Una questione che si riverbera sulla indennizzabilità dei vincoli.

Per offrire una soluzione al problema richiamato viene emanata la legge 13 novembre 1968 n. 1187, la cosiddetta Legge Tappo, con la quale si stabilisce che le previsioni contenute nei piani regolatori generali a contenuto espropriativo hanno una validità limitata di 5 anni, a partire dall'approvazione del PRG, in assenza di approvazione dei relativi piani particolareggiati o

autorizzati o dei piani di lottizzazione convenzionata (termini prorogati per un altro biennio dalla legge n. 756 del 30 novembre 1973, ultimo giorno di utile; di un ulteriore anno dal d.l. 526 del 1975, convertito nella legge 696; di altri due mesi con il d.l. 781 del 1976).

L'anno successivo, con lo sciopero generale "contro il caro casa e per un massiccio intervento della casa nell'edilizia" ha inizio la cosiddetta *vertenza casa*, in conseguenza dell'annuncio della FIAT di voler assumere nell'area torinese 15.000 addetti, reclutati nel mezzogiorno. Ad esso seguirono una serie di iniziative tese ad ottenere una riforma del settore.

10. Il quarto ciclo edilizio (1971-1975)

A seguito delle agitazioni connesse alla *vertenza casa* viene emanata, il 22 ottobre 1971, la legge n. 865 *"Programmi e coordinamento dell'edilizia residenziale pubblica; norme sull'espropriazione per pubblica utilità; modifiche ed integrazioni alle leggi 17 agosto 1942, n. 1150; 18 aprile 1962, n. 167; 29 settembre 1964, n. 847; ed autorizzazione di spesa per interventi straordinari nel settore dell'edilizia residenziale, agevolata e convenzionata"*.

Si tratta di una disciplina di ampia portata che estende l'applicazione dell'esproprio per l'acquisizione delle aree comprese nei piani di cui alla legge n. 167, di quelle necessarie per la realizzazione di opere di urbanizzazione primaria e secondaria, nonché per il risanamento conservativo degli agglomerati urbani.

Sempre nello stesso anno sono stati emanati altri provvedimenti normativi: la legge n. 426, istitutiva dei piani di commercio a livello comunale; la legge n. 1044 di finanziamento dei programmi regionali e comunali per la costruzione di asili nido, e la legge n. 1102 (*nuove norme per lo sviluppo della montagna*) istitutiva delle comunità montane, soggetti a competenza territoriale intercomunale aventi poteri di pianificazione dello sviluppo sociale ed economico delle aree di propria competenza.

Si tratta di un periodo molto particolare nel quale la crisi sociale si fa sempre più evidente, in primo luogo nella divaricazione socio-economica tra nord e sud.

In questi anni nascono le emanazioni immobiliari di alcune grandi imprese: la TECNECO dell'ENI, la SITECO della FIAT, la TECNOCASA dell'IRI.

Negli anni Settanta, ed in particolare con la emanazione della rammentata legge quadro 27 ottobre 1971, n. 865 (*Legge sulla casa*) - con la quale si individuano quali soggetti (pubblici) centrali nel settore dell'edilizia residenziale (sino ad allora edilizia economica e popolare) gli Istituti Autonomi Case popolari (IACP), unici soggetti incaricati della esecuzione degli interventi di edilizia residenziale pubblica - si assiste all'inizio di una nuova fase nel settore dell'edilizia.

La legge richiamata fornisce un nuovo assetto all'intero comparto dell'edilizia residenziale pubblica, prevedendo, tra l'altro, la istituzione del Comitato per l'edilizia residenziale (CER), organo direttamente legato al Ministero dei lavori pubblici - al quale sono attribuite le competenze in ordine alla definizione dei criteri generali e di quelli tecnici per la progettazione e l'esecuzione delle opere. Al CER viene conferito il compito di coordinare e gestire i finanziamenti dei piani pluriennali e di promuovere la ricerca ed i progetti sperimentali nel settore dell'edilizia, distribuendo i fondi alle Regioni per l'esecuzione dei programmi di edilizia residenziale pubblica.

Con riferimento al riparto di competenze tra Stato e Regioni non si può non richiamare il d.p.r. 15 gennaio 1972, n. 8, con il quale viene trasferita alle Regioni la materia dell'urbanistica, senza alcuna menzione del settore dell'edilizia residenziale rispetto alla quale la Corte costituzionale nelle sentenze n. 221, del 17 luglio 1975 e n. 140, del 22 giugno 1976 ebbe a precisare la natura composita dell'edilizia residenziale.

Seguendo la ricostruzione offerta dalla Corte, infatti, si individuano tre distinti profili: quello dell'urbanistica, concernente la formazione degli strumenti; quello dei lavori pubblici, per la programmazione e realizzazione degli interventi; e quello della prestazione e gestione del servizio casa, per la disciplina delle assegnazioni. Quanto alle prime due, secondo il giudice delle leggi, tanto l'art. 117 Cost. quanto il d.p.r. n. 616/77 - attuativo della legge delega n. 382 del 1975 in tema di competenze regionali - non lasciano dubbi circa la loro inclusione nel novero delle competenze regionali, includendo le opere di edilizia residenziale pubblica fra i lavori pubblici

di interesse regionale (art. 87), come pure le funzioni relative alla programmazione regionale e di localizzazione e gestione degli interventi di edilizia residenziale e abitativa pubblica, di edilizia convenzionata, di edilizia agevolata e sociale, con le relative procedure di finanziamento (art. 93, comma 1), i compiti di direzione, sorveglianza ed organizzazione degli IACP (art. 93, comma 2), le funzioni relative agli alloggi di servizio, esclusi quelli riservati allo Stato (art. 93, comma 3); le funzioni relative alle agevolazioni per l'accesso al credito (art. 93, comma 4). Il terzo, invece, stante la sua natura, rientra nella competenza statale.

Il quadro normativo si completa con d.p.r. 30 dicembre 1972, n. 1036, con il quale viene abolita la pleora di enti pubblici operanti nel settore e viene al contempo valorizzato il ruolo degli IACP che si pongono quali unici soggetti responsabili dell'attuazione dell'edilizia sovvenzionata. Sempre nel 1972, anno di istituzione delle Regioni cui viene trasferito il settore dell'urbanistica, viene emanato il d.p.r. n. 1035 recante *"norme per l'assegnazione, la revoca, la determinazione e la revisione dei canoni degli alloggi di edilizia residenziale pubblica"*.

Nello stesso periodo furono emanate la legge n. 52 del 1976 sull'edilizia pubblica per gli appartenenti ai Corpi armati dello Stato, e la legge n. 513 del 1977, la legge 5 agosto 1978, n. 457 (*"Norme per l'edilizia residenziale"*), con la quale viene individuata una nuova tipologia di interventi di *edilizia sovvenzionata* affidata agli IACP, coperta da finanziamenti interamente pubblici e l'*edilizia agevolata* e convenzionata realizzata da soggetti vari col ricorso di finanziamenti pubblici, e la c.d. *edilizia libera*, e viene previsto un piano decennale riguardante interventi di edilizia sovvenzionata, convenzionata e agevolata per la costruzione di abitazioni e per il recupero del patrimonio edilizio degli enti pubblici e del patrimonio edilizio esistente. L'art. 10 della l. n. 475/78 istituisce la sezione autonoma della Cassa depositi e prestiti alla quale è stato trasferito il fondo speciale, previsto dall'art. 45 della legge n. 865/71 per la concessione di mutui per l'acquisizione e l'urbanizzazione delle aree e per le operazioni di finanziamento degli IACP.

In questo periodo si affermano modelli edilizi di cui si è detto nelle pagine precedenti di matrice funzionalista.

Emblematico, riferendoci all'esperienza italiana, dei nuovi orientamenti affermatasi in architettura, è il Complesso residenziale di Corviale a Roma.

(1973-81) costruito a sud-ovest di Roma per gli IACP da un gruppo di architetti coordinati da Mario Fiorentino. Si tratta di una gigantesca «unità di abitazioni», lunga circa un chilometro e contenente 630 vani su 9 piani, oltre ai nuclei dei servizi collettivi collocati all'interno del complesso stesso, nell'interstizio vuoto generato dalla composizione delle fasce residenziali. Sotto molti aspetti resta l'esempio migliore attuato in Italia in questo orientamento progettuale, preferibile se non altro per le qualità progettuali ai tanti mega-blocchi che hanno devastato le periferie delle città storiche. Ma, nonostante le «buone intenzioni» tecniche e sociali, il Corviale appare uno «spaesato» detrito lasciato dalla marea utopica sulla landa desolata di una caotica periferia urbana. Ancora una volta la sua «forma», disegnata con paziente maestria, non riesce a compensare la disfatta di una profezia inattendibile, indicando all'inverso con eloquente testimonianza una strada da non ripercorrere (B. GRAVAGNUOLO, *La progettazione urbana in Europa*, cit., p. 337).

11. Il quinto ciclo edilizio (1976-1983)

Agli inizi del 1977, il 28 gennaio, viene emanata la l. n. 10 *"Norme per l'edificabilità dei suoli"*, nota come Legge Bucalossi, con la quale viene dettata, secondo criteri innovativi, la disciplina per un nuovo regime dei suoli. La principale innovazione contenuta nella legge riguarda la scissione operata tra diritto di proprietà e *ius aedificandi* oggetto di un provvedimento concessorio (concessione edilizia onerosa). Si tratta di un passaggio assai significativo, dalla licenza edilizia alla concessione edilizia, a base della quale, se da una parte pare cogliersi la convinzione che esso (*lo ius aedificandi*) non sia una costante del diritto di proprietà ma venga creato in capo al privato grazie all'intervento del soggetto pubblico. È questa, infatti, la sostanziale differenza connessa ai due titoli abilitativi. Mentre la licenza viene inquadrata come un atto teso sostanzialmente ad eliminare un limite giuridico all'esercizio di un diritto, la concessione, come del resto si desume dallo stesso nome, ha come principale effetto giuridico il trasferimento (dalla pubblica amministrazione al privato) o la costituzione *ex novo* di un diritto. In

questo quadro, pertanto, lo *ius aedificandi* verrebbe ad essere costituito in capo al privato soltanto a seguito dell'emanazione del provvedimento da parte della pubblica amministrazione. In concreto, però, l'istituto concessorio viene disciplinato in maniera tale da negare sostanzialmente la validità della separazione tra diritto di proprietà e diritto di edificare, stante la illimitatezza nel tempo e la trasferibilità della concessione disciplinata dal legislatore. Il rilascio della concessione comporta il sorgere, in capo al privato, dell'onere di versare un contributo composto dal costo di costruzione e da una quota per gli oneri di urbanizzazione primaria (strade, illuminazione, fognature, ecc.) e secondaria (impianti sportivi, attrezzature sociali e sanitarie, scuole, ecc.).

Con questo provvedimento normativo vengono introdotti nuovi strumenti di programmazione: i programmi pluriennali di attuazione (PPA) attraverso i quali si intende porre fine alla crescita irrazionale delle città, garantendo una programmazione degli interventi sul territorio coerente anche con le stesse disponibilità finanziarie, escludendo, nei comuni dove l'adozione del PPA è obbligatoria, la possibilità di operare interventi, se non per casi eccezionali, al di fuori delle aree contemplate nel PPA stesso. Con la legge Ponte viene poi esteso il regime della convenzione introdotto dalla legge n. 167/62 alle aree esterne al PEEP. Ai sensi dell'art. 7, infatti, "qualora il promotore dell'intervento edilizio si impegni a realizzare alloggi con particolari caratteristiche tipologiche e costruttive ed inoltre a praticare prezzi di vendita e canoni di locazione preventivamente concordati con il comune" il contributo concessorio viene ridotto alle sole spese di urbanizzazione.

Nel giugno del '77, stante le forti spinte sociali, viene siglato un accordo a 6 avente come obiettivo quello di costruire 300.000 alloggi l'anno attraverso l'edilizia agevolata-convenzionata, il cui elemento cardine è rappresentato dalle cooperative, sovvenzionate, a totale carico dello Stato.

Per far fronte alla situazione venutasi così a creare, nel 1977, l'8 agosto, viene emanata la l. 513, recante *"provvedimenti urgenti per l'accelerazione dei programmi in corso, finanziamento di un programma straordinario e canone minimo dell'edilizia residenziale pubblica"*.

L'anno successivo vengono emanate due leggi importanti per il settore: la legge 27 luglio 1978, n. 392 "Disciplina delle locazioni degli immobili urbani", e la legge 5 agosto 1978, n. 457 "norme per l'edilizia residenziale".

Quanto al primo provvedimento, noto anche come legge sull'equocanone, esso cerca di rispondere all'esigenza di riordinare il mercato delle locazioni fortemente squilibrato in ragione del continuo reiterarsi del blocco dei fitti. Nella legge si stabilisce, infatti, che il canone di locazione non possa superare il 3,85% del valore locativo del bene, calcolato sulla base di un costo base al mq, moltiplicato per alcuni coefficienti correttivi individuati in ragione delle caratteristiche dell'abitazione, del comune, della zona del comune in cui l'abitazione stessa era situata, del livello di piano e dello stato di conservazione e manutenzione dell'edificio, nonché della sua vetustà.

Nonostante i buoni propositi, in realtà l'efficacia della legge fu limitata in quanto i coefficienti tesero ad assecondare la rendita urbana; i proprietari di immobili più recenti riuscirono ad ottenere un aumento del costo base, incrementando così il divario con i canoni di locazione degli immobili più vecchi. Inoltre, molti proprietari effettuarono il cambio di destinazione d'uso delle abitazioni in modo da aggirare i vincoli imposti dalla stessa legge.

Quanto alla legge 5 agosto 1978, n. 457 (*"Norme per l'edilizia residenziale"*), si tratta di un provvedimento normativo con il quale si cerca di superare i limiti della legge n. 865/71 attraverso una più attenta ed organica ripartizione delle funzioni tra i diversi soggetti pubblici interessati. Vengono, così, posti in primo piano le Regioni, il CIPE (Comitato interministeriale per la programmazione economica), e il CER (comitato per l'edilizia pubblica del ministero dei lavori pubblici).

Nucleo centrale per la realizzazione dell'edilizia residenziale sono i programmi. La legge prevedeva, infatti, un piano decennale, articolato a sua volta in piani quadriennali e progetti biennali predisposti dalle Regioni. E gli stessi stanziamenti previsti erano suddivisi tra:

- interventi di recupero del patrimonio edilizio esistente (la cui programmazione doveva avvenire a livello di piano di recupero);
- interventi di edilizia sovvenzionata (realizzati dall'amministrazione con finanziamenti pubblici);

- interventi di edilizia agevolata-convenzionata (realizzati da soggetti privati - es. imprese di costruzione e proprietari privati, cooperative - con un finanziamento pubblico).

Nel provvedimento vengono, in linea con le tendenze costruttive affermatesi nel resto d'Europa, modificati gli *standards* abitativi dimensionali e viene data una spinta significativa verso una maggiore razionalizzazione del processo produttivo.

Sempre nel 1978 viene emanata la legge n. 1 relativa alle opere pubbliche, grazie alla quale si ottiene uno snellimento della procedura per la loro realizzazione in applicazione del principio della intercambiabilità delle aree destinate a *standard*. Si tratta di quelle ipotesi in cui le opere da realizzare andavano in variante ai piani regolatori generali ma erano comunque collocate su aree già destinate a servizi dal piano.

12. Gli anni '80. Il sesto (1984-1987) ciclo edilizio

Negli anni Ottanta si apre una nuova fase nella quale la disciplina risponde ad una logica diversa, non più incentrata su una programmazione degli interventi nel settore ma sulla cosiddetta «emergenza casa». Si afferma, così, la logica della contingenza e della straordinarietà degli interventi, sia sotto il profilo delle competenze istituzionali, e della programmazione sia per quello della pianificazione urbanistica.

Con la legge 15 febbraio 1980, n. 25, di conversione del d.l. 15 dicembre 1979, n. 624, viene previsto lo stanziamento di 400 miliardi di lire per 11 maggiori comuni, per l'acquisto di alloggi per sfrattati, reperibili anche nel territorio di comuni limitrofi, e viene finanziata la realizzazione di un programma straordinario di edilizia da parte di 28 comuni, scelti con delibera CIPE.

Gli anni Ottanta si aprono con un nuovo intervento della Corte costituzionale (sent. n. 5) con il quale viene dichiarata l'illegittimità costituzionale del sistema indennitario previsto dall'art. 16 della legge n. 865/71, così come modificato dall'art. 14 della legge Ponte. Ai sensi dell'articolo in questione *“l'indennità di espropriazione, per le aree esterne ai centri edificati di cui all'art. 18, è commisurata al valore agricolo medio (...) corrispondente al tipo di coltura in atto nell'area da espropriare”*. Tale valore agricolo medio *“nel precedente anno solare, dei terreni considerati liberi da vincoli di contratti agrari secondo i tipi di coltura effettivamente praticati”*, veniva determinato da una commissione regionale annualmente (entro il 31 gennaio) *“nell'ambito delle singole regioni agrarie delimitate secondo l'ultima pubblicazione ufficiale dell'istituto centrale di statistica”*.

Per le *“aree comprese nei centri edificati l'indennità è commisurata al valore agricolo medio della coltura più redditizia tra quelle che, nella regione agraria in cui ricade l'area da espropriare, coprono una superficie superiore al 5 per cento di quella coltivata della regione agraria stessa”*.

Tale valore è moltiplicato per un coefficiente:

da 2 a 5 se l'area ricade nel territorio di comuni fino a 100 mila abitanti;

da 4 a 10 se l'area ricade nel territorio di comuni con popolazione superiore a 100 mila abitanti.

(...)

Per l'espropriazione delle aree che risultino edificate o urbanizzate (...) l'indennità si determina in base alla somma del valore dell'area, definito a norma dei precedenti commi, e del valore delle opere di urbanizzazione e delle costruzioni, tenendo conto del loro stato di conservazione (...)

Nella determinazione dell'indennità non deve tenersi alcun conto dell'utilizzabilità dell'area ai fini dell'edificazione, nonché dell'incremento del valore derivante dalla esistenza nella zona di opere di urbanizzazione primaria e secondaria e di qualunque altra opera o impianto pubblico”.

Le censure di illegittimità mosse dalla Corte costituzionale nella sentenza richiamata si concentrano proprio sulla scelta fatta dal legislatore di porre al centro del sistema indennitario il valore agricolo, considerato in contrasto con l'art. 42, comma 3, della costituzione ai sensi del quale *“La proprietà privata può essere, nei casi previsti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi di interesse generale”*, nonché con l'art. 3 della Costituzione. Ad avviso della Corte, infatti, l'impianto costituzionale richiede che si garantisca *“un adeguato, congruo,*

equo ristoro e rispondente al massimo contributo che possa essere corrisposto, nel contemperamento dell'interesse privato con quello pubblico".

Sono costituzionalmente illegittimi, in riferimento agli art. 42, 3° comma e 3, 1° comma cost.: a) l'art. 16, 5°, 6° e 7° comma l. 22 ottobre 1971, n. 865, come modificati dall'art. 14 l. 28 gennaio 1977, n. 10; b) l'art. 19, 1° comma l. 28 gennaio 1977, n. 10, e dell'art. 20, 3° comma, l. 22 ottobre 1971, n. 865, come modificato dall'art. 14 l. 28 gennaio 1977, n. 10; c) l'articolo unico l. 27 giugno 1974, n. 247, nella parte in cui, convertendo in legge con modificazioni, il d. l. 2 maggio 1974, n. 115, ne modifica l'art. 4, estendendo l'applicazione delle disposizioni dell'art. 16, 5°, 6° e 7° comma l. n. 865 del 1971 a tutte le espropriazioni comunque preordinate alla realizzazione di opere o di interventi da parte dello stato, delle regioni, delle province, dei comuni o di altri enti pubblici o di diritto pubblico anche non territoriali

Le disposizioni dichiarate illegittime sono state richiamate in vita dalla legge 29 luglio 1980, n. 385 recante norme provvisorie sulle indennità di espropriazione, ai soli fini della determinazione di tali indennità. Tuttavia, con la sentenza 19 luglio 1983, n. 223, le disposizioni che sostanzialmente facevano rivivere l'art. 16 sono state dichiarate costituzionalmente illegittime.

Sono illegittimi, per violazione degli art. 42, 3° comma, e 136, 1° comma, cost., gli art. 1, 1° e 2° comma, e 2 l. 29 luglio 1980, n. 385, l'art. unico l. 25 settembre 1981, n. 535, e, in via derivata, in applicazione dell'art. 27 l. 11 marzo 1953, n. 87, gli art. 1, 3°, 4° e 5° comma, e 3 l. n. 385 del 1980, nonché gli art. unici l. 29 luglio 1982, n. 481 e 23 dicembre 1982, n. 943, concernenti la determinazione dell'indennità di esproprio e di occupazione d'urgenza di aree edificabili nelle more dell'entrata in vigore della legge sostitutiva delle norme dichiarate illegittime da corte costituzionale n. 5 del 1980, la fissazione del termine di emanazione di tale legge e la previsione delle proroghe di esso.

Si crea così un vuoto normativo che sarà colmato soltanto attraverso il riferimento ad alcune decisioni in materia di espropriazione pronunciate dal Consiglio di Stato.

Nel 1981 con i due decreti legge Nicolazzi, uno solo dei quali viene convertito in legge (l. n. 94/82), vengono svuotati di contenuto i programmi pluriennali di attuazione. Nei decreti, infatti, è prevista la possibilità che le concessioni per gli interventi di recupero e per quelli da realizzare su aree dotate di urbanizzazione primaria e su aree comprese in piani di lottizzazione convenzionata (che sostanzialmente riguardano tutte le grosse realizzazioni edificatorie), vengano rilasciate al di fuori dei PPA. Si tratta di un provvedimento attraverso il quale viene in sostanza consacrata la filosofia dell'emergenza abitativa. Esso pone il CER al centro del sistema istituzionale dell'edilizia residenziale attribuendogli un'ampia gamma di competenze tra le quali rientra la ripartizione dei fondi per l'edilizia tra le regioni e la determinazione degli obiettivi quantitativi e tipologici dei programmi di edilizia abitativa, quantificando gli obiettivi fisici in relazione alle assegnazioni finanziarie e alle rilevazioni dei costi.

Ed è proprio in questo periodo che si afferma, grazie ai provvedimenti appena richiamati, una nuova forma di intervento statale nel settore rappresentata dai contributi individuali (c.d. buono casa). In alternativa ai mutui agevolati individuali, previsti dall'art. 9 della legge n. 25/80, l'art. 2, comma 9, della legge n. 94/82 fu introdotta la possibilità per le Regioni di concedere contributi in conto capitale per alloggi di nuova costruzione e per gli interventi di recupero. Istituto rafforzato poi quattro anni più tardi dalla legge 23 dicembre 1986, n. 899, "Misure urgenti per fronteggiare l'eccezionale carenza di disponibilità abitativa".

Gli anni Ottanta si caratterizzano, per il settore edilizio, per il tentativo di liberare, operando una *deregulation*, il settore dai lacci e laccioli previsti dalla normazione statale e regionale. Una politica che giunge al culmine nel 1985, anno in cui viene emanata la legge 28 febbraio 1985, n. 47, "Norme in materia di controllo dell'attività urbanistico-edilizia, sanzioni, recupero e sanatoria delle opere edilizie", nota anche come legge sul condono edilizio.

Il Capo I della legge contiene "norme in materia di controllo dell'attività urbanistico-edilizia e le sanzioni amministrative e pecuniarie".

Il Capo II riguarda, invece, lo snellimento delle procedure urbanistiche ed edilizie.

Il Capo III è relativo al recupero urbanistico degli insediamenti abusivi.

Il Capo IV contiene le norme sul 1° condono edilizio.

Il Capo V, infine, riguarda le disposizioni finali.

Si tratta di un provvedimento normativo che, da un punto di vista economico, trova la sua giustificazione nella esigenza di sanare il disavanzo dell'erario sfruttando l'abusivismo edilizio i cui effetti sul fenomeno che intendeva sanare e colpire allo stesso tempo furono inversi a quelli dichiarati. Da una indagine svolta dal Ministero dei Lavori pubblici, infatti, è risultato che nella imminenza della emanazione del provvedimento di sanatoria furono realizzati circa 200.000 alloggi abusivi, un quantitativo stimato che corrispondeva grosso modo a quello realizzato nel decennio precedente alla emanazione della legge.

Dai dati del censimento del 1981 emerge poi che, a fronte di stime della produzione edilizia che si aggiravano intorno a 250.000 vani/anno, la realtà mostra come la produzione sia stata quasi il doppio con un forte aumento del non occupato e delle coabitazioni.

Nel 1984, 26 novembre, viene emanato il cosiddetto Decreto del Ministro dei beni culturali e ambientali, il decreto Galasso, concernente la "dichiarazione di notevole interesse pubblico dei terreni costieri, dei laghi, dei fiumi, dei torrenti, dei corsi d'acqua, delle montagne, dei ghiacciai, dei circhi glaciali, parchi, riserve, boschi e foreste", dietro le forti spinte dei movimenti ambientalisti. Un decreto che viene solo in parte conservato nei contenuti nella legge Galasso (l. n. 431/85) di poco successiva, che impone alle Regioni di sottoporre a specifica normativa d'uso e valorizzazione ambientale il proprio territorio attraverso la realizzazione di piani paesistici, da approvarsi entro la fine dell'anno successivo.

Una spinta ambientalista che porta, nel 1986, alla emanazione della legge n. 349 con la quale viene istituito il Ministero dell'Ambiente e, due anni più tardi, al recepimento di alcune direttive comunitarie il cui contenuto principale era quello di imporre, per la realizzazione di alcune grandi opere (es. autostrade), la preventiva valutazione di impatto ambientale.

13. Dagli anni Novanta

Negli anni Novanta prosegue il cammino di deregolamentazione avviato nel decennio precedente ben rappresentato dalla legge 17 febbraio 1992, n. 179, "Norme per l'edilizia residenziale pubblica", con la quale vengono introdotti i Piani integrati di intervento (art. 16)

Al fine di riqualificare il tessuto urbanistico, edilizio ed ambientale, i comuni promuovono la formazione di programmi integrati. Il programma integrato è caratterizzato dalla presenza di pluralità di funzioni, dalla integrazione di diverse tipologie di intervento, ivi comprese le opere di urbanizzazione, da una dimensione tale da incidere sulla riorganizzazione urbana e dal possibile concorso di operatori e risorse finanziarie pubblici e privati.

2. soggetti pubblici e privati, singolarmente o riuniti in consorzio o associati fra di loro, possono presentare al comune programmi integrati relativi a zone in tutto o in parte edificate o da destinare anche a nuova edificazione al fine della loro riqualificazione urbana ed ambientale. (...)

Facoltà con riferimento alla quale la Corte costituzionale nella sentenza 19 ottobre 1992, n. 393 ha riconosciuto

la illegittimità costituzionale, per violazione degli art. 3, 97, 115, 117 e 118 cost., l'art. 16, 3°, 4°, 5°, 6° e 7° comma, l. 17 febbraio 1992, n. 179, che, prevedendo un nuovo strumento di pianificazione territoriale denominato, ne disciplina nei particolari il meccanismo di formazione e gli effetti sostanziali: con possibilità di deroga alla legislazione urbanistica vigente ed invasione delle sfere di competenza delle regioni, in particolare riguardo alle priorità nella destinazione dei fondi per l'edilizia residenziale; con unificazione dei momenti, diversificati dalla costante tradizione legislativa, della programmazione territoriale e della legittimazione all'intervento edilizio.

Nello stesso filone si inseriscono la legge 4 dicembre 1993, n. 493, "Disposizioni per l'accelerazione degli investimenti e il sostegno dell'occupazione e per la semplificazione dei procedimenti in materia edilizia", con la quale vengono introdotti i Programmi di recupero urbano (art. 11), i programmi di riqualificazione urbana e di sviluppo sostenibile e viene, limitatamente ad alcune ipotesi specifiche, previsto il ricorso alla dichiarazione di inizio attività (DIA) sulla quale si tornerà in altra parte del presente lavoro.

Sempre negli anni Novanta si ha l'emanazione della legge n. 142 sull'ordinamento delle autonomie locali, con la quale sono stati introdotti nuovi strumenti di programmazione come gli

Accordi di programma.

Previsto all'art. 27, si tratta di un accordo che può essere promosso «per la definizione e l'attuazione di opere, di interventi o di programmi di intervento, che richiedono, per la loro completa realizzazione, l'azione integrata e coordinata di Comuni, Province e Regioni, di amministrazioni statali o, comunque, di due o più soggetti pubblici» al fine di coordinare le azioni e «determinarne i tempi, le modalità, il finanziamento ed ogni altro connesso adempimento».

Verso la metà degli anni Novanta, vedono la luce alcuni provvedimenti tesi a semplificare i procedimenti in materia urbanistico-edilizia.

Si tratta del d.l. n. 649/94, recepito dall'art. 39 della legge n. 724/94, disciplinante il secondo condono edilizio, con la quale vengono altresì fissate nuove regole per il rilascio delle concessioni edilizie e disciplinata l'ipotesi di silenzio assenso.

Le procedure per il rilascio della concessione edilizia sono state ridefinite e precisate con la legge n. 662/96, con la quale sono stati altresì prorogati i termini per la presentazione delle istanze di condono.

Il provvedimento testé menzionato contiene anche delle disposizioni in materia di denuncia di inizio di attività (art. 2, comma 60), nonché la disciplina di nuovi strumenti di programmazione negoziata, finalizzati al rilancio produttivo di aree di crisi ed alla riqualificazione dei territori.

Programmazione negoziata: regolamentazione concordata tra soggetti pubblici e parti (pubbliche o private) di diversi interventi che richiedono "una valutazione complessiva delle attività volte ad un'unica finalità di sviluppo".

Gli strumenti di programmazione negoziata sono:

INTESA ISTITUZIONALE DI PROGRAMMA: accordo tra amministrazioni centrali e periferiche riguardante le risorse e le procedure per la realizzazione di un piano pluriennale di interventi di interesse comune e funzionalmente collegati;

ACCORDI DI PROGRAMMA QUADRO: accordi con enti locali e altri soggetti pubblici e privati in attuazione di intese istituzionali per la definizione di programmi esecutivi relativi a interventi, sempre di interesse comune e funzionalmente collegati;

PATTI TERRITORIALI: accordi tra enti locali e parti sociali, soggetti pubblici e/o privati, per l'attuazione di specifici obiettivi di promozione dello sviluppo locale;

CONTRATTO DI PROGRAMMA: contratto tra amministrazione dello stato, imprese e consorzi di imprese e rappresentanze di distretti industriali, per realizzare gli interventi conseguenti a intese di programmazione negoziata;

CONTRATTO D'AREA: strumento operativo concordato tra amministrazioni pubbliche, sindacati dei lavoratori e altri soggetti interessati per realizzare intercenti e azioni volte a creare nuova occupazione e rilanciare lo sviluppo nelle aree di crisi produttive, individuate dal Presidente del Consiglio, su proposta del Ministro del Bilancio.

Il quadro normativo degli anni Novanta, va necessariamente completato attraverso il richiamo a quelle norme attraverso le quali si è tentato di realizzare un programma di semplificazione delle procedure amministrative.

Un ruolo di primaria importanza va senza dubbio riconosciuto all'istituto della Conferenza di servizi, introdotto in senso generale per la prima volta dalla legge n. 241/1990 contenente la disciplina del procedimento amministrativo, nonché agli altri strumenti di semplificazione quali la richiamata D.I.A. e l'istituto del silenzio assenso, o, con specifico riferimento all'urbanistica, alle società di trasformazione di cui all'art. 17, comma 59, l. n. 127/97.

Si tratta di società costituite da Comuni e città metropolitane, anche con la partecipazione delle Province e delle Regioni interessate, aventi il compito di progettare e realizzare interventi di trasformazione urbana, in attuazione degli strumenti urbanistici vigenti.

Il comune individua, con delibera consiliare, le aree che intende sottoporre a interventi di trasformazione urbana.

Nella stessa deliberazione, o con altra deliberazione va indicata la procedura ad evidenza pubblica da seguire per la scelta degli azionisti privati.

Segue la costituzione della società di trasformazione urbana (s.p.a.) con compiti di progettazione e realizzazione degli interventi e di preventiva acquisizione delle aree, trasformazione e commercializzazione delle stesse.

Nel quadro della semplificazione rileva anche la creazione degli sportelli unici, da istituire presso la struttura organizzativa del Comune, della città metropolitana, ove esistente, e della Comunità montana.

L'art. 25 del d.lgs. 112/98 stabilisce che "il procedimento amministrativo in materia di autorizzazione all'insediamento di attività produttiva è unico. L'istruttoria ha per oggetto, in particolare, i profili urbanistici, sanitari, della tutela dell'ambiente e della sicurezza".

Le funzioni attribuite agli sportelli unici consistono nell'espletamento delle procedure amministrative "singolarmente o in forma associata riguardanti la realizzazione, l'ampliamento, la riattivazione, la localizzazione e la rilocalizzazione di impianti produttivi", ivi incluso il rilascio delle concessioni o autorizzazioni edilizie, assicurando che l'unica struttura sia responsabile del procedimento.

Sempre in linea con la semplificazione si pongono quegli interventi tesi a garantire il riordino ed il coordinamento della legislazione vigente in determinate materie:

- T.U. in materia di beni culturali e ambientali, d.lgs. 29 ottobre 1999, n. 490;
- T.U. sull'ordinamento degli enti locali, città metropolitane e comunità montane, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267;
- T.U. sulle espropriazioni per pubblica utilità, d.p.r. n. 327/01, modificato ed integrato dal d.lgs. n. 302/02;
- T.U. in materia di edilizia, d.p.r. n. 380/01, modificato e integrato dal d.lgs. n. 301/02.

Si tratta di un provvedimento, quello da ultimo richiamato, che rappresenta un coordinamento formale delle disposizioni in materia edilizi e ad un loro riordino sostanziale, che ha inciso anche sui titoli abilitativi attraverso la soppressione dell'istituto dell'autorizzazione edilizia.

Si assiste ad una nuova classificazione degli interventi edilizi in due categorie:

- a. interventi aventi rilievo ai fini urbanistico-edilizi;
- b. interventi non aventi rilievo a fini urbanistico-edilizi.

A tale suddivisione consegue il già menzionato riordino dei titoli abilitativi:

- INTERVENTI ESEGUIBILI PREVIO IL RILASCIO DI UN PERMESSO DI COSTRUIRE (nuova costruzione, ristrutturazione urbanistica, ristrutturazione edilizia comportante modifica della sagoma del manufatto preesistente, ovvero che, limitatamente agli immobili compresi nelle zone omogenee A (PRG) comportino mutamenti di destinazione d'uso);
- INTERVENTI ESEGUIBILI PREVIA DENUNCIA DI INIZIO DI ATTIVITÀ (interventi per i quali non è prescritto il permesso di costruire, ai sensi dell'art. 10 del T.U. purché siano conformi alle previsioni degli strumenti, dei regolamenti e della disciplina urbanistico edilizia; varianti a permessi di costruire che non incidono sui parametri urbanistici e sulle volumetrie, non modificative della prevista destinazione d'uso, della categoria e della sagoma dell'edificio, né in violazione di eventuali prescrizioni contenute nel permesso di costruire; ristrutturazioni edilizie, comprese la demolizione e le ricostruzioni, come definite dall'art. 10, comma 1, lett. c) dello stesso T.U.; interventi di nuova costruzione e di ristrutturazione urbanistica, in precedenza sottoposti a concessione edilizia, qualora siano disciplinati da piani attuativi o da accordi negoziali aventi analogo valore, ove questi piani attuativi contengano precise disposizioni planovolumetriche, tipologiche, formali e costruttive, la cui sussistenza sia stata esplicitamente dichiarata dal Consiglio comunale in sede di approvazione degli stessi piani o di ricognizione di quello vigenti, potendosi sostituire l'atto di ricognizione con una relazione tecnica asseverata attestante tali circostanze);
- INTERVENTI ESEGUIBILI SENZA DIA (tali opere devono comunque essere eseguite nel rispetto delle norme urbanistiche, edilizie e ambientali. Si tratta di opere di manutenzione ordinaria, interventi volti alla eliminazione di barriere architettoniche che non comportano la realizzazione di rampe o ascensori esterni, ovvero di manufatti che non alterano la sagoma dell'edificio, opere temporanee per attività di ricerca nel sottosuolo che abbiano carattere geognostico o siano eseguite in aree esterne al centro edificato.

Capitolo VI

Pubblica amministrazione e garanzia del diritto all'abitazione

Sommario:

1. Diritto all'abitazione e servizio pubblico. 2. Cenni sui profili soggettivi. 2.1. segue. Il CIPE ed il CER. 3. Cenni sugli enti costruttori: INCIS. 3.1. (Segue). L'ISES e l'INA-CASA. 3.2. (Segue). La GESCAL. 3.3. (Segue). Gli Istituti Autonomi Case Popolari (IACP). 3.4. (Segue). Dagli Istituti Autonomi Case Popolari (IACP) alle Aziende per l'edilizia residenziale. 4. Elenco di alcuni dei principali provvedimenti in materia di edilizia residenziale.

1. Diritto all'abitazione e servizio pubblico

Nel capitolo precedente si è richiamato il ruolo che il diritto all'abitazione riveste nell'ambito del nostro assetto costituzionale ponendosi come requisito minimo dei diritti di cittadinanza, rispetto al quale permane in capo allo Stato un ruolo centrale.

Nel nuovo quadro costituzionale, infatti, ai sensi della lettera m) dell'art. 117 Cost., nel testo riformato, viene riservata alla competenza esclusiva statale *"la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale"* tra i quali vi rientra senza dubbio il diritto all'abitazione. Un riparto che, del resto, conferma la scelta già effettuata dal legislatore della riforma Bassanini che all'art. 59 del d.lgs. n. 112/98 statuiva che *"la definizione dei livelli minimi del servizio abitativo, nonché gli standards di qualità degli alloggi di edilizia residenziale pubblica"* sono riconosciuti alla competenza statale.

La competenza esclusiva dello Stato di cui all'art. 117 Cost. impone l'introduzione di una disciplina sull'edilizia residenziale pubblica nella quale vengano determinati *"i livelli essenziali delle prestazioni"*, cioè gli standards del servizio casa cui le regioni dovranno poi adeguarsi, senza dimenticare, però, l'imprescindibile collegamento tra edilizia ed urbanistica, già presente nella legislazione degli anni '60 (si pensi alla previsione dei Peep per dare organica sistemazione agli interventi abitativi o alla percentuale minima di aree da riservare all'edilizia residenziale pubblica nei Piani regolatori, in rapporto al fabbisogno complessivo di edilizia abitativa dei comuni), e che allo stato attuale necessita di una rivisitazione essendo stati abbandonati gli strumenti sino ad oggi utilizzati (Peep e riserva nel PRG).

La questione della determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni nel settore dell'edilizia residenziale è stata oggetto di due successivi interventi della Corte costituzionale la quale ha precisato l'illegittimità di una maggiorazione del canone sociale rispetto a quello equo individuato nella legge dello Stato: nonché la previsione di forme di finanziamento speciali per interventi ordinari necessari per il normale esercizio delle funzioni dei comuni.

È manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 27 della L.R. 5 dicembre 1983, n. 91, Regione Lombardia (Disciplina dell'assegnazione e della gestione degli alloggi di edilizia residenziale pubblica) sollevata, in riferimento agli artt. 2, 3 e 117, secondo comma, lettera m, della Costituzione, per il fatto che dall'applicazione della disposizione regionale discenderebbe la conseguenza che il canone sociale a carico di inquilini «a reddito inferiore» risulterebbe maggiorato rispetto a quello equo, risultante dall'applicazione della normativa della L. n. 392 del 1978. Infatti, il giudice remittente, omettendo qualsiasi precisazione in ordine alle fattispecie a lui sottoposte, quanto ad entità dei canoni dovuti e a redditi degli assegnatari, non offre alcuna dimostrazione della circostanza, più presupposta che affermata, che i canoni calcolati secondo i criteri stabiliti dalla legge regionale siano tali da risultare in concreto superiori a limiti espressivi di «livelli essenziali» di «prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale». (Corte cost. (Ord.), 09/12/2002, n. 526)

È costituzionalmente illegittimo l'art. 25, comma 10, L. 28 dicembre 2001, n. 448, in quanto prevede l'istituzione, presso il Ministero dell'interno, del Fondo per la riqualificazione urbana dei Comuni, rinviando ad un regolamento gover-

nativo, da emanare sentita la Conferenza Stato-Città ed autonomie locali, la disciplina delle modalità degli interventi e la ripartizione del Fondo "tra gli enti interessati". Non possono, infatti, trovare oggi spazio interventi finanziari diretti dello Stato a favore dei Comuni, vincolati nella destinazione, per normali attività e compiti di competenza di questi ultimi, fuori dall'ambito dell'attuazione di discipline dettate dalla legge statale nelle materie di propria competenza, o della disciplina degli speciali interventi finanziari in favore di determinati Comuni, ai sensi del nuovo art. 119, comma 5, Cost.: i quali, peraltro, debbono essere aggiuntivi rispetto al finanziamento integrale (art. 119, comma 4) delle funzioni spettanti ai Comuni o agli altri enti, e riferirsi a finalità di perequazione e garanzia, e comunque a scopi diversi dal normale esercizio delle funzioni. Né sono ammissibili siffatte forme di intervento nell'ambito di materie e funzioni la cui disciplina spetta, invece, alla legge regionale, pur eventualmente nel rispetto, quanto alle competenze concorrenti, dei principi fondamentali della legge dello Stato: la norma impugnata non prevede, peraltro, alcun ruolo delle Regioni volta a volta interessate nella attribuzione dei finanziamenti, limitandosi a chiamare la Conferenza Stato-città ed autonomie locali (nemmeno la Conferenza Stato-Regioni o la Conferenza unificata) ad esprimere un parere sul regolamento di attuazione. (...) Premesso che, a seguito delle modifiche introdotte dalla L. Cost. 18 ottobre 2001 n. 3, la legge statale non è più competente a determinare «le funzioni» dei comuni e delle province, né ad attribuire loro le funzioni «di interesse esclusivamente locale» nelle materie di competenza regionale, come accadeva alla stregua degli artt. 128 e 118, comma 1, del vecchio testo, ma solo a disciplinare le «funzioni fondamentali» degli enti locali territoriali (art. 117, comma 2 lett. p), e che, sul piano finanziario, in base al nuovo art. 119, gli enti locali e le regioni hanno «autonomia finanziaria di entrata e di spesa» (comma 1) e godono di «risorse autonome» (comma 2), mentre è prevista solo la possibilità che lo Stato destini risorse aggiuntive ed effettui interventi finanziari speciali «in favore di determinati Comuni, Province, Città metropolitane e Regioni» per gli scopi indicati, o «diversi dal normale esercizio delle loro funzioni», la norma impugnata illegittimamente istituisce un fondo per il finanziamento di interventi comunali definiti in modo generico, come diretti allo «sviluppo e riqualificazione del territorio» o alla «riqualificazione urbana dei comuni», il che si risolve nella previsione di uno strumento di finanziamento di normali opere e servizi comunali e non di «interventi speciali», di cui al comma 5 dell'art. 119 Cost., sia perché non risulta alcuna specifica finalità qualificante degli stessi, diversa dal «normale esercizio» delle funzioni dei comuni, sia perché esso è disposto in favore della generalità degli enti, atteggiandosi, quindi, come prosecuzione di una pratica di trasferimento diretto di risorse dal bilancio dello Stato ai comuni per scopi determinati dalla legge statale, in base a criteri stabiliti, nell'ambito della stessa legge, dall'amministrazione dello Stato, che oggi risulta del tutto estranea al quadro costituzionale delineato dal nuovo articolo 119 Cost. Dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale discende che i fondi in questione dovranno essere assoggettati, se del caso, ad una nuova disciplina legislativa, rispettosa della Costituzione, per essere destinati alla finanza locale. (Corte cost., 16/01/2004, n. 16).

L'edilizia residenziale pubblica acclude al suo interno l'edilizia convenzionata-agevolata e l'edilizia sovvenzionata.

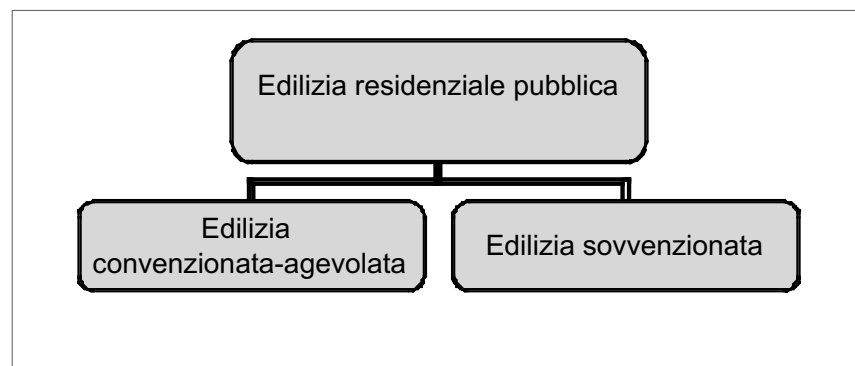
L'edilizia convenzionata-agevolata si caratterizza per il fatto che sulle aree espropriate, inserite nel piano di zona, il comune o il consorzio concede il diritto di superficie per la realizzazione di case di tipo economico e popolare e dei relativi interventi di urbanizzazione primaria e secondaria. Concessione che è a tempo indeterminato a favore degli enti pubblici che realizzano gli impianti ed i servizi, mentre varia tra i 69 ed i 99 anni negli altri casi.

L'istanza per ottenere la concessione viene rivolta al Sindaco o al presidente del consorzio, con preferenza per quelle istanze presentate da soggetti che operano nel settore dell'edilizia economica e popolare.

A seguito della concessione viene stipulata una convenzione, il cui contenuto è previamente determinato dal Consiglio comunale o dall'Assemblea del consorzio, nella quale sono previsti, tra l'altro, il corrispettivo della concessione in misura pari al costo di acquisizione delle aree nonché al costo delle relative opere di urbanizzazione ove già realizzate; il corrispettivo per le opere di urbanizzazione da realizzare a cura del soggetto concedente l'area.

Gli alloggi così realizzati sono soggetti ad un regime particolare non potendo essere alienati o essere oggetto di diritti reali di godimento per un periodo di 10 anni dal rilascio della licenza di abitabilità. Trascorsi i quali esse sono possibili soltanto a favore di soggetti aventi i requisiti per l'assegnazione degli alloggi economici e popolari, al prezzo fissato dall'ufficio tecnico erariale. E solo dopo 20 dal rilascio della licenza di abitabilità il proprietario potrà trasferire a terzi la proprietà o costituire un diritto reale su di essa.

L'edilizia sovvenzionata, invece, indica l'intervento pubblico a totale carico dello Stato per la realizzazione di case destinate alle fasce sociali più deboli.



2. Cenni sui profili soggettivi

In questo quadro si comprende e si giustifica l'azione amministrativa dello Stato nel settore. Nel corso degli anni, in linea con la richiamata visione del diritto all'abitazione, si è registrato un sempre crescente intervento pubblico nel settore dell'edilizia economica e popolare finalizzato essenzialmente a porre rimedio alle emergenze abitative avvertite nelle diverse aree del paese.

Una delle sue prime manifestazioni può essere sicuramente rintracciata nella richiamata legge Luzzatti del 31 marzo 1903, n. 254, seguita poi dal Testo Unico del 1908 e dal r.d.l. 30 novembre 1919, n. 2318.

Nel dopoguerra, come si è visto, si sono registrati numerosi interventi pubblici diversamente caratterizzati:

"interventi destinati alla costruzione di alloggi a totale carico dello Stato (d.lgs. C.p.S. 10 aprile 1974, n. 261; L. 28 marzo 1952, n. 200; l. 17 maggio 1952, n. 619; l. 9 agosto 1954, n. 640; l. 1 agosto 1957, n. 687);

concessione di concorsi e contributi statali a favore di comuni, enti pubblici, istituti case popolari, Incis, società o privati, per la costruzione di alloggi popolari (D.lgs. C.p.S. 8 maggio 1947, n. 399 e successive modificazioni e integrazioni; l. 2 luglio 1949, n. 408; l. 24 luglio 1959, n. 622, l. 21 aprile 1962, n. 195, l. 4 novembre 1963, n. 1460, l. 29 marzo 1965, n. 218, d.l. 6 settembre 1965, n. 1022, l. 28 marzo 1968, n. 422);

attuazione di piani pluriennali di costruzione di alloggi popolari da parte dell'amministrazione statale (finanze, ferrovie, poste) e di enti all'uopo costituiti (l. 28 febbraio 1949, n. 43, Ina-Casa), l. 14 febbraio 1963, n. 60 (Gescal), l. 30 dicembre 1960, n. 1676 (case per i lavoratori agricoli);

concessione di mutui di favore ad enti, società o privati per la costruzione di alloggi popolari (L. 10 agosto 1950, n. 715, e d.l. 6 settembre 1965, n. 1022)".

Da un punto di vista soggettivo, cioè di soggetto realizzatore, già dalle osservazioni svolte nelle pagine precedenti è evidente l'assenza di un unico riferimento per l'edilizia residenziale essendo gli interventi in molte occasioni realizzati non in maniera del tutto coordinata, ma con riferimento a specifiche categorie sociali. Tra i numerosi soggetti coinvolti, come finanziatori di progetti tesi alla realizzazione di case di edilizia residenziale spiccano:

il *Ministero dei lavori pubblici* (r.d. 27 settembre 1929, n. 1762 con il quale vennero trasferiti tutti i servizi di competenza del Ministero dell'economia nazionale in materia di edilizia popolare; r.d. 18 maggio 1931, n. 544 il cui art. 1 stabilisce che *"spettano, altresì, al Ministero dei lavori pubblici oltre i servizi relativi all'edilizia popolare ed economica, ed alle cooperative edilizie fornite di contributo dello Stato, quelli relativi alle cooperative edilizie senza contributo per ciò che attiene a problemi sia tecnici che amministrativi dei lavori"*; T.U. approvato con r.d. 28 aprile 1938, n. 1165 che attribuiva al Ministero la vigilanza sull'attività degli enti costruttori, e la competenza per l'approvazione, direzione sorveglianza e collaudo dei lavori. Competenze, queste ultime, decentrate ai Provveditorati alle opere pubbliche dall'art. 3 del d.p.r. 30 giugno 1955, n. 1534.

il *Ministero del lavoro* (l. 14 febbraio 196, n. 60, Gescal)

il *Ministero dei trasporti* (artt. 293-323 del Testo unico sull'edilizia economica e popolare, L. 15 luglio 1966, n. 605)

il *Ministero delle poste e telecomunicazioni* (artt. 324-342 del Testo unico sull'edilizia economica e popolare, l. 11 dicembre 1952, n. 2521)

il *Ministero delle finanze* (l. 27 giugno 1949, n. 329)

la *Cassa per il mezzogiorno* (l. 29 settembre 1962, n. 1462).

Soltanto agli inizi degli anni '70, con la legge n. 167/1972, l'edilizia sociale fu inserita nel contesto della pianificazione urbanistica, superando il modello degli interventi a pioggia, attraverso i piani di edilizia economica e popolare. Si tratta di piani nei quali vengono individuate le zone da destinare alla costruzione di alloggi a carattere economico e popolare, nonché alle opere e servizi complementari, urbani e sociali, comprese le aree da destinare a verde pubblico. Aree la cui estensione doveva essere determinata in relazione alle esigenze dell'edilizia economica e popolare per un decennio e comprese tra il 40 ed il 70% di quella necessaria a soddisfare il fabbisogno complessivo di edilizia abitativa per quello stesso periodo.

La realizzazione concreta dei contenuti dei Peep è stata in parte ostacolata dalle numerose difficoltà incontrate nel porre in essere le espropriazioni dei terreni sui quali gli interventi edilizi dovevano essere realizzati. Con la legge n. 247/1974 si è tentato di dare una risposta all'esigenza di evitare la costante diffusione dei cosiddetti quartieri dormitorio ponendo in capo ai comuni uno specifico obbligo di provvedere con priorità alla sistemazione della rete viaria, all'allacciamento alle reti pubbliche di servizi delle aree interessate dagli interventi di edilizia popolare e così via.

2.1. segue. Il CIPE ed il CER

Soggetti dell'edilizia sovvenzionata erano il CIPE ed il CER (Comitato per l'edilizia residenziale, organo direttamente legato al Ministero dei lavori pubblici, posto dalla legge 94/1982 al centro del sistema istituzionale dell'edilizia residenziale) a livello statale e le Regioni, a livello territoriale, ai quali spettava la programmazione degli interventi e la ripartizione dei fondi.

Per ciò che concerne il CER, la sua istituzione risale al 1971, più precisamente alla legge n. 865 con la quale viene posto al centro del sistema di programmazione unitaria degli interventi nella materia dell'edilizia residenziale, con il compito di distribuire i fondi tra le singole regioni. Per il primo triennio successivo alla sua istituzione i programmi pubblici di edilizia residenziale furono formulati in maniera unitaria proprio da questo comitato.

L'art. 1 della legge disponeva: *"per la realizzazione di programmi di interventi di edilizia abitativa e degli altri fini indicati nella presente legge, tutti i fondi stanziati a qualsiasi titolo dallo Stato, dalle aziende statali e dagli enti pubblici edilizi a carattere nazionale, destinati agli stessi scopi, anche se derivanti dalla stipulazione di mutui, dall'emissione di obbligazioni e dal versamento di contributi da parte di enti e di privati, sono impiegati unitariamente dallo Stato secondo le norme della presente legge."*

Sono esclusi dalla previsione di cui al precedente comma i fondi destinati alla costruzione degli alloggi la cui concessione sia essenzialmente condizionata alla prestazione in loco di un determinato servizio presso pubbliche amministrazioni nonché di quelli che si trovano negli stessi immobili nei quali hanno

sede uffici, comandi, reparti o servizi delle amministrazioni predette.”

E in questo quadro si inseriscono gli interventi sugli enti costruttori dei quali si dirà nel prosieguo.

Con la legge n. 457 del 1978 contenente il Piano decennale per l'edilizia residenziale, le funzioni del CIPE e dello stesso CER vennero rideterminate in linea con le previsioni contenute nel d.p.r. 616/77 attuativo della riforma regionale i cui artt. 13 e 93 prevedono il trasferimento alle Regioni delle funzioni amministrative statali in materia di edilizia residenziale.

Art. 13 Ordinamento degli enti amministrativi dipendenti dalla regione ed enti locali non territoriali.

Le funzioni amministrative relative alla materia «ordinamento degli enti amministrativi dipendenti dalla regione»; concernono l'istituzione, i controlli, la fusione, la soppressione e l'estinzione di enti pubblici locali operanti nelle materie di cui al presente decreto.

Le funzioni amministrative esercitate da organi centrali e periferici dello Stato nei confronti degli enti di cui al comma precedente sono trasferite alle regioni.

Art. 93 Edilizia residenziale pubblica.

Sono trasferite alle regioni le funzioni amministrative statali concernenti la programmazione regionale, la localizzazione, le attività di costruzione e la gestione di interventi di edilizia residenziale e abitativa pubblica, di edilizia convenzionata, di edilizia agevolata, di edilizia sociale nonché le funzioni connesse alle relative procedure di finanziamento.

Sono altresì trasferite le funzioni relative agli IACP fermo restando il potere alle regioni di cui all'art. 13 di stabilire soluzioni organizzative diverse da esercitarsi in conformità ai principi stabiliti dalla legge di riforma delle autonomie locali; in mancanza di questa legge le regioni potranno esercitare i suddetti poteri dal 1° gennaio 1979.

Sono inoltre trasferite tutte le funzioni esercitate da amministrazioni, aziende o enti pubblici statali relativi alla realizzazione di alloggi, salvo che si tratti di alloggi da destinare a dipendenti civili o militari dello Stato per esigenze di servizio, nonché le funzioni degli organi centrali e periferici previste dalla legge 22 ottobre 1971, n. 865 e dalla legge 27 maggio 1975, n. 166, eccettuata quella relativa alla programmazione nazionale. Lo Stato attua la programmazione nazionale nel settore dell'edilizia residenziale pubblica ai sensi dell'art. 11, primo comma, del presente decreto.

Tanto la legge n. 865 quanto la legge n. 457 hanno portato avanti il disegno di decentramento delle funzioni in materia di edilizia residenziale, senza però mutare in senso sostanziale il quadro soggettivo a livello statale. Il CER è stato soppresso soltanto nel 1998 con il Decreto Bassanini (112/98) il cui art. 62, al secondo comma, lett. a) e b), prevede la soppressione sua, del relativo comitato esecutivo nonché del suo segretariato generale e del centro permanente di documentazione.

3. Cenni sugli enti costruttori: INCIS

La materiale costruzione degli alloggi è sempre stata affidata, nella quasi totalità dei casi, enti pubblici qualificati o a soggetti privati. La costruzione diretta attraverso gli uffici del genio civile è stata limitata a interventi tesi a eliminare le case malsane, o alla realizzazione di case per i senza tetto e di case per i lavoratori agricoli.

Nel corso degli anni, come si è visto dai rapidi cenni effettuati in precedenza, sono stati istituiti numerosi soggetti pubblici allo scopo di realizzare interventi di edilizia popolare, alcuni dei quali avevano una competenza su tutto il territorio nazionale, si pensi ad esempio all'INCIS, all'ISES, o alla GESCAL - Gestione per le case per i lavoratori, o quegli enti operanti per specifiche categorie quali ad esempio i mutilati ed invalidi di guerra, i mutilati ed invalidi per servizio e i ciechi, altri, invece, operavano in un ambito territoriale più ristretto, quali gli Istituti autonomi case popolari - IACP.

L'INCIS (istituto nazionale per le case degli impiegati statali) fu istituito con il r.d.l. 25 ottobre 1924, n. 1944, convertito nella l. 18 marzo 1926, n. 562 e incorporava i compiti già spettanti all'Istituto romano cooperativo per le case degli impiegati dello Stato in Roma.

Ai sensi dell'art. 343 del Testo unico sull'edilizia economica e popolare "Allo scopo di fornire agli impiegati dello Stato, civili e militari, alloggi a condizioni favorevoli, si provvede a mezzo di un istituto nazionale per le case degli impiegati dello Stato con sede in Roma, avente personalità giuridica e gestione autonoma.

L'istituto è autorizzato a fornire alloggi per ufficiali e sottufficiali dell'esercito, della marina e dell'aeronautica in servizio permanente effettivo. La relativa gestione è autonoma e ha bilancio distinto".

Con diversi interventi normativi sono stati finanziati alcuni interventi dell'INCIS, la cui disciplina era contenuta, come si è detto, negli artt. 343 e ss. del Testo Unico, a favore di determinate categorie di dipendenti, ampliando così le competenze dello stesso Istituto.

L'INCIS, come pure l'ISES e la GESCAL, è stato poi soppresso agli inizi degli anni Settanta con successione da parte degli IACP (art. 44 e segg. d. p. r. 30 dicembre 1972, n. 1036, e l. 19 gennaio 1974, n. 9, con la quale viene sancita la effettiva devoluzione dei rapporti in capo agli IACP).

3.1. (Segue). L'ISES e l'INA-CASA

ISES (Istituto per lo sviluppo dell'edilizia sociale) derivato dalla trasformazione dell'URRA-CASAS, fu istituito con la l. 15 febbraio 1963, n. 133 con finalità di edilizia sociale ed operava anche per lo sviluppo organico delle comunità mediante le proprie attività di studio, sperimentazione e programmazione tecnico sociale.

L'INA-CASA, istituita come si è visto, con la legge 28 febbraio 1949, n. 43 per la realizzazione di un piano settennale di costruzione di alloggi per lavoratori, è stata poi prorogata per un altro settennio con la legge 26 novembre 1955, n. 1148. Inserita in un progetto di più ampio respiro, teso ad incrementare l'occupazione operaia attraverso la costruzione di case per i lavoratori, INA-CASA rappresenta una gestione autonoma, posta sotto la vigilanza del Ministero del lavoro e della previdenza sociale, istituita presso l'Istituto nazionale per le assicurazioni (Ina) avente personalità giuridica, allo scopo di dare esecuzione alle deliberazioni del "Comitato di attuazione di un piano per incrementare l'occupazione operaia mediante la costruzione di case per i lavoratori" appositamente istituito.

L'art. 11 della legge istitutiva dispone che "per la costruzione delle case per lavoratori il comitato può incaricare lo stesso Istituto nazionale delle assicurazioni, l'Istituto nazionale della previdenza sociale, le amministrazioni dello Stato per i propri dipendenti, l'Istituto nazionale per le case degli impiegati dello Stato, gli istituti per le case popolari e gli altri enti pubblici, o di diritto pubblico, nonché i consorzi e cooperative di produzione e di lavoro.

Le aziende e le cooperative legalmente costituite, composte di dipendenti da una o più aziende o da amministrazioni pubbliche, e che non beneficiano di alcun altro contributo o concorso a carico dello stato per costruzione di case, potranno costruire direttamente case, con un numero di vani proporzionato al numero rispettivo dei propri dipendenti o dei propri iscritti. (...)".

Le case così costruite restano di proprietà della Gestione INA-CASA.

3.2. (Segue). La GESCAL

Per ciò che concerne la *Gescal* (Gestione case per lavoratori), essa fu istituita con la l. 14 febbraio 1963, n. 60, in successione dell'INA-CASA la cui attività, come si è visto era finalizzata al soddisfacimento degli interessi dei lavoratori, allo scadere del secondo piano INA-CASA.

Seguendo le prescrizioni contenute nella stessa legge istitutiva, la Gescal, oltre a provvedere al completamento del secondo piano decennale INA-CASA, aveva il compito di attuare un piano decennale per la costruzione di alloggi disciplinato ex novo dalla stessa legge istitutiva. La GESCAL, istituita come istituto di diritto pubblico, per la realizzazione materiale dei programmi costruttivi si avvaleva degli IACP. Essa fu oggetto di un radicale intervento di modifica con la legge 22 ottobre 1971, n. 865 il cui art. 8 delegava al Governo la disciplina per il trasferimento al CER (comitato per l'edilizia residenziale, istituito presso il Ministero dei lavori pubblici) ed alle Regioni dei compiti della Gescal, e per il riordino del sistema di riscossione dei contributi versati per la costruzione di case per i lavoratori.

Per il finanziamento del programma decennale furono posti a carico dei lavoratori e dei datori di lavoro dei contributi definiti appunto Contributi Gescal, che anche dopo la soppressione dell'istituto sono stati conservati, da successivi interventi normativi (si consideri l'art. 35 della legge 5 agosto 1978, n. 457; l'art. 1 della legge 23 dicembre 1992, n. 498 o ancora la legge 96 del 1998 che, sia pure con una denominazione diversa, mantiene in vita il prelievo Gescal).

3.3. (Segue). Gli Istituti Autonomi Case Popolari (IACP)

GLI IACP sono stati riconosciuti formalmente per la prima volta con il r.d. 30 novembre 1919, n. 2318, il cui art. 11 riconosceva in capo ai comuni il potere di fondare gli istituti per le case popolari il cui riconoscimento era effettuato, ai sensi dell'art. 12, mediante decreto reale da emanarsi su proposta del Ministro per l'industria, commercio e lavoro.

Sarà soltanto nel 1935 che con la l. 6 giugno 1935, n. 1129 la istituzione degli IACP, la cui esatta denominazione, ai sensi dell'art. 1 del r.d. 30 aprile 1936, n. 1031 recante le norme di attuazione della legge 1129, era "Istituto fascista autonomo per le case popolari della Provincia di...", verrà estesa a tutti i capoluoghi di provincia. Detti istituti, il cui statuto doveva conformarsi allo statuto tipo previsto nel r.d. 25 maggio 1936, n. 1049, erano rappresentati a livello nazionale da un consorzio cui spettavano poteri di coordinamento e controllo sugli istituti provinciali. Stante la in operatività del Consorzio, nel 1950 gli IACP hanno costituito una Associazione nazionale (ANIACAP) a carattere privatistico allo scopo di tutelare l'autonomia degli istituti e di consentirne il loro sviluppo.

La disciplina è rimasta sostanzialmente invariata in sede di Testo unico sull'edilizia residenziale che, quanto alla loro natura giuridica, non fa che confermare, sia pure non espressamente, la loro qualificazione in termini di ente pubblico non economico sottoposto alla vigilanza dell'amministrazione centrale dello stato.

Nel secondo dopoguerra, però, le scelte dettate dalla necessità di far fronte alle esigenze abitative hanno portato ad una rivalutazione del ruolo degli IACP i quali si sono trovati ad operare anche per conto terzi (Stato, INA-CASA e GESCAL) con conseguente limitazione della loro autonomia e limitazione della stessa struttura organizzativa.

Con la legge 865/71, in applicazione della quale vennero emanati i d.p.r. 1035 e 1036 del 1972 recanti la disciplina delle assegnazioni e l'organizzazione degli enti pubblici operanti nel settore dell'edilizia residenziale pubblica, e con la legge 457/78 gli Istituti case popolari, rientrati nella competenza regionale, furono trasformati da Enti pubblici economici, cioè soggetti che pur conservando una natura pubblicistica svolgevano una attività a carattere imprenditoriale nelle forme privatistiche, in Enti pubblici non economici, titolari di una funzione pubblica (attività pubblico-assistenziale).

Dunque, degli enti pubblici non economici strumentali alle regioni e perciò soggetti alla loro vigilanza.

Il rapporto di vigilanza intercorrente tra la regione Puglia e gli IACP costituisce un rapporto intersubiettivo di natura pubblica, suscettibile di esprimersi in provvedimenti amministrativi da parte dell'ente vigilanza (annullamento di singoli atti di gestione, poteri sostitutivi, diniego di approvazione di atti fondamentali per l'organizzazione e la stessa esistenza dell'atto regolato). (Cons. Stato, Sez. IV, 29/02/1996, n. 217).

In questo quadro gli Istituti si trovano a svolgere una attività di natura non commerciale finalizzata, per mezzo del proprio patrimonio di edilizia sovvenzionata, alla prestazione di un servizio assistenziale a favore dei cittadini meno dotati ai quali vengono concesse le abitazioni popolari, dietro pagamento di un canone che per la sua tenuità. Esso, infatti, non si pone come corrispettivo sinallagmatico del servizio prestato in quanto commisurato alla capacità economica degli utenti. Tra utenti ed enti costruttori venivano stipulate convenzioni di assegnazione costitutive di un rapporto solo apparentemente analogo a quello privatistico della locazione perché permeato e connotato di profili pubblicistici rispetto ai quali il rapporto di diritto privato risulta affievolito e recessivo.

Gli IACP svolgono la loro azione per il raggiungimento di fini pubblici nell'ambito della attuazione della programmazione del settore dell'edilizia abitativa, in base alle disposizioni contenute nel d.p.r. 30 dicembre 1972 n. 1036, relativo al rior-

dinamento degli enti operanti nel settore "de quo" ed anche a seguito del trasferimento di funzioni dallo Stato alle regioni, operato con il d.p.r. 24 luglio 1977 n. 616, hanno conservato l'originaria natura di enti territoriali strumentali delle regioni nel campo dell'edilizia abitativa destinata a soddisfare necessità di pubblico interesse; e pertanto, attesa la natura di ente pubblico territoriale non economico degli IACP e del rapporto di impiego dei dipendenti medesimi, va affermata la giurisdizione della Corte dei conti in materia di risarcimento patrimoniale del danno a favore degli IACP stessi addebitabile alla condotta dei propri dipendenti. (C. Conti Lazio, Sez. giurisdiz., 22/04/1996, n. 27).

Tra la fine degli anni Settanta e gli inizi degli anni Ottanta si assiste ad una modifica del sistema dei finanziamenti, attraverso l'emanazione delle leggi 25/80, 94/82 e della già richiamata l. n. 457/78 "Piano decennale per l'edilizia residenziale", che rese possibile un intensificarsi dell'attività costruttiva e di recupero dei fabbricati esistenti.

Il proseguimento del piano decennale fu stabilito con la legge 67/88 e dal nuovo programma della legge 179/82.

Un decisivo cambiamento di rotta si ha agli inizi degli anni Novanta, con la emanazione della legge 203/91 con la quale fu dato l'avvio ad un programma straordinario di edilizia residenziale da concedere in locazione o in godimento ai dipendenti delle amministrazioni dello Stato. Provvedimento seguito dalla legge 17 febbraio 1992, n. 179 (legge Botta-Ferrarin) recante le Norme per l'edilizia residenziale pubblica e dalla legge 24 dicembre 1993, n. 560 "Norme in materia di alienazione degli alloggi di edilizia residenziale pubblica", con la quale si rese possibile l'alienazione di una cospicua parte del patrimonio pubblico, con conseguente possibilità di reimpiego delle risorse nel rilancio dell'edilizia residenziale. Lo stesso anno (1993) fu emanato il decreto legge n. 398/93 con il quale sono stati introdotti i programmi di recupero urbano. Rilevano, infine, la legge n. 662/1996, con la quale sono stati introdotti i programmi di riqualificazione urbana e di sviluppo sostenibile del territorio ed i patti territoriali, la legge n. 21/2001 relativa ai contratti di quartiere e la legge n. 166/2002 sui programmi di riqualificazione urbana.

Con il primo provvedimento richiamato il legislatore, modificando le disposizioni per la programmazione degli interventi contenute nella legge 457/78, ha cercato di operare un sostanziale rilancio dell'edilizia residenziale disciplinando non solo i programmi per le nuove costruzioni ma anche gli interventi di recupero:

Art. 11.

Riserva a favore degli interventi di recupero.

Le disponibilità per l'edilizia sovvenzionata sono utilizzate anche per i seguenti interventi:

- a. interventi di edilizia residenziale pubblica nell'ambito di programmi di riqualificazione urbana;*
- b. interventi di recupero di cui alle lettere b), c), d) ed e) del primo comma dell'articolo 31 della legge 5 agosto 1978, n. 457, di immobili con destinazione residenziale non inferiore al 70 per cento della superficie utile complessiva di progetto o di immobili non residenziali funzionali alla residenza. Le disponibilità destinate ai predetti interventi di recupero sono altresì utilizzate, ove occorra, per l'acquisizione degli immobili a recuperare e per l'adeguamento delle relative urbanizzazioni.*
- 2. Ai fini di cui al comma 1, le disponibilità per l'edilizia sovvenzionata possono essere utilizzate anche per la realizzazione o l'acquisto di alloggi per il trasferimento temporaneo degli abitanti degli immobili da recuperare."*

Un ruolo centrale nel quadro del risanamento è rivestito dai programmi integrati di intervento contemplati e disciplinati dall'art. 16 della stessa legge.

Art. 16.

Programmi integrati di intervento.

- 1. Al fine di riqualificare il tessuto urbanistico, edilizio ed ambientale i comuni promuovono la formazione di programmi integrati. Il programma integrato è caratterizzato dalla presenza di pluralità di funzioni, dalla integrazione di diverse tipologie di intervento, ivi comprese le opere di urbanizzazione, da una dimensione tale da incidere sulla riorganizzazione urbana e dal possibile con-*

corso di più operatori e risorse finanziarie pubblici e privati.

2. Soggetti pubblici e privati, singolarmente o riuniti in consorzio o associati fra di loro, possono presentare al comune programmi integrati relativi a zone in tutto o in parte edificate o da destinare anche a nuova edificazione al fine della loro riqualificazione urbana ed ambientale.

La disciplina, contenuta nei commi 3 e ss. dell'articolo è dichiarata costituzionalmente illegittima nella decisione n. 393/92 in quanto rientrante nella competenza regionale.

È illegittimo per violazione degli art. 3, 97, 115, 117 e 118 cost., l'art. 16, 3°, 4°, 5°, 6° e 7° comma, l. 17 febbraio 1992, n. 179, che, prevedendo un nuovo strumento di pianificazione territoriale denominato, ne disciplina nei particolari il meccanismo di formazione e gli effetti sostanziali: con possibilità di deroga alla legislazione urbanistica vigente ed invasione delle sfere di competenza delle regioni, in particolare riguardo alle priorità nella destinazione dei fondi per l'edilizia residenziale; con unificazione dei momenti, diversificati dalla costante tradizione legislativa, della programmazione territoriale e della legittimazione all'intervento edilizio. (Corte cost., 19/10/1992, n. 393).

3.4. (Segue). Dagli Istituti Autonomi Case Popolari (IACP) alle Aziende per l'edilizia residenziale

Tranne che per la Toscana e per l'Umbria, per le quali il legislatore regionale ha operato una prima riforma degli IACP negli anni Ottanta (L. regione Toscana, 23 novembre 1986, n. 49; L. regione Umbria, 2 maggio 1983, n. 12) la struttura degli IACP è rimasta invariata sino agli anni Novanta quando si sono susseguiti interventi tesi a trasformare gli IACP in Aziende, recuperando quell'impronta imprenditoriale che nei precedenti interventi del legislatore nazionale era stata esclusa.

Le diverse leggi regionali contengono in apertura una dichiarazione sulle politiche abitative regionali.

Si consideri ad esempio l'esperienza della **Liguria** (L. r. 29 giugno 2004, n. 10) nella quale si legge: *"la presente legge disciplina il nuovo ordinamento degli enti regionali operanti nel settore dell'edilizia residenziale pubblica ed il riordino delle attività di servizio all'edilizia residenziale ed ai lavori pubblici, al fine di consentire l'efficienza, l'efficacia e l'economicità degli interventi in materia (...) l'azione della Regione e delle Aziende in materia di edilizia residenziale pubblica è diretta al miglioramento delle condizioni abitative della popolazione ed al soddisfacimento della domanda abitativa espressa dalle fasce sociali a minor reddito" o ancora all'esperienza dell'Emilia Romagna (L.r. 3 giugno 2003, n. 10): "Le politiche abitative della Regione e degli Enti locali dell'Emilia Romagna sono dirette (...) b) ad ampliare l'offerta di abitazioni in locazione a canone ridotto ai valori di mercato; c) ad assicurare il sostegno finanziario al reddito dei nuclei meno abbienti, per consentire il loro accesso al mercato delle abitazioni in locazione (...); f) a favorire l'acquisto della prima casa di abitazione (...); h) a promuovere la qualificazione dei programmi, dei progetti e degli operatori e lo sviluppo di tecniche bioclimatiche, ecologiche e di bioarchitettura".*

Nelle riforme regionali gli enti assumono diversa denominazione:

- Casa s.p.a. (Toscana-Firenze) prima ATER di Firenze
- ITEA - Istituto trentino per l'edilizia abitativa
- IPES - Istituto per l'edilizia sociale
- ATERP - Azienda territoriale per l'edilizia residenziale pubblica (Calabria)
- ATER - Azienda territoriale per l'edilizia residenziale (Abruzzo, Basilicata, Friuli Venezia Giulia, Lazio, Umbria, Veneto)
- ATC - Azienda territoriale per la casa (Piemonte)
- ARTE - Azienda regionale territoriale per l'edilizia (Liguria)
- ARER - Azienda regionale per l'edilizia residenziale (Valle d'Aosta)
- ACER - Azienda casa Emilia Romagna
- ALER - Azienda lombarda per l'edilizia residenziale pubblica (Lombardia)

La struttura varia da regione a regione. Alcune regioni hanno un amministratore unico (Basilica-

cata e Liguria), molte hanno un Consiglio di amministrazione (Abruzzo, Bolzano, Emilia Romagna, Friuli Venezia Giulia, Lazio, Lombardia, Piemonte, Umbria, Valle d'Aosta, Trento) ed un direttore (Abruzzo, Calabria, Lombardia, Valle d'Aosta, Veneto).

Le differenze tra i diversi modelli riguardano non soltanto la composizione e l'organizzazione degli stessi, ma anche la loro natura giuridica. In alcuni casi, infatti, essi sono espressamente qualificati in termini di enti pubblici non economici (Trento, Piemonte, Basilicata, Calabria, Bolzano) in altri, invece, come enti pubblici economici (Veneto, Lombardia, Liguria, Abruzzo, Friuli Venezia Giulia, Valle d'Aosta, Emilia Romagna, Umbria, Lazio) e in un solo caso (Toscana) il nuovo soggetto ha assunto la forma della società di capitali. Si tratta di differenze che evidentemente esprimono le diverse impostazioni delle politiche regionali nel settore per le quali l'ente, la cui istituzione in alcuni casi dipende da una scelta dell'ente locale (Emilia Romagna, Toscana) ed al quale può essere riconosciuta autonomia imprenditoriale (Emilia Romagna, Friuli Venezia Giulia, Lazio, Liguria, Lombardia, Valle d'Aosta), assume il ruolo di ausiliario della regione (Lazio, Piemonte, Bolzano) o di "braccio" operativo dell'ente regionale o degli altri enti locali che possono avvalersene in chiave operativa, mediante convenzioni (Emilia Romagna, Liguria, Bolzano).

Nel caso dell'Emilia Romagna e della Toscana, poi, gli enti non sono proprietari del patrimonio che gestiscono divenendo così semplici strumenti per la gestione dello stesso patrimonio, che rimane di proprietà dei comuni. In questi casi, dunque, gli enti perdono la principale fonte del loro (auto)finanziamento.

La qualificazione ed organizzazione dei soggetti così costituiti incide anche sulle attività che essi possono svolgere. Il problema si pone in particolare con riferimento a quegli enti che dalle rispettive leggi regionali sono qualificati come enti pubblici economici. Si tratta di un nodo centrale nella prospettiva del perseguimento delle finalità considerate di interesse generale (di qui la tendenza, anche sulla scia dell'esperienza comunitaria a considerare l'edilizia residenziale pubblica un servizio di interesse generale).

Sempre con riferimento alle funzioni poste in capo a questi soggetti le leggi regionali, con eccezione dell'Emilia Romagna che attribuisce all'ACER il compito di fornire servizi tecnici per le attività che in precedenza erano direttamente attribuite agli IACP, attribuiscono compiti diversi che spaziano dalla programmazione alla gestione dei patrimoni, anche di patrimoni che non rientrano nella stretta accezione dell'edilizia residenziale pubblica o che non siano di proprietà dell'ente gestore (Friuli Venezia Giulia, Lazio, Liguria, Valle d'Aosta per la quale è prevista la possibilità che l'ARER assuma le funzioni di amministratore di condominio negli stabili nei quali vi siano anche alloggi di proprietà dei privati).

Accanto alle funzioni connesse alla gestione del patrimonio (pubblico e privato) possono essere attribuite a questi nuovi soggetti anche funzioni di supporto alla programmazione degli interventi (si pensi al caso del Lazio per il quale prevista la possibilità per l'ATER di svolgere attività di ricerca, recupero, sperimentazione e realizzazione di modelli di architettura tradizionale, nel rispetto del principio di sostenibilità e valorizzazione delle tecniche innovative in materia di fonti energetiche rinnovabili, recuperabili o alternative) o funzioni di integrazione e supporto alla gestione (si pensi al caso dell'Emilia Romagna, nella quale è previsto che l'ACER possa gestire servizi attinenti al soddisfacimento delle esigenze abitative delle famiglie, tra cui le agenzie per la locazione, e prestare servizi agli assegnatari di alloggi di edilizia residenziale pubblica e di abitazioni in locazione) o, ancora, il potere di stipulare convenzioni con altri soggetti per il migliore conseguimento delle proprie finalità (come nel caso del Friuli Venezia Giulia) o offrendo loro consulenza e assistenza tecnica (es. Lazio, attività di studio, progettazione e realizzazione urbanistico-edilizia, manutentivo-gestionale e di assetto territoriale su incarico di soggetti pubblici e privati; Abruzzo, Promozione e coordinamento della partecipazione dei cittadini ai programmi di riorganizzazione urbanistica nel territorio comunale).

Nelle diverse leggi regionali (Emilia Romagna, Friuli Venezia Giulia, Lazio, Liguria, Lombardia, Piemonte e Valle d'Aosta) è previsto che per il perseguimento dei fini dell'ente quest'ultimo proceda alla costituzione o alla partecipazione in società (società di scopo, società miste, società di capitali, società per azioni).

In ragione della struttura e dei diversi rapporti con le Regioni in capo a queste ultime le diverse leggi regionali riconoscono differenti poteri di controllo:

- *poteri di direttiva* (nel caso della Basilicata la legge attribuisce alla Regione il pote-

re di fissare i criteri per la determinazione dei parametri di valutazione dell'efficienza ed efficacia del funzionamento degli Enti, nonché di forme di decentramento organizzativo e gestionale; nel caso del Lazio, la legge conferisce alla Regione il potere di emanare direttive per la cessione degli alloggi);

- *poteri di vigilanza* (nel caso del Friuli Venezia Giulia la legge attribuisce alla Regione il potere di effettuare ispezioni e controlli al fine dell'accertamento della produttività e del pieno raggiungimento delle finalità istituzionali; nel caso della Liguria, invece, sono conferiti alla Regione poteri di ispezione per accertare la regolarità della gestione; nel caso dell'Umbria e della Valle d'Aosta sono conferiti alle Regioni rispettivamente poteri di effettuare ispezioni per accertare la regolarità della gestione anche in relazione ad atti non soggetti a controllo, e poteri di richiesta di informazioni o ispezioni e verifiche);

- *poteri sostitutivi* (questa tipologia di poteri è prevista nelle leggi regionali del Lazio, della Liguria, di Bolzano e della Valle d'Aosta. Nel primo caso i poteri vengono esercitati dalla Regione tramite le proprie strutture o tramite la nomina di un *commissario ad acta*, in caso di inerzia nell'adozione degli atti obbligatori. Il ricorso ad un *commissario ad acta* è contemplato tanto nella legge regionale ligure, quanto nel caso di Bolzano e della Valle d'Aosta. In quest'ultimo caso in alternativa al *commissario ad acta* i poteri possono essere esercitati dal Presidente della Giunta);

- *poteri di controllo sugli organi* (si tratta di poteri esercitati dalla Regione contemplati nelle seguenti leggi regionali: *Friuli Venezia Giulia* - scioglimento anticipato del Consiglio di amministrazione per impossibilità di funzionamento, reiterate violazioni di legge e di regolamenti, gravi irregolarità omissive e contabili, rilevanti perdite derivanti dalla gestione; *Lazio* - decadenza del Consiglio di amministrazione per reiterate violazioni di legge, grave disavanzo nella gestione, o di valutazione negativa della gestione complessiva; *Liguria* - revoca dell'Amministratore unico e sua sostituzione; *Lombardia* - scioglimento del Consiglio di amministrazione per impossibilità di funzionamento o reiterate violazioni di legge e di regolamento, gravi irregolarità amministrative e contabili, rilevanti perdite derivanti dalla gestione; *Umbria* - scioglimento del Consiglio di amministrazione per impossibilità di funzionamento, gravi irregolarità e reiterate violazioni di legge e di regolamenti, rilevanti perdite derivanti dalla gestione; *Valle d'Aosta* - scioglimento del Consiglio di amministrazione per reiterate violazioni di legge, di regolamento e dello statuto o gravi irregolarità amministrative e contabili o irregolare funzionamento).

4. Elenco di alcuni dei principali provvedimenti in materia di edilizia residenziale

R.D. 28-04-1938, n. 1165; e successive modifiche, col TU in materia. **L. 11-07-1942, n. 843**; con varie agevolazioni tributarie.

L. 08-04-1954, n. 144; sulla garanzia dello Stato sui mutui concessi agli istituti autonomi case popolari dalla Cassa depositi e prestiti.

L. 16-05-1956, n. 503; con modifica alle norme per la revoca delle assegnazioni di alloggi fatte dall'I.N.C.I.S. e dagli Istituti autonomi per le case popolari.

L. 18-04-1962, n. 167; e successive modifiche, per favorire l'acquisizione di aree fabbricabili per l'edilizia economica e popolare.

L. 09-02-1963, n. 131; con norme aggiuntive al **T.U. 28-04-1938, n. 1165**; per quanto concerne la decadenza degli assegnatari.

L. 14-02-1963, n. 60; e successive modifiche, sulla liquidazione del patrimonio edilizio della Gestione I.N.A.-Casa e istituzione di un programma decennale di costruzione di alloggi per lavoratori.

D.M. 20-11-1963; con modalità di versamento dei contributi dovuti alla Gestione case per lavoratori.

D.P.R. 23-05-1964, n. 655; sulla disciplina delle assegnazioni degli alloggi economici e popolari.

D.M. 12-08-1964; con modifica del **D.M. 20-11-1963**, sulle modalità di versamento dei contributi dovuti alla Gestione case per lavoratori.

L. 29-09-1964, n. 847; e successive modifiche, con autorizzazione ai Comuni e loro Consorzi a contrarre mutui per la acquisizione delle aree ai sensi della **L. 18-04-1962, n. 167**.

L. 26-07-1965, n. 970; modificativa della **L. 05-06-1950, n. 1037**, per quanto riguarda gli acquisti di immobili da parte degli Istituti autonomi per le case popolari.

L. 01-11-1965, n. 1179; e successive modifiche, con norme per l'incentivazione dell'attività edilizia.

L. 18-03-1968, n. 389; con modifica del **D.P.R. 23-05-1964, n. 655**, per la disciplina delle assegnazioni degli alloggi costruiti o riservati per i profughi e per i connazionali rimpatriati ad essi assimilati ai sensi della **L. 25-10-1960, n. 1306**, e successive disposizioni.

D.M. 02-08-1969; con caratteristiche delle abitazioni di lusso.

L. 22-10-1971, n. 865; e successive modifiche, con programmi e coordinamento dell'edilizia residenziale pubblica, norme sulla espropriazione per pubblica utilità, modifiche ed integrazioni alle **LL. 17-08-1942, n. 1150, 18-04-1962, n. 167, 29-09-1964, n. 847**, ed autorizzazione di spesa per interventi straordinari nel settore dell'edilizia residenziale agevolata e convenzionata.

D.P.R. 30-12-1972, n. 1035; e 1036, e successive modifiche, con norme per l'assegnazione e la revoca nonché per la determinazione e la revisione dei canoni di locazione degli alloggi di edilizia residenziale pubblica, con norme per la riorganizzazione delle amministrazioni e degli enti pubblici operanti nel settore dell'edilizia residenziale pubblica.

L. 05-06-1973, n. 265; e 04-08-1973, n. 493, concernenti proroghe alla **L. 14-02-1963, n. 60**, per il finanziamento dei programmi di edilizia residenziale pubblica.

D.P.R. 14-02-1975, n. 226; con il nuovo statuto-tipo degli IACP.

D.M. 12-04-1977; e successive modifiche, con determinazione del tasso d'interesse delle operazioni di mutuo a norma degli artt. 41 e 43 della **L. 22-10-1971, n. 865**, e **D.M. 23-04-1977**; e successive modifiche, con determinazione del costo dei mutui previsti dall'art. 72 stessa legge.

L. 08-08-1977, n. 513; e successive modifiche, con provvedimenti urgenti per l'edilizia residenziale pubblica.

L. 05-08-1978, n. 457; con norme per l'edilizia residenziale.

L. 05-04-1985, n. 118; con misure finanziarie in favore delle aree ad alta tensione abitativa.

L. 18-12-1986, n. 891; con disposizioni per l'acquisto da parte dei lavoratori dipendenti della prima casa di abitazione nelle aree ad alta tensione abitativa.

D.P.C.M. 15-05-1987; sull'accesso dei cittadini comunitari all'edilizia residenziale pubblica.

D.M. 26-04-1991; con aggiornamento dei limiti massimi di costo per gli interventi di edilizia sovvenzionata residenziale pubblica.

L. 30-12-1991, n. 412; con disposizioni in materia di finanza pubblica (art. 28, sull'alienazione degli alloggi di edilizia residenziale pubblica).

L. 17-02-1992, n. 179; con norme per l'edilizia residenziale pubblica.

L. 24-12-1993, n. 560; con norme in materia di alienazione degli alloggi di edilizia residenziale pubblica.

L. 28-01-1994, n. 85; con modifiche e integrazioni alla **L. 17-02-1992, n. 179**, recante norme per l'edilizia residenziale pubblica.

L. 23-12-1994, n. 724, recante la disciplina per il nuovo condono edilizio.

L. 23-12-1996, n. 662, "Misure di razionalizzazione della finanza pubblica, recante modifiche alle previsioni della legge 724/94.

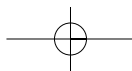
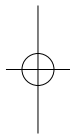
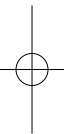
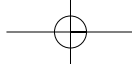
L. 3004-1999, n. 136, Norme per il sostegno ed il rilancio dell'edilizia residenziale pubblica e per interventi in materia di opere a carattere ambientale.

D. LGS 29 ottobre 1999, n. 490; T.U. in materia di beni culturali e ambientali.

D. LGS 18 agosto 2000, n. 267; T.U. sull'ordinamento degli enti locali, città metropolitane e comunità montane.

D.P.R. n. 327/01, modificato ed integrato dal **D. LGS n. 302/02**; T.U. sulle espropriazioni per pubblica utilità.

D.P.R. n. 380/01, modificato e integrato dal **D. LGS n. 301/02**; T.U. in materia di edilizia.



Capitolo VII

La Cartolarizzazione del patrimonio immobiliare ed i fondi comuni

Sommario:

1. Cenni introduttivi sulla cartolarizzazione. Profili soggettivi della cartolarizzazione. 2.1. Altri soggetti della cartolarizzazione. 3. Cenni sul processo di cartolarizzazione. 4. La cartolarizzazione del patrimonio immobiliare. Quadro normativo. 5. Cenni sulla classificazione dei beni. 6. La disciplina contenuta nella legge 23 novembre 2001, n. 410. 6.1. La cessione del patrimonio immobiliare. 7. Cenni sui fondi comuni di investimento.

1. Cenni introduttivi sulla cartolarizzazione

Contestualmente all'avvio del processo di privatizzazione è stato avviato un percorso teso a dismettere il patrimonio pubblico. Tale processo normalmente viene indicato come cartolarizzazione. La cartolarizzazione in generale è un'operazione di natura finanziaria utilizzata con l'intento di favorire lo smobilizzo di stock ingenti di crediti, anche nei confronti di un solo debitore, mediante l'incorporazione di titoli destinati ad essere negoziati sui mercati finanziari.

Più in particolare, con il termine cartolarizzare si indica quell'operazione attraverso cui il valore economico di un bene (indipendentemente dalla sua natura) viene racchiuso in un documento (da cui il verbo cartolarizzare) che ne rappresenta il valore economico appunto, cioè la sua conversione in titoli negoziabili sul mercato.

Muovendo dalla definizione appena riportata, è agevole individuare lo schema di base della cartolarizzazione.

Il momento iniziale va rintracciato nella cessione che il titolare (cedente o *originator*) fa dei suoi crediti ad una speciale società (cessionaria o *special purpose vehicle*, società veicolo) la quale, a fronte di detta cessione, mette a disposizione del cedente dei titoli al portatore che danno diritto a percepire quanto sarà realizzato dai crediti ceduti.

L'operazione inizialmente veniva utilizzata come strumento per la mobilitazione dei muti edilizi. Successivamente è stata estesa ai crediti derivanti dall'uso di carte di credito, dall'acquisto di autovetture, per il finanziamento di infrastrutture e di attività di *leasing*.

Si tratta, dunque, di una "tecnica finanziaria mediante la quale i flussi di cassa derivanti dagli impieghi creditizi (mutui ed altre classi di attivo predeterminate) vengono selezionati ed aggregati al fine di costruire supporto finanziario e garanzia di titoli (*asset backed securities*) rappresentativi di tali crediti collocati nel mercato dei capitali" (ABI, *La securitization in Italia: analisi e prospettive*, 19 aprile 1996). In altri termini, attraverso l'operazione di cartolarizzazione, diciamo tradizionale, attività finanziarie non liquide sono convertite in titoli negoziabili sul mercato dei capitali. Le aziende possono così, cedendo attivi di cui sono titolari, raccogliere risorse finanziarie su mercati mobiliari.

2. Profili soggettivi della cartolarizzazione

Principali attori di un'operazione di cartolarizzazione sono l'*originator* che può essere una banca o anche un'impresa, e la società veicolo (SPV).

Ai sensi dell'art. 3 della legge 30 aprile 1999, n. 130 "*disposizioni sulla cartolarizzazione dei crediti*", le società cessionarie (o le società che emettono i titoli) "hanno per oggetto esclusivo la realizzazione di una o più operazioni di cartolarizzazione dei crediti". I crediti relativi a ciascuna operazione costituiscono patrimonio separato a tutti gli effetti da quello della società e da quello relativo alle altre operazioni" (comma 2) eventualmente poste in essere dalla società stessa.

Le ragioni di una tale scelta sono subito evidenti ove si consideri il contenuto dello stesso comma appena richiamato nel quale è previsto che il patrimonio della società non possa essere oggetto di alcuna azione da parte di soggetti diversi dai portatori dei titoli emessi per finanziare l'acquisto degli stessi titoli.

Il legislatore, per offrire maggior garanzia con riferimento al buon esito dell'operazione, ha dettato una disciplina sufficientemente rigorosa riguardo alla forma giuridica che esse possono avere. È previsto, infatti, che le società veicolo per le cartolarizzazioni del patrimonio immobiliare abbiano la forma della società a responsabilità limitata con capitale iniziale di 10.000 euro, e soprattutto è prescritto che esse abbiano come oggetto esclusivo la realizzazione di una o più operazioni di cartolarizzazione dei proventi derivanti, nell'ipotesi qui in esame, dalla dismissione del patrimonio immobiliare dello Stato e degli altri enti pubblici.

L'art. 2 della legge n. 410/01 ha previsto un sistema di vendita del patrimonio immobiliare attraverso la cartolarizzazione, ossia attraverso il trasferimento del patrimonio immobiliare a società veicolo appositamente costituite che, come tali, sono poi tenute alla rivendita del patrimonio così acquisito sul mercato.

Il meccanismo previsto nella richiamata disciplina è emblematico della peculiare finalità che si è inteso perseguire con le operazioni di cartolarizzazione.

La società veicolo, infatti, acquista soltanto il possesso giuridico del bene, mentre la gestione degli immobili rimane in capo agli enti previdenziali, a dimostrazione del ruolo formale che la SPV che chiamata a svolgere. Essa in sostanza rappresenta uno strumento per il perseguimento della finalità pubblica di dismissione del patrimonio immobiliare dello stato, e ciò è chiaramente dimostrato dal fatto che "è lo stesso soggetto pubblico (o l'area pubblica cui appartiene), come originario titolare dei beni interessati a realizzare, nel programma per la loro dismissione, la costituzione di altro soggetto apposito (SPV) che gli possa far immediatamente conseguire" almeno parte dei proventi della dismissione.

La prima società veicolo istituita è la **SCIP** (Società Cartolarizzazione Immobili pubblici Srl) da parte di due fondazioni olandesi controllate dal Ministero dell'economia.

Successivamente, poi, sono state create:

la **Patrimonio dello stato SpA**, con il d.l. 15 aprile 2002, n. 63, convertito nella legge 15 giugno 2002, n. 112, istituita la per garantire la valorizzazione, gestione ed alienazione del patrimonio dello stato, nel rispetto dei requisiti e delle finalità propri dei beni pubblici. Alla società possono essere "trasferiti diritti pieni o parziali sui beni pubblici facenti parte del patrimonio disponibile ed indisponibile dello stato e sui beni immobili facenti parte del demanio dello stato e comunque sugli altri beni compresi nel conto generale del patrimonio dello Stato". Si tratta di una società i cui compiti sono in parte sovrapponibili a quelli attribuiti all'Agenzia del demanio. La Patrimonio SpA, che costituisce una sorta di struttura privilegiata ai fini delle eventuali operazioni di cartolarizzazione, contemplava quale unico azionista iniziale il Ministero dell'Economia e delle Finanze, al quale era espressamente riconosciuta la possibilità di cessione della stessa ad altre società a totale partecipazione statale. Quanto alla *governance*, la Patrimonio SpA deve operare secondo gli indirizzi strategici stabiliti dal Ministero, previa definizione da parte del Cipe delle direttive di massima. In tal modo lo Stato dispone di un potere che non deriva dalla sua posizione di azionista, che gli consente di orientare dall'esterno l'azione della società, sovrapponendosi agli organi di indirizzo della stessa società. Per il resto i poteri di amministrazione, deliberazione e controllo sono affidati agli organi sociali;

Infrastrutture SpA istituita con il d.l. n. 63/2002 dalla Cassa Depositi e Prestiti (che ne deteneva integralmente il patrimonio) allo scopo di finanziare sotto qualsiasi forma infrastrutture e grandi opere pubbliche suscettibili, le prime, di utilizzazione economica, finanziare investimenti per lo sviluppo economico. Per assicurare il conseguimento di tali missioni la società concede garanzie sui trasferimenti può assumere partecipazioni azionarie anche di società che già partecipate dalla Cassa depositi e prestiti, detenere immobili ed esercitare ogni attività strumentale, connessa o accessoria ai suoi compiti istituzionali. La provvista necessaria per lo svolgimento dei compiti istituzionali è assicurata attraverso l'emissione di titoli e l'assunzione di finanziamenti, che possono essere assistiti da privilegio o ipoteca. Alla società possono essere trasferiti i beni di Patrimonio dello Stato SpA e di altre società interamente controllate dallo stato, con le stesse modalità previste per la cessione di beni del patrimonio statale a quest'ultima: trasferimento a titolo oneroso, persistenza del regime giuridico dei beni trasferiti e dei vincoli gravanti su questi, acquisizione di un'intesa con il Ministero per i beni e le attività culturali relativamente a beni di particolare valore artistico e storico. Si tratta di società, caratterizzate, come s'è detto, da un capitale minimo iniziale di 10.000 euro, i cui mezzi finanziari per acquisire i beni cartolarizzati sono raccolti con l'emissione di strumenti finanziari. Uno

schema simile a quello previsto per la Patrimonio S.p.A. è previsto per Infrastrutture SpA le cui direttive sono dettate dal Ministero dell'economia il quale determina anche la composizione e la durata del Consiglio di amministrazione e del Collegio sindacale, approva gli aumenti di capitale ed autorizza la circolazione delle azioni, disponendo la garanzia dello stato per le attività della società. Al Ministero è riconosciuta altresì la possibilità di adottare provvedimenti specifici per assicurare che la società segua le linee direttrici da esso stesso formulate. Detta società è soggetta alla vigilanza prudenziale della Banca d'Italia

2.1. Altri soggetti della cartolarizzazione

In aggiunta all'*originator* ed alla società veicolo, in una operazione di cartolarizzazione sono coinvolti, a diverso titolo vari soggetti:

Agenzia di rating - esprime valutazioni sulle capacità di un'emittente di adempiere puntualmente al pagamento del capitale e degli interessi relativi ad una emissione di titoli di debito;

Garante - presta eventuali garanzie assicurative e collaterali;

Assicuratore - interviene per coprire alcuni possibili rischi finanziari;

Merchant bank - fornisce consulenza per la costruzione dell'operazione e si occupa del classamento dei titoli;

Trustee - rappresenta i portatori dei titoli e garantisce il corretto comportamento della società veicolo che emette i titoli attraverso la possibilità di effettuare controlli e dare direttive, nonché, in alcuni casi di sostituirsi al servicer;

Sponsor - fornisce il proprio ausilio nella quotazione dei titoli in un mercato regolamentato;

Conduit bank - nel caso in cui la società veicolo non si occupi direttamente della emissione dei titoli, si interpone tra questa e la società veicolo emittente al fine di evitare problemi fiscali;

Servicer - incaricato della riscossione dei crediti ceduti e dei servizi di cassa e di pagamento;

Back up servicer - subentra in tempi rapidissimi al servicer nel caso in cui si verifichi un c.d. *Servicer termination event*, quale ad esempio un fallimento;

Liquidity provider - anticipa al cessionario la liquidità necessaria per il pagamento dei flussi necessari a fronteggiare le scadenze dei titoli (ABS) nel caso in cui vi siano ritardi negli incassi dei flussi finanziari relativi al portafoglio crediti;

Swap provider - fornisce alla società veicolo le opzioni che consentono a quest'ultimo di proteggersi dai rischi di variazione dei tassi di interesse e di cambio;

Collocatore - si occupa del collocamento dei titoli.

3. Cenni sul processo di cartolarizzazione

Il processo, composto da più operazioni e nel quale intervengono diversi soggetti, si articola in 3 fasi:

- A) individuazione degli *assets* da cartolarizzare;
- B) cessione degli *assets* alla società veicolo;
- C) emissione e collocamento dei valori mobiliari rappresentativi degli *assets* ceduti.

Per ciò che concerne la prima fase - individuazione degli *assets* da cartolarizzare - da un punto di vista oggettivo deve trattarsi di *assets* che per loro natura devono essere adatti a produrre flussi di cassa per il pagamento degli interessi ed il rimborso dei titoli emessi.

In ragione del richiamato requisito, essenziale ai fini della realizzazione dell'operazione, gli *assets* devono essere caratterizzati da:

- operazioni sottostanti omogenee dal punto di vista giuridico e finanziario. Dette operazioni debbono, però, essere diversificate da un punto di vista economico, nel senso che deve essere possibile la determinazione e quantificazione di un grado di rischio;
- il portafoglio deve avere un valore complessivo rilevante;

- devono essere presenti flussi di cassa regolari e preventivabili (eventualmente con l'utilizzo di metodi statistici).

Di norma tali *assets* sono rappresentati da crediti molto frazionati (si pensi, ad esempio ai crediti derivanti dall'utilizzo di carte di credito) con un elevato grado di trasparenza statistico finanziaria.

Una volta individuati gli *assets* cartolarizzabili, si passa alla seconda fase consistente nella individuazione della struttura della cessione.

In questa fase assumono un ruolo centrale i meccanismi di isolamento, segregazione dal bilancio del cedente degli *assets* oggetto della cartolarizzazione.

L'operazione di norma presuppone la costituzione di un intermediario specializzato, la SPV, che diviene titolare delle attività ed emette i titoli (anche se la emissione può in realtà essere posta in essere da un altro soggetto avente le medesime caratteristiche del primo).

Ciò allo scopo di garantire la completa indipendenza degli *assets* da cartolarizzare, dal patrimonio e dalle vicende che interessano il soggetto cedente.

La terza fase riguarda, come s'è detto, l'emissione ed il collocamento dei valori mobiliari rappresentativi degli *assets* ceduti (*Asset Back Securities*).

Tali operazioni debbono rispondere alle esigenze degli investitori e, pertanto, i flussi generati dagli *assets* devono essere "aggiustati e ricomposti" per costruire quelle caratteristiche (piano di ammortamento, tasso di interesse, ecc.) dei titoli oggetto della cartolarizzazione che soddisfino le esigenze di mercato. Si tratta di una fase c.d. di *repackaging* che assume un valore fondamentale ai fini della riuscita dell'operazione. Essa può anche comportare l'affiancamento di garanzie, l'utilizzo di forme di assicurazione, di strumenti derivati sui tassi o sulle valute, ecc.

I titoli dovranno essere emessi con la clausola "*limited recourse*" in base alla quale il pagamento degli interessi ed il rimborso del finanziamento potrà avvenire solo a condizione che abbia luogo l'incasso degli *assets* acquistati con il finanziamento dei titoli. Pertanto il soggetto emittente non risponde nei confronti dei soggetti eroganti se non nei limiti del portafoglio separato dagli *assets* ceduti.

Una volta realizzata la cartolarizzazione occorre procedere alla gestione degli attivi ceduti per garantire i flussi di cassa al servizio dei titoli emessi.

Le operazioni di cartolarizzazione vengono realizzate per trasferire il rischio relativo agli *asset* ceduti ad altri soggetti.

4. La cartolarizzazione del patrimonio immobiliare. Quadro normativo

Con particolare riferimento alla cartolarizzazione del patrimonio immobiliare, il panorama giuridico presenta un numero assai elevato di norme e provvedimento. In aggiunta alla legge 25 gennaio 1992, n. 35, il primo provvedimento normativo di rilievo è rappresentato dal d. lgs. 16 febbraio 1996, n. 104 *"Attuazione della delega conferita dall'art. 3, comma 27, della l. 335 dell'8 agosto 1995 in materia di dismissioni del patrimonio immobiliare degli enti pubblici e di investimenti degli stessi in campo immobiliare"*. Si tratta di un provvedimento con il quale viene disciplinata l'attività in campo immobiliare degli enti previdenziali di natura pubblica, ed in particolare la gestione dei beni, le forme di trasferimento della proprietà degli stessi e le forme di realizzazione di nuovi investimenti immobiliari secondo principi di trasparenza, economicità e congruità di valutazione economica.

Il percorso delineato prevedeva, come prima tappa, la ricognizione del patrimonio immobiliare degli enti stessi, da effettuarsi da parte degli enti proprietari, secondo espressa previsione normativa, in base a dei parametri omogenei definiti a cura del Ministro del Lavoro e della previdenza sociale.

Le società di gestione, nello schema del decreto, venivano scelte con gara pubblica.

Il meccanismo individuato nel richiamato provvedimento governativo è stato poi in parte modificato dalla legge 23 dicembre 1996, n. 662, (art. 3, commi da 86 a 119) con la quale è stato al contempo ampliato il novero degli enti cui era consentito l'accesso alla cartolarizzazione del proprio patrimonio immobiliare.

Il comma 109 statuisce, infatti, che in aggiunta allo Stato "Le amministrazioni pubbliche che non rispondono alla legge 24 dicembre 1993, n. 560, la Concessionaria servizi assicurativi pubblici s.p.a. (CONSAP), e le società a prevalente partecipazione pubblica, le *società derivan-*

ti da processi di privatizzazione nelle quali, direttamente o indirettamente, la partecipazione pubblica è uguale o superiore al 30% del capitale espresso in azioni ordinarie procedono alla dismissione del loro patrimonio immobiliare” secondo i criteri individuati dal Ministro.

Nello stesso comma sono state definite le modalità della dismissione del patrimonio dei soggetti pubblici diversi dallo Stato, garantendo, tanto nel caso di vendita frazionata, quanto nel caso di vendita in blocco, anche a cooperative di abitazioni di cui siano soci gli inquilini, il diritto di prelazione ai titolari dei contratti di locazione in corso, ovvero ai soggetti titolari di contratti scaduti e non ancora rinnovati, purché si trovino nella detenzione di un immobile e ai loro familiari conviventi, a condizione che siano in regola con i pagamenti al momento della presentazione della domanda di acquisto. Successivamente, con l’art. 12 della legge 15 maggio 1997, n. 127 (Bassanini bis) il legislatore statui che, in deroga alle regole di contabilità, gli enti locali, comuni e province, potevano alienare il proprio patrimonio, secondo criteri di trasparenza e adeguata pubblicità.

Con la legge 28 maggio 1997, n. 140, di conversione del decreto legge 28 marzo 1997, furono introdotte delle disposizioni tese a consentire la realizzazione di un programma straordinario di dismissione di beni immobili dei soli enti previdenziali pubblici, secondo criteri per la stima del valore commerciale stabiliti dal Ministro del Lavoro e della previdenza sociale di concerto con il Ministro del tesoro.

Per effetto della disciplina richiamata, si è assistito alla creazione di un duplice programma di dismissioni. Un programma straordinario fondato sulla disciplina appena richiamata, ed un programma ordinario delineato dalla legge n. 104 del 1996.

Tale distinzione è stata superata attraverso l’emanazione di una disposizione contenuta all’art. 2, comma 4, della legge n. 448 del 1998 con la quale è stato regolato il programma straordinario di dismissioni da parte degli enti previdenziali ed è stata introdotta, all’art. 19, una nuova procedura generale per l’alienazione e la gestione del patrimonio immobiliare statale.

L’anno successivo, con la legge 30 aprile 1999, n. 130 viene disciplinata, come si è visto, la cartolarizzazione dei crediti.

Soltanto due anni più tardi, però, il legislatore ha proceduto ad un riordino della disciplina attraverso l’emanazione del d.l. 25 settembre 2001, n. 351, convertito nella legge 23 novembre 2001, n. 410 recante “disposizioni urgenti in materia di privatizzazione e valorizzazione del patrimonio immobiliare pubblico e di sviluppo dei fondi comuni di investimento immobiliare”.

Si tratta di un provvedimento diviso in due capi:

- il primo relativo alle disposizioni in materia di privatizzazione e valorizzazione del patrimonio immobiliare;
- il secondo concernente la disciplina dei fondi comuni di investimento immobiliare.

Il quadro normativo, però, si completa con il richiamo al d.l. 15 aprile 2002, n. 63, convertito nella legge 15 giugno 2002, n. 112, con la quale è stata istituita, per la “valorizzazione, gestione e alienazione del patrimonio dello Stato” una società per azioni - la Patrimonio dello Stato s.p.a. - cui potevano essere trasferiti, ai sensi del comma 10, dell’art. 7, “diritti pieni o parziali sui beni immobili facenti parte del patrimonio disponibile ed indisponibile dello Stato, sui beni immobili facenti parte del Demanio dello Stato e comunque sugli altri beni compresi nel conto generale del patrimonio dello Stato”, ovvero “ogni altro diritto costituito per legge a favore dello Stato”, trasferimento da realizzarsi con le “modalità e per gli effetti previsti dall’art. 3, comma 1, della legge n. 410/2001”.

A livello locale l’art. 84 della legge finanziaria per il 2003 ha attribuito agli enti territoriali ed agli enti locali il potere di promuovere la costituzione, anche a traverso soggetti terzi, di società a responsabilità limitata, con capitale sociale iniziale di 10.000, aventi come oggetto esclusivo la realizzazione di una o più operazioni di cartolarizzazione dei proventi derivanti dalla dismissione dei propri patrimoni immobiliari.

5. Cenni sulla classificazione dei beni

I richiami al quadro normativo in tema di cartolarizzazioni evidenzia la peculiarità dell’oggetto di dette operazioni ove siano coinvolti soggetti pubblici. A tal proposito è forse opportuno soffermarsi sul regime giuridico dei beni.

La disciplina codicistica relativa ai beni contempla, accanto ai beni pubblici, i beni demaniali, i beni appartenenti al patrimonio indisponibile ed i beni appartenenti al patrimonio disponibile dello Stato o di altri Enti pubblici.

Sono demaniali quei beni di proprietà di enti pubblici che appartengono ai tipi indicati negli artt. 822 e 824 c.c. o che, pure senza essere espressamente indicati in essi, vi siano assimilabili, quali ad esempio, piazze e spazi pubblici, che sono assimilabili alle strade, o ancora i laghi artificiali, che vanno assimilati ai canali.

Le caratteristiche fondamentali di tali beni vanno essenzialmente ravvisate nella loro appartenenza alla categoria dei beni immobili o delle universalità di mobili, e la loro appartenenza agli enti territoriali. A differenza dei beni pubblici, che da un punto di vista soggettivo sono di appartenenza necessaria di un soggetto pubblico, i beni demaniali possono appartenere soltanto agli enti territoriali, intendendo riferirci in questa sede a quegli enti che hanno nel territorio di riferimento un elemento caratterizzante (Stato, regioni, province e comuni) o a consorzi di enti territoriali.

Si tratta di beni tassativamente indicati dalla legge che nel loro interno si distinguono in beni del c.d. demanio necessario (quali ad esempio il demanio marittimo, il demanio idrico, il demanio militare) che appartiene, tranne rare eccezioni, allo Stato, e beni del c.d. demanio accidentale, composto da strade, autostrade, aerodromi non militari, acquedotti, immobili riconosciuti di interesse storico, archeologico e artistico, raccolte di musei, pinacoteche, archivi, biblioteche e dagli altri beni che sono assoggettati al regime proprio dei beni demaniali.

I beni demaniali, ai sensi dell'art. 823 c.c. sono inalienabili e non possono formare oggetto di diritti a favore dei terzi, se non nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi che li riguardano,

Il secondo comma dello stesso articolo prevede, poi, che "spetta all'autorità amministrativa la tutela dei beni che fanno parte del demanio pubblico. Essa ha facoltà sia di procedere in via amministrativa, sia di valersi dei mezzi ordinari a difesa della proprietà e del possesso regolati dal presente codice".

I beni appartenenti alla categoria presa in considerazione vengono diversamente classificati a seconda che appartengano al demanio naturale (per cui la qualifica di bene demaniale dipende esclusivamente dalla loro natura, si pensi, ad esempio, al lido del mare o ai fiumi) o al demanio artificiale.

Con riferimento alla seconda macro-categoria richiamata - beni appartenenti al patrimonio indisponibile - essi sono indicati all'art. 826 c.c. ai sensi del quale "fanno parte del patrimonio indisponibile dello stato le foreste che a norma delle leggi in materia costituiscono il demanio forestale dello stato, le miniere, le cave e le torbiere, quando la disponibilità ne è sottratta al proprietario del fondo, le cose d'interesse storico, archeologico, paleontologico, paleontologico e artistico, da chiunque e in qualunque modo ritrovate nel sottosuolo, i beni costituenti la dotazione della corona, le caserme, gli aeromobili militari e le navi da guerra". "Fanno parte del patrimonio indisponibile dello stato o, rispettivamente, delle province e dei comuni, secondo la loro appartenenza, gli edifici destinati a sede di uffici pubblici, con loro arredi e gli altri beni destinati a pubblico servizio".

A norma del secondo comma dell'art. 830 c.c., ai beni degli enti pubblici non territoriali, che siano destinati a pubblico servizio, si applica la regola dei beni patrimoniali indisponibili, per cui essi "non possono essere sottratti alla loro destinazione, se non nei modi stabiliti nelle leggi che li riguardano".

Mentre i beni demaniali non possono appartenere se non a enti territoriali, e sono sempre beni immobili o universalità di mobili, per i beni appartenenti al patrimonio indisponibile tali caratteristiche non sono essenziali. Qualsiasi ente pubblico può possedere beni patrimoniali indisponibili che possono essere sia beni mobili che immobili.

A differenza dei beni demaniali, quelli rientranti nel patrimonio indisponibile non hanno, generalmente, il carattere della inalienabilità. Ai sensi del secondo comma dell'art. 828 c.c. essi "non possono essere sottratti alla loro destinazione, se non nei modi stabiliti dalle leggi che li riguardano".

Anche in questo caso si tratta di una norma imperativa che importa la nullità di tutti gli atti che in qualche modo siano finalizzati a sottrarre i predetti beni alla loro destinazione.

A differenza dei beni demaniali, per i quali è espressamente prevista la inalienabilità, i beni del patrimonio indisponibile possono essere alienati, a condizione che non vengano distratti dalla

loro destinazione.

In entrambe i casi, pertanto, la loro esclusione dalla disciplina della categoria necessita un espresso procedimento attraverso il quale si procede alla sdemanializzazione del bene o al suo collocamento al di fuori della categoria dei beni del patrimonio indisponibile.

Per ciò che concerne, invece, la categoria dei beni appartenenti al patrimonio disponibile, si tratta evidentemente di una categoria residuale, nel senso che è costituita dai beni ai quali non si applica la disciplina dei beni demaniali e dei beni appartenenti al patrimonio indisponibile ma quella ordinaria. In concreto appartengono a questa categoria il denaro, gli arredi, le macchine, gli edifici, i fondi rustici non adibiti a sedi di attività dell'ente, con pertinenze e mobili.

Il quadro non può essere completo se si prescinde dal richiamare i beni culturali.

Ai sensi dell'art. 54 del Testo Unico sui beni culturali e ambientali, "I beni culturali indicati nell'art. 822 del codice civile appartenenti allo stato, alle regioni, alle province, ai comuni costituiscono il demanio storico, artistico, archivistico e bibliografico e sono assoggettati al regime proprio del demanio pubblico" e per loro natura destinati al godimento pubblico.

Per espressa previsione normativa "sono beni culturali:

- a. le cose immobili ... che presentano interesse artistico, storico, archeologico, demo-etno-antropologico".

Va altresì sottolineato che lo stesso d.p.r. 283/2000 (Regolamento recante disciplina delle alienazioni di beni immobili del demanio storico artistico), recante la disciplina del procedimento di formazione e di aggiornamento degli elenchi descrittivi dei beni culturali di appartenenza delle regioni, province e comuni, contempla un procedimento diretto alla individuazione dei beni immobili per i quali, dato il loro interesse storico-artistico, è necessaria per l'alienazione l'autorizzazione. La disciplina in questione conferma nella sostanza la regola della inalienabilità dei beni immobili di interesse storico e artistico dello stato, delle regioni, delle province e dei comuni, attribuendo contestualmente al governo il potere di prevedere delle eccezioni subordinate al rilascio dell'autorizzazione del Ministero dei beni culturali.

L'art. 1 del d.p.r. prevede, infatti, che "i beni immobili di interesse storico e artistico di proprietà dello stato, delle regioni, delle province e dei comuni, costituenti il demanio artistico e storico a norma dell'art. 822 c.c., non possono essere alienati e formare oggetto di diritti a favore dei terzi, se non nei limiti e con le modalità stabiliti" dallo stesso regolamento.

Il richiamo alle suddette categorie, ed al connesso regime giuridico, rende evidente come preliminarmente, rispetto a qualsiasi operazione di cartolarizzazione, sia il passaggio degli stessi beni dalla categoria di appartenenza a quella che non preveda limiti all'alienazione degli stessi.

6. La disciplina contenuta nella legge 23 novembre 2001, n. 410

Avuto riguardo al primo capo della legge, esso introduce una disciplina organica, coordinata con quella previgente, per la ricognizione, la privatizzazione e la cessione del patrimonio immobiliare.

Per ciò che concerne la prima fase, la normativa richiamata ha affidato, il compito di procedere ad una ricognizione del patrimonio immobiliare alla Agenzia del Demanio che, ai sensi dell'art. 1, "con propri decreti dirigenziali, individua, sulla base e nei limiti della documentazione esistente presso gli archivi e gli uffici pubblici, i singoli beni, distinguendo tra beni demaniali e beni facenti parte del patrimonio disponibile e del patrimonio indisponibile", richiamando, così, la classificazione codicistica dei beni fondata sulla loro destinazione (beni demaniali o beni appartenenti al patrimonio indisponibile), o meno, alla soddisfazione di bisogni considerati di importanza sociale.

I primi decreti dirigenziali emanati hanno riguardato i beni appartenenti agli enti pubblici non territoriali. Più in particolare:

- 27 novembre 2001, IPSEMA;
- 27 novembre 2001, INPS;
- 27 novembre 2001, IPOST;
- 28 novembre 2001, INAIL;
- 30 novembre 2001, ENPALS;

- 30 novembre 2001, INPDAl;
- 30 novembre 2001, INPDAP;
- 30 novembre 2001, INPDAl, IPSEMA, INPS, IPOST, ENPALS, INAIL e INPDAP, in relazione al programma straordinario di cessione disciplinato dall'art. 7 del D.L. n. 79 del 28 marzo 1997, convertito nella legge n. 140 del 28 maggio 1997 e successive modifiche.

I decreti dirigenziali di individuazione dei beni, pubblicati nella Gazzetta Ufficiale, hanno effetto dichiarativo della proprietà, in assenza di precedenti trascrizioni, producendo gli effetti previsti dall'art. 2644 c.c., nonché effetti sostitutivi dell'iscrizione del bene al catasto.

Quanto alla privatizzazione, l'art. 2 ha previsto il sistema di vendita attraverso la c.d. cartolarizzazione, ossia attraverso il trasferimento del patrimonio immobiliare a società veicolo appositamente costituite che, come tali, sono tenute a rivenderli sul mercato.

A tale scopo il Ministero dell'economia e delle finanze è autorizzato a costituire, anche con atto unilaterale, o promuovere la costituzione di società veicolo alle quali, con decreti del Ministero dell'Economia e delle Finanze, possono essere trasferiti i beni immobili pubblici da dismettere ed alienare secondo modalità determinate sempre con appositi decreti del Ministro vigilante.

Seguendo l'articolazione prevista dal legislatore, le società veicolo, all'atto del trasferimento degli immobili, corrispondono un prezzo iniziale seguito dalla corresponsione di un ulteriore eventuale residuo all'esito della vendita.

In tal modo viene assicurata all'erario una entrata immediata, lasciando alle società veicolo il tempo necessario per procedere alla vendita degli immobili.

Il secondo comma dell'art. 2 prevede che "per ogni operazione sono individuati i beni immobili destinati al soddisfacimento dei diritti dei portatori dei titoli e dei concedenti i finanziamenti. I beni così individuati, come ogni altro diritto acquisito nell'ambito dell'operazione di cartolarizzazione, dalle società ivi indicate nei confronti dello Stato e degli altri enti pubblici e di terzi, costituiscono patrimonio separato a tutti gli effetti da quello delle società stesse e da quello relativo alle altre operazioni. Su ciascun patrimonio separato non sono ammesse azioni da parte di qualsiasi creditore diverso dai portatori dei titoli emessi dalle società, ovvero dai concedenti i finanziamenti da esse reperiti".

In questa prospettiva la società veicolo è autorizzata ad emettere titoli o ad assumere finanziamenti, il cui rimborso è garantito dai proventi derivanti dalla gestione e dalla rivendita degli immobili dopo il rimborso del debito per capitale, interessi ed oneri accessori.

6.1. La cessione del patrimonio immobiliare

L'art. 3 disciplina le modalità per la cessione degli immobili. Esso stabilisce al primo comma la possibilità di trasferimento alle società veicolo dei beni già individuati dall'Agenzia del demanio. Più in particolare il comma in questione prevede: *"I beni immobili individuati ai sensi dell'articolo 1 possono essere trasferiti a titolo oneroso alle società costituite ai sensi del comma 1 dell'articolo 2 con uno o più decreti di natura non regolamentare del Ministro dell'economia e delle finanze, da pubblicare nella Gazzetta Ufficiale. L'inclusione nei decreti produce il passaggio dei beni al patrimonio disponibile. Con gli stessi decreti sono determinati:*

- a. *il prezzo iniziale che le società corrispondono a titolo definitivo a fronte del trasferimento dei beni immobili e le modalità di pagamento dell'eventuale residuo, che può essere rappresentato da titoli;*
- b. *le caratteristiche dell'operazione di cartolarizzazione che le società realizzano per finanziare il pagamento del prezzo- All'atto di ogni operazione di cartolarizzazione è nominato un rappresentante comune dei portatori dei titoli, il quale, oltre ai poteri stabiliti in sede di nomina a tutela dell'interesse dei portatori dei titoli, approva le modificazioni delle condizioni dell'operazione;*
- c. *l'immissione delle società nel possesso dei beni immobili trasferiti;*
- d. *la gestione dei beni immobili trasferiti e dei contratti accessori, da regolarsi in via convenzionale con criteri di remuneratività;*
- e. *le modalità per la valorizzazione e la rivendita dei beni immobili trasferiti".*

Il secondo comma stabilisce poi che i gestori dei beni trasferiti alle società veicolo siano responsabili a tutti gli effetti, e a proprie spese, per gli interventi necessari di manutenzione

ordinaria e straordinaria, nonché per l'adeguamento dei beni alla normativa vigente, fino alla rivendita sul mercato degli stessi beni immobili trasferiti.

Il terzo comma, invece, rimette ai decreti ministeriali anche la determinazione delle modalità di esercizio del diritto di opzione - le cui modalità di esercizio sono determinate con i decreti di cui al primo comma dello stesso articolo - che, comunque, viene riconosciuto in favore dei conduttori delle unità immobiliari ad uso residenziale, per l'acquisto, in forma individuale e a mezzo di mandato collettivo, al prezzo determinato secondo i criteri di cui ai commi 7 e 8.

Il secondo comma stabilisce poi che i gestori dei beni trasferiti alle società veicolo siano responsabili a tutti gli effetti, e a proprie spese, per gli interventi necessari di manutenzione ordinaria e straordinaria, nonché per l'adeguamento dei beni alla normativa vigente, fino alla rivendita sul mercato degli stessi beni immobili trasferiti.

Il terzo comma, invece, rimette ai decreti ministeriali anche la determinazione delle modalità di esercizio del diritto di opzione - le cui modalità di esercizio sono determinate con i decreti di cui al primo comma dello stesso articolo - che, comunque, viene riconosciuto in favore dei conduttori delle unità immobiliari ad uso residenziale, per l'acquisto, in forma individuale e a mezzo di mandato collettivo, al prezzo determinato secondo i criteri di cui ai commi 7 e 8.

Nel caso in cui i conduttori non esercitino il diritto di opzione, secondo quanto previsto dal comma 5 dell'art. 3, possono esercitare comunque il diritto di prelazione, solo per il caso di vendita degli immobili ad un prezzo inferiore a quello di esercizio dell'opzione.

Viceversa, i conduttori delle singole unità immobiliari ad uso diverso da quello residenziale, si vedono riconosciuto il diritto di prelazione eventualmente spettante *ex lege*, solo nel caso in cui si proceda ad una vendita frazionata degli immobili. Il diritto di prelazione sussiste anche se la vendita frazionata è successiva ad un acquisto in blocco.

L'applicazione delle richiamate disposizioni è esclusa, per espressa previsione normativa, con riferimento ai beni immobili degli enti previdenziali pubblici, ricompresi nei programmi straordinari di dismissione di cui all'articolo 7 del decreto legge 28 marzo 1997, n. 79, convertito con modificazioni dalla legge 28 maggio 1997, n. 140, per i quali alla data del 31 ottobre 2001 si sia conclusa la procedura di aggiudicazione (art. 3, comma 10).

Il successivo comma 11, sempre con riferimento ai beni immobili degli enti previdenziali pubblici, diversi da quelli di cui al comma 10, invenduti alla data del 31 ottobre 2001, prevede l'applicazione della disciplina di cui al decreto in esame, con l'esclusione di quei beni destinati ad uso esclusivamente strumentale.

7. Cenni sui fondi comuni di investimento

L'art. 4 disciplina il conferimento di beni immobili a fondi comuni di investimento immobiliare.

Il ministro dell'economia e delle finanze è autorizzato a promuovere la costituzione di uno o più fondi comuni di investimento immobiliare, conferendo beni immobili a uso diverso da quello residenziale dello stato, dell'amministrazione autonoma dei monopoli di stato e degli enti pubblici non territoriali, individuati con uno o più decreti del Ministero dell'economia e delle finanze da pubblicare nella Gazzetta ufficiale. I decreti disciplinano altresì le procedure per l'individuazione o l'eventuale costituzione della società di gestione, per il suo funzionamento e per il collocamento delle quote del fondo e i criteri di attribuzione dei proventi derivanti dalla vendita delle quote.

Il fondo immobiliare rappresenta un patrimonio autonomo, diviso in quote di partecipazione di eguale valore unitario, sottoscritte da pluralità di investitori che intendono investire in beni immobili. La peculiarità di detti fondi sta proprio nell'oggetto dell'investimento. Mentre nei fondi comuni si investe in titoli rappresentativi di attività sottostanti, nel caso dei fondi immobiliari si investe in titoli rappresentativi di beni reali, beni immobili.

Per espressa previsione normativa i fondi immobiliari possono essere istituiti soltanto nella forma del fondo chiuso o del fondo flessibile o semi-chiuso. Nel primo caso di tratta di uno strumento di investimento di lungo periodo, rispetto al quale proprio la forma chiusa garantisce una sorta di protezione del valore del fondo in eventuali momenti di crisi, costituiti da un capitale e da un numero di quote predefiniti. Detti fondi hanno questa forma in quanto si occu-

pano di un proprio parco immobiliare e, quindi, dispongono di un patrimonio adeguato al servizio delle relative acquisizioni ed alla loro manutenzione. Con la legge n. 410/01 e con il successivo decreto attuativo n. 47/03 il lotto minimo è stato ridotto da 100 a 3 milioni di lire; è stato istituito l'obbligo di quotazione in Borsa entro 24 mesi dalla chiusura del collocamento; è stato applicato un regime fiscale che prevede una tassa patrimoniale sul fondo e nessuna tassazione sul *capital gain*; è stata sancita la possibilità di regolamentare, all'interno del fondo stesso, una o più emissioni successive di quote (fondi flessibili); è stata individuata in misura non inferiore di 2/3 del valore complessivo del fondo la sua partecipazione in beni immobili, diritti reali immobiliari e partecipazioni in società immobiliari.

Nel secondo caso, invece, fondo flessibile, introdotto con la legge n. 410/01, si tratta in sostanza di un fondo chiuso che, però, può raccogliere quote durante la vita del fondo stessa, ma mai in maniera continuativa, come accade nel fondo aperto. Oltre a questo è prevista la possibilità di effettuare rimborsi anticipati, in momenti predefiniti e, possibilmente, in concomitanza di nuove emissioni, in modo da lasciare virtualmente inalterato il patrimonio del fondo.

Il capitale minimo viene gestito da una SGR (Società di gestione del risparmio) il cui patrimonio è distinto da quello del fondo.

La durata del fondo può variare da un minimo di 10 ad un massimo di 30 anni ed alla scadenza il patrimonio viene ripartito e distribuito secondo le modalità previste nel prospetto informativo.

SEZ IV

PROGRAMMAZIONE AMMINISTRATIVA E USO DEL TERRITORIO

Capitolo VIII

Cenni sull'evoluzione dello strumento programmatico

Sommario:

1. Programmazione e pianificazione. 2. Diritto ed economia nella Carta costituzionale. Cenni sulla Costituzione economica. 3. La programmazione nella Costituzione. 4. Le prime esperienze programmatiche. 4.1. (Segue). Gli anni Ottanta. Programmazione economica e finanza pubblica. 5. Dalla programmazione economica generale alla programmazione di bilancio. 6. Il contesto programmatico comunitario.

1. Programmazione e pianificazione

Nel quadro della definizione del panorama giuridico-strumentale nel quale il *project manager* si trova ad operare, assumono un ruolo di rilievo le diverse forme di programmazione e pianificazione succedutesi nel tempo, tanto a livello generale quanto settoriale, alcune delle quali sono state già richiamate nei capitoli precedenti.

In prima battuta è importante soffermarsi sui significati che ai due termini sono stati attribuiti, avendo cura di precisare sin d'ora come ci si trovi in realtà di fronte a due macro filoni interpretativi. Il primo teso a considerare programmazione e pianificazione come veri e propri sinonimi, il secondo, invece, operante una distinzione dei due facendo leva su due distinti elementi: la vincolatività dei precetti in esso contenuti, considerando la programmazione come una forma di intervento pubblico a maglie più larghe rispetto alla pianificazione oppure, con riferimento all'ambito di operatività delle stesse, circoscritta la prima (programmazione) al settore dell'economia (programmazione economica), la seconda (pianificazione) agli interventi settoriali (pianificazione urbanistica, ambientale, commerciale, ecc.).

Muovendo dal dato letterale, tanto l'una (programmazione) quanto l'altra (pianificazione) contengono un chiaro riferimento alla predisposizione di una rete di obiettivi da raggiungere.

La prima, infatti, viene comunemente associata con una attività di durata, tesa a far porre in essere delle azioni da realizzarsi entro un arco spaziale e temporale, con fissazione di determinati mezzi, in vista degli obiettivi che attraverso di essa si intendono perseguire. La seconda, invece, viene correlata con "l'attività svolta da qualsiasi soggetto o ente pubblico o privato per elaborare un piano d'azione", essa "consiste nel quadro delle decisioni di fondo da prendere circa l'impiego delle risorse disponibili per raggiungere determinati scopi, nella prefissione di un determinato obiettivo o di una serie coordinata di obiettivi, nella verifica della loro attuabilità e nella previsione e nella predisposizione dei tempi e degli spazi, delle risorse e dei modi per attuarli, il risultato di tale attività è, altresì, l'attività volta all'esecuzione del piano" (*Dizionario della lingua italiana, ad vocem, Roma*)

Sebbene riconducibili allo stesso genere, le due definizioni richiamate consentono di operare delle differenziazioni. Per dirla con Luhmann, programmare vuol dire *"stabilire le premesse decisionali per le decisioni future; più brevemente pianificare significa decidere sulle decisioni"* (N. LUHMANN, *Stato di diritto e sistema sociale*, Napoli, 1978, p. 133 ss.).

La programmazione, infatti, viene individuata come una attività decisoria meno rigida rispetto alla pianificazione, che contiene la definizione di un problema decisionale, nonché la determinazione delle condizioni della soluzione del problema.

E proprio facendo leva sulla maggiore o minore ampiezza della libertà lasciata ai destinatari dell'attività di programmazione e di pianificazione nel raggiungimento degli obiettivi determinati nel programma o nel piano, una parte della dottrina ha sottolineato come quest'ultimo sarebbe stato ricollegabile ad esperienze di tipo collettivista, *"implicante l'appartenenza pubblica e statale dei mezzi di produzione ed esplicitantesi nella determinazione autoritativa dei fini economici da raggiungere e degli strumenti da impiegare"* (G. PALMA, *Economia pubblica e programmazione*, Editoriale scientifica s.r.l., Napoli, 1980, p. 101), mentre il programma stava ad indicare uno strumento a contenuti più generale riferendosi *"alle determinazioni coordinate di politica economica negli Stati a regime di economia di mercato"* (G. PALMA, *Economia pubblica e programmazione*, cit., p. 101).

Una distinzione superata da altra parte della dottrina che ha poi posto in luce che *"i due termini erano (e sono) perfettamente equivalenti, anche sotto la più limitata prospettiva - per così dire - eminentemente tecnica, che può rinvenirsi, ad esempio, fra planning e programmino" (l'uno indicante la scelta dei fini dell'azione programmata e l'altro la individuazione e la combinazione dei mezzi destinati al loro perseguimento)* (G. PALMA, *Economia pubblica e programmazione*, cit., pp. 101-102).

Senza voler entrare nel merito del richiamato dibattito, è senza dubbio interessante sottolineare come la programmazione sia stata più comunemente associata, come si diceva, all'economia, intendendosi con essa quella *"attività rivolta alla elaborazione ed adozione, ai fini della successiva attuazione, di un programma di politica economica e sociale, ad opera dello stato o di un altro ente pubblico"*, cioè una *"attività amministrativa, di intervento nell'economia di gestione finanziaria di pubblici poteri, preventivamente definita nei suoi obiettivi e nel suo percorso attuativo, sino alla verifica, misurazione e valutazione dei risultati"* (M. NIGRO, *L'azione dei pubblici poteri, lineamenti generali*, in G. Amato, A. Barbera, *Manuale di diritto pubblico*, Il Mulino, Bologna, 1981, pp. 719 ss.).

Prescindendo dal prendere una decisa posizione sulla valenza concettuale dell'una (programmazione) e dell'altra (pianificazione), è opportuno chiarire l'evoluzione storica di entrambe, delineandone un quadro d'insieme, acquisendo, per tale via, elementi ulteriori attraverso cui comprendere l'andamento del settore delle costruzioni.

2. Diritto ed economia nella Carta costituzionale. Cenni sulla Costituzione economica

Preliminare rispetto alla surrichiamata analisi è l'inquadramento generale della disciplina dei rapporti tra diritto ed economia offerto a livello costituzionale, racchiuso in quella che tradizionalmente viene definita Costituzione economica.

Si tratta degli articoli 35 e ss. contenuti nel Titolo terzo dedicato appunto ai rapporti economici.

Ai fini della presente analisi rilevano in particolare gli articoli 41, 42, 43 e 44.

Art. 41

L'iniziativa economica privata è libera.

Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana.

La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali.

Art. 42

La proprietà è pubblica o privata. I beni economici appartengono allo Stato, ad enti o a privati.

La proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti.

La proprietà privata può essere, nei casi previsti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi di interesse generale.

La legge stabilisce le norme ed i limiti della successione legittima e testamentaria e i diritti dello Stato sulle eredità.

Art. 43

Ai fini di utilità generale la legge può riservare originariamente o trasferire, mediante espropriazione e salvo indennizzo, allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale.

Art. 44

Al fine di conseguire il razionale sfruttamento del suolo e di stabilire equi rapporti sociali, la legge impone obblighi e vincoli alla proprietà terriera privata, fissa i

limiti alla sua estensione secondo le regioni e le zone agrarie, promuove ed impone la bonifica delle terre, la trasformazione del latifondo e la ricostituzione delle unità produttive; aiuta la piccola e media proprietà.

La legge dispone provvedimenti a favore delle zone montane.

La questione centrale, sulla quale è necessario focalizzare l'attenzione ai fini dell'analisi che si sta conducendo, consiste nell'individuare se nella costituzione economica, e in primo luogo nelle norme costituzionali in materia di economia, sia contenuta una precisa scelta di un determinato modello economico o se, al contrario, la struttura sia tale da garantire la libertà al legislatore di operare tale scelta sulla base delle ragioni contingenti esistenti nel preciso momento storico nel quale la scelta medesima viene operata.

Una parte della dottrina ha in più occasioni posto in evidenza come in realtà la nozione di costituzione economica storicamente si connoti per una forte elasticità, apprezzabile tanto sotto il profilo della sua significatività politica, quanto sotto un profilo più strettamente contenutistico, indubbiamente connesso col primo. Una elasticità che, dunque, rende impossibile in concreto la formulazione di una equazione tesa a porre sullo stesso piano la costituzione economica ed un determinato modello di politica economica in base al quale definire il ruolo dello Stato nell'economia.

Una tale equazione è possibile solo ove si abbandoni il livello teorico a favore di un'analisi ancorata rigidamente sul dato normativo non solo costituzionale. Limitandoci per il momento al livello da ultimo richiamato, non mancano, infatti, esempi nei quali la scelta politica in ordine al modello economico dello Stato è chiaramente espressa a livello costituzionale. Basti pensare al Preambolo della IV Costituzione della Repubblica cinese, il quale prevede la trasformazione socialista della proprietà privata e la creazione di un sistema industriale socialista governato dal partito comunista cinese; o alla costituzione cubana del 1976 che dispone anch'essa la creazione di uno stato socialista; o, ancora, alla Costituzione brasiliana del 1989 nella quale il legislatore costituente si prefigge di operare una codificazione dell'ordine economico nazionale limitando l'attività economica dello stato ed allo stesso tempo statuendo la proprietà pubblica di alcune risorse.

In questi casi, infatti, è innegabile che le norme costituzionali, nella loro stessa formulazione letterale, esprimono una scelta politica ben precisa in merito al livello economico.

Ma questa opzione non caratterizza tutte le esperienze costituzionali e, soprattutto, non caratterizza le costituzioni democratico-pluraliste, tra cui certamente rientra la nostra Carta costituzionale, i cui cardini possono essere rintracciati proprio nel principio democratico e nella garanzia di effettività del pluralismo dei valori.

In quest'ottica risulta chiaro come la scelta di un modello economico determinato (rigidamente) all'interno di una costituzione pluralista verrebbe a porsi in netto contrasto proprio con quella pluralità di valori e di interessi che essa (la costituzione pluralista) assume come proprio valore fondante.

Chiarita questa inconciliabilità di fondo tra due entità così diverse, il passo successivo non può che essere individuato nel domandarsi quale ruolo debba avere l'economia nel quadro di una società caratterizzata dal pluralismo.

Richiamandosi proprio ai padri della teoria pluralista, e soprattutto alla distinzione che essi fanno tra settore controverso e settore non controverso della Costituzione, la dottrina ha collocato l'economia, e dunque la scelta del modello economico, all'interno del primo. Un settore la cui determinazione contenutistica, il cui orientamento, è lasciato al libero confronto tra gli interessi presenti nella società, pur rimanendo comunque disciplinato da regole formali, di natura procedurale, volte alla regolazione del confronto.

In questo quadro, dunque, la scelta del ruolo dello Stato nell'economia si pone come il *"risultato dell'interazione tra giudizi di valore extraeconomici da parte dei cittadini, preferenze dei consumatori tra beni pubblici e privati, decisioni delle imprese sull'allocazione delle risorse e la crescita, e visione di un'equa distribuzione del reddito da parte dei proprietari dei mezzi di produzione, da una parte, e il sistema di relazioni di potere all'interno del settore pubblico dall'altra"* (A. HEERTJE, *Introduzione al volume* di J.E. STIGLIZ, *Il ruolo economico dello Stato*, Il Mulino, Bologna, 1992, pp. 15-16). Essa, in altri termini, si pone come il frutto del gioco delle forze politiche e sociali che si muovono nell'ordinamento, le cui scelte (politiche) finiscono per

determinare, e allo stesso tempo condizionare, tutti gli altri principi del vivere sociale e giuridico. Forze politiche la cui volontà rappresenta il principio normativo originante e giustificante un ordinamento.

Alla luce di queste considerazioni è dunque evidente come la disciplina dell'economia, nei suoi aspetti essenziali e caratterizzanti, non possa non essere la risultante delle esigenze storiche e della prevalenza degli interessi individuali presenti nella società. Una scelta, dunque, che, se da un lato non può non essere espressione del concreto modellarsi delle relazioni e del reciproco influenzarsi dei sistemi politico e sociale, dall'altro trova le proprie coordinate essenziali nel sistema costituzionale.

In astratto, dunque, a meno che il dato costituzionale non esprima una precisa scelta di un modello di politica economica, i confini entro cui essa (la scelta del modello) può essere effettuata debbono essere rintracciati nella parte non controversa della Costituzione, cioè in quel gruppo di valori immutabili in essa consacrati e cioè nel rispetto dei valori e delle libertà fondamentali dell'individuo.

Si tratta di un discorso evidentemente applicabile al nostro assetto costituzionale il quale esprime l'esigenza che l'organizzazione economica, alla stessa stregua dell'organizzazione politica e sociale, sia tale da garantire il rispetto dei valori fondamentali contenuti nella parte non controversa della Carta costituzionale. Principi fondamentali che vanno intesi come un vero e proprio limite al sistema politico, e dunque per lo stesso legislatore, in ordine alla scelta del modello. In questo senso, dunque, la neutralità della Costituzione rispetto ad una determinata forma di mercato, va valutata alla luce di quelli che potremmo definire dei veri e propri limiti impliciti, cioè di quei fattori che possono creare una visione della società tale da giustificare anche un'ampia presenza del pubblico nell'economia.

Significativo in tal senso è l'ampio dibattito dottrinale che si è svolto avuto riguardo all'art. 41 della Costituzione.

"(...) Quanto al primo comma la solenne dichiarazione «l'iniziativa economica privata è libera» venne collocata in apertura dell'articolo, che inizia quindi con una formulazione in positivo, anziché proposta, come nel Progetto, all'enunciazione di vincoli e finalizzazioni. Alla dizione «norme e controlli» demandati alla legge ai fini dell'armonizzazione e del coordinamento delle attività economiche a fini sociali fu inoltre sostituita la più blanda espressione «programmi e controlli» (dopo che era stata respinta una proposta del socialdemocratico Arata tendente all'inserimento del termine «piani»). L'idea base - sintetizzò Ruini - è quella del coordinamento ...nessuna economia può prescindere da attività dello Stato. Il comunismo puro ed il liberismo puro sono due ipotesi e schemi astratti che non si riscontrano mai concretamente nella realtà. L'esclusione, infine, consistette nella reiezione dell'emendamento di Einaudi che dava sanzione costituzionale al controllo pubblico sui monopoli" (S. BERETTA, *La «costituzione economica» genesi e principi*, in *Il politico*, 1988, pp. 379 ss., p. 403).

Si evince, così, chiaramente il ruolo determinante da riconoscersi al momento interpretativo e, dunque, alla scelta politica presupposta rispetto alla determinazione in concreto del modello economico e, dunque, rispetto al tema qui trattato, ai contenuti e al ruolo delle scelte pianificatorie e programmatiche.

Nell'analizzare il sistema non si può non considerare l'influenza che su di esso ha avuto l'interferenza proveniente dal sistema comunitario che ha progressivamente assorbito la sovranità in materia economica e che pone a base del suo funzionamento il principio dell'economia di mercato, pur non ignorando aspetti afferenti alla compatibilità delle scelte assunte in materia economica con la garanzia del rispetto dei valori fondamentali.

Obiettivo iniziale della Comunità Economica Europea, ora Unione europea, era la creazione di un mercato unico i cui cardini erano rintracciabili nella realizzazione delle quattro libertà: di circolazione delle merci, dei capitali, dei servizi e delle persone. Un mercato concorrenziale nel quale doveva essere garantito il rispetto delle regole proprie di questo modello. Quindi non un mercato il cui funzionamento era completamente affidato agli operatori, ma un mercato libero nel quale il soggetto pubblico assume un ruolo di garante del rispetto delle regole predisposte per il corretto funzionamento del mercato concorrenziale: divieto di intese restrittive della libertà di concorrenza, di concentrazioni e di aiuti statali alle imprese nella misura in cui facilitando delle imprese conferiscono loro una posizione di vantaggio sul mercato falsando la con-

correnza tra imprese.

L'innesto dei principi comunitari all'interno del nostro ordinamento ha richiesto di necessità una rilettura delle norme della costituzione economica, in particolare dell'art. 41, e della legislazione in materia economica, riducendo gli ambiti diretti di intervento dello Stato ad esempio attraverso un processo di privatizzazione.

I poteri conformativi dello stato (cioè la possibilità di conformare all'interno la normazione dell'impresa, in modo da piegarne la funzione verso finalità politiche) diventano recessivi, nella misura in cui non possono avere effetto su imprese di altra nazionalità, per le quali il proprio ordinamento non prevede quelle conformazioni, e la recessività si estende anche alle imprese nazionali, perché non avrebbe senso impedire alle (o costringere le) imprese italiane di (oppure a) fare cose alle quali le altre imprese non sono (impedite o) costrette. Il potere conformativo, allora si sposta dal livello nazionale a quello comunitario, le cui determinazioni divengono parte della costituzione economica interna; uno degli esempi più vistosi è la disciplina comunitaria della società per azioni, per la quale esiste ora un vero e proprio *statuto normativo comune*. Un discorso analogo può farsi per le regolazioni amministrative in funzione di politica economica (autorizzazioni e concessioni): se è contrario al mercato unico uno stato che impedisca la circolazione delle imprese comunitarie mediante pianificazioni quantitative rigide che limitano la concorrenza, e se pertanto ciascuna impresa è regolata, (...) dalla normativa del paese d'origine (si pensi all'esercizio dell'attività bancaria) è anche illogico che si continui a stabilire ed esercitare poteri amministrativi penetranti solo sulle imprese nazionali, mentre le imprese straniere possono godere anche sul territorio dello «stato rigido» delle libertà di cui godono sul territorio del proprio stato. Ciò tra l'altro spiega come gli eventi degli ultimi anni vedono ritirarsi la legislazione amministrativa nazionale sulle imprese, e l'avvento di un processo di progressiva liberalizzazione di tutte le attività economiche (G. DI PLINIO, *Diritto pubblico dell'economia*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 167).

3. La programmazione nella Costituzione

In questo quadro di insieme vanno inseriti i richiami agli strumenti programmatori, che si pongono, pertanto, come un mezzo attraverso cui lo Stato pone l'economia al servizio del progresso sociale e civile del paese e che esprime la visione, o meglio la interferenza che il sistema politico intende esercitare sul sistema economico. Così intesa, pertanto, la programmazione non si giustifica in una prospettiva di razionalizzazione del sistema produttivo, bensì in connessione con i fini sociali richiamati nell'ultima parte del terzo comma dell'art. 41 assurgendo a strumento attraverso il quale realizzare le grandi riforme sociali, uno strumento di trasformazione della società attraverso il quale lo Stato assume un ruolo attivo nella determinazione ed eliminazione di quegli ostacoli che impediscono la realizzazione della uguaglianza sostanziale costituzionalmente garantita.

(...) La programmazione rappresenta la sede o (meglio) il procedimento di formazione del supremo indirizzo politico nazionale, di quell'indirizzo che, determinando gli obiettivi dello sviluppo, imprime il generale movimento alla vita della collettività. (...) La programmazione consiste essenzialmente in un processo storico decisionale, al cui momento unitario concorre l'intera articolazione della volontà politica nazionale, mediante la prevista partecipazione dialettica di centri «autonomi» di decisione politica; trattandosi della determinazione del supremo indirizzo politico nazionale, appare evidente che il «principio» della partecipazione (...) privilegi nella specie non il concorso del «singolo» bensì quello delle cc.dd. Autonomie collettive (o politiche), vale a dire le Regioni, gli enti locali, le associazioni di categoria, i sindacati (...), in guisa che il suddetto indirizzo possa meglio esprimere i valori di base. (...) Così concepita, la programmazione, che tende alla globalità, è destinata (quantomeno potenzialmente) ad incidere sulle competenze e sui modi di esercizio delle competenze di quasi tutti gli organi pubblici, riguardando sia l'attività legislativa del Parlamento, sia l'attività del governo, ed è destinata altresì ad incidere, sebbene in limiti più ristretti (...) non solo sull'azione degli enti pubblici territoriali ed istituzionali, ma anche su quella degli operatori privati che possono da essa - se non altro - trarre indirizzi ed indicazioni (G. PALMA, *Economia pubblica e programmazione*, cit. pp. 117-118).

La questione circa l'opportunità di introdurre un espresso richiamo allo strumento pianificatorio viene introdotta nel dibattito in sede di Assemblea costituente da Togliatti, relatore della I sottocommissione, nella seduta del 3 ottobre 1946.

La proposta, abbandonata in un primo momento, venne poi ripresa da Vittorio Foa, del partito d'Azione, e dal comunista Montagnana, i quali, nell'intento di garantire il diritto al lavoro, auspicavano l'intervento statale «per coordinare e dirigere l'attività produttiva secondo un piano che dia il rendimento massimo per la collettività».

«allo scopo di garantire il diritto al lavoro di tutti i cittadini (...) lo Stato interverrà per coordinare e dirigere l'attività produttiva dei singoli di tutta la Nazione secondo un piano che dia massimo rendimento per la collettività» (in *Assemblea costituente*, atti della Commissione per la Costituzione, Relazione e proposte, in *La costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, a cura del Segretariato generale della Camera dei deputati, vol. VI, Roma, 1971, p. 67). Una proposta che, come precisato dallo stesso Togliatti, mirava ad affermare «il principio dell'intervento dello Stato per regolare l'attività economica secondo un metodo differente da quello dell'economia capitalistica pura» garantendo così, per usare le parole di Rossetti, «un controllo sociale sulla vita economica» (*La costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, cit., vol. VI, p. 482 e p. 485).

Una formulazione che, prima di essere respinta, fu assai dibattuta in sede di Assemblea, e che vide contrapporsi ai proponenti i liberali Einaudi e Corbino seguiti dai democristiani ed anche dai repubblicani e dai socialdemocratici.

La questione fu poi riproposta nella seduta del 13 maggio 1947, in occasione dell'esame di quello che poi sarà l'art. 41 il cui testo originario non conteneva alcun accenno ai programmi o ai piani:

la legge determina le norme ed i controlli necessari perché le attività economiche possano essere armonizzate e coordinate a fini sociali.

Fu con l'emendamento introdotto dal socialdemocratico Arata che la questione fece nuovamente il suo ingresso in Assemblea.

Si tratta di «portare il tema sopra un piano di praticità, di realtà (...) di portare il dibattito in quella sfera concettuale nella quale lo stesso von Hayek, che da molti è rappresentato come il campione dell'antipianificazione, ammette delle forme di pianificazione parziale, là dove scrive testualmente: una pianificazione parziale può essere razionale ove la si intenda come il prodotto di una permanente impalcatura giuridica architettata in modo da fornire all'iniziativa privata gli incentivi necessari per compiere gli adattamenti richiesti da ogni variazione della vita economica e sociale» (*La costituzione della repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, cit., vol. II, p. 1662).

Sul punto von HAYEK, nel suo lavoro «*Pianificazione e socialismo*» osserva che «se per pianificazione s'intende la effettiva direzione dell'attività produttiva, per mezzo di prescrizioni autoritarie, tanto sulle quantità che devono essere prodotte e sui modi di produzione da impiegare, che sui prezzi da fissare, può essere facilmente dimostrato, non che una tale cosa sia impossibile, ma che qualunque misura isolata di tal genere cagiona delle reazioni che frustrano il suo fine, e che qualsiasi tentativo di agire coerentemente rende necessarie misure sempre più estese di controllo, fino a che tutta l'attività economica viene a dipendere da un'unica autorità». Diversi sono, nella prospettiva dell'Autore, quegli interventi statali volti ad offrire una «impalcatura giuridica» al mercato. «Non c'è alcuna ragione per assumere che le istituzioni giuridiche date storicamente siano di necessità le più naturali in qualsiasi senso (...). La questione di quale sia la più appropriata impalcatura permanente che può assicurare il più facile ed il più efficace funzionamento della concorrenza, è della maggiore importanza; e si deve riconoscere che malauguratamente è stata finora trascurata dagli economisti». Occorre pertanto distinguere «tra una permanente impalcatura giuridica architettata in modo da fornire tutti gli incentivi necessari all'iniziativa privata per compiere gli adattamenti richiesti da ogni variazione, ed un sistema in cui tali adattamenti sono compiuti dall'autorità centrale (...). In un certo senso entrambi i sistemi possono essere rappresentati come il prodotto di una razionale pianificazione. Ma nell'un caso questa pianificazione riguarda solamente l'impalcatura

costituzionale permanente, e se ne può fare a meno se si è disposti ad accettare le istituzioni cresciute in un lento processo storico; mentre nell'altro essa deve provvedere a far fronte a variazioni quotidiane di ogni sorta».

Dopo un'ampia discussione in Assemblea si convenne di introdurre la parola programmi allo scopo di riconoscere allo Stato la possibilità di intervenire nell'economia in modo coordinato non, come sottolineò lo stesso Ruini, «per semplice decisione o capriccio di autorità e di governo, ma soltanto per legge».

“poiché però indirizzare è la traduzione letterale del francese *diriger* noi riteniamo che anche qui la Costituzione si sia preoccupata di lasciare largo margine al legislatore perché possa adattarsi secondo le esigenze e gli sviluppi dei tempi. Così mentre è esclusa la parola 'piano' per evitare che la pianificazione divenisse una direttiva fissa per il legislatore, ha parlato di economia 'indirizzata' a fini sociali, onde lasciare al legislatore il potere di giungere molto in là colla programmazione” (G. BIANCHERI, L. BIANCHI D'ESPINOSA, C. GIANNATTASIO, *La costituzione italiana - commento analitico*, Nocchioli, Firenze, 1949).

Una impostazione confermata poi dallo stesso giudice costituzionale che nei primi interventi in materia (Corte cost. 35/1961; 24/1964) ebbe a sottolineare l'esigenza che l'istituto della programmazione fosse organizzato in modo che gli strumenti in esso contemplati creassero un sistema alternativo al mercato e soprattutto coerente al raggiungimento dell'obiettivo fissato a livello politico.

4. Le prime esperienze programmatiche

I primi tentativi di pianificare lo sviluppo dell'economia, seguendo il metodo della pianificazione globale, risalgono al secondo dopoguerra allorché risultava di centrale importanza la determinazione dei criteri di utilizzo degli aiuti esteri.

Alla fine degli anni Quaranta (1949) risale il Piano Lavoro presentato dalla CGIL al fine di porre rimedio al problema della disoccupazione sulla scia di una analoga iniziativa assunta dal movimento cattolico sei anni prima attraverso la presentazione del Codice di Camaldoli.

Il primo atto di pianificazione globale è il Piano Vanoni (“Schema di sviluppo dell'occupazione e del reddito in Italia nel decennio 1955-1964”) nel quale venivano individuati tre assi di intervento: la disoccupazione, il disavanzo della bilancia dei pagamenti e lo squilibrio tra nord e sud, concretatisi nella specificazione di tre obiettivi:

- a. creazione di nuovi posti di lavoro al fine di eliminare la disoccupazione e ricollocare i lavoratori in esubero presenti in alcuni settori, quali ad esempio i sottoccupati del settore agricolo;
- b. pareggio della bilancia dei pagamenti;
- c. eliminazione del divario tra regioni settentrionali e quelle del Mezzogiorno

Numerosi ostacoli si frapposero alla realizzazione degli obiettivi di cui al Piano Vanoni.

Nel Piano si ritrova il nocciolo duro della teoria keynesiana: il sistema economico capitalistico non garantisce l'equilibrio di piena occupazione e non per la rigidità dei salari e prezzi, ma per carenza di domanda. Ne consegue la necessità dell'intervento esterno da parte dello stato.

In questa prospettiva in cui l'operatore pubblico non si pone come antitetico rispetto al mercato, la programmazione viene orientata essenzialmente su tre macrosettori:

- a. la gestione finanziaria dello Stato;
- b. molti settori della vita amministrativa quali l'agricoltura, l'edilizia residenziale, la sanità, la tutela dell'ambiente;
- c. disciplina e valorizzazione delle autonomie territoriali.

Nel 1962, Ministro del Bilancio La Malfa, si giunse alla costituzione di ben tre commissioni di studio: Commissione di indagine sul potere di monopolio, Commissione di studio per la riforma tributaria e Commissione (Saraceno) nazionale per la programmazione economica.

La Commissione Saraceno nel 1963 redasse una Relazione generale sulla situazione economica del paese nella cui Nota aggiuntiva venivano posti in evidenza i tre nuclei principali di intervento (squilibrio settoriale fra agricoltura ed industria; squilibrio territoriale tra nord e sud,

squilibri relativi ai consumi) ponendo le basi per delle azioni integrate di intervento che furono oggetto di un ampio dibattito che occupò l'intero anno.

Solo nel gennaio del '64 il Vicepresidente Saraceno presentò un rapporto provvisorio i cui esiti furono fatti propri da Giolitti prima, e da Pieraccini poi.

Il Piano così presentato in Parlamento fu approvato nel luglio del '67 "Programma di sviluppo economico per il quinquennio 1967-1971".

Con la legge n. 48, del 27 febbraio 1967, il Ministero del Bilancio venne trasformato nel Ministero del bilancio e della programmazione economica.

Nel programma, che come i precedenti non ebbe un seguito preciso di interventi, denominato Piano Pieraccini, venivano poste le basi per un consistente intervento pubblico nei settori sociali quali l'istruzione pubblica e l'assistenza sanitaria.

Fino ai primi anni '60 l'azione dello stato è caratterizzata da una concezione esprimente l'esigenza di realizzare una forma economica di tipo neocapitalista, caratterizzata da un mercato sostanzialmente libero.

Solo successivamente, verso la metà degli anni '60, si registra un sensibile mutamento nel modo di concepire il ruolo dello Stato nell'economia.

"lo Stato è, in ogni caso, protagonista dell'economia generale della collettività e che, anche nei paesi industrialmente avanzati, i livelli di reddito raggiunti sono resi possibili dall'ampia azione economica pubblica, tesa a soddisfare un crescente volume di bisogni ritenuti socialmente validi" (...) In altri termini, incrinatosi definitivamente il principio secondo cui l'attività imprenditoriale rappresenta la funzione tipica ed esclusiva dell'azione economica privata, l'iniziativa imprenditoriale pubblica, in forza di differenti e svariati schemi organizzatori (aziende, imprese formalmente private, con partecipazione di maggioranza o di controllo, imprese operanti in regime di concessione, ecc.), subisce un incremento senza precedenti nel modo capitalistico; pertanto l'economia (...) diventa terreno sul quale, senza predeterminazione delle rispettive sfere d'azione, si misurano tanto l'iniziativa privata quanto quella pubblica.

In conseguenza, l'impresa pubblica, conseguita - per così dire - una dignità uguale a quella privata - e ciò, a quanto pare, in perfetta consonanza con lo spirito della Carta - si avvia a controllare una sempre maggiore quota di produzione ed è in grado, spesso anche in forza di una posizione di vantaggio (come ad esempio in campo di agevolazioni creditizie), di determinare gli orientamenti dello sviluppo in molti settori economici fondamentali e non (tanto) in forza di strumenti autoritativi, come si comprende, (quanto) bensì con strumenti squisitamente economici" (G. PALMA, *Economia pubblica e programmazione*, cit. p. 106-107).

In questa prospettiva la programmazione diviene uno strumento per garantire uno sviluppo equilibrato della società ampliando i propri confini, investendo l'intero sistema sociale.

Il piano tende sempre più ad assumere le dimensioni di un vasto disegno riformatore, che fissa le supreme linee della strategia prescelta per incidere sulla struttura economico-sociale del Paese e di conseguenza anche il modulo pianificatorio muta profondamente; infatti, dalla logica della programmazione come atto amministrativo generale, approvato al termine di una lunga e complessa procedura amministrativa, si passa ad una programmazione che diventa essa stessa essenzialmente un momento procedurale, nel quale si fissano appunto gli indirizzi generali ed i criteri prioritari, cui devono attenersi poi gli operatori nella fase di concreta attuazione (G. PALMA, *Economia pubblica e programmazione*, cit. p. 111).

Due anni più tardi, nel 1969, venne presentato un nuovo documento contenente la proiezione dell'economia italiana per il decennio successivo, da cui il nome di Progetto '80, nel quale la linea individuata nel Piano Pieraccini, relativa alla necessità di potenziare gli interventi sociali, venne ulteriormente specificata.

(...) il cd. «Progetto '80» (...) individua quattro possibili modelli di programma: *progetto di preminente significato nazionale*, non richiedente l'esercizio di poteri attivi regionali e *progetto di preminente significato regionale*, non richiedente o richiedente in misura non rilevante l'esercizio di poteri attivi statali e rispetto al quale la responsabilità dello Stato può esprimersi in termini di «indirizzo e coordinamento»; *progetti di significato nazionale ed interregionale* e *progetti di signi-*

ficato regionale e nazionale, a seconda che investano più o meno pienamente i poteri attivi statali o regionali (G. PALMA, *Economia pubblica e programmazione*, cit., p. 128-129).

Detto documento costituì la base per la redazione del programma economico 1971-1975 il quale fu preceduto da un Documento programmatico preliminare nel quale le politiche di intervento venivano concentrate nuovamente nel quadro delle competenze del CIPE.

Ciò è solitamente imputato al fatto che non tutte le previsioni, in esso contenute, trovano un esatto riscontro nella realtà e maggiormente al fatto che l'attenzione dei programmatori non si è soffermata adeguatamente sulla strumentazione operativa (poiché la maggioranza «sapeva ciò che voleva, ma non sapeva come volerlo»), per cui si dà vita ad una specie di piano «disarmato» (G. PALMA, *Economia pubblica e programmazione*, cit., p. 112).

La situazione muta con il piano triennale Pandolfi (1979-1981).

Ed è proprio in questi anni che si fa strada la convinzione per cui «la politica economica globale» si sarebbe dovuta limitare al controllo di poche variabili centrali che garantiscono gli equilibri monetari e finanziari.

Da un punto di vista soggettivo, la programmazione economica viene dunque concentrata a livello centrale, in capo al neocostituito Ministero, il quale provvedeva alla elaborazione dello schema di programma economico nazionale da sottoporre alle deliberazioni del Consiglio dei Ministri, che, in relazione al coordinamento della politica di bilancio del Governo, collaborava con il Ministero del tesoro per quanto attiene alla redazione del Bilancio di previsione ed alla redazione della relazione generale sulla situazione economica del paese e della relazione previsionale e programmatica per l'anno successivo.

4.1. (Segue). Gli anni Ottanta. Programmazione economica e finanza pubblica

Un passaggio decisivo nell'evoluzione dei sistemi programmatori è rappresentato dal d.p.r. 616/77 nel quale veniva disciplinato il trasferimento delle funzioni amministrative alle regioni.

Art. 11

Lo Stato determina gli obiettivi della programmazione economica nazionale con il concorso delle Regioni. Le Regioni determinano i programmi regionali di sviluppo, in armonia con gli obiettivi della programmazione economica nazionale e con il concorso degli enti locali territoriali secondo le modalità previste negli statuti regionali. Nei programmi regionali di sviluppo gli interventi di competenza regionale sono coordinati con quelli dello stato e con quelli di competenza degli enti locali territoriali. La programmazione costituisce riferimento per il coordinamento della finanza pubblica.

La norma richiamata consente di cogliere i dati caratterizzanti il panorama programmatico degli anni Ottanta: una rete di amministrazioni, uno stretto coordinamento tra programmazione economica e programmazione finanziaria.

Significativo in tal senso il contenuto della legge 1° marzo 1986, n. 64 recante la disciplina organica dell'intervento straordinario nel mezzogiorno, con la quale viene introdotto, nel quadro della realizzazione di un Piano triennale di sviluppo, lo strumento dell'accordo di programma:

iniziativa integrata e coordinata di Regioni, Enti locali ed altri soggetti pubblici e amministrazioni statali, anche ad ordinamento autonomo, per la realizzazione degli interventi previsti nel Programma triennale di sviluppo per favorire le attività e le iniziative che concorrono al risanamento, all'ammodernamento e all'espansione dell'apparato produttivo, ed alla valorizzazione delle risorse locali.

La situazione testè descritta rimase pressoché invariata per tutto il decennio nel quale, come si dirà, si assiste ad una sempre più pervadente diffusione di istituti tesi a garantire forme di amministrazione partecipata. Si pensi alla generalizzazione dell'accordo di programma che, con la legge n. 142/90 (art. 27), ora art. 34 T.U. degli enti locali, diviene strumento ordinario di programmazione economica, o all'introduzione dell'istituto della conferenza di servizi, operato con la legge n. 241/90.

5. Dalla programmazione economica generale alla programmazione di bilancio

Al declino della programmazione economica generale è succeduta la c.d. programmazione di bilancio, realizzata da Governo e Parlamento. Tale forma di programmazione va ad inserirsi in un processo circolare di pianificazione, programmazione, gestione e controllo. Essa trova nel Documento di Programmazione economica e finanziaria, presentato dal Governo alle Camere, previa trasmissione alle Regioni, il suo nucleo centrale.

I tempi della programmazione di bilancio possono essere così sinteticamente richiamati:

- | | |
|--------------|---|
| 30 giugno | predisposizione del DPEF, contenente l'indicazione degli obiettivi macroeconomici (in particolare crescita e occupazione) di finanza pubblica in termini di fabbisogno pubblico; |
| 15 luglio | acquisizione del parere della Conferenza Stato Città ed Autonomie locali unificata con la Conferenza Stato-Regioni (prescritta particolare attenzione per le aree depresse). |
| 30 settembre | Disegno di legge di approvazione del bilancio annuale e del bilancio pluriennale a legislazione vigente;
Disegno di legge finanziaria, che può contenere norme di delega tese a realizzare effetti finanziari con decorrenza dal 1° anno considerato nel bilancio pluriennale;
Relazione previsionale e programmatica;
Bilancio pluriennale e programmatico. |
| 15 ottobre | Parere della Conferenza unificata sulla manovra di bilancio; |
| 15 novembre | Disegni di legge collegati, contenenti disposizioni omogenee per materia in riferimento agli indirizzi e alle regole programmate. |

I documenti programmatici generali costituiscono la base di partenza anche per la elaborazione degli atti di programmazione e di indirizzo da parte delle singole amministrazioni, secondo un processo di programmazione strategica, a livello tanto centrale quanto regionale e locale.

6. Il contesto programmatico comunitario

I processi di programmazione nazionale si inseriscono necessariamente nel contesto programmatico comunitario, nel quale vanno rintracciate le coordinate generali per l'azione degli Stati membri. Gli artt. 2 e 3 del Trattato dell'Unione stabiliscono, infatti, che essa ha, tra l'altro, il compito di *"promuovere, nell'insieme della Comunità uno sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche, un elevato livello di occupazione e di protezione sociale, il miglioramento del tenore e della qualità della vita, la coesione economica e sociale e la solidarietà tra gli stati membri"*.

In particolare, la coesione economica e sociale, oggetto di una specifica politica comunitaria - mira a ridurre il divario tra i livelli di sviluppo delle varie regioni ed il ritardo delle regioni meno favorite attraverso l'azione di Fondi a finalità strutturale, cioè strumenti finanziari attraverso i quali vengono co-finanziati (in ossequio al principio della addizionalità dell'aiuto europeo rispetto alle sovvenzioni nazionali) interventi nelle singole regioni europee.

La politica di coesione economica e sociale fino a tutto il 2006 si articolava in 3 obiettivi:

OBIETTIVO 1 - Promuove lo sviluppo e l'adeguamento strutturale delle regioni che presentano ritardi nello sviluppo e il cui PIL medio pro-capite è inferiore al 75% della media dell'UE (per l'Italia rientrano nell'obiettivo 1: Basilicata, Calabria, Campania, Puglia, Sardegna e Sicilia. Il Molise è in una fase detta di sostegno transitorio) e le regioni ultraperiferiche;

OBIETTIVO 2 - Contribuisce a favorire la riconversione economica e sociale delle zone con diverse difficoltà strutturali rispetto a quelle contemplate nell'obiettivo 1: zone in trasformazione economica, zone rurali in crisi, zone che dipendono dalla pesca e quartieri urbani in difficoltà (l'indicazione di tali aree è contenuta nella Dec. 2000/530/CE, modificata dalla Dec. 2001/363/CE);

OBIETTIVO 3 - Azioni a favore dello sviluppo delle risorse umane fuori dall'obiettivo 1.

L'articolo 3, secondo comma, del Regolamento 1083/2006 ridetermina gli obiettivi della politica di coesione per il 2007/2013. Vengono così individuati:

A. **"Convergenza"** ("CONV"): è volto ad accelerare la convergenza degli Stati membri e delle regioni in ritardo di sviluppo, migliorando le condizioni per la crescita e l'occupazione tramite l'aumento del miglioramento della qualità degli investimenti in capitale fisico e umano, lo sviluppo dell'innovazione e della società della conoscenza, dell'adattabilità ai cambiamenti economici e sociali, la tutela e il miglioramento della qualità dell'ambiente e l'efficienza amministrativa.

Questo obiettivo costituisce la priorità dei fondi ed infatti beneficia dell'81,54% dei fondi destinati alla coesione. Esso può essere finanziato sia dal FESR che dal FSE.

B. **"Competitività regionale e occupazione"** ("CRO"): esso riunisce in un solo gruppo gli obiettivi che nella precedente programmazione (2000-2006) costituivano il secondo e terzo obiettivo della politica. Esso punta, al di fuori delle regioni in ritardo di sviluppo, a rafforzare la competitività e le attrattive delle regioni e l'occupazione.

In particolare, con riferimento alla competitività regionale, esso punta a favorire l'innovazione e la società dell'informazione, la protezione dell'ambiente, la questione urbana, assorbendo le tematiche precedentemente affrontate dall'iniziativa comunitaria URBAN.

Con riferimento all'occupazione, basandosi su quanto stabilito nella strategia europea per l'occupazione, l'obiettivo mira a favorire l'adattabilità dei lavoratori, a creare maggiori posti di lavoro e a consentire l'accesso al mercato del lavoro per i soggetti vulnerabili. Anche questo obiettivo può essere finanziato sia dal FESR che dal FSE.

C. **"Cooperazione territoriale europea"** ("COOP"): Costituisce la vera novità della programmazione 2007-2013. Introdotto sulla base del successo dell'iniziativa comunitaria Interreg, riconosce valore fondamentale agli enti sub-statali per la realizzazione di una più forte coesione fra popoli e territori. È inteso a rafforzare la cooperazione transfrontaliera mediante iniziative congiunte locali e regionali, a rafforzare la cooperazione transnazionale mediante azioni volte allo sviluppo territoriale integrato connesse alle priorità comunitarie e a rafforzare la cooperazione interregionale e lo scambio di esperienze in tutto il territorio dell'Unione.

Questo obiettivo può essere finanziato solo dal FESR.

Le 4 iniziative previste sono:

- | | |
|----------|---|
| INTERREG | Iniziativa tesa a stimolare la cooperazione transfrontaliera e interregionale; |
| LEADER | Iniziativa mirante a promuovere lo sviluppo rurale attraverso l'azione di gruppi locali; |
| EQUAL | Iniziativa tesa a favorire lo sviluppo di nuove pratiche di lotta contro le discriminazioni e le ineguaglianze di ogni genere nell'accesso al mercato del lavoro; |
| URBAN | Iniziativa tesa a favorire la rivitalizzazione economica e sociale delle città e delle periferie in crisi. |

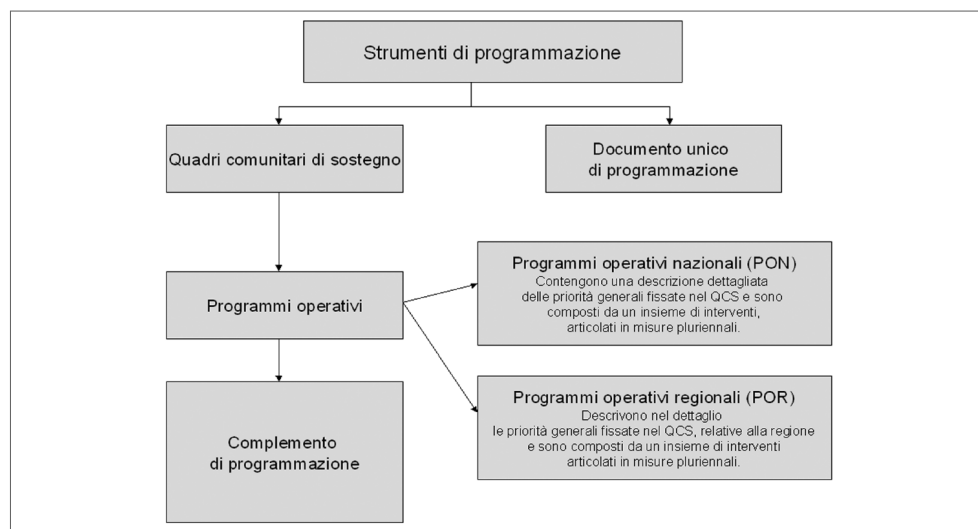
I fondi strutturali attraverso i quali le summenzionate linee di intervento vengono finanziate sono:

- | | |
|------|--|
| FESR | Fondo Europeo di Sviluppo Regionale - attraverso il quale vengono finanziate le infrastrutture, gli investimenti produttivi tesi a creare posti di lavoro, i progetti di sviluppo locale e gli aiuti alle PMI (finanzia le azioni dell'Obiettivo 1, dell'Obiettivo 2, di Interreg e di Urban); |
| FSE | Fondo Sociale Europeo - principale strumento della politica sociale comunitaria, col quale vengono sovvenzionate azioni a favore della formazione, della riconversione professionale e della creazione di posti di lavoro e di reinserimento dei disoccupati (interviene sui tre obiettivi e sull'iniziativa Equal); |

FEOGA	Fondo Europeo Agricolo di Orientamento e Garanzia - con il quale vengono finanziate le azioni di sviluppo rurale e di aiuto agli agricoltori per le aree in ritardo di sviluppo nel quadro della Politica agricola comunitaria (PAC).
SFOP	Strumento Finanziario di Orientamento della Pesca - per la riforma strutturale del settore;
FONDO DI COESIONE	con il quale vengono finanziati i provetti ambientali e di miglioramento delle reti di trasporto di quei paesi il cui PIL è inferiore al 90% della media europea (Spagna, Grecia, Irlanda e Portogallo).

Di seguito si riporta uno schema relativo alla programmazione degli interventi.

- elaborazione di piani di sviluppo pluriennali (settennali per tutti gli obiettivi)
- a. Piani (nazionali) di sviluppo e di riconversione nei quali gli stati membri descrivono lo *status* della regione e individuano una strategia adeguata per raggiungere gli obiettivi di miglioramento fissati;
- b. Documenti (nazionali) di programmazione, presentati dagli Stati membri alla Commissione dell'Unione. Tali piani possono essere redatti nella forma dei
 - i. Quadri comunitari di sostegno contenenti una fotografia della situazione di partenza; la strategia; le priorità d'azione; gli obiettivi specifici; le forme di intervento comunitario; la durata; la ripartizione delle risorse finanziarie; le condizioni di attuazione; il programma di finanziamento, sorveglianza e verifica. Essi sono articolati a loro volta in assi prioritari di intervento specificati nei Programmi operativi (PO), nei quali sono descritte nel dettaglio le priorità contenute nel QCS. Le misure sono ulteriormente specificate nel Complemento di programmazione nel quale sono indicati i modi di attuazione di ogni singolo intervento e la relativa ripartizione dei fondi.
 - ii. Documenti unici di programmazione - i cui contenuti sono analoghi a quelli dei documenti di cui al punto precedente.
- c. La Commissione, cui spetta l'approvazione dei documenti sub b), negozia con gli Stati membri e provvede ad una ripartizione indicativa dei Fondi per ciascuno Stato.



Completano il quadro sommariamente delineato i c.d. progetti integrati, miranti a un obiettivo di sviluppo del territorio perseguito attraverso un complesso di azioni, determinati a livello regionale:

- PIT - progetti integrati territoriali;
- PIS - progetti integrati settoriali;
- PIF - progetti integrati di filiera;
- PIR - progetti integrati regionali
- PISU - progetti di sviluppo urbano.

Capitolo IX

Programmazione territoriale e titoli in edilizia. Dalla licenza edilizia al permesso di costruire

Sommario:

1. La programmazione territoriale. 1.1. Il piano territoriale di coordinamento. 1.2. I piani intercomunali. 1.3. I piani comprensoriali. 1.4. La pianificazione territoriale nella legislazione regionale, provinciale e sub-provinciale. 2. (Segue). La pianificazione ambientale. 3. La pianificazione di settore. 3.1. La pianificazione urbanistica. 3.1.1. Il Piano regolatore generale. 4. Dal governo alla *governance* del territorio: la programmazione negoziata. 4.1. Gli strumenti della programmazione negoziata. 4.1.1. Intesa istituzionale di programma. 4.1.2. L'accordo di programma quadro. 4.1.3. Patto territoriale. 4.1.4. Contratto di programma e contratto d'area. 5. Dalla licenza edilizia al permesso di costruire. 5.1. (Segue). Il permesso di costruire. 5.2. (Segue). La denuncia di inizio di attività. 5.3. (Segue). Attività edilizie libere. 5.4. Quadro riepilogativo delle procedure edilizie.

1. La programmazione territoriale

Il fallimento della programmazione globale fa sì che si affermino, con sempre maggiore estensione, forme di programmazione settoriale, generalmente indicata in termini di pianificazione, relative, come emerge dalla stessa dizione letterale, a specifiche aree di intervento.

La principale forma di programmazione settoriale è rappresentata dalla c.d. pianificazione/programmazione territoriale, relativa alla disciplina dell'uso del territorio. Si tratta, in realtà, di una macro categoria che al proprio interno acclude forme più dettagliate di pianificazione, quali quella urbanistica e quella ambientale.

Essa "(...) consiste nell'individuazione di un modello di distribuzione spaziale delle azioni di trasformazione, tutela e uso di un determinato territorio, organizzazione delle sue risorse essenziali, indicazione delle condizioni dello sviluppo compatibile, fissazione dei criteri e delle regole preordinate a tali azioni, tese al soddisfacimento dei bisogni materiali e immateriali delle popolazioni e alla promozione di uno sviluppo sostenibile e ordinato delle aree" (A. MONACO, *Urbanistica, Ambiente e territorio*, Ed. Simone, Napoli, 2003, p. 505).

Dapprima collegata ai profili più propriamente urbanistici, la pianificazione territoriale segue sostanzialmente l'evoluzione che si ha con riferimento al modo di concepire l'uso del territorio seguendo una linea di intervento, anche a soli fini programmatori, dei soggetti pubblici, che varca i confini della semplice disciplina dell'uso del territorio contenuta nei Piani regolatori generali e nei relativi regolamenti edilizi.

Infatti, è solo verso la fine della seconda metà del secolo appena trascorso in concomitanza con la predisposizione dei piani generali di cui al capitolo precedente, che in Italia, con l'emanazione della legge urbanistica del 1942 (n. 1150), si afferma un concetto di pianificazione che supera gli angusti confini dei centri urbani per acquisire una dimensione più ampia nella quale si afferma il concetto di territorialità dell'intervento programmatico. La pianificazione non è più dunque limitata soltanto al piano regolatore generale del comune, con annesso regolamento edilizio, ma assume dei contenuti più ampi divenendo uno strumento centrale delle scelte di politica economica, mezzo fondamentale per superare gli squilibri socio economici presenti nel paese.

I primi esempi di pianificazione territoriale sono i piani di coordinamento ed i piani intercomunali contemplati agli artt. 5 e 11 della legge n. 1150/42.

Un decisivo passo in avanti nella linea della pianificazione territoriale, seguito dalla introduzione di strumenti nuovi di pianificazione, si ha con l'istituzione delle Regioni che hanno fatto della pianificazione territoriale uno strumento centrale dello sviluppo del territorio.

Come si diceva, la locuzione pianificazione territoriale acclude al suo interno una serie assai variegata di strumenti di pianificazione che possono, per comodità espositiva, essere classificati con riferimento alla loro natura, alla rilevanza territoriale, alla validità ecc.

In generale, è possibile distinguere i piani generali, cioè quegli "strumenti con i quali ciascun ente territoriale detta, per l'intero ambito di propria competenza, la sua disciplina di tutela e

uso del territorio”, dai piani settoriali che, a differenza dei primi consistono in “*strumenti con i quali, nei casi espressamente previsti dalla legge, gli enti pubblici territoriali e gli enti pubblici in generale preposti alla tutela di specifici interessi e funzioni, dettano la disciplina di tutela e di uso di particolari servizi e attività di loro spettanza*” (A. MONACO, *op. cit.*, p. 660), cioè quella “*pluralità di atti di programmazione degli interventi e di disciplina dell'utilizzazione di risorse materiali e immateriali, relativamente ad ambiti specifici di attività con dimensione territoriale variabile*” (A. MONACO, *op. cit.*, p. 660).

Focalizzando l'attenzione sul profilo della territorialità, è possibile distinguere:

- a livello regionale: Piani di indirizzo, piani programmatici e di coordinamento;
- a livello provinciale, sovracomunale e comprensoriale: piani territoriali intermedi;
- a livello comunale: piani urbanistici comunali.

Ad essi si affianca la pianificazione operativa attuativa, la pianificazione di settore e la pianificazione speciale.

Muovendo dal dato normativo possiamo individuare:

- a livello nazionale: piano territoriale di coordinamento
piano intercomunale
piano comprensoriale
- a livello regionale: piano regionale di indirizzo
piano di indirizzo territoriale
piano regionale di coordinamento
piano regionale programmatico e di coordinamento territoriale
piano territoriale operativo
- a livello provinciale: piano di coordinamento provinciale
- a livello sub provinciale piano territoriale della città metropolitana
o sub regionale:

11. Il piano territoriale di coordinamento

Il piano territoriale di coordinamento (P.T.C.) è stato introdotto nel nostro ordinamento dall'art. 5 della legge n. 1150/42 ed ha subito una decisa evoluzione dopo l'istituzione delle regioni e del graduale affermarsi di una filosofia tesa a esaltare il ruolo regionale nel processo di sviluppo economico-sociale del paese.

La legge prevedeva che “*allo scopo di orientare l'attività urbanistica da svolgere in determinate parti del territorio nazionale il Ministero dei lavori pubblici (oggi la regione) ha la facoltà di provvedere, su parere del Consiglio superiore dei lavori pubblici (oggi Comitato tecnico regionale o organo regionale equivalente) alla compilazione di piani territoriali di coordinamento fissando il perimetro di ogni singolo piano.*”

Nella formazione di detti piani devono stabilirsi le direttive da seguire nel territorio considerato in rapporto principalmente:

- a. *alle zone da riservare a speciali destinazioni ed a quelle soggette a speciali vincoli o limitazioni di legge;*
- b. *alle località da scegliere come sedi di nuovi nuclei edilizi od impianti di parti colare natura e importanza;*
- c. *alla rete delle principali linee di comunicazione stradali, ferroviarie, elettriche, navigabili esistenti o in programma (...)* (art. 5)

“Il piano territoriale di coordinamento ha vigore a tempo indeterminato e può essere variato con decreto presidenziale, (...)

I Comuni, il cui territorio sia compreso in tutto o in parte nell'ambito di un piano territoriale di coordinamento, sono tenuti ad uniformare a questo il rispettivo piano regolatore comunale” (art. 6).

Si tratta, come è stato sottolineato da una parte della dottrina (G. D'ANGELO, *La legislazione urbanistica*, Fiorentino, Napoli, 1986), di uno “*strumento volto a creare un tessuto urbanistico a larga trama, nella quale le varie zone di insediamento trovano opportuna collocazione*” operando una sorta di zonizzazione del territorio nazionale. Un piano-quadro delle azioni da

assumere nelle diverse aree del territorio nazionale, al quale era espressamente riconosciuta una efficacia normativa vincolante per gli enti i quali, come emerge dallo stesso dettato normativo, erano obbligati ad adeguarsi alle prescrizioni contenute nel piano. Una vincolatività che, pertanto, non impegna il singolo, a meno di un suo recepimento a livello locale che in generale assumeva una duplice natura, programmatica e di indirizzo, con valenza prescrittiva, secondo quanto previsto dal secondo comma dell'art. 6, soltanto per la pianificazione sott'ordinata. Dunque, un modello di pianificazione che, vuoi per la sua ampiezza, vuoi per la sua efficacia, non ha portato a risultati positivi e che è stato superato con il trasferimento delle funzioni alle Regioni.

1.2. I piani intercomunali

Un altro strumento di pianificazione a carattere generale disciplinato sempre dalla legge n. 1150/42 era rappresentato dai piani intercomunali contemplati all'art. 12.

“ Quando per le caratteristiche di sviluppo degli aggregati edilizi di due o più comuni contermini si riconosca opportuno il coordinamento delle direttive riguardanti l'assetto urbanistico dei comuni stessi Il Ministro (per i lavori pubblici, oggi la Regione), sentito il parere del Consiglio superiore dei lavori pubblici (oggi il corrispondente organo regionale), può disporre la formazione di un piano regolatore intercomunale.

In tal caso il Ministro determina:

a) l'estensione del piano intercomunale da formare;

quale dei comuni interessati debba provvedere alla redazione del piano e come debba essere ripartita la relativa spesa (...)” (art. 12).

Si tratta di una sorta di norma in bianco con la quale viene attribuito ad un soggetto pubblico (ora la Regione) il potere di operare una pianificazione degli interventi in alcune aree, di pertinenza di diversi comuni, caratterizzate da una omogeneità territoriale, la cui formazione, a differenza del piano territoriale di coordinamento, è demandata al Comune, residuando al soggetto con competenza territoriale più ampia (prima il Ministero ora la Regione) soltanto la delimitazione del territorio interessato e la individuazione del soggetto - del Comune tra quelli interessati - incaricato della materiale redazione del piano. Aree per le quali mancava, evidentemente, un piano territoriale di coordinamento.

Quanto ai contenuti, i piani intercomunali generalmente contengono, oltre alla perimetrazione dell'area, l'indicazione delle azioni necessarie di riequilibrio dei fattori territoriali nell'area interessata, l'indicazione dei sistemi infrastrutturali e tutti quegli elementi che servono a rappresentare le condizioni socio-economiche dell'area stessa, le scelte strategiche per lo sviluppo del territorio, le direttive per le azioni di coordinamento delle funzioni sovracomunali ecc.

Nel corso degli anni lo strumento del piano intercomunale ha subito un graduale ridimensionamento ed è stato sostituito in molte realtà dai nuovi strumenti di programmazione territoriale.

1.3. I piani comprensoriali

Nati per far fronte alle difficoltà incontrate nella formazione dei piani intercomunali, si affacciano nel panorama della pianificazione verso la fine degli anni Cinquanta. Da un punto di vista territoriale, i piani comprensoriali riguardano alcune aree del territorio che presentano comuni caratteristiche geografiche, ambientali, economico-sociali, territoriali ed urbanistiche.

Si tratta di uno strumento mai introdotto dalla legislazione statale come strumento di pianificazione territoriale e che è stato disciplinato soltanto in alcune leggi urbanistiche regionali come strumentazione attuativa dei piani territoriali regionali, come ad esempio nel Lazio nel quale il piano territoriale generale indica gli ambienti territoriali per la redazione in forma associata dei piani urbanistici regionali.

1.4. La pianificazione territoriale nella legislazione regionale, provinciale e sub-provinciale

A livello regionale le singole legislazioni presentano dei caratteri generali in comune essendo tutti tesi a realizzare un efficace ed efficiente sistema di programmazione e pianificazione territoriale prevedendo un uso appropriato delle risorse ambientali, territoriali e storico culturali, riorganizzando le diverse competenze tra i vari livelli istituzionali, semplificando i procedimenti amministrativi e garantendo il contraddittorio tra soggetti pubblici e privati coinvolti.

La pianificazione territoriale regionale è, nella sostanza, "preordinata a garantire la coerenza tra le caratteristiche e la storia del territorio regionale e le destinazioni e gli interventi di trasformazione previsti nello strumento di pianificazione con la possibilità di verificare, in corso di attuazione e nel tempo, l'adeguatezza e l'efficacia delle scelte operate" (A. MONACO, *op. cit.*, p. 527). È interessante soffermare l'attenzione sul metodo utilizzato nella pianificazione regionale. Si tratta del metodo della concertazione tra gli enti pubblici territoriali e le associazioni economiche e sociali. Gli strumenti previsti per la concertazione sono: le conferenze e gli accordi di pianificazione (organizzate su documenti preliminari di obiettivi, cui fanno seguito gli accordi di pianificazione), gli accordi territoriali tra comuni e province in ordine alle scelte considerate strategiche, gli atti di indirizzo e coordinamento assunti dalla Regione per indirizzare la pianificazione provinciale e comunale, gli accordi con i privati per assumere nella pianificazione proposte di progetto e iniziative di interesse per la comunità.

La programmazione territoriale si distingue, come si è visto, in due grandi categorie: i piani di indirizzo territoriale (P.I.T.) anche denominati quadri territoriali regionali (Q.T.R.), riguardanti l'uso del territorio e i piani regionali territoriali programmatici e di coordinamento con i quali le regioni definiscono le linee e gli obiettivi generali dell'assetto del territorio regionale.

Ad essi si affiancano i piani territoriali provinciali, emanati in esecuzione delle prescrizioni contenute nella legge n. 142 del 1990 che attribuiva alla Provincia poteri direttivi e compiti esclusivi in materia di pianificazione e tutela del territorio.

L'art. 20, comma 1, del T.U. d.lgs. n. 267/00, che ha sostituito l'art. 15 della legge n. 142/90 prevede:

La provincia:

a. raccoglie e coordina le proposte avanzate dai Comuni, ai fini della programmazione economica, territoriale e ambientale della Regione;

b. concorre alla determinazione del programma regionale di sviluppo, degli altri programmi e piani regionali secondo norme dettate dalla legge regionale;

c. formula e adotta, con riferimento alle previsioni e agli obiettivi del programma regionale di sviluppo, propri programmi pluriennali di carattere generale e settoriale, e promuove il coordinamento dell'attività programmatica dei Comuni;

2. La Provincia, inoltre, ferme restando le competenze dei Comuni e in attuazione della legislazione e dei programmi regionali, predispone ed adotta il piano territoriale di coordinamento, che determina gli indirizzi generali di assetto del territorio (provinciale) e, in particolare indica:

a. le diverse destinazioni del territorio in relazione alla prevalente vocazione delle sue parti;

b. la localizzazione di massima delle maggiori infrastrutture e delle principali linee di comunicazione;

c. le linee di intervento per la sistemazione idrica, idrogeologica e idraulico-forestale ed in genere per il coordinamento del suolo e la regimentazione delle acque;

d. le aree nelle quali è opportuno istituire parchi o riserve naturali".

Caratteristica comune ai piani territoriali provinciali è la loro conformità con la pianificazione territoriale regionale tanto in termini di obiettivi quanto in termini di strumenti e contenuti i quali sono costantemente adeguati alla pianificazione regionale.

Accanto ai piani territoriali, a livello regionale si registrano anche i piani-programma territoriali operativi che si caratterizzano per un contenuto maggiormente dettagliato e per la individuazione in forma programmatica di interventi.

Un altro strumento è il piano provinciale della città metropolitana introdotto a seguito della novella operata con la legge n. 142/90 e ss.mm. e ii. e la cui esatta delimitazione territoriale è, come si vede dalla disposizione di seguito riportata, demandata alla iniziativa degli enti locali interessati ed alla Regione.

"Sono considerate aree metropolitane le zone comprendenti i Comuni di Torino, Milano, Venezia, Genova, Bologna, Firenze, Roma, Bari e Napoli e gli altri Comuni i cui insediamenti abbiano con essi rapporti di stretta integrazione territoriale e in ordine alle attività economiche, ai servizi essenziali alla vita sociale, nonché alle relazioni culturali e alle caratteristiche territoriali", art. 22, comma, 1, D.lgs. 267/00.

Nel quadro della riforma, la città metropolitana assume le funzioni della Provincia, on la conseguenza che il PTP assume il ruolo territoriale di coordinamento della città metropolitana.

2. (Segue). La pianificazione ambientale

Nell'ambito dei piani settoriali acquista un rilievo primario il settore ambientale nel quale nel corso degli anni si è assistito ad un crescente utilizzo dello strumento pianificatorio.

"La pianificazione ambientale consiste nella predisposizione di regole volte a governare l'uso, la valorizzazione e il godimento delle cose e dei beni storici, culturali e paesistico-ambientali ricadenti in una determinata area geografica, attraverso una disciplina unitaria e coordinata, per un utilizzo sostenibile del territorio e compatibile con la preservazione delle risorse naturali e di quelle derivanti dall'attività dell'uomo, nel rispetto degli equilibri dell'ecosistema fisico e antropico" (A. MONACO, *op. cit.*, p. 614).

Anche in questo caso si registra la compresenza di diversi strumenti di pianificazione, disciplinati dall'art. 149 del T.U. delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali, d.lgs. n. 490/99 e r.d. n. 1357/40; dall'art. 20, comma 1, lett. d) del T.U. sugli Enti locali n. 267/00; e dall'art. 12 della legge quadro per le aree protette n. 394/91:

il piano paesistico ambientale: relativo ai sistemi complessi di beni immobili, di risorse ambientali e di bellezze panoramiche, introdotto per la prima volta nel nostro ordinamento dall'art. 3 della legge n. 1497/39 e disciplinato dal r.d. n. 1357/40;

il piano urbanistico-territoriale con finalità di salvaguardia dei valori paesistici e ambientali nel quale la pianificazione assume dei contenuti più ampi, comprendendo le azioni necessarie per la tutela delle risorse ambientali del territorio;

il piano delle aree protette e dei parchi naturali nel quale, in aggiunta alla disciplina dell'uso compatibile delle aree che delimitano il parco, viene regolata anche la gestione delle azioni di riqualificazione e valorizzazione ambientale di comprensori geografici caratterizzati da organicità e unitarietà per valori naturalistici, singolarità geologiche, bellezze naturali e risorse ambientali.

Tra i contenuti essenziali dei piani paesistici che, come si è detto, mirano a garantire e disciplinare le azioni di salvaguardia delle zone di particolare interesse ambientale, vi è la individuazione delle zone di rispetto, aree non utilizzabili né trasformabili a fini edilizi, la determinazione del rapporto tra aree libere e aree edificabili, nonché la determinazione delle norme costruttive in rapporto alle caratteristiche ambientali e la determinazione della distribuzione e dell'allineamento dei fabbricati, la individuazione dei vincoli da imporre sulle cose e la determinazione delle scelte per la distribuzione della flora.

Accanto ai piani paesistici si pongono poi quegli strumenti di pianificazione urbanistico-territoriale con finalità di salvaguardia paesistica e ambientale (disciplinati dall'art. 149, comma 1, del T.U. delle disposizioni in materia di beni culturali e ambientali n. 490/99, dall'art. 5, comma 2, della legge urbanistica n. 1150/42, dall'art. 56, comma 1 del d.lgs. n. 112/97 relativo ai piani territoriali di coordinamento provinciali) e i piani dei parchi (disciplinati per la prima volta dall'art. 12, l. n. 394/91) affiancati dal regolamento del parco, con il quale viene disciplinato l'esercizio delle attività consentite all'interno del parco stesso.

Agli strumenti appena richiamati si affiancano quelli di pianificazione regionale e sovracomunale: piano paesistico ambientale esteso all'intero territorio regionale; piano territoriale regionale con valenza anche a fini dei caratteri ambientali; piani ambientali comprensoriali o di bacino; piani territoriali di coordinamento provinciali con valenza di piano paesistico-ambientale.

3. La pianificazione di settore

Tra i piani settoriali, il cui obiettivo principale è quello di regolare rami specifici di attività allo scopo di ottimizzare i risultati, si individuano in particolare i piani per le aree industriali, i piani dei trasporti, i piani di bacino, i piani urbani del traffico, i piani urbani parcheggi. Si tratta di interventi settoriali che hanno una ricaduta sulla pianificazione urbanistica.

I piani di settore variano anche in ragione della diversa estensione territoriale (nazionale, inter-regionale, regionale, ecc.) possono essere:

- piani programmatici, quale ad esempio il piano energetico nazionale;
- piani di interventi, quali il piano per l'edilizia scolastica, il piano delle autostrade;
- piani urbanistici veri e propri, quali il piano per le aree industriali ed il piano dei tra-

sporti, il piano urbanistico del traffico, il piano urbanistico parcheggi e i piani di bacino.

Tra i piani di settore rientra anche il piano per l'edilizia residenziale pubblica di cui alla legge n. 94/82, mirante a ridurre la carenza di residenze accessibili ai ceti economicamente più deboli.

3.1. La pianificazione urbanistica

In questo quadro si inserisce anche la pianificazione urbanistica finalizzata alla gestione ed alla regolamentazione dell'uso del territorio. Anche in questo settore si assiste ad un fiorire di piani settoriali e diversi strumenti di pianificazione che si distinguono non solo in ragione dell'ambito oggettivo di intervento ma anche in considerazione dell'ambito territoriale nel cui ambito la programmazione esplica i propri effetti.

Si individuano così i cosiddetti piani sovracomunali, cioè quegli strumenti che tendono ad attuare una pianificazione settoriale in un ambito territoriale che valica i confini del singolo comune.

Rientrano nella categoria dei piani sovracomunali:

il piano territoriale di coordinamento, disciplinato dagli artt. 5 e 6 della legge urbanistica (legge 17 agosto 1942, n. 1150) finalizzato a orientare e coordinare l'attività urbanistica in una determinata area;

il piano delle aree e dei nuclei di sviluppo industriale disciplinato dall'art. 51 del d.p.r. 6 marzo 1978, n. 218;

il piano urbanistico delle Comunità montane, disciplinato dalla legge 3 novembre 1971, n. 1102;

il piano di risanamento delle acque, disciplinato dalla legge 10 maggio 1976, n. 319 e dalla legge 5 marzo 1982, n. 915, di conversione del d.l. 30 dicembre 1981, n. 801;

il piano di bacino, contemplato agli artt. 17 ss. della legge 183 del 1989 "Norme per il riassetto organizzativo e funzionale della difesa del suolo";

il piano di smaltimento dei rifiuti, disciplinato dal d.p.r. 10 settembre 1982, n. 915;

il piano paesistico, contemplato all'art. 5 della legge 29 giugno 1939, n. 1497 e dalla legge 8 agosto 1985, n. 431, di conversione del d.l. 27 giugno 1985, n. 312;

il piano di assetto dei parchi, contemplato alla legge 6 dicembre 1991, n. 394.

A livello comunale la pianificazione urbanistica si fonda essenzialmente su tre strumenti:

il Piano regolatore generale;

l'atto di consenso all'edificazione;

il programma pluriennale di attuazione.

Con il trasferimento delle funzioni amministrative dallo Stato alle Regioni operato con il d.p.r. 15 gennaio 1972, n. 8, con la legge delega 22 luglio 1975, n. 382 e con il successivo decreto legislativo delegato 24 luglio 1977, n. 616 le Regioni divennero i soggetti cui competeva l'attuazione delle linee generali stabilite dallo stato in materia urbanistica.

3.1.1. Il Piano regolatore generale

Il piano regolatore generale, disciplinato per la prima volta nella legge urbanistica (legge 17 agosto 1942, n. 1150) rappresenta il principale strumento di programmazione il cui scopo precipuo è di garantire un ordinato e razionale assetto degli insediamenti edilizi da distribuire nelle zone urbane aventi una diversa destinazione urbanistica ed edilizia.

L'art. 7, nel testo novellato dalla l. n. 1187/68, della l. n. 1150/42 stabilisce, quali contenuti essenziali del PRG:

- a. la rete delle principali vie di comunicazione stradale, ferroviaria e navigabile, ed i relativi impianti;
- b. la divisione in zone del territorio comunale, con la precisazione delle zone destinate all'espansione dell'aggregato urbano e la determinazione dei vincoli da osservare in ciascuna zona;
- c. le aree da riservare a edifici pubblici o di uso pubblico, nonché ad opere ed impianti di uso collettivo o sociale;
- d. le aree destinate a formare spazi di uso pubblico, nonché ad opere ed impianti di

- uso collettivo o sociale;
- e. i vincoli da osservare nelle zone di carattere storico, ambientale e paesistico;
- f. le norme per l'attuazione del piano.

Il PRG non contiene prescrizioni immediatamente eseguibili, ma norme programmatiche destinate a trovare più concreta specificazione attraverso i c.d. piani attuativi o particolareggiati ai quali, data la loro natura esecutiva, spetta la più compiuta e definitiva disciplina del territorio.

Se i rapporti tra i piani generali e i piani attuativi sono comunque regolabili sulla base del principio gerarchico, meno pacifica la determinazione dei rapporti tra PRG e gli altri piani settoriali il cui ambito di operatività, da un punto di vista territoriale, varia a seconda del piano (nazionale, regionale, ecc.). In questo secondo caso, infatti, non può negarsi rilievo al contenuto strategico dei piani settoriali, conseguentemente il rapporto tra essi ed il PRG non può non configurarsi in termini di integrazione, nel senso di una convergenza degli obiettivi, previa verifica di una reciproca compatibilità. In questi casi, pertanto, non è il criterio gerarchico a soccorrere, bensì quello temporale, cosicché, se il piano settoriale (es. il piano parcheggi, il piano trasporti, ecc.) è anteriore, nel senso che è già definito al momento dell'adozione del PRG, è quest'ultimo a dover tener conto delle prescrizioni contenute nei piani settoriali. Viceversa, saranno questi ultimi a dover tenere in considerazione delle prescrizioni contenute nel PRG il quale, però, nell'ipotesi di incompatibilità assoluta con le prescrizioni in esse contenute, potrà essere soggetto ad un procedimento di variante.

Le prescrizioni contenute nel PRG possono trovare attuazione in modo diretto, attraverso il rilascio dei prescritti titoli abilitativi, o la redazione di progetti di opere pubbliche, oppure attraverso la redazione dei cd. Piani attuativi.

Alla redazione di questi ultimi si addivene in quelle ipotesi in cui gli interventi da realizzare necessitano di una programmazione organica e unitaria.

A livello nazionale la l. n. 1150/42 prevedeva quali piani attuativi:

- Piani particolareggiati esecutivi - riguardanti la ristrutturazione delle zone esistenti;
- Piani di lottizzazione - relativi alle zone di espansione.

Gli aspetti fondamentali caratterizzanti l'attuazione dei piani esecutivi sono l'esproprio preventivo delle aree destinate alle infrastrutture e la realizzazione degli interventi da parte dei privati.

Successivamente, il novero dei piani attuativi è stato ampliato sensibilmente. Sono stati, così, introdotti i Piani di zona (nel 1962), i Piani per gli insediamenti produttivi, i Piani e le Zone di recupero, i Piani integrati di sviluppo, i Programmi di recupero, ai quali si aggiungono i Piani di ristrutturazione e di riqualificazione urbanistica, oltre ai Progetti urbani i cui contenuti variano in ragione della loro natura.

Piani di recupero - zone di recupero - tesi a garantire il recupero del patrimonio edilizio esistente (l. n. 457/78). Nati per far fronte al progressivo degrado di alcune aree dei territori urbani (aree di recupero).

P.I.P. - relativo alle zone omogenee di tipo D che consente al Comune l'acquisizione di aree da destinare a insediamenti di carattere industriale, artigianale, commerciale e turistico.

Piani di recupero urbano - P.R.U. - Un insieme sistematico di opere finalizzate alla realizzazione, alla manutenzione e all'ammodernamento delle urbanizzazioni primarie, con particolare attenzione ai problemi di accessibilità degli impianti e dei servizi a rete e delle urbanizzazioni secondarie, alla edificazione di completamento e di integrazione dei complessi urbanistici esistenti, nonché all'inserimento di elementi di arredo urbano, alla manutenzione ordinaria e straordinaria, al restauro e al risanamento conservativo ed alla ristrutturazione edilizia degli edifici.

Programmi di riqualificazione urbana e di sviluppo sostenibile - ex l. n. 493/94, rientrano nella stessa caratteristica tipologica dei P.R.U., trattandosi di strumenti programmatici di intervento nel territorio, con finalità di riqualificazione e con ricadute di recupero urbanistico a livello urbano e territoriale. Il finanziamento dei programmi da attivare è demandato alla scelta discrezionale del Ministero dei lavori pubblici.

Completano il quadro i Piani per l'edilizia economica e popolare (Piano di zona 167 dalla legge istitutiva, l. n. 167/62).

Utilizzati in maniera assai ampia, successivamente alla emanazione della legge n. 167/62, detti strumenti hanno subito un sensibile ridimensionamento nel 1971, a seguito della emanazione della legge sulla casa (l. 22 ottobre 1971, n. 865) con la quale furono introdotti elementi nuovi in materia di concessione dei suoli e fu prevista l'applicazione del c.d. criterio parametrico, in virtù del quale il fabbisogno di volumetria veniva proporzionato su valori compresi tra il 30% ed il 70% del fabbisogno abitativo di un decennio.

Sul punto il Tar Basilicata, nella sentenza 23 giugno 1978, n. 143, aveva sottolineato che "Le aree da comprendersi nei piani di zona per l'edilizia economica e popolare sono, per evidenti ragioni di coordinamento tra i vari piani, quelle destinate nello strumento urbanistico all'edilizia residenziale, ma ciò non esclude che il PEEP possa comprendere anche aree non aventi tale destinazione nello stesso strumento urbanistico, come si evince dallo stesso articolo 3 della legge n. 167/62; del resto non può mai verificarsi contrasto tra le previsioni dello strumento urbanistico vigente e quello del piano di zona, perché le previsioni di quest'ultimo si inseriscono sempre automaticamente in quelle del primo".

In questa prospettiva le aree sono state normalmente reperite nel quadro di quelle a destinazione agricola.

È interessante notare come nel tempo si sia passati da piani caratterizzati da un'unica tipologia abitativa, a piani più articolati, anche se non molto diffusi, nel tentativo di evitare quello che in realtà ha rappresentato la regola, e cioè la realizzazione di quartieri dormitorio, assai degradati.

Con la l. n. 179/92, è stata riconosciuta la possibilità di localizzare gli interventi di edilizia agevolata, anche in aree esterne ai Piani di zona, attraverso la stipula di una convenzione con il Comitato di Edilizia Residenziale (CER), riproponendo, per certi versi, la situazione antecedente alla emanazione della legge n. 167/62, quando gli interventi di edilizia popolare potevano essere realizzati dall'ex GESCAL e dagli IACP su aree acquisibili esterne ai piani attuativi.

4. Dal governo alla *governance* del territorio: la programmazione negoziata

Il modo di concepire la programmazione muta sensibilmente negli anni Novanta, quando furono introdotti, nel tentativo di implementare e dare attuazione allo stesso principio di sussidiarietà, gli strumenti di programmazione negoziata espressione del metodo della concertazione degli obiettivi e degli interventi tra le parti sociali.

Si tratta di una nuova metodologia, basata essenzialmente sul confronto e sull'accordo in ordine alla determinazione di strategie comuni, consacrata nell'ambito del sistema di programmazione nel 1996, con la legge n. 662 il cui art. 2, comma 203, attraverso la quale viene introdotto, così, un nuovo metodo di programmazione territoriale che costituisce il superamento dei piani di coordinamento di cui alla legge n. 1150/42 e dei piani di indirizzo regionale.

Si tratta di un nuovo metodo ispirato ad una filosofia diversa, mirante a garantire una più piena ed efficace programmazione degli interventi, realizzata in concerto tra il Governo nazionale, gli enti locali e le Parti sociali, in attuazione del principio di sussidiarietà che, come si è più volte ribadito, promuove il trasferimento dal livello centrale a quello locale delle funzioni amministrative collegate gli investimenti, con conseguente assunzione di una loro responsabilità, e la previsione di un potere di sostituzione da parte dell'organo superiore rispetto a quello locale in caso di inerzia di quest'ultimo. Una modalità di intervento i cui antecedenti storici sono rintracciabili negli "accordi di programma" stipulati negli anni Ottanta tra lo Stato e gli imprenditori, grazie ai quali lo Stato attrezzava delle aree industriali nelle aree depresse del paese in cambio dell'impianto di industrie che garantivano uno sviluppo economico ed occupazionale delle aree stesse.

La prima disciplina degli strumenti di programmazione negoziata si rinviene, come detto, nel d.l. 8 febbraio 1995, n. 32, convertito nella l. 7 aprile 1995, n. 104 e ancor prima nella legge 1 marzo 1986, n. 64, recante la disciplina organica dell'intervento straordinario nel mezzogiorno, nella quale era previsto un Piano triennale di sviluppo il cui fulcro era rappresentato dall'Accordo di programma, cioè una *iniziativa integrata e coordinata di Regioni, Enti locali ed altri soggetti pubblici ed amministrazioni statali, anche ad ordinamento autonomo, per la realizzazione degli interventi previsti nel programma triennale di sviluppo* tesa a favorire le

attività e le iniziative che concorrono al risanamento, ammodernamento ed espansione dell'apparato produttivo ed alla valorizzazione delle risorse locali.

L'utilizzo dell'accordo di programma fu poi generalizzato, come s'è detto, con la legge 8 giugno 1990, n. 142 nella quale era previsto (art. 27) che *"per la definizione e l'attuazione di opere, di interventi o di programmi di intervento che richiedono, per la loro completa realizzazione, l'azione integrata e coordinata di Comuni, Province e Regioni, di Amministrazioni statali e di altri soggetti pubblici, o comunque di due o più tra i soggetti predetti, il Presidente della Regione o il Presidente della Provincia, o il Sindaco, in relazione alla competenza primaria o prevalente sull'opera o sugli interventi, o sui programmi di intervento, promuove la conclusione di un accordo di programma, anche su richiesta di uno o più dei soggetti interessati per assicurare il coordinamento delle azioni e per determinarne i tempi, le modalità e il finanziamento ed ogni altro connesso adempimento"*.

La formalizzazione della nuova metodologia si ha con gli interventi del governo prima e del legislatore poi del 1995, e con la legge finanziaria per il 1997, n. 662/96.

Attraverso gli strumenti di programmazione negoziata si cerca di *"regolare gli interventi che coinvolgono una molteplicità di soggetti pubblici e privati che comportano attività decisionali complesse, nonché la gestione unitaria delle risorse finanziarie"*. In altri termini, si cerca di garantire una regolamentazione concordata tra soggetti pubblici o tra soggetti pubblici e privati interessati per l'attuazione di diversi interventi rivolti ad un'unica finalità di sviluppo. Una programmazione di interventi congiunti, coinvolgendo tutti i soggetti a diverso titolo interessati, al fine di ottenere un uso delle risorse pubbliche che risulti il più razionale possibile.

Nel quadro della programmazione negoziata il CIPE assume un ruolo centrale essendogli demandata la disciplina dei nuovi strumenti di attuazione della politica economica nazionale, nonché l'approvazione e la ripartizione delle risorse finanziarie pubbliche destinate allo sviluppo delle aree depresse. Disciplina contenuta nelle delibere del 21 marzo 1997 e del 9 luglio 1998.

Si delinea, così, un nuovo sistema nel quale il soggetto pubblico non decide, o meglio non prescrive degli interventi sul territorio, seguendo un nuovo stile di *policy* basato sul dialogo. In questo sistema, generalmente indicato col termine di governante, gli attori, tanto pubblici quanto privati (*policy makers*), regolano, compongono, in un processo continuo, interessi configgenti, di regola ispirandosi a quelle soluzioni che comunemente vengono indicate come *best practices*, cioè le soluzioni migliori, in termini di effettività - adottate in altri paesi.

4.1. Gli strumenti della programmazione negoziata

La programmazione negoziata si esprime su due livelli, individuati in ragione dei soggetti istituzionali coinvolti e, dunque, dell'ampiezza del territorio interessato dall'accordo.

Accanto all'accordo di programma richiamato in precedenza, gli strumenti della programmazione negoziata sono:

- a. intesa istituzionale di programma;
- b. accordo di programma quadro;
- c. patto territoriale;
- d. contratto di programma;
- e. contratto d'area

4.1.1. Intesa istituzionale di programma

L'intesa istituzionale di programma è l'accordo tra l'amministrazione centrale e le amministrazioni territoriali interessate, con il quale esse si impegnano a collaborare per la realizzazione di un piano pluriennale di interventi, di interesse comune e funzionalmente collegati, realizzato in base alle risultanze di una ricognizione programmatica delle risorse esistenti, dei soggetti interessati e delle procedure necessarie per la realizzazione degli obiettivi indicati nell'intesa.

In ragione dei suoi contenuti - che possono essere articolati per aree territoriali, per aree tematiche, per infrastrutturazione materiale (in questo caso le intese potrebbero selezionare tutte le esigenze ed i bisogni infrastrutturali che emergono dalla programmazione a scala sub-regionale) o per infrastrutturazione immateriale (in questo caso le intese potrebbero riguardare il sistema informativo, la diffusione e promozione culturale, l'insieme degli enti no-profit che si occupano di inclusione sociale, promozione del lavoro giovanile, assistenza sociale, sogget-

ti a rischio, tutela dei minori, problemi dell'immigrazione e dei settori che risentono della crisi dello stato sociale) - l'intesa istituzionale di programma di solito funge da strumento di raccordo tra le iniziative di sviluppo locale e gli obiettivi regionali e nazionali di integrazione europea. Risulta pertanto essenziale che, con riferimento al triennio, nell'intesa istituzionale di programma siano specificati:

- a. i programmi di intervento nei settori di interesse comune;
- b. gli accordi di programma quadro da stipulare, che coinvolgeranno tutti i soggetti interessati;
- c. i criteri, i tempi e i modi per la sottoscrizione dei singoli accordi di programma quadro;
- d. le modalità di periodica verifica e di aggiornamento degli obiettivi generali e degli strumenti attuativi dell'intesa da parte dei soggetti sottoscrittori che danno vita ad un Comitato di gestione

4.1.2. L'accordo di programma quadro

Si tratta di accordi promossi dall'amministrazione centrale, regionale o provinciale, coinvolgenti anche privati, dai contenuti vincolanti per i sottoscrittori.

L'accordo deve contenere:

le attività e gli interventi da realizzare, con i relativi tempi e modalità di attuazione e con i termini ridotti per gli adempimenti procedurali;

- i soggetti responsabili dell'attuazione delle singole attività ed interventi;
- gli eventuali accordi di programma che coinvolgono i comuni interessati;
- gli impegni di ciascun soggetto nonché del soggetto cui competono poteri sostitutivi in caso di inerzia e eventuali ritardi da parte dei soggetti interessati;
- i procedimenti di conciliazione o definizione dei conflitti tra i soggetti partecipanti all'accordo;
- le risorse necessarie per le diverse tipologie di intervento;
- le procedure ed i soggetti responsabili per il monitoraggio dei risultati.

4.1.3. Patto territoriale

Il Patto territoriale è un accordo promosso dagli enti locali, dalle parti sociali o da altri soggetti pubblici o privati relativo all'attuazione di un programma di interventi caratterizzato da specifici obiettivi dello sviluppo locale. Esso viene promosso da una associazione di fatto costituita dagli enti locali interessati, le rappresentanze sindacali e sociali ed altri soggetti pubblici o privati operanti a livello locale e gode dei finanziamenti pubblici deliberati dal CIPE ove utilizzato nelle aree depresse, cioè in quelle aree dichiarate ammissibili ai finanziamenti comunitari.

Caratteristica del patto territoriale, e anche chiave per una sua riuscita, è la sua applicazione in aree omogenee nelle quali il tessuto produttivo è debole o addirittura inesistente, in quanto stimola i processi di partenariato sociale.

Contenuti essenziali del Patto territoriale, che può essere applicato, per espressa previsione normativa, soltanto nei settori dell'industria, dell'agroindustria, del turismo e delle infrastrutture, sono:

- l'indicazione delle attività e degli interventi da realizzare;
- il soggetto responsabile per l'attuazione;
- gli impegni e gli obblighi dei sottoscrittori;
- l'accordo tra le amministrazioni pubbliche a vario titolo coinvolte nei percorsi autorizzativi.

Sempre con riferimento alle aree in cui può essere impiegato, il rigido richiamo alle materie sopra indicate è stato per certi versi superato dallo stesso CIPE che con la delibera dell'11 novembre 1998 ha inserito tra i settori finanziabili anche l'agricoltura, i servizi di movimentazione e magazzinaggio merci e la produzione di energia elettrica da biomasse.

La sottoscrizione di questo documento dà luogo ad un vero e proprio protocollo di intesa.

Un'esperienza particolare, degna di nota, nel panorama dei patti territoriali è rappresentata dai "patti territoriali per l'occupazione" scaturiti dall'idea di un "Patto europeo di fiducia per l'occupazione" fra l'Unione europea e gli Stati membri, con un forte ruolo delle parti economiche e sociali.

4.1.4. Contratto di programma e contratto d'area

I contratti di programma, utilizzabili nelle aree depresse individuate dalla Commissione UE (obiettivi 1, 2 e 5b), hanno lo scopo di incentivare l'avvio di rilevanti iniziative produttive proposte da imprese di grandi dimensioni o gruppi nazionali o internazionali di rilevante dimensione industriale, consorzi di piccole e medie imprese, rappresentanza di distretti industriali. La dimensione territoriale è ristretta, equivalente ad uno o più comuni interessati da aree industriali, nuclei industriali, distretti industriali.

A differenza degli altri strumenti di programmazione negoziata, non è previsto il coinvolgimento di parti economiche e sociali.

Il contratto di programma, infatti, crea un rapporto bilaterale tra Ministero dell'economia, al quale viene presentata la domanda, e impresa o gruppi di imprese, consorzi di piccole e medie imprese e da rappresentanze dei distretti industriali e può essere adottato per:

- coordinare i diversi interventi pubblici riferiti ad un'unica iniziativa;
- fornire valutazioni unitarie delle attività da parte dei titolari delle decisioni pubbliche;
- definire le competenze dei soggetti pubblici e privati coinvolti nel contratto;
- armonizzare gli interventi di sviluppo.

Con la delibera CIPE del 21 marzo 1997 sono stati ampliati i settori di intervento al turismo ed alle attività di ricerca e di servizi a gestione consortile per le piccole e medie imprese operanti all'interno dei distretti industriali, superando l'originaria limitazione che ammetteva alle agevolazioni solo le grandi iniziative industriali o i piani organici promossi da piccole e medie imprese in forma consortile per nuove attività o per ampliamenti produttivi.

Il contratto d'area, invece, è lo strumento operativo, espressione del principio del partenariato sociale, funzionale alla realizzazione di un ambiente favorevole all'attivazione di nuove iniziative imprenditoriali e alla creazione di nuova occupazione, in presenza di determinati requisiti. L'iniziativa del contratto d'area è affidata alle rappresentanze dei lavoratori e dei datori di lavoro e deve essere comunicata alle regioni interessate. Tra i soggetti pubblici sottoscrittori viene nominato il soggetto responsabile del contratto d'area.

L'uso del contratto d'area è riservato a quelle zone di crisi industriale situate nelle aree depresse ed in quelle caratterizzate da gravi crisi occupazionali specificamente indicate nella delibera CIPE del 21 marzo 1997.

Il contratto d'area ha l'obiettivo di promuovere nuovi investimenti produttivi, favorire la riconversione, la qualificazione e la competitività del tessuto produttivo esistente in aree di crisi occupazionale e di rimuovere gli ostacoli e gli impedimenti allo sviluppo che sono localmente rilevati.

La caratteristica essenziale del contratto di programma è l'estrema flessibilità amministrativa. I suoi contenuti sono:

- gli obiettivi inerenti la realizzazione delle nuove iniziative imprenditoriali e gli eventuali interventi infrastrutturali funzionalmente connessi alla realizzazione e allo sviluppo delle iniziative stesse;
- le attività e gli interventi da realizzare, con l'indicazione dei soggetti attuatori, dei tempi e delle modalità di attuazione;
- il responsabile unico dell'attuazione del programma e del coordinamento delle attività e degli interventi;
- i costi e le risorse finanziarie occorrenti per i diversi interventi e le fonti finanziarie previste.

5. Dalla licenza edilizia al permesso di costruire

Soltanto in epoca napoleonica si assiste ad un affinamento delle regole edilizie, racchiuse in veri e propri regolamenti edilizi solo verso la fine dell'800.

Per ciò che concerne la situazione italiana, fino al 1935 i comuni non dotati di PRG potevano, a loro discrezione, dotarsi di un regolamento edilizio, al fine di disciplinare l'estetica, l'igiene e la funzionalità degli edifici e dell'abitato.

Sarà soltanto nel 1942 che si assisterà, per la prima volta, all'introduzione di un titolo abilitativo.

Art. 31, l. n. 1150/42

"Chiunque intenda eseguire nuove costruzioni edilizie, ovvero ampliare quelle esistenti o modificarne la struttura o l'aspetto, nei centri abitati o ove esista il piano regolatore comunale, anche dentro le zone di espansione di cui al comma 2 dell'art. 7 (zone di espansione) deve chiedere apposita licenza".

Il Podestà doveva notificare all'interessato le proprie determinazioni entro 60 gg. dalla ricezione della domanda.

La disciplina relativa alla licenza edilizia venne modificata a seguito dell'emanazione della Legge Ponte (l. n. 765/67) che, pur lasciandone invariato il titolo ("licenza edilizia"), introdusse una disciplina rigorosa dell'intero procedimento, stabilendo anche un periodo di validità della licenza medesima (1 anno) in assenza di realizzazione dei lavori nel periodo prescritto, al termine del quale gli interessati avrebbero dovuto presentare una istanza diretta ad ottenere il rinnovo della licenza.

Alla Legge Ponte si deve, tra l'altro, l'introduzione del concetto di centro edificato, cui è conseguita una diversa regolamentazione delle aree a seconda della loro inclusione o meno nel centro abitato.

Per le aree esterne - zone agricole residuali - le nuove costruzioni erano consentite esclusivamente nell'ambito dell'indice territoriale di 0,03 mc/mq.

Per i centri abitati - in mancanza di piani attuativi, si potevano realizzare soltanto interventi sui fabbricati esistenti.

La situazione rimase invariata fino all'introduzione della legge n. 10/77 a seguito della quale scomparve l'istituto della licenza edilizia, in favore della più rigida concessione edilizia.

Il mutamento del titolo abilitativo segna un passaggio di grande momento nel modo di concepire gli interventi edilizi, e, dunque, lo stesso diritto di proprietà. Mentre nel caso della licenza edilizia il provvedimento autorizzativo ha quale effetto l'eliminazione di un ostacolo all'esercizio di un diritto (in questo caso il diritto a costruire un manufatto su un terreno di proprietà) di cui il soggetto proprietario del bene è già titolare, nel caso della concessione edilizia la situazione è per certi versi ribaltata. La concessione è sì, come la licenza, un provvedimento abilitativo, ma essa ha come effetto la costituzione o il trasferimento di un diritto in capo al richiedente.

È chiaro, dunque, che il presupposto teorico del provvedimento concessorio è rappresentato da una configurazione del diritto di proprietà come un diritto scevro del diritto di costruire che viene così costituito in capo al privato soltanto a seguito della emanazione del provvedimento concessorio.

Provvedimento che, proprio per questa sua natura, diviene oneroso, essendo il privato obbligato a corrispondere oneri concessori e oneri di urbanizzazione.

Oneri concessori: "corresponsione di un contributo commisurato all'incidenza delle spese di urbanizzazione, nonché al costo di costruzione delle opere".

Oneri di urbanizzazione: "riguardanti sia le urbanizzazioni primarie (infrastrutture, strade residenziali, spazi di sosta o di parcheggio, fognature, rete idrica, rete di distribuzione dell'energia elettrica e del gas, pubblica illuminazione, spazi di verde attrezzato, cavedi multiservizi e condotti per il passaggio di reti di telecomunicazione) sia quelle secondarie (attrezzature e servizi, es. asili nido e scuole materne, scuole dell'obbligo ecc.)

Accanto alla concessione edilizia, e limitatamente ad alcune opere, fu introdotto l'istituto della autorizzazione edilizia a titolo gratuito per:

- gli interventi di manutenzione straordinaria, l. n. 457/78, artt. 31 e 48;
- gli interventi di restauro e risanamento conservativo, ove conformi al PRG e relativi a beni non vincolati, l. n. 9/82;
- gli interventi prescritti per il superamento delle barriere architettoniche, art. 7, l. n. 13/89;
- opere connesse agli scarichi industriali, art. 2, l. n. 650/89;
- parcheggi pertinenziali, art. 9, l. n. 122/89.

Lo scenario relativo ai titoli abilitativi è sensibilmente mutato a partire dagli anni Novanta quando si assiste, nel quadro di un percorso di riforme teso a garantire la semplificazione e lo snellimento delle attività amministrative, alla introduzione della D.I.A. (Denuncia di Inizio di Attività).

Riguardo a particolari interventi edilizi, i privati, anziché chiedere il prescritto titolo abilitativo, potevano presentare una denuncia dei lavori entro 20 giorni dall'effettivo inizio dei lavori. Alla denuncia, contenente la relazione delle opere da eseguire ed una dichiarazione di conformità delle stesse alla normativa vigente, andava allegato un progetto asseverato da parte di un progettista abilitato.

Le opere realizzabili nel regime della D.I.A. erano:

- interventi di manutenzione ordinaria, di restauro e risanamento conservativo;
- varianti di concessioni non incidenti su parametri urbanistici ed edilizi;
- interventi su manufatti pertinenziali e impianti tecnologici;
- recinzioni, muri di cinta e cancellate;
- interventi per l'eliminazione di barriere architettoniche;
- opere per attività sportive senza formazione di nuovi volumi;
- interventi per la realizzazione di parcheggi pertinenziali;
- interventi per opere (anche edilizie) per lo smaltimento di liquami e fecali civili ed industriali.

Con l'emanazione del T.U. sull'edilizia (D.P.R. n. 380/01), gli interventi edilizi sono stati compattati in tre nuove categorie ricondotte a tre distinte modalità abilitative:

- a. permesso di costruire (artt. 10 ss.)
- b. denuncia di inizio di attività (art. 22)
- c. attività edilizie libere.

5.1. (Segue). Il permesso di costruire

Il permesso di costruire è un titolo abilitativo che sostituisce la richiamata concessione edilizia. Ai sensi dell'articolo 10 esso deve essere richiesto per tutte quelle opere aventi una rilevanza urbanistica, edilizia ed ambientale, in quanto comportanti una variazione volumetrica e planimetrica dell'edificio esistente o una mutazione fisica del territorio.

Art. 10

Interventi subordinati a permesso di costruire (legge n. 10 del 1977, art. 1; legge 28 febbraio 1985, n. 47, art. 25, comma 4)

1. Costituiscono interventi di trasformazione urbanistica ed edilizia del territorio e sono subordinati a permesso di costruire:
 - a. gli interventi di nuova costruzione;
 - b. gli interventi di ristrutturazione urbanistica;
 - c. gli interventi di ristrutturazione edilizia che portino ad un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente e che comportino aumento di unità immobiliari, modifiche del volume, della sagoma, dei prospetti o delle superfici, ovvero che, limitatamente agli immobili compresi nelle zone omogenee A, comportino mutamenti di destinazione d'uso
2. Le regioni stabiliscono con legge quali mutamenti, connessi o non connessi a trasformazioni fisiche, dell'uso di immobili o di loro parti sono subordinati a permesso di costruire o a denuncia di inizio di attività.
3. Le regioni possono altresì individuare con legge ulteriori interventi che, in relazione all'incidenza sul territorio e al carico urbanistico, sono sottoposti al preventivo rilascio del permesso di costruire. La violazione delle disposizioni regionali emanate ai sensi del presente comma non comporta l'applicazione delle sanzioni di cui all'art. 44.

Il permesso di costruire, rilasciabile al proprietario, o a chi ne abbia titolo, con salvezza dei diritti dei terzi (art. 11), può essere rilasciato, in conformità alle prescrizioni degli strumenti urbanistici e dei regolamenti edilizi e della disciplina urbanistico-edilizia vigente, a condizione che vi siano i requisiti indicati al successivo articolo 12.

Art. 11

Caratteristiche del permesso di costruire (Legge 28 gennaio 1977, n. 10, art 4, commi 1, 2 e 6; legge 23 dicembre 1994, n. 724, art. 39, comma 2, come sostituito dall'art. 2, comma 37, della legge 23 dicembre 1996, n.662).

1. Il permesso di costruire è rilasciato al proprietario dell'immobile o a chi abbia titolo per richiederlo.
2. Il permesso di costruire è trasferibile, insieme all'immobile, ai successori o a-

venti causa. Esso non incide sulla titolarità della proprietà o di altri diritti reali relativi agli immobili realizzati per effetto del suo rilascio. E' irrevocabile ed è oneroso ai sensi dell'art. 16.

3. Il rilascio del permesso di costruire non comporta limitazione dei diritti dei terzi.

Art. 12

Presupposti per il rilascio del permesso di costruire (art. 4, comma 1, legge n.10 del 1977; art. 31, comma 4, legge n. 1150 del 1942; articolo unico legge 3 novembre 1952, n. 1902

1. Il permesso di costruire è rilasciato in conformità alle previsioni degli strumenti urbanistici, dei regolamenti edilizi e della disciplina urbanistico-edilizia vigente.
2. Il permesso di costruire è comunque subordinato alla esistenza delle opere di urbanizzazione primaria o alla previsione da parte del comune dell'attuazione delle stesse nel successivo triennio, ovvero all'impegno degli interessati di procedere all'attuazione delle medesime contemporaneamente alla realizzazione dell'intervento oggetto del permesso.
3. In caso di contrasto dell'intervento oggetto della domanda di permesso di costruire con le previsioni di strumenti urbanistici adottati, è sospesa ogni determinazione in ordine alla domanda. La misura di salvaguardia non ha efficacia decorsi tre anni dalla data di adozione dello strumento urbanistico sia stato sottoposto all'amministrazione competente all'approvazione entro un anno dalla conclusione della fase di pubblicazione.
4. A richiesta del sindaco, e per lo stesso periodo, il presidente della giunta regionale, con provvedimento motivato da notificare all'interessato, può ordinare la sospensione degli interventi di trasformazione urbanistica ed edilizia del territorio che siano tali da compromettere o rendere più onerosa l'attuazione degli strumenti urbanistici.

Equivalgono al permesso di costruire, le determinazioni assunte in sede deliberante della conferenza di servizi (art. 14 ter, comma 9, l. 241/90) indetta dal responsabile del procedimento (art. 20, comma 6).

Art. 20, comma 6

Nell'ipotesi in cui, ai fini della realizzazione dell'intervento, sia necessario acquisire atti di assenso, comunque denominati, di altre amministrazioni, diverse da quelle di cui all'art. 5, comma 3, il competente ufficio comunale convoca una conferenza di servizi ai sensi degli articoli 14, 14 bis, 14 ter, 14 quater della legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni. Qualora si tratti di opere pubbliche incidenti su beni culturali, si applica l'art. 25 del decreto legislativo 29 ottobre 1999, n. 490.

Quanto al procedimento per il rilascio, l'articolo 20 ne disciplina le diverse fasi.

La domanda volta ad ottenere il rilascio del permesso di costruire, ai sensi del primo comma dell'articolo menzionato, deve essere presentata allo sportello unico per l'edilizia dai soggetti legittimati, corredata degli elaborati richiesti dal regolamento edilizio. Nello stesso comma è previsto, poi, che il parere di conformità delle opere da realizzare alle norme igienico-sanitarie, di pertinenza della A.S.L., può essere sostituito da una autocertificazione di conformità sottoscritta dal progettista, limitatamente a progetti riguardanti edilizia residenziale o nelle ipotesi in cui essa non comporti "valutazioni tecnico discrezionali".

Art. 20, comma 1

La domanda per il rilascio del permesso di costruire, sottoscritta da uno dei soggetti legittimati ai sensi dell'art. 11, va presentata allo sportello unico corredata da un'attestazione concernente il titolo di legittimazione, dagli elaborati progettuali richiesti dal regolamento edilizio, e quando ne ricorrano i presupposti, dagli altri documenti previsti dalla parte II; nonché da un'autocertificazione circa la conformità del progetto alle norme igienico-sanitarie nel caso in cui il progetto riguardi interventi di edilizia residenziale ovvero la verifica in ordine a tale conformità non comporti valutazioni tecnico-discrezionali.

Il secondo comma prevede che, entro 10 giorni dalla presentazione dell'istanza, deve essere comunicato all'istante il nominativo del responsabile del procedimento istruttorio.

Art. 20, comma 2

Lo sportello unico comunica entro dieci giorni al richiedente il nominativo del responsabile del procedimento ai sensi degli articoli 4 e 5 della legge 7 agosto

1990, n. 241, e successive modificazioni. L'esame delle domande si svolge secondo l'ordine cronologico di presentazione.

Il responsabile del procedimento, entro 60 giorni, deve formulare una proposta motivata di provvedimento corredata da una relazione dettagliata contenente la qualificazione tecnico-giuridica dell'intervento richiesto e previa acquisizione dei pareri necessari (comma 3).

Art. 20, comma 3

Entro sessanta giorni dalla presentazione della domanda, il responsabile del procedimento cura l'istruttoria, acquisisce, avvalendosi dello sportello unico, i prescritti pareri dagli uffici comunali, nonché i pareri di cui all'art. 5, comma 3, sempre che gli stessi non siano già stati allegati alla domanda dal richiedente e, valutata la conformità del progetto alla normativa vigente, formula una proposta di provvedimento, corredata da una dettagliata relazione, con la qualificazione tecnico-giuridica dell'intervento richiesto.

Ove detti pareri non siano stati acquisiti dal privato, vanno chiesti tempestivamente dallo sportello unico per l'edilizia il quale, a tal fine, può avvalersi degli strumenti di semplificazione previsti dall'ordinamento, indicando una conferenza di servizi.

Tale termine è elevato a 120 gg. nei comuni con popolazione superiore a 100 mila abitanti, e nei casi in cui la richiesta riguardi progetti particolarmente complessi, in base ad una risoluzione motivata dello stesso responsabile del procedimento (comma 8).

Art. 20, comma 8

I termini di cui ai commi 3 e 5 sono raddoppiati per i comuni con più di 100.000 abitanti, nonché per i progetti particolarmente complessi secondo la motivata risoluzione del responsabile del procedimento

Nel medesimo termine è possibile chiedere una modifica al progetto, a condizione che essa sia di modesta entità e che sia congruamente motivata (comma 4).

Art. 20, comma 4

Il responsabile del procedimento, qualora ritenga che ai fini del rilascio del permesso di costruire sia necessario apportare modifiche di modesta entità rispetto al progetto originario, può, nello stesso termine di cui al comma 3, richiedere tali modifiche, illustrandone le ragioni. L'interessato si pronuncia sulla richiesta di modifica entro il termine fissato e, in caso di adesione, è tenuto ad integrare la documentazione nei successivi quindici giorni. La richiesta di cui al presente comma sospende, fino al relativo esito, il decorso del termine di cui al comma 5.

L'amministrazione può poi chiedere una integrazione documentale al privato, a meno che non si tratti di documentazione già in possesso della stessa amministrazione. A tale richiesta, che deve essere evasa nel termine di 15 gg., è ricollegato un effetto interruttivo del termine (60 gg.) entro cui la stessa amministrazione deve concludere la fase istruttoria. Termine che comincia a decorrere dal momento in cui il privato deposita la documentazione richiesta (comma 5).

Art. 20, comma 5

Il termine di cui al comma 3 può essere interrotto una sola volta dal responsabile del procedimento, entro quindici giorni dalla presentazione della domanda, esclusivamente per la motivata richiesta di documenti che integrino o completino la documentazione presentata e che non siano già nella disponibilità dell'amministrazione o che questa non possa acquisire autonomamente. In tal caso, il termine ricomincia a decorrere dalla data di ricezione della documentazione integrativa.

Conclusa la fase istruttoria, il dirigente responsabile (dell'adozione del provvedimento finale), ricevuta la relazione istruttoria da parte del responsabile del procedimento (responsabile dell'istruttoria procedimentale) deve, nel termine di 15 gg., emanare il provvedimento finale (comma 7).

Art. 20, comma 7

Il provvedimento finale, che lo sportello unico provvede a notificare all'interessato, è adottato dal dirigente o dal responsabile dell'ufficio, entro 15 gg. dalla proposta di cui al comma 3, ovvero dall'esito della conferenza di servizi di cui al comma 6. Dell'avvenuto rilascio del permesso di costruire è data notizia al pubblico mediante affissione all'albo pretorio. Gli estremi del permesso di costruire sono indicati nel cartello esposto presso il cantiere, secondo le modalità stabilite

dal regolamento edilizio.

Qualora nel termine sopra indicato il dirigente responsabile non emani il prescritto provvedimento, esso si intende rifiutato (silenzio rifiuto) (comma 9).

Art. 20, comma 9

Decorso inutilmente il termine per l'adozione del provvedimento conclusivo, sulla domanda di permesso di costruire si intende formato il silenzio-rifiuto.

Nel caso di inerzia a provvedere da parte del responsabile del procedimento il privato può richiedere con raccomandata a/r, indirizzata allo sportello unico per l'edilizia, al dirigente o al responsabile competente, di pronunciarsi nei 15 giorni successivi dalla diffida a provvedere. Il responsabile del procedimento, ai sensi del primo comma dell'art. 21, è tenuto a dare comunicazione al Sindaco della ricezione della diffida.

Art. 21, comma 1

In caso di mancata adozione, entro i termini previsti dall'art. 20, del provvedimento conclusivo del procedimento per il rilascio del permesso di costruire, l'interessato può, con atto notificato o trasmesso in piego raccomandato con avviso di ricevimento, richiedere allo sportello unico che il dirigente o il responsabile dell'ufficio di cui all'art. 13, si pronunci entro quindici giorni dalla ricezione dell'istanza. Di tale istanza viene data notizia al sindaco a cura del responsabile del procedimento. Resta comunque ferma la facoltà di impugnare in sede giurisdizionale il silenzio rifiuto formatosi sulla domanda di permesso di costruire.

Il secondo comma dell'art. 21 prevede poi, nell'ipotesi di inerzia dell'amministrazione, la possibilità per il privato di sollecitare l'intervento di un commissario *ad acta*.

Art. 21, comma 2

Decorso inutilmente anche il termine di cui al comma 1, l'interessato può inoltrare richiesta di intervento sostitutivo al competente organo regionale, il quale, nei successivi quindici giorni, nomina un commissario ad acta che provvede nel termine di sessanta giorni. Trascorso inutilmente anche quest'ultimo termine, sulla domanda di intervento sostitutivo si intende formato il silenzio rifiuto.

5.2. (Segue). La denuncia di inizio di attività

Nel T.U. per l'edilizia si assiste ad un vero e proprio ribaltamento relativo all'uso della D.I.A. che da misura eccezionale, consentita soltanto nei casi previsti dalla legge, diviene misura generale cui fare ricorso in via residuale in quelle ipotesi in cui non si sia in presenza di una attività edilizia libera o di una attività soggetta a permesso di costruire.

Art. 22, comma 1

Sono realizzabili mediante denuncia di inizio di attività gli interventi non riconducibili all'elenco di cui all'articolo 10 e all'articolo 6, che siano conformi alle previsioni degli strumenti urbanistici, dei regolamenti edilizi e della disciplina urbanistico-edilizia vigente.

A differenza della previgente disciplina, oltre ad aver portato a 30 gg. il periodo che va dalla presentazione della denuncia di inizio di attività dei lavori, il legislatore ha previsto ipotesi in cui la D.I.A. risulta onerosa. Si tratta di quelle ipotesi in cui con D.I.A. si procede alla realizzazione di nuove costruzioni che risultano, dunque, sempre connesse al permesso di costruire.

Art. 22, comma 2

Sono, altresì, realizzabili mediante denuncia di attività le varianti a permessi di costruire che non incidono sui parametri urbanistici e sulle volumetrie, che non modificano la destinazione d'uso e la categoria edilizia, non alternano la sagoma dell'edificio e non violano le eventuali prescrizioni contenute nel permesso di costruire. Ai fini dell'attività di vigilanza urbanistica ed edilizia, nonché ai fini del rilascio del certificato di agibilità, tali denunce di inizio di attività costituiscono parte integrante del procedimento relativo al permesso di costruzione dell'intervento principale e possono essere presentate prima della dichiarazione di ultimazione dei lavori.

Art. 22, comma 3

In alternativa al permesso di costruire, possono essere realizzati mediante denuncia di attività:

- a. gli interventi di ristrutturazione di cui all'articolo 10, comma 1, lettera c);

- b. gli interventi di nuova costruzione o di ristrutturazione urbanistica qualora siano disciplinati da piani attuativi comunque denominati, ivi compresi gli accordi negoziali aventi valore di piano attuativo, che contengono precise disposizioni plano-volumetriche, tipologiche, formali e costruttive, la cui sussistenza sia stata esplicitamente dichiarata dal competente organo comunale in sede di approvazione degli stessi piani o di ricognizione di quelli vigenti; qualora i piani attuativi risultino approvati anteriormente all'entrata in vigore della legge 21 dicembre 2001, n. 443, il relativo atto di ricognizione deve avvenire entro trenta giorni dalla richiesta degli interessati; in mancanza si prescinde dall'atto di ricognizione, purché il progetto di costruzione venga accompagnato da apposita relazione tecnica nella quale venga asseverata l'esistenza di piani attuativi con le caratteristiche sopra menzionate;
- c. gli interventi di nuova costruzione qualora siano in diretta esecuzione di strumenti urbanistici generali recanti precise disposizioni plano-volumetriche.

Oltre alla generalizzazione dell'istituto, nel contesto del T.U. dell'edilizia sono state apportate sensibili variazioni alla disciplina dello stesso contenuta all'art. 23.

La D.I.A. va presentata, corredata della prescritta documentazione, dai soggetti legittimati, allo sportello unico per l'edilizia, almeno 30 gg. prima dell'inizio dei lavori, a condizione che siano stati acquisiti, direttamente dal privato o dall'amministrazione, i prescritti pareri dei soggetti preposti alla tutela (commi 3 e 4).

Art. 23

1. Il proprietario dell'immobile o chi abbia titolo per presentare la denuncia di inizio di attività, almeno trenta giorni prima dell'effettivo inizio dei lavori, presenta allo sportello unico la denuncia, accompagnata da una dettagliata relazione a firma di un progettista abilitato e dagli opportuni elaborati progettuali, che asseveri la conformità delle opere da realizzare agli strumenti urbanistici approvati e non in contrasto con quelli adottati ed ai regolamenti edilizi vigenti, nonché il rispetto delle norme di sicurezza e di quelle igienico sanitarie.
2. La denuncia di inizio attività è corredata dall'indicazione dell'impresa cui si intende affidare i lavori ed è sottoposta al termine massimo di efficacia pari a tre anni. La realizzazione della parte non ultimata dell'intervento è subordinata a nuova denuncia. L'interessato è comunque tenuto a comunicare allo sportello unico la data di ultimazione dei lavori.
- (...)
5. La sussistenza del titolo è comprovata con la copia della denuncia di inizio di attività da cui risulti la data di ricevimento della denuncia, l'elenco di quanto presentato a corredo del progetto, l'attestazione del professionista abilitato, nonché gli atti di assenso eventualmente necessari.

Nel prescritto termine di trenta giorni, ai sensi del disposto di cui al comma 6, il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale, ove riscontri l'assenza di una delle condizioni stabilite, notifica all'interessato l'ordine motivato di non effettuare i lavori, dandone comunicazione all'autorità giudiziaria, ove vi sia una falsa attestazione nella D.I.A. da parte del professionista abilitato.

La denuncia di inizio di attività rappresenta, dunque, una procedura tesa a snellire l'azione dell'amministrazione, rispetto alla quale il titolo abilitativo, come si è visto, è tacitamente rilasciato, a seguito della presentazione della denuncia. Ma occorre sottolineare che la correttezza e veridicità di quanto in essa affermato, nonché l'esatta corrispondenza delle opere effettivamente realizzate a quanto previsto nella D.I.A. rappresentano, evidentemente, condizioni di legittimità del titolo abilitativo, o meglio condizioni di esistenza dello stesso. È innegabile, infatti, che l'amministrazione comunale conserva comunque il potere di controllare, anche oltre i 30 giorni indicati nel primo comma, la regolarità delle opere di cui alla D.I.A. Infatti, il decorso del termine non esaurisce il potere di controllo dell'amministrazione che comunque può, in qualsiasi momento, verificare la corrispondenza di quanto dichiarato nella denuncia, nonché la conformità alla normativa vigente delle opere realizzate.

Art. 23

- (...)
6. Il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale, ove entro il ter-

mine indicato al comma 1 sia riscontrata l'assenza di una o più delle condizioni stabilite, notifica all'interessato l'ordine motivato di non effettuare il previsto intervento e, in caso di falsa attestazione del professionista abilitato, informa l'autorità giudiziaria e il consiglio dell'ordine di appartenenza. È comunque salva la facoltà di ripresentare la denuncia di inizio di attività, con le modifiche o le integrazioni necessarie per renderla conforme alla normativa urbanistica ed edilizia.

7. Ultimato l'intervento, il progettista o un tecnico abilitato rilascia un certificato di collaudo finale, che va presentato allo sportello unico, con il quale si attesta la conformità dell'opera al progetto presentato con la denuncia di attività.

5.3. (Segue). Attività edilizie libere

Si tratta di opere per le quali non è necessaria alcuna autorizzazione esplicita e formale né una denuncia di inizio di attività in ragione della stessa natura degli interventi da realizzare.

Art. 6

Attività edilizia libera (legge 18 gennaio 1977, n. 10, art. 9, lettera c) legge 9 gennaio 1989, n. 13, art. 7 commi 1 e 2; decreto legge 23 gennaio 1982, n. 9, art. 7, comma 4, convertito in legge 25 marzo 1982, n. 94).

1. Salvo più restrittive disposizioni previste dalla disciplina regionale e dagli strumenti urbanistici, e comunque nel rispetto delle altre normative di settore aventi incidenza sulla disciplina dell'attività edilizia e, in particolare, delle disposizioni contenute nel decreto legislativo 29 ottobre 1999, n. 490, i seguenti interventi possono essere eseguiti senza titolo abilitativo:

- a. interventi di manutenzione ordinaria;
- b. interventi (...) volti all'eliminazione di barriere architettoniche che non comportino la realizzazione di rampe o di ascensori esterni, ovvero di manufatti che alterino la sagoma dell'edificio;
- c. opere temporanee per attività di ricerca nel sottosuolo che abbiano carattere geognostico o siano eseguite in aree esterne al centro edificato.

5.4. Quadro riepilogativo delle procedure edilizie

Lo schema di seguito riportato contempla dei riferimenti normativi ad una realtà regionale.

Opere libere

Tipi di intervento	Riferimento legislativo	Regime edilizio	Formaz. silenzio assenso	Contributo di concessione	Comunicazione di inizio lavori
Manutenzione ordinaria	art. 6 comma 1 lett. a)	non previsto - attività edilizia libera		non dovuto	non prevista - serve parere ente di tutela (D.I.n. 490/99)
Eliminazione di barriere architettoniche che non comportino la realizzazione di rampe o di ascensori esterni, ovvero di manufatti che alterino la sagoma dell'edificio	art. 6 comma 1 lett. b)	non previsto - attività edilizia libera		non dovuto	non prevista - serve parere ente di tutela (D.I.n. 490/99)
Opere temporanee per attività di ricerca nel sottosuolo, con carattere geognostico od esterne al centro edificato	art. 6 comma 1 lett. c)	non previsto - attività edilizia libera		non dovuto	non prevista
Mutamenti di destinazione d'uso senza opere edilizie relativi ad unità non superiori a 700 metri cubi	art. 10 comma 2 art. 48 L.R. n. 56/1977	non previsto - attività edilizia libera		non dovuto	non prevista

Opere interne

Tipi di intervento	Riferimento legislativo	Regime edilizio	Formaz. silenzio assenso	Contributo di concessione	Comunicazione di inizio lavori
di manutenzione straordinaria per unità immobiliari con destinazione residenziale	art. 22 c. 1 (d.i.a.) o art. 22 c. 7 (permesso di costruire)	d.i.a. o permesso di costruire (facoltativo)	30 gg se si procede con d.i.a.	non dovuto	prevista, con relazione asseverata
per interventi superiori alla manutenzione straordinaria in unità immobiliari a destinazione non residenziale	art. 22 c. 1 (d.i.a.) o art. 22 c. 7 (permesso di costruire) art. 56 L.R. n. 56/1977	d.i.a. o permesso di costruire (facoltativo)	30 gg se si procede con d.i.a.	dovuto	prevista, con relazione asseverata
interventi di ristrutturazione edilizia che portino ad un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente e che comportino aumento di unità immobiliari o della SLP o che, limitatamente agli immobili compresi nelle zone omogenee A, comportino mutamenti della destinazione d'uso	Art. 10 comma 1.c (permesso di costruire) o art. 22 comma 3.a (d.i.a.)	permesso di costruire o d.i.a.	30 gg se si procede con d.i.a.	dovuto, con aumento di SLP, tranne i casi previsti dall'art. 17 TUE	prevista, con relazione asseverata se d.i.a.

Restauro e risanamento conservativo

Tipi di intervento	Riferimento legislativo	Regime edilizio	Formaz. silenzio assenso	Contributo di concessione	Comunicazione di inizio lavori
Edifici ad uso abitativo	art. 22 c. 1 (d.i.a.) o art. 22 c. 7 (permesso di costruire)	d.i.a. o permesso di costruire (facoltativo)	30 gg se si procede con d.i.a.	non dovuto	prevista, con relazione asseverata
Edifici ad uso non abitativo	art. 22 c. 1 (d.i.a.) o art. 22 c. 7 (permesso di costruire) art. 56 L.R. n. 56/1977	d.i.a. o permesso di costruire (facoltativo)	30 gg se si procede con d.i.a.	dovuto	prevista, con relazione asseverata

Ristrutturazione edilizia

Tipi di intervento	Riferimento legislativo	Regime edilizio	Formaz. silenzio assenso	Contributo di concessione	Comunicazione di inizio lavori
Ristrutturazione edilizia che non rientra nei casi specificati all'art. 10 comma 1 lettera c) del T.U.E. (opere interne)	art. 22 c. 1 (d.i.a.) o art. 22 comma 7 (permesso di costruire)	d.i.a. o permesso di costruire (facoltativo)	30 gg se si procede con d.i.a.	dovuto, con aumento di SLP, tranne i casi previsti dall'art. 17 TUE	prevista, con relazione asseverata
Interventi che portino ad un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente e che comportino aumento di unità immobiliari, modifiche del volume, della sagoma, dei prospetti o delle superfici, ovvero che, limitatamente agli immobili compresi nelle zone omogenee A, comportino mutamenti della destinazione d'uso (sono comprese le verande)	art. 10 c. 1 lett. c)	permesso di costruire o d.i.a. in alternativa	30 gg se si procede con d.i.a.	dovuto, con aumento di SLP, tranne i casi previsti dall'art. 17 TUE	prevista, con relazione asseverata se d.i.a.
Recupero ai fini abitativi di sottotetti ai sensi della L.R. 21/98;	art. 10 comma 1.c L.R. 21/98;	permesso di costruire o d.i.a. in alternativa	30 gg se si procede con d.i.a.	dovuto (tranne i casi previsti art. 17 TUE)	prevista, con relazione asseverata se d.i.a.
Con mutamento della destinazione d'uso	Con mutamento della destinazione d'uso	permesso di costruire o d.i.a. in alternativa	30 gg se si procede con d.i.a.	dovuto (tranne i casi previsti art. 17 TUE)	prevista, con relazione asseverata se d.i.a.

Interventi pertinenziali (esclusi parcheggi)

Tipi di intervento	Riferimento legislativo	Regime edilizio	Formaz. silenzio assenso	Contributo di concessione	Comunicazione di inizio lavori
Realizzazione di intervento pertinenziale in area di pregio qualificato dal PRG come nuova costruzione o che comporta realizzazione di un volume superiore al 20% del volume dell'edificio principale	Art. 10 comma 1.a) + art. 3 comma 1.e.6)	Permesso di costruire		dovuto se produce SLP, verificare i casi previsti dall'art. 2 NUEA PRG	prevista
Realizzazione di intervento pertinenziale che comporta realizzazione di un volume inferiore al 20% del volume dell'edificio principale	art. 22 c. 1 (d.i.a.) o art. 22 c. 7 (permesso di costruire)	d.i.a. o permesso di costruire (facoltativo)	30 gg se si procede con d.i.a.	dovuto se produce SLP, verificare i casi previsti dall'art. 2 NUEA PRG	prevista, con relazione asseverata
Recinzioni, muri di cinta e cancellate	art. 22 c. 1 (d.i.a.) o art. 22 c. 7 (permesso di costruire)	d.i.a. o permesso di costruire (facoltativo)	30 gg se si procede con d.i.a.	non dovuto	prevista, con relazione asseverata
Aree destinate ad attività sportive senza creazione di volumetria	art. 22 c. 1 (d.i.a.) o art. 22 c. 7 (permesso di costruire)	d.i.a. o permesso di costruire (facoltativo)	30 gg se si procede con d.i.a.	non dovuto	prevista, con relazione asseverata

Occupazioni del suolo cui consegue la trasformazione permanente del suolo inedificato

Tipi di intervento	Riferimento legislativo	Regime edilizio	Formaz. silenzio assenso	Contributo di concessione	Comunicazione di inizio lavori
realizzazione di depositi di merci o di materiali, realizzazione di impianti per attività produttive all'aperto ove comportino l'esecuzione di lavori cui consegua la trasformazione permanente del suolo inedificato	art. 10 c. 1 lett. c)	Permesso di costruire		dovuto	prevista

Eliminazione delle barriere architettoniche con realizzazione manufatti esterni

Tipi di intervento	Riferimento legislativo	Regime edilizio	Formaz. silenzio assenso	Contributo di concessione	Comunicazione di inizio lavori
Eliminazione di barriere architettoniche che comportino la realizzazione di rampe o di sensori esterni, ovvero di manufatti che alterino la sagoma dell'edificio	art. 22 c. 1 (d.i.a.) o art. 22 c. 7 (permesso di costruire)	d.i.a. o permesso di costruire (facoltativo)	30 gg	non dovuto	prevista, con relazione asseverata

Parcheggi di pertinenza

Tipi di intervento	Riferimento legislativo	Regime edilizio	Formaz. silenzio assenso	Contributo di concessione	Comunicazione di inizio lavori
Parcheggi pertinenziali art. 9 comma 1 legge n. 122/1989, come sostituito dall'art. 137 comma 3 del T.U.E., realizzati in sottosuolo o al piano terreno di fabbricati esistenti	art. 9 comma 1 legge n. 122/1989 come sostituito dall'art. 137 comma 3 del T.U.E.	d.i.a. o permesso di costruire (facoltativo)	30 gg	non dovuto con atto di pertinenza dovuto senza atto di pertinenza	prevista, con relazione asseverata

Mutamenti di destinazione d'uso funzionali (senza opere)

Tipi di intervento	Riferimento legislativo	Regime edilizio	Formaz. silenzio assenso	Contributo di concessione	Comunicazione di inizio lavori
Relativi ad unità non superiori a 700 mc. che siano compatibili con le norme di attuazione del P.R.G. e/o degli strumenti esecutivi	art. 10 comma 2 L.R. n. 56/77 art. 48	non previsto	non opera	non dovuto	non prevista
Con passaggio fra le seguenti categorie: a) destinazioni residenziali; b) destinazioni produttive, industriali o artigianali; c) destinazioni commerciali; d) destinazioni turistico-ricettive; e) destinazioni direzionali; f) destinazioni agricole	Art. 10 comma 2 art. 8 comma 1 L.R. 19/99	d.i.a. o permesso di costruire (facoltativo)	30 gg	dovuto (se il saldo differenza oneri è positivo)	prevista, con relazione asseverata
Mutamento della destinazione d'uso fra sottocategorie definite dal PRG - art. 3 Norme Urbanistico Edilizie di Attuazione	Art. 10 comma 2 art. 8 comma 2 L.R. 19/99	d.i.a. o permesso di costruire (facoltativo)	30 gg	non dovuto	prevista, con relazione asseverata

Varianti in corso d'opera

Tipi di intervento	Riferimento legislativo	Regime edilizio	Formaz. silenzio assenso	Contributo di concessione	Comunicazione di inizio lavori
Variante a permesso di costruire che non incide sui parametri urbanistici e sulle volumetrie, che non modifica la destinazione d'uso e la categoria edilizia, non altera la sagoma dell'edificio e non viola le eventuali prescrizioni contenute nel permesso di costruire	Art. 22 comma 2	d.i.a. o permesso di costruire (facoltativo)	presentazione prima della dichiarazione di fine lavori	oggetto di ricalcolo	prevista, con relazione asseverata
Variazioni essenziali che incidono sui parametri urbanistici e sulle volumetrie, che modificano la destinazione d'uso e la categoria edilizia, alterano la sagoma dell'edificio e violano le eventuali prescrizioni contenute nel permesso di costruire	Art. 32 Art. 6 L.R. 19/99	Permesso di costruire	silenzio rifiuto	oggetto di ricalcolo	prevista

**Accertamento di conformità per opere in assenza di titolo in corso di esecuzione conformi
agli strumenti urbanistici**

Tipi di intervento	Riferimento legislativo	Regime edilizio	Formaz. silenzio assenso	Contributo di concessione	Comunicazione di inizio lavori
Per opere sottoposte a d.i.a. ex art. 22 commi 1 e 2	Art. 37 comma 5	d.i.a. o permesso di costruire (facoltativo)	30 gg.	sanzione pecuniaria di € 516	prevista, con relazione asseverata
Per opere sottoposte a permesso di costruire conformi agli strumenti urbanistici sia al momento della realizzazione che al momento della domanda	Art. 36 comma 1	Permesso in sanatoria	silenzio rifiuto	contributo di costruzione in misura doppia	
Accertamento di conformità per opere eseguite in assenza di titolo conformi agli strumenti urbanistici					
per interventi sottoposti a d.i.a. art. 22 commi 1 e 2	Art. 37 comma 4	Permesso in sanatoria	silenzio rifiuto	sanzione pecuniaria da € 516 a € 5.164	
Per interventi di restauro e risanamento conservativo sottoposti a d.i.a. relativi a immobili comunque vincolati	Art. 37 comma 2	Permesso in sanatoria	silenzio rifiuto (serve parere ente competente)	sanzione pecuniaria da € 516 a € 10.329	
Per interventi sottoposti a d.i.a. relativi a immobili compresi nella Zona Urbana Centrale storica (zona A)	Art. 37 comma 2	d.i.a. o permesso di costruire (facoltativo)	silenzio rifiuto (parere Ministero entro 60 gg.)	sanzione pecuniaria da € 516 a € 5.164	
Per opere sottoposte a permesso di costruire conformi agli strumenti urbanistici sia al momento della realizzazione che al momento della domanda	Art. 36 comma 1	Permesso in sanatoria	silenzio rifiuto	contributo di costruzione in misura doppia	

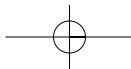
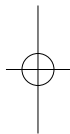
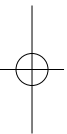
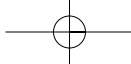
Conservazione di opere eseguite in parziale difformità dal permesso di costruire e non conformi agli strumenti urbanistici

Tipi di intervento	Riferimento legislativo	Regime edilizio	Formaz. silenzio assenso	Contributo di concessione	Comunicazione di inizio lavori
Previa dimostrazione che la demolizione non può avvenire senza il pregiudizio della parte realizzata in conformità	Art. 34 Art. 6 L.R. 19/99	Provvedimento sanzionatorio di conservazione delle opere per improcedibilità della demolizione	silenzio rifiuto	sanzione pari a: residenziale: doppio del costo di costruzione; altri usi: doppio del valore venale	

Nuova costruzione

Tipi di intervento	Riferimento legislativo	Regime edilizio	Formaz. silenzio assenso	Contributo di concessione	Comunicazione di inizio lavori
Interventi di nuova costruzione secondo l'elenco art. 3 comma 1 lettera e)	Art. 3 comma 1 lettera e)	Permesso di costruire	silenzio rifiuto	dovuto (tranne i casi previsti art. 17 TUE)	prevista
Interventi di nuova costruzione qualora siano disciplinati da piani attuativi comunque denominati	Art. 22 comma 3 lettera b)	d.i.a.	30 gg.	dovuto (tranne i casi previsti art. 17 TUE)	prevista, con relazione asseverata

NOTA: è sempre necessario il parere dell'Ente di tutela in caso di vincoli ai sensi dell'art. 23 d.l. n. 490/1999



Profili giuridici dell'attività delle pubbliche amministrazioni

sezione 5

SEZ V

PROFILI GIURIDICI DELL'ATTIVITÀ DELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI

Capitolo X

L'attività procedimentale delle pubbliche amministrazioni

Sommario:

1. Il procedimento amministrativo e le sue fasi. 2. Principi generali del procedimento amministrativo. 3. Ambiti soggettivi ed oggettivi di applicazione della disciplina del procedimento amministrativo. 3.1. Disciplina del procedimento amministrativo e potestà legislativa regionale. 4. L'iniziativa procedimentale. 5. Il responsabile del procedimento. 6. L'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento. 7. L'istruttoria procedimentale. 8. Partecipazione al procedimento. 9. Preavviso di rigetto. 10. La fase decisoria. 11. La fase integrativa dell'efficacia. 12. La motivazione del provvedimento. 13. Attività vincolata ed attività discrezionale. Discrezionalità amministrativa, tecnica ed accertamento tecnico. 14. Invalidità del provvedimento amministrativo. 15. Obbligo di conclusione del procedimento amministrativo e termine di conclusione. 15.1. I silenzi dell'amministrazione. 15.2. Il silenzio assenso. 15.3. La denuncia di inizio di attività. 16. La conferenza di servizi. 17. Accordi procedurali ed accordi sostitutivi di provvedimento. 18. Cenni sulla disciplina dell'accesso.

1. Il procedimento amministrativo e le sue fasi

A questo punto dell'analisi è necessario focalizzare l'attenzione su profili più strettamente inerenti l'attività delle pubbliche amministrazioni, tanto ove si ponga come esercizio di un pubblico potere, quanto ove essa sia espressione della capacità di diritto privato delle stesse.

Con riferimento alla prima, attività (pubblicistica) che conduce all'adozione di atti e provvedimenti amministrativi, assume un rilievo centrale la disciplina del procedimento amministrativo.

Prima di passare all'analisi della disciplina di quest'ultimo è utile offrirne una definizione anche al fine di individuare un filo conduttore lungo il quale procedere all'analisi del dato normativo. Il procedimento amministrativo, da un punto di vista sostanziale, è stato definito dalla dottrina come la "forma di esercizio della funzione amministrativa", una funzione il cui esercizio, appunto, deve essere tale da garantire il rispetto dei canoni fondamentali dell'azione amministrativa: legalità, imparzialità, buon andamento, efficacia, efficienza, proporzionalità e ragionevolezza.

Da un punto di vista formale esso può essere definito come quell'insieme di atti, funzionalmente e strutturalmente collegati, finalizzati alla emanazione di un provvedimento amministrativo.

Rimanendo ancorati alla definizione formale, si individuano in questa sequenza di azioni, dal diverso rilievo giuridico, diverse fasi alle quali sono riconducibili i diversi istituti procedimentali: la fase dell'iniziativa; la fase istruttoria; la fase decisoria (di conclusione del procedimento); ed una fase, solo eventuale, di integrazione dell'efficacia, nella quale, di norma, si ha l'intervento di un soggetto diverso (si pensi, ad esempio, ad un atto sottoposto a controllo).

Il procedimento amministrativo è stato disciplinato per la prima volta nel nostro ordinamento soltanto nel 1990, con la emanazione della legge n. 241 (Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi), più volte riformata, da ultimo con la legge n. 15/2005 e con il d.l. 35/2005, convertito con modificazioni nella legge 80/2005.

2. Principi generali del procedimento amministrativo

Prima di passare all'analisi della disciplina contenuta nel testo novellato della l. 241/90, onde delineare un quadro teorico generale di riferimento, occorre soffermare l'attenzione sui principi generali prima richiamati.

Rileva in primo luogo il principio di legalità, fondamento dello Stato di diritto moderno, in base al quale nessun potere (pubblico) può essere attribuito se non per legge, e, conseguentemente, nessun potere amministrativo può essere, pena l'illegittimità dell'azione amministrativa, esercitato se non vi sia alla base un fondamento normativo. Corollario di questo principio è che

la pubblica amministrazione, nell'esercizio dei poteri conferitigli dalla legge, può emanare soltanto quei provvedimenti amministrativi prescritti nella normativa che disciplina il potere di cui espressione. Provvedimenti amministrativi che, infatti, sono definiti in termini di atti tipici e nominati, cioè soltanto quelli prescritti e individuati nella normativa regolante quello specifico potere amministrativo.

Mentre il principio di legalità non è espressamente menzionato all'interno del testo costituzionale, essendo ricavabile dalla interpretazione di alcune disposizioni in essa contenute, quali ad esempio l'art. 23 Cost.,

Art. 23 Cost.

Nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge.

i principi di imparzialità e buon andamento sono espressamente contemplati all'articolo 97 Cost.

Art. 97 Cost.

I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione.

Il principio di imparzialità è riferito alla pubblica amministrazione, tanto nella sua dimensione statica, strettamente connesso ai profili organizzativi della stessa, quanto nella sua dimensione dinamica, dell'azione amministrativa vera e propria. Esso sta ad indicare l'esigenza di assicurare un esercizio del potere amministrativo che non sia "arbitrario", e cioè che il potere sia esercitato nel rispetto delle leggi e nel perseguimento del pubblico interesse, a seguito di una valutazione di tutti gli interessi (pubblici e privati) coinvolti nel concreto esercizio del potere. In altri termini, una azione pubblica svolta da una amministrazione imparziale (terza, *super partes*, rispetto alle parti del procedimento amministrativo) in modo imparziale è cioè un'azione svolta a seguito di una adeguata ponderazione di tutti gli interessi (pubblici e privati) coinvolti nella vicenda. A garanzia dell'imparzialità sono posti diversi istituti e principi quali quello di pubblicità e di trasparenza della pubblica amministrazione, nonché gli istituti partecipativi, tesi a garantire la più ampia partecipazione al procedimento dei soggetti interessati, in modo da consentire all'amministrazione la più completa acquisizione dei fatti possibile.

Il principio del buon andamento, invece, sta ad indicare la capacità dell'amministrazione di conseguire i risultati previsti dalle norme assumendo quale parametro di valutazione le risorse disponibili, o meglio il loro corretto utilizzo.

In tale prospettiva, assume un rilievo centrale il primo comma dell'articolo 1 della legge 241/90 nel quale sono consacrati in primo luogo i principi di efficacia ed economicità dell'azione amministrativa, cui viene logicamente associato quello di efficienza.

Art. 1.

Principi generali dell'azione amministrativa

1. L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di pubblicità e di trasparenza secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario.

(...)

Si tratta di canoni che rappresentano una vera e propria specificazione del principio costituzionale del buon andamento. Con il termine efficacia tradizionalmente si indica la capacità di un ente di raggiungere, attraverso le proprie azioni, gli obiettivi definiti in sede politica. Efficienza ed economicità, invece, riguardano più da vicino lo svolgimento dell'azione, o meglio, i costi della stessa. Più precisamente, la prima sta ad indicare il rapporto costi/benefici che in riferimento alla singola azione deve essere il più favorevole possibile. La seconda (l'economicità), invece, rappresenta, per certi versi, una specificazione dell'efficienza, realizzandosi in quelle ipotesi in cui il raggiungimento dei risultati comporta il minor dispendio possibile di mezzi e risorse.

Un corollario dell'economicità può senza dubbio essere rintracciato nella previsione, contenuta al secondo comma dell'articolo 1, di un obbligo, in capo all'amministrazione procedente, di non aggravamento del procedimento amministrativo richiedendo, ad esempio, pareri non necessari o ulteriori atti istruttori che, nell'economia del procedimento stesso, risultano non

necessari.

Art. 1.

Principi generali dell'azione amministrativa

(...)

2. La pubblica amministrazione non può aggravare il procedimento se non per straordinarie e motivate esigenze imposte dallo svolgimento dell'istruttoria.

Completano il quadro dei principi generali del procedimento amministrativo i principi di matrice comunitaria di proporzionalità e del legittimo affidamento.

Quanto al primo, esso consiste di due profili distinti, individuabili nell'adeguatezza dell'azione amministrativa e nella necessità della stessa (a sua volta riconducibile, come si vedrà, al principio di sussidiarietà orizzontale). Con riferimento al primo aspetto, il quale evidentemente affonda le proprie radici nel diritto penale, e più in generale nella disciplina dei procedimenti sanzionatori, il principio di proporzionalità-adequazione impone alla pubblica amministrazione l'adozione di misure che impongano ai privati un sacrificio che risulti adeguato (proporzionato) al beneficio conseguito. In altri termini, esso impone che il sacrificio imposto al privato sia effettivamente proporzionato al vantaggio (inteso in termini di soddisfazione e tutela dell'interesse pubblico), cioè risulti strettamente necessario per il perseguimento dell'interesse pubblico.

Per ciò che concerne il secondo profilo considerato, invece, esso consiste nel limitare il più possibile l'intervento dell'amministrazione sui privati.

Un altro principio generale è rappresentato dal principio di ragionevolezza.

Se, dunque, l'adeguatezza riguarda il rapporto tra sacrificio imposto al privato e beneficio conseguito, stabilendo un necessario rapporto di consequenzialità tra i due profili, il principio di ragionevolezza, pur ponendosi nella medesima prospettiva, assume in realtà una portata più ampia. Esso riguarda, infatti, più in generale la connessione che necessariamente sussiste tra le premesse generali dell'azione (premesse di diritto e premesse di fatto) e la scelta concretamente assunta dall'amministrazione. Il processo decisionale dell'amministrazione (attività discrezionale) può, infatti, essere descritto in termini di un processo di successiva specificazione delle premesse generali di partenza, che giunge fino alla individuazione di una rosa di soluzioni possibili tra le quali l'amministrazione può scegliere quella che ritiene maggiormente opportuna. In quest'ottica, la scelta dell'amministrazione potrà essere contestata nei limiti in cui o sussista una violazione delle disposizioni applicabili (delle premesse di diritto) o nell'ambito della valutazione dei fatti, siano rintracciabili elementi (quali la adeguatezza del sacrificio imposto al privato) dai quali si desume la non consequenzialità logica della scelta assunta dalla pubblica amministrazione.

3. Ambiti soggettivi ed oggettivi di applicazione della disciplina del procedimento amministrativo

Secondo quanto precisato dallo stesso legislatore all'art. 1 ter, i summenzionati principi, e più in generale l'intera disciplina contenuta nella legge sul procedimento amministrativo, trovano applicazione in tutti i procedimenti finalizzati al perseguimento di un pubblico interesse, cioè anche in quelle ipotesi in cui si sia in presenza di soggetti privati preposti all'esercizio di pubbliche funzioni rilevando, dunque, non il profilo soggettivo dell'attività, bensì quello oggettivo, cioè il suo essere funzionalizzato all'esercizio di un pubblico potere.

Funzionalizzazione, quella rammentata in precedenza, la cui logica conseguenza è rappresentata dall'esclusione, dall'ambito di applicazione della legge, di quelle ipotesi in cui la pubblica amministrazione agisca iure privato rum, nelle quali la pubblica amministrazione deve agire secondo le norme di diritto privato, salvo che la legge non disponga altrimenti.

Art. 1.

Principi generali dell'azione amministrativa

(...)

1-bis. La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente.

Si tratta di un principio il cui spazio applicativo, ove verificato in concreto, risulta alquanto limi-

tato, essendo espressamente circoscritto alle ipotesi in cui la pubblica amministrazione adotti atti di natura non autoritativa. Si pensi, ad esempio, alla stipula di un contratto di locazione o di un contratto di mutuo. In tutti gli altri casi l'amministrazione esercita poteri autoritativi e, dunque, è tenuta ad applicare le disposizioni di cui alla legge sul procedimento amministrativo. In questo quadro, dunque, stante la neutralità della veste giuridica del soggetto tenuto ad applicare la disciplina procedimentale, l'ambito soggettivo di applicazione della disciplina in esame è assai ampio, essendo tenuti a garantirne l'applicazione anche gli organismi di diritto pubblico, *"...qualsiasi organismo, anche in forma societaria, istituito per soddisfare specificamente esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, dotato di personalità giuridica, la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico, oppure la cui gestione sia sottoposta al controllo di questi ultimi, oppure il cui organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, da enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico..."* (art. 3, comma 26, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, c.d. codice dei contratti pubblici). Un'impostazione, quella appena richiamata, che caratterizza l'intero impianto della normativa in esame e trova conferma anche nel successivo art. 22 ai sensi del quale *"e) per «pubblica amministrazione», tutti i soggetti di diritto pubblico e i soggetti di diritto privato limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario"*.

3.1. Disciplina del procedimento amministrativo e potestà legislativa regionale

Sempre avuto riguardo all'ambito di applicazione, è necessario soffermare l'attenzione sul disposto di cui all'art. 29 della legge:

Art. 29.

(Ambito di applicazione della legge)

1. Le disposizioni della presente legge si applicano ai procedimenti amministrativi che si svolgono nell'ambito delle amministrazioni statali e degli enti pubblici nazionali e, per quanto stabilito in tema di giustizia amministrativa, a tutte le amministrazioni pubbliche.
2. Le regioni e gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, regolano le materie disciplinate dalla presente legge nel rispetto del sistema costituzionale e delle garanzie del cittadino nei riguardi dell'azione amministrativa, così come definite dai principi stabiliti dalla presente legge.

Il primo comma ne contempla l'applicazione a tutte le amministrazioni statali ed agli enti pubblici nazionali, mentre per le Regioni e per gli Enti locali è prevista al secondo comma che essi disciplinino, nell'ambito delle rispettive competenze, le materie di cui alla legge nel rispetto del sistema costituzionale e delle garanzie del cittadino nei riguardi dell'azione amministrativa, così come definite dai principi stabiliti dalla presente legge.

Si tratta di una questione assai delicata che intercetta appieno il problema del riparto delle competenze alla luce del nuovo testo dell'art. 117 Cost. richiamato nelle pagine precedenti.

La disciplina del procedimento amministrativo non rientra tra le materie espressamente indicate dal legislatore costituente, come rientranti nella legislazione esclusiva dello Stato o in quella concorrente, pertanto sembrerebbe, ad una prima lettura, che esso rientri nella potestà esclusiva residuale delle Regioni.

Però non si può non riflettere su due elementi essenziali, prima di giungere ad una simile conclusione: il rilievo di una legge generale sul procedimento amministrativo e la sua attinenza alla garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali.

Elementi, questi, che depongono in favore di una scelta diversa, che concentra nelle mani dello Stato un potere di dettare i principi generali del procedimento amministrativo; attrazione che, per una parte della dottrina, troverebbe la sua giustificazione nella natura derogatoria dell'attività amministrativa rispetto al diritto civile (ordinamento civile).

La disciplina del procedimento amministrativo rappresenta, senza dubbio, almeno una materia trasversale, secondo l'interpretazione offerta dalla Corte costituzionale, richiamata a proposito del riparto delle materie, rispetto alla quale lo Stato conserva il potere di dettare la normazione di principio - stabilendo, così, le garanzie del cittadino nei riguardi dell'azione amministrativa - residuando in capo alle regioni una potestà integrativa attraverso cui assicurare ai propri cittadini livelli ulteriori di garanzia rispetto a quello statale.

4. L'iniziativa procedimentale

La richiamata disciplina contempla due diverse modalità di avvio del procedimento: a iniziativa di parte o d'ufficio. In quest'ultimo caso, è possibile distinguere tra quelle ipotesi in cui l'iniziativa sia assunta dallo stesso ufficio tenuto alla emanazione del provvedimento e quei casi in cui, pur trattandosi di un soggetto pubblico, l'impulso procedimentale proviene da un soggetto diverso (eteroiniziativa pubblica). Si tratta, dunque, di ipotesi in cui la pubblica amministrazione è tenuta a dare avvio ad un procedimento in ragione del verificarsi di alcune circostanze di fatto (es. la verifica, da parte della polizia municipale, della realizzazione di un manufatto in assenza dei prescritti titoli abilitativi).

Si è in presenza di un procedimento ad istanza di parte, invece, in quelle ipotesi in cui l'impulso proviene da una istanza presentata da un privato il quale attiva, così, il procedimento al fine di giungere alla soddisfazione di un suo interesse giuridicamente qualificato (es. la presentazione di una istanza tesa ad ottenere il rilascio di un permesso di costruire), e non di un interesse di mero fatto (es. istanza rivolta all'amministrazione tesa a sollecitare la conclusione di un concorso per l'assunzione di funzionari). In questo quadro, dunque, l'istanza costituisce la condizione necessaria, e sufficiente per l'apertura del procedimento; necessaria, in quanto rappresenta un elemento essenziale per l'esercizio del potere da parte dell'amministrazione; sufficiente, in quanto la sua presentazione condiziona, come si vedrà, l'amministrazione la quale è così tenuta a concludere il procedimento amministrativo, entro i prescritti termini di legge, attraverso l'emanazione di un provvedimento motivato.

5. Il responsabile del procedimento

Tra gli obiettivi principali della legge sul procedimento amministrativo vi è quello di garantire la trasparenza dell'azione delle pubbliche amministrazioni ed una più ampia partecipazione dei privati, fungendo da interfaccia tra l'amministrazione e i privati.

A tal fine, ruolo centrale è riconosciuto al responsabile del procedimento al quale è dedicato il capo II della legge generale (artt. 4, 5 e 6).

Esso, in realtà, risponde ad una ulteriore finalità che incide sensibilmente sulla efficacia ed efficienza dell'azione dell'amministrazione, garantendo una gestione unitaria del procedimento. La figura è contemplata all'articolo 4:

Art. 4.

Unità organizzativa responsabile del procedimento

1. Ove non sia già direttamente stabilito per legge o per regolamento, le pubbliche amministrazioni sono tenute a determinare per ciascun tipo di procedimento relativo ad atti di loro competenza l'unità organizzativa responsabile della istruttoria e di ogni altro adempimento procedimentale, nonché dell'adozione del provvedimento finale.
2. Le disposizioni adottate ai sensi del comma 1 sono rese pubbliche secondo quanto previsto dai singoli ordinamenti.

L'individuazione dell'unità organizzativa dipende dalla natura del procedimento stesso e dovrà essere contenuta, in mancanza di un'apposita normativa (di legge o di regolamento), in un provvedimento organizzatorio, del quale l'amministrazione dovrà curarne la pubblicità (ad esempio, attraverso la pubblicazione nell'albo pretorio del comune).

In base al dettato normativo, occorre distinguere l'unità organizzativa responsabile dell'istruttoria procedimentale dall'unità organizzativa responsabile dell'adozione del provvedimento finale.

Art. 5.

Responsabile del procedimento

1. Il dirigente di ciascuna unità organizzativa provvede ad assegnare a sé o ad altro dipendente addetto all'unità la responsabilità della istruttoria e di ogni altro adempimento inerente il singolo procedimento nonché, eventualmente, dell'adozione del provvedimento finale.
2. Fino a quando non sia effettuata l'assegnazione di cui al comma 1, è considerato responsabile del singolo procedimento il funzionario preposto alla unità organizzativa determinata a norma del comma 1 dell'articolo 4.
3. L'unità organizzativa competente e il nominativo del responsabile del procedi-

mento sono comunicati ai soggetti di cui all'articolo 7 e, a richiesta, a chiunque vi abbia interesse.

Ruoli che ben possono coincidere in capo alla stessa persona fisica e, in assenza di qualsiasi designazione, ope legis, in capo al dirigente preposto all'unità organizzativa individuata ai sensi dell'articolo 4.

L'articolo successivo disciplina i compiti attribuiti al responsabile del procedimento: riceve le istanze dei privati, scrutinando l'ammissibilità delle prime e la legittimazione dei secondi; dispone la comunicazione di avvio del procedimento ai soggetti indicati nell'art. 7 e adempie ad ogni altro onere pubblicitario; segue - da vero e proprio *dominus* - l'istruttoria, richiedendo pareri, consultando organi tecnici, ordinando l'esibizione di documenti, sollecitando (o indicando qualora sia fornito del relativo potere) una conferenza di servizi laddove sia necessario od opportuno.

Art. 6 - Compiti del responsabile del procedimento.

1. Il responsabile del procedimento:

- a) valuta, ai fini istruttori, le condizioni di ammissibilità, i requisiti di legittimazione ed i presupposti che siano rilevanti per l'emanazione di provvedimento;
- b) accerta di ufficio i fatti, disponendo il compimento degli atti all'uopo necessari, e adotta ogni misura per l'adeguato e sollecito svolgimento dell'istruttoria. In particolare, può chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erranee o incomplete e può esperire accertamenti tecnici ed ispezioni ed ordinare esibizioni documentali;
- c) propone l'indizione o, avendone la competenza, indice le conferenze di servizi di cui all'articolo 14;
- d) cura le comunicazioni, le pubblicazioni e le modificazioni previste dalle leggi e dai regolamenti;
- e) adotta, ove ne abbia la competenza, il provvedimento finale, ovvero trasmette gli atti all'organo competente per l'adozione. L'organo competente per l'adozione del provvedimento finale, ove diverso dal responsabile del procedimento, non può discostarsi dalle risultanze dell'istruttoria condotta dal responsabile del procedimento se non indicandone la motivazione nel provvedimento finale.

Come si evince dal dettato normativo, il responsabile del procedimento si pone quale vero e proprio *dominus* del procedimento assumendo un ruolo di guida, di coordinamento e di impulso di tutte le attività che in esso debbono svolgersi, ivi compreso il potere di regolarizzazione delle istanze viziata da errori materiali o incomplete (art. 6, primo comma, lett. b) evitando, così, inutili interruzioni del procedimento o, peggio, una sua conclusione negativa, per ragioni meramente formali (anche se tale ultima evenienza sembra scongiurata dal nuovo art. 10-bis).

Al termine dell'istruttoria, il responsabile del procedimento, ove sia anche titolare dell'organo (cioè dell'ufficio provvisto del potere di compiere atti a rilevanza esterna), adotta il provvedimento finale; in caso contrario, trasmette all'organo competente tutti gli atti, corredati da una relazione finale contenente una proposta di decisione che assume un valore relativamente vincolante per il soggetto deputato all'adozione del provvedimento finale, non potendosi discostare dalle risultanze dell'istruttoria condotta dal responsabile del procedimento se non indicandone la motivazione nel provvedimento finale.

Si tratta di una conclusione per certi versi obbligata, a meno di non voler ammettere la possibilità, per il responsabile del provvedimento, di assumere decisioni che si pongono in contrasto non solo con le risultanze procedurali ma anche con la previsione, contenuta all'articolo 3, relativa all'obbligo di motivazione del provvedimento. Motivazione che deve essere effettuata in relazione alle risultanze dell'istruttoria.

6. L'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento

Il primo adempimento cui l'amministrazione è tenuta è rappresentato dalla comunicazione di avvio del procedimento inviata ai soggetti nei cui confronti il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti, a quelli che per legge debbono intervenire e, infine, a quei soggetti, diversi dai diretti destinatari, ai quali il medesimo provvedimento possa recare un pregiudizio, a condizione che essi siano individuati o facilmente individuabili. I destinatari della comunicazione di avvio del procedimento, dunque, sono, innanzitutto, le parti necessarie, cioè i soggetti nei

confronti dei quali il provvedimento produrrebbe effetti giuridici diretti; inoltre, i soggetti - solitamente pubblici - obbligati per legge ad intervenire nel procedimento per fare valere il peso dell'interesse di cui sono portatori istituzionali. Si consideri l'esempio richiamato in precedenza della contestazione di un abuso edilizio. L'avvio del procedimento deve essere necessariamente comunicato al proprietario del bene sul quale l'abuso è stato realizzato, ma anche ai controinteressati sostanziali, cioè a quei soggetti titolari di un interesse uguale e contrario a quello del diretto (potenziale) destinatario del provvedimento finale, a condizione, però, che essi siano già individuati o facilmente individuabili, senza espletare indagini particolarmente dispendiose per l'amministrazione, e ciò al fine di evitare inutili aggravii procedurali. Si pensi, ad esempio, ai confinanti, o ai condomini nel caso di realizzazione di una copertura abusiva sul lastrico solare.

Art. 7.

Comunicazione di avvio del procedimento.

1. Ove non sussistano ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento, l'avvio del procedimento stesso è comunicato, con le modalità previste dall'articolo 8, ai soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti ed a quelli che per legge debbono intervenire. Ove parimenti non sussistano le ragioni di impedimento predette, qualora da un provvedimento possa derivare un pregiudizio a soggetti individuati o facilmente individuabili, diversi dai suoi diretti destinatari, l'amministrazione è tenuta a fornire loro, con le stesse modalità, notizia dell'inizio del procedimento.
2. Nelle ipotesi di cui al comma 1 resta salva la facoltà dell'amministrazione di adottare, anche prima della effettuazione delle comunicazioni di cui al medesimo comma 1, provvedimenti cautelari.

Si tratta di un atto i cui contenuti essenziali sono individuati nella stessa legge.

Art. 8.

Modalità e contenuti della comunicazione di avvio del procedimento.

L'amministrazione provvede a dare notizia dell'avvio del procedimento mediante comunicazione personale.

2. Nella comunicazione debbono essere indicati:

- a) l'amministrazione competente;
 - b) l'oggetto del procedimento promosso;
 - c) l'ufficio e la persona responsabile del procedimento;
 - c-bis) la data entro la quale, secondo i termini previsti dall'articolo 2, commi 2 o 3, deve concludersi il procedimento e i rimedi esperibili in caso di inerzia dell'amministrazione;
 - c-ter) nei procedimenti ad iniziativa di parte, la data di presentazione della relativa istanza;
 - d) l'ufficio in cui si può prendere visione degli atti
3. Qualora per il numero dei destinatari la comunicazione personale non sia possibile o risulti particolarmente gravosa, l'amministrazione provvede a rendere noti gli elementi di cui al comma 2 mediante forme di pubblicità idonee di volta in volta stabilite dall'amministrazione medesima.
 4. L'omissione di taluna delle comunicazioni prescritte può esser fatta valere solo dal soggetto nel cui interesse la comunicazione è prevista.

Dai rapidi cenni che si sono fatti risulta chiara la funzione che ad essa viene ricondotta: da un lato, mettere i destinatari dell'azione amministrativa in condizione di fare valere i propri diritti di accesso e partecipazione e, dall'altro, favorire l'adozione, da parte della pubblica amministrazione, di decisioni adeguatamente ponderate alla luce di tutti gli interessi in gioco.

Sebbene si tratti di un istituto a carattere generale, applicabile a tutti i procedimenti amministrativi, occorre fare alcune precisazioni soprattutto al fine di chiarirne la compatibilità con le esigenze di celerità e semplificazione espresse dalla medesima legge.

Già si è detto della individuazione dei controinteressati. La stessa norma precisa poi che tale obbligo non trova applicazione per tutti quei casi in cui ricorrano particolari esigenze di celerità del procedimento. Si pensi, ad esempio, all'ipotesi di occupazione d'urgenza di un'area per la realizzazione di un'opera pubblica o l'adozione da parte del Sindaco di ordinanze di necessità e urgenza ai sensi dell'art. 54 del d.lgs. 267/2000, T.U.E.L., in questi casi i presupposti di fatto

sono tali da richiedere un intervento immediato della pubblica amministrazione, pena il sacrificio, *rectius* la mancata soddisfazione del pubblico interesse. La giurisprudenza ha poi evidenziato che l'urgenza che legittima l'amministrazione procedente ad omettere la comunicazione di avvio del procedimento deve essere congruamente motivata, dando conto dell'esistenza di un pericolo di grave danno che minaccia l'interesse da tutelare, eccezion fatta per quelle ipotesi in cui essa (l'urgenza) sia tipizzata *ex lege*.

La stessa norma prevede poi la possibilità che l'amministrazione procedente, in particolari casi di urgenza, adotti, anche prima di procedere alla comunicazione di avvio del procedimento, provvedimenti cautelari. Si tratta di misure temporanee finalizzate ad evitare che, durante il periodo di tempo necessario ad espletare il procedimento, l'interesse che il provvedimento intende curare sia irreparabilmente pregiudicato.

La comunicazione dell'avvio del procedimento è esclusa, poi, per quei procedimenti volti alla emanazione di atti normativi, atti amministrativi generali, di pianificazione e programmazione, oltre che ai procedimenti tributari e ad alcuni procedimenti in materia di pubblica sicurezza per i quali vige una disciplina speciale. Una esclusione che non comporta, però, una completa soppressione dei diritti partecipativi dei privati, che possono essere esercitati secondo le modalità all'uopo prescritte.

Va sottolineato, altresì, che, dallo stesso impianto della legge sul procedimento amministrativo, si desume come la comunicazione di avvio del procedimento assuma in concreto un valore relativo, ove proiettato nell'ottica della legittimità del provvedimento finale. Essa, o meglio, il suo mancato invio, inficia la legittimità dell'atto nella misura in cui non solo non siano lesi i summenzionati diritti partecipativi, ma, in ossequio ad una concezione sostanzialistica degli istituti partecipativi, sia dimostrato in giudizio, dalla pubblica amministrazione, che la partecipazione del privato non avrebbe potuto apportare elementi utili, tali cioè da influire sul corso del procedimento. Cioè che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello effettivamente adottato. In questo caso l'onere della prova incombe sull'amministrazione procedente, secondo quanto previsto all'art. 21 *octies*.

7. L'istruttoria procedimentale

Il corretto invio della comunicazione di avvio del procedimento rappresenta il momento conclusivo della fase dell'iniziativa e segna al contempo l'accesso in quella istruttoria. Si tratta di una fase che si conforma essenzialmente al principio inquisitorio, in virtù del quale i fatti sono verificati d'ufficio dall'amministrazione, nel corso della quale l'amministrazione procedente, sotto la guida del responsabile del procedimento, deve accertare i fatti, individuando e valutando, al contempo, gli interessi rilevanti (pubblici e privati) ai fini della determinazione della decisione. In altri termini, nella fase istruttoria ha luogo quel processo di progressiva selezione e specificazione delle premesse di fatto e di diritto che porta alla individuazione di quella rosa di decisioni possibili nell'ambito delle quali l'amministrazione può scegliere quella che ritiene maggiormente opportuna. Questo nel caso di attività discrezionale. Nell'ipotesi in cui si sia in presenza di una attività vincolata, rispetto alla quale il provvedimento da adottare è individuato dallo stesso legislatore, la fase istruttoria sarà essenzialmente tesa ad accertare e qualificare i fatti in modo da verificare se si sia in presenza, o meno, della fattispecie contemplata dalla norma, nel qual caso l'amministrazione non potrà fare altro che adottare il provvedimento prescritto.

Onde procedere all'accertamento dei fatti, l'amministrazione procedente deve porre in essere tutte le attività istruttorie necessarie, nel rispetto del principio di non aggravamento del procedimento di cui all'art. 1. Preliminare, in questo percorso, risulta la verifica delle condizioni di ammissibilità e dei requisiti di legittimazione necessari per l'emanazione di un provvedimento (art. 6, primo comma, lett. a). Si pensi, ad esempio, alla richiesta di permesso di costruire, la quale deve essere corredata di documenti attestanti un diritto di proprietà o di superficie sul suolo interessato dal progetto.

L'accertamento può avere ad oggetto fatti semplici, quali età, luogo di residenza, iscrizioni in albi professionali, ecc. che nella maggior parte dei casi risultano dalla stessa documentazione presentata dal privato a corredo dell'istanza e, nei casi di procedimenti d'ufficio, dalle stesse richieste effettuate dall'amministrazione (si pensi alle informazioni richieste in seno ad un bando di concorso) la quale nell'ambito del proprio potere istruttorio può richiedere l'esibizio-

ne di documenti utili e, ove necessario, anche la rettifica o l'integrazione di dichiarazioni o istanze erronee o incomplete (art. 6, primo comma, lett. b).

Il responsabile del procedimento deve, altresì, ai sensi del secondo comma dell'articolo 18, provvedere *d'ufficio* all'acquisizione dei documenti che attestino fatti, stati e qualità sia nel caso in cui detti documenti siano posseduti dalla P.A. procedente, sia nel caso in cui siano detenuti da *altra* amministrazione pubblica; lo stesso accerta, altresì, *d'ufficio*, fatti, stati e qualità che la P.A. procedente o altra amministrazione è tenuta a certificare.

Si tratta di una previsione che si pone in linea con quelle già contenute nella legge n. 15 del 4.1.1968, in materia di autocertificazioni e dichiarazioni sostitutive di atti notori, per lungo tempo disattese da molte amministrazioni. Disposizioni che si pongono in linea con quelle in materia di autocertificazione, rispetto alle quali è riconosciuta alla pubblica amministrazione la facoltà di verificare la veridicità delle attestazioni senza che, tuttavia, tale verifica possa bloccare il corso della procedura, nel rispetto dei canoni di efficacia e buon andamento amministrativo (art. 41, secondo comma, d.p.r. 28.12.2000, n. 445, T.U. documentazione amministrativa).

Al quarto comma dell'art. 2 è espressamente previsto che i termini di conclusione del procedimento possano essere sospesi per una sola volta, per l'acquisizione di informazioni, o certificazioni relative a fatti, stati o qualità non attestati in documenti già in possesso dell'amministrazione stessa, o non direttamente acquisibili presso altre pubbliche amministrazioni. Ove prescritto dalla legge, l'amministrazione può persino procedere ad ispezioni.

L'accertamento istruttorio può riguardare anche fatti complessi per i quali è richiesto l'espletamento di valutazioni tecniche da parte di personale qualificato alle dipendenze dell'amministrazione procedente o, in mancanza, avvalendosi di uffici di altre amministrazioni o, *in extrema ratio*, di professionisti esterni.

Sul punto l'art. 17 proprio con riferimento alle valutazioni tecniche dispone che qualora gli organi a ciò preposti non vi provvedano nei termini stabiliti dalla legge, il responsabile del procedimento deve rivolgersi ad altre amministrazioni pubbliche dotate di uffici tecnicamente qualificati o ad istituti universitari. Tale procedura non si applica alle valutazioni che devono essere fornite da amministrazioni preposte alla tutela della salute, dell'ambiente o del paesaggio e del territorio.

Nella stessa norma è contemplata, altresì, la possibilità di interruzione del termine di conclusione del procedimento, per una sola volta, nelle ipotesi in cui l'organo o ente interpellato manifesti all'amministrazione procedente l'esigenza di ricevere ulteriori documenti o chiarimenti. La valutazione deve essere trasmessa al responsabile entro quindici giorni dal ricevimento delle integrazioni istruttorie (combinato disposto del primo e del terzo comma dell'art. 17).

Art. 17.

Valutazioni tecniche.

1. Ove per disposizione espressa di legge o di regolamento sia previsto che per l'adozione di un provvedimento debbano essere preventivamente acquisite le valutazioni tecniche di organi od enti appositi e tali organi ed enti non provvedano o non rappresentino esigenze istruttorie di competenza dell'amministrazione procedente nei termini prefissati dalla disposizione stessa o, in mancanza, entro novanta giorni dal ricevimento della richiesta, il responsabile del procedimento deve chiedere le suddette valutazioni tecniche ad altri organi dell'amministrazione pubblica o ad enti pubblici che siano dotati di qualificazione e capacità tecnica equipollenti, ovvero ad istituti universitari.
2. La disposizione di cui al comma 1 non si applica in caso di valutazioni che debbano essere prodotte da amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale e della salute dei cittadini.
3. Nel caso in cui l'ente od organo adito abbia rappresentato esigenze istruttorie all'amministrazione procedente, si applica quanto previsto dal comma 4 dell'articolo 16.

Diversa impostazione, invece, si ha per l'attività consultiva disciplinata dall'articolo 16 nel quale è previsto che, a fronte dell'inerzia dell'organo consultivo, il responsabile del procedimento possa proseguire il corso del procedimento senza il prescritto parere, a meno che non si tratti di amministrazioni preposte alla tutela della salute, dell'ambiente e del paesaggio.

L'attività consultiva, che consta di un vero e proprio subprocedimento, consiste nel rilascio di pareri da parte di uffici o organi della stessa amministrazione o, anche, di amministrazioni

diverse, cioè dichiarazioni di giudizio aventi ad oggetto accertamenti su fatti complessi, esperibili attraverso un insieme attraverso un insieme di cognizioni specialistiche (pareri tecnici), o ponderazione di dati assetti di interessi, che limitano notevolmente la discrezionalità dell'amministrazione procedente. I pareri sono tradizionalmente distinti in due macro categorie - obbligatori e facoltativi - a seconda che la loro acquisizione sia imposta per legge o sia frutto di una scelta dell'amministrazione procedente.

Nell'ambito della prima categoria è dato distinguere, poi, in ragione dell'efficacia del parere e della sua vincolatività nei confronti dell'amministrazione procedente, tra i pareri vincolanti, qualora l'eventuale provvedimento dell'amministrazione non può avere un contenuto diverso da quello indicato nel parere; relativamente vincolanti, nei casi in cui è ammessa l'adozione da parte dell'amministrazione di un provvedimento avente un contenuto diverso da quello indicato nel parere ma in questi casi tale possibilità ha come presupposto legittimante ed indefettibile l'assunzione di una deliberazione di un altro organo (solitamente collegiale) al quale viene imputata la responsabilità amministrativa, ed eventualmente anche politica, della scelta. Si consideri, ad esempio, la disciplina del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica il cui procedimento contempla l'acquisizione (obbligatoria) del parere del Consiglio di Stato. L'art. 14 del d.p.r. 1199/71 prevede, proprio con riferimento al richiamato parere, che ove il Ministro competente intenda assumere una decisione che si discosti da esso, deve "sottoporre l'affare alla decisione del Consiglio dei Ministri". L'ultima categoria è rappresentata dal parere non vincolante, rispetto al quale sussiste in capo all'amministrazione procedente solo un generale obbligo di motivare una decisione differente.

Art. 16.

Attività consultiva.

Gli organi consultivi delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, sono tenuti a rendere i pareri a essi obbligatoriamente richiesti entro quarantacinque giorni dal ricevimento della richiesta. Qualora siano richiesti dei pareri facoltativi, sono tenuti a dare immediata comunicazione alle amministrazioni richiedenti del termine entro il quale il parere sarà reso.

2. In caso di decorrenza del termine senza che sia stato comunicato il parere o senza che l'organo adito abbia rappresentato esigenze istruttorie, è in facoltà dell'amministrazione richiedente di procedere indipendentemente dall'acquisizione del parere.

3. Le disposizioni di cui ai commi 1 e 2 non si applicano in caso di pareri che debbano essere rilasciati da amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistica, territoriale e della salute dei cittadini.

4. Nel caso in cui l'organo adito abbia rappresentato esigenze istruttorie il termine di cui al comma 1 può essere interrotto per una sola volta e il parere deve essere reso definitivamente entro quindici giorni dalla ricezione degli elementi istruttori da parte delle amministrazioni interessate.

5. Qualora il parere sia favorevole, senza osservazioni, il dispositivo è comunicato telegraficamente o con mezzi telematici.

6. Gli organi consultivi dello Stato predispongono procedure di particolare urgenza per l'adozione dei pareri loro richiesti.

Di diversa natura sono le note con le quali le amministrazioni pubbliche intervengono ad esprimere le proprie determinazioni in relazione agli interessi di cui sono portatrici o le consulenze, richieste in caso di necessità a professionisti esterni all'amministrazione.

8. Partecipazione al procedimento

Obiettivo della fase istruttoria è, come si detto, l'acquisizione di una piena conoscenza dei fatti pertinenti l'oggetto del procedimento, nonché di una valutazione e ponderazione degli interessi (pubblici e privati) coinvolti nell'azione amministrativa. Come si diceva in precedenza, in tale prospettiva assume un rilievo centrale il momento partecipativo che coinvolge non soltanto i destinatari del provvedimento finale (parti necessarie del procedimento) ma anche quei soggetti destinatari della comunicazione di avvio del procedimento, individuati o facilmente individuabili.

La partecipazione è poi estesa a quei soggetti, portatori di interessi pubblici o privati, nonché ai portatori di interessi diffusi e collettivi costituiti in associazioni e comitati.

Art. 9

Intervento nel procedimento.

1. Qualunque soggetto, portatore di interessi pubblici o privati, nonché i portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati, cui possa derivare un pregiudizio dal provvedimento, hanno facoltà di intervenire nel procedimento.

Le istanze partecipative sono soddisfatte attraverso il deposito di memorie e documenti che saranno oggetto di valutazione da parte dell'amministrazione. Una valutazione che deve avere ad oggetto, in primo luogo, la pertinenza degli stessi all'oggetto del procedimento amministrativo, così come specificato nella comunicazione di avvio del procedimento, che rappresenta una sorta di *condicio sine qua non* per la valutazione delle stesse nel complesso degli elementi acquisiti nel corso dell'istruttoria. Valutazione che deve emergere in sede di motivazione del provvedimento finale.

Art. 10.

Diritti dei partecipanti al procedimento.

1. I soggetti di cui all'articolo 7 e quelli intervenuti ai sensi dell'articolo 9 hanno diritto:
 - a. di prendere visione degli atti del procedimento, salvo quanto previsto dall'articolo 24;
 - b. di presentare memorie scritte e documenti, che l'amministrazione ha l'obbligo di valutare ove siano pertinenti all'oggetto del procedimento.

Nella prospettiva di una semplificazione del procedimento amministrativo, anche a garanzia della celerità dello stesso, il legislatore ha introdotto l'istituto della conferenza di servizi, disciplinata agli articoli 14-14quater della legge sul procedimento.

Si tratta di un istituto grazie al quale l'amministrazione procedente può effettuare un esame contestuale dei vari interessi coinvolti nell'azione amministrativa (art. 14, comma 1). Il comma successivo prevede che la conferenza di servizi sia sempre indetta "quando l'amministrazione procedente deve acquisire intese, concerti, nulla osta o assensi comunque denominati di altre amministrazioni pubbliche e non li ottenga, entro 30 gg., dalla ricezione, da parte dell'amministrazione competente, della relativa richiesta. La conferenza può altresì essere indetta quando nello stesso termine è intervenuto il dissenso di una o più amministrazioni".

La conferenza di servizi, per espressa previsione normativa, può avere una duplice natura: istruttoria - nell'ipotesi in cui sia tesa a sostituire la sola fase istruttoria; decisoria - nei casi in cui la legge prevede che gli esiti della conferenza sostituiscano il provvedimento finale.

Soffermando l'attenzione sulla conferenza istruttoria, essa non sostituisce, né anticipa la decisione che deve essere adottata, in base agli esiti della conferenza, dall'amministrazione procedente che ben può discostarsi dagli esiti della stessa, nonché dalle richieste avanzate dalle altre amministrazioni in sede di conferenza, a condizione che ne dia conto (adeguatamente) in sede di motivazione.

9. Preavviso di rigetto

Terminata l'acquisizione degli elementi rilevanti, tesi a garantire una adeguata conoscenza dei fatti, prima di passare alla fase successiva, di conclusione del procedimento, il legislatore della riforma ha introdotto un ulteriore adempimento procedimentale che si pone ad ulteriore garanzia della posizione del privato destinatario degli effetti (negativi) del procedimento.

Si tratta della "comunicazione dei motivi che ostano all'accoglimento dell'istanza" contemplata all'art. 10 bis.

Art. 10-bis.

(Comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza).

1. Nei procedimenti ad istanza di parte il responsabile del procedimento o l'autorità competente, prima della formale adozione di un provvedimento negativo, comunica tempestivamente agli istanti i motivi che ostano all'accoglimento della domanda. Entro il termine di dieci giorni dal ricevimento della comunicazione, gli istanti hanno il diritto di presentare per iscritto le loro osservazioni, eventualmen-

te corredate da documenti. La comunicazione di cui al primo periodo interrompe i termini per concludere il procedimento che iniziano nuovamente a decorrere dalla data di presentazione delle osservazioni o, in mancanza, dalla scadenza del termine di cui al secondo periodo. Dell'eventuale mancato accoglimento di tali osservazioni è data ragione nella motivazione del provvedimento finale. Le disposizioni di cui al presente articolo non si applicano alle procedure concorsuali e ai procedimenti in materia previdenziale e assistenziale sorti a seguito di istanza di parte e gestiti dagli enti previdenziali.

Dunque, nei procedimenti ad istanza di parte, con esclusione delle procedure concorsuali e di quelle in materia previdenziale ed assistenziale, l'amministrazione procedente è tenuta a comunicare, al termine dell'istruttoria, nel caso in cui si determini in senso negativo rispetto all'istanza presentata dal privato, i motivi che ostano all'accoglimento dell'istanza.

Più in particolare, la comunicazione deve contenere la menzione dettagliata degli elementi ostativi all'accoglimento dell'istanza e di ogni fatto nuovo di cui sia opportuno tenere informato il privato in base agli obblighi di correttezza informativa e di tutela dell'affidamento.

A seguito di tale comunicazione, nei dieci giorni successivi, il privato può presentare osservazioni scritte e documenti di cui l'amministrazione stessa dovrà tenere conto nella motivazione del provvedimento finale.

In tal modo si garantisce una ulteriore estensione del contraddittorio procedimentale, donde la inclusione della suddetta comunicazione nella fase istruttoria, attraverso la quale al privato è riconosciuta una possibilità di offrire ulteriori chiarimenti, in modo da modificare, ove possibile, l'esito del procedimento medesimo.

Una estensione del contraddittorio alla quale è connessa, evidentemente, una sospensione del termine entro cui il provvedimento deve essere emanato, finalizzata essenzialmente ad ottenere una deflazione del contenzioso giurisdizionale attraverso un'ulteriore integrazione della fase istruttoria che ha luogo nel momento in cui l'amministrazione ha sostanzialmente effettuato una valutazione dei fatti, addivenendo ad una possibile conclusione. In questa prospettiva, dunque, l'apporto partecipativo del privato, successivo alla suddetta comunicazione, si pone, almeno in linea teorica, ad ulteriore garanzia della correttezza (formale e sostanziale) dell'azione dell'amministrazione.

Quanto alla forma in cui tale comunicazione deve aver luogo, in assenza di alcuna specifica previsione, è legittimo ritenere che essa avvenga nella forma ritenuta più adeguata dall'amministrazione procedente la quale potrebbe legittimamente avvalersi dell'uso degli strumenti telematici, purché la comunicazione raggiunga il suo scopo.

Quanto al soggetto in capo al quale è posto il suddetto obbligo, la norma menziona tanto il responsabile del procedimento quanto l'autorità competente, riproponendo così quella distinzione già richiamata tra responsabile dell'istruttoria e responsabile della decisione.

Sul punto si aprono due distinte possibilità interpretative. La prima, da condividere, che riconosce in capo all'amministrazione il potere di decidere su quale dei due soggetti gravi il predetto obbligo; la seconda, più restrittiva e forse meno coerente con la stretta attinenza della predetta comunicazione con la fase istruttoria, che pone il predetto obbligo in capo al responsabile del procedimento.

10. La fase decisoria

L'ultima fase essenziale del provvedimento amministrativo è rappresentata dalla fase decisoria, nella quale il soggetto competente, sulla base delle risultanze dell'istruttoria, ivi comprese le osservazioni ed i documenti eventualmente depositati dal privato a seguito della comunicazione di cui all'art. 10 bis, emana il provvedimento finale.

Caratteristiche del provvedimento, che si distingue dall'atto amministrativo (cioè da una manifestazione di volontà, di giudizio o di conoscenza della pubblica amministrazione) in ragione della sua rilevanza esterna e per la sua idoneità a produrre effetti nell'ordinamento giuridico ed a incidere sui diritti dei terzi, oltre alla tipicità e nominatività, richiamate con riferimento al principio di legalità, sono:

- l'imperatività: indica l'idoneità del provvedimento a modificare unilateralmente - per forza propria - le situazioni giuridiche altrui;
- l'esecutività: indica l'attitudine del provvedimento a produrre immediatamente ed automaticamente, al momento della sua emanazione, effetti giuridici;
- l'esecutorietà: indica la caratteristica del provvedimento, espressamente contemplata dalle singole norme disciplinanti i provvedimenti, di essere portato ad esecuzione dall'amministrazione, contro la volontà del privato e a sue spese. Si pensi ad esempio all'ordine di demolizione di un manufatto realizzato in assenza dei prescritti titoli abilitativi, la cui esecuzione viene intimata al privato, al quale viene concesso il termine di 30 gg., decorso il quale, ove il destinatario del provvedimento non abbia ottemperato all'ordine dell'autorità, oppure non abbia ottenuto dal competente giudice amministrativo un provvedimento - ordinanza collegiale, che può essere preceduta da un decreto cautelare - col quale viene disposta la sospensione dell'efficacia del provvedimento stesso, l'amministrazione può procedere direttamente alla demolizione del manufatto abusivo a spese del privato. Tale caratteristica è confermata all'articolo 21 *ter* nel quale il legislatore, confermando l'orientamento precedente, ha previsto che, nei casi e con le modalità stabilite dalla legge, le pubbliche amministrazioni possono imporre coattivamente l'adempimento degli obblighi nei loro confronti, previo contraddittorio con il destinatario.

La materiale predisposizione del provvedimento non è di per sé sufficiente a garantirne, in termini giuridici, l'efficacia.

Sul punto l'art. 21 bis, generalizzando un obbligo già previsto in alcune leggi di settore, quale ad esempio il T.U. in materia di espropriazioni per pubblica utilità (d.p.r. n. 327/01, art. 23), ha previsto che, nelle ipotesi di provvedimenti limitativi della sfera giuridica del privato, il provvedimento acquista efficacia nei confronti del destinatario nel momento in cui esso ne riceve comunicazione formale, che può anche non essere personale, in ragione del numero degli stessi destinatari. Eccezioni alla regola surrichiamata sono contemplate nel medesimo articolo che, sia pure in via eccezionale, prevede la possibilità di una immediata efficacia del provvedimento, da motivare congruamente. Sono esclusi dall'eccezione, per tutelare il diritto di difesa, i provvedimenti sanzionatori, che necessitano, al fine dell'efficacia, di una comunicazione al destinatario.

La sospensione dell'efficacia del provvedimento può essere disposta anche dalla stessa amministrazione procedente, la quale, però, a differenza del passato, quando in virtù del potere di autotutela poteva disporla a sua discrezione e senza limiti procedurali, per effetto della disposizione contenuta nell'art. 21 *quater* può disporla solo per gravi ragioni e per il tempo strettamente necessario da indicare espressamente nell'atto, prorogabile per una sola volta e, all'occorrenza, riducibile per sopravvenute esigenze.

11. La fase integrativa dell'efficacia

La fase integrativa dell'efficacia è una fase soltanto eventuale del procedimento amministrativo che comprende tutti quegli atti successivi alla emanazione e comunicazione agli interessati del provvedimento, condizionanti l'efficacia del provvedimento medesimo, cioè l'attitudine a produrre i suoi effetti tipici. In questa fase, di regola, sono contemplati i cosiddetti procedimenti di controllo che possono riguardare tanto la legittimità (cioè la conformità alle norme di legge), quanto il merito (cioè l'opportunità) dei provvedimenti, fino ad estendersi all'intera gestione dell'amministrazione.

Quanto ai primi, controlli sugli atti, si tratta di procedimenti veri e proprie che, nel corso degli anni, hanno subito un forte ridimensionamento da parte del legislatore. Emblematica in tal senso è la soppressione del sistema dei controlli sugli enti locali avvenuta con l'approvazione del nuovo Titolo V della Costituzione. Procedimenti il cui esito condiziona la stessa esistenza dell'atto. Si pensi al controllo operato dalla Corte dei conti che deve approvare il visto sugli atti del Governo, ai sensi dell'art. 100 Cost., individuati dalla legge 14 gennaio 1994, n. 20 "Disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti".

12. La motivazione del provvedimento

In aggiunta agli elementi richiamati, da un punto di vista strutturale, si individuano elementi essenziali ed elementi accidentali del provvedimento amministrativo. Tra i primi la dottrina, utilizzando lo schema privatistico del negozio giuridico, ha collocato:

- il soggetto: l'autorità che emana il provvedimento amministrativo;
- l'oggetto: il destinatario degli effetti del provvedimento;
- il contenuto dispositivo: l'effetto giuridico derivante dal provvedimento;
- la causa: il perseguimento del pubblico interesse individuato in astratto dalla stessa norma attributiva del potere;
- la forma: solitamente scritta ma, in assenza di una espressa previsione normativa, vige il principio della libertà della forma.

Si consideri il provvedimento di espropriazione emanato dall'amministrazione comunale per la realizzazione di un'opera pubblica (es. una strada): il soggetto è individuabile nell'amministrazione comunale da cui proviene l'atto espropriativo; l'oggetto, il bene di proprietà oggetto dell'espropriazione; il contenuto dispositivo, il trasferimento di proprietà in capo all'espropriante; la causa, la realizzazione dell'opera pubblica; la forma, il decreto di espropriazione.

In aggiunta agli elementi surrichiamati, elemento essenziale del provvedimento amministrativo è la motivazione nella quale sono esplicitati i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria. Si tratta di un obbligo generale (obbligo di motivazione) sancito dall'art.3 della legge n.241/90 che trova, quale unica eccezione, gli atti normativi e gli atti a contenuto generale.

L'art. 3 contempla inoltre, l'ipotesi di una motivazione esterna al provvedimento amministrativo, operata attraverso il rinvio ad altro atto dell'amministrazione.

Tale modalità (motivazione *per relationem*), data la centralità della motivazione stessa, funzionale alla piena attuazione dei principi di trasparenza ed imparzialità amministrativa, nonché del buon andamento, nella misura in cui impone una esternazione dei motivi, *rectius* dei criteri che sottostanno alla decisione concreta, alle modalità di espletamento dell'istruttoria ed alla ponderazione degli interessi (pubblici e privati) in gioco, è valida ove non solo risulti chiaramente esplicitato il provvedimento, o più in generale l'atto contenente la motivazione, ma esso sia messo a disposizione del privato.

Art. 3.

Motivazione del provvedimento.

1. Ogni provvedimento amministrativo, compresi quelli concernenti l'organizzazione amministrativa, lo svolgimento dei pubblici concorsi ed il personale, deve essere motivato, salvo che nelle ipotesi previste dal comma 2. La motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria.
2. La motivazione non è richiesta per gli atti normativi e per quelli a contenuto generale.
3. Se le ragioni della decisione risultano da altro atto dell'amministrazione richiamato dalla decisione stessa, insieme alla comunicazione di quest'ultima deve essere indicato e reso disponibile, a norma della presente legge, anche l'atto cui essa si richiama.
4. In ogni atto notificato al destinatario devono essere indicati il termine e l'autorità cui è possibile ricorrere.

L'omissione della motivazione da parte dell'amministrazione incide sulla legittimità del provvedimento (violazione di legge), come pure una motivazione che risulti carente o contraddittoria (in tal caso il procedimento risulterà viziato da eccesso di potere, ad indicare un cattivo uso del potere).

13. Attività vincolata ed attività discrezionale. Discrezionalità amministrativa, tecnica ed accertamento tecnico

Si parla di attività vincolata con riferimento a quelle ipotesi in cui è lo stesso legislatore a determinare, nella norma attributiva del potere, il comportamento che l'amministrazione deve tenere.

re al verificarsi della fattispecie contemplata nella norma.

Diversa, invece, la situazione nelle ipotesi in cui la norma attribuisca all'amministrazione un potere discrezionale, cioè un potere di scegliere, ovviamente in base alle risultanze dell'istruttoria, la situazione che ritiene maggiormente opportuna. Il nucleo essenziale dell'attività discrezionale va rintracciato nella ponderazione comparativa che la stessa amministrazione opera tra la pluralità di interessi (pubblici e privati) coinvolti in quel determinato esercizio di potere, onde poter giungere alla scelta del provvedimento da adottare. La discrezionalità, cioè il potere di scelta, può riguardare i presupposti che regolano l'emanazione del provvedimento (an), la libertà di determinazione del contenuto (quid), le disposizioni accessorie (quomodo), il tempo in cui il provvedimento può essere emanato (quando). Essa si differenzia, pertanto, sensibilmente dalla libertà di scelta, in quanto l'amministrazione può sì determinare la sua azione, ma nei limiti posti dall'ordinamento e solo a seguito di una corretta acquisizione e valorizzazione di tutti gli interessi presenti.

Ove si pone mente al processo di specificazione delle premesse di fatto, cioè alla acquisizione dei fatti da parte dell'amministrazione, occorre distinguere quelle ipotesi in cui la conoscenza dei fatti avviene mediante l'utilizzo di normali poteri cognitivi, da quelle in cui essa non può in realtà prescindere dalla applicazione di cognizioni scientifiche.

In quest'ultimo caso, occorre poi verificare se la norma tecnica che l'amministrazione è tenuta ad applicare porti ad un risultato certo (si pensi alla misurazione della gradazione alcolica di una sostanza, oppure alla misurazione della distanza tra due edifici), oppure ad un risultato opinabile (si pensi, ad esempio, alla valutazione della epidemicità di una malattia; o, ancora, alla valutazione di una procedura concorsuale).

Mentre nel primo caso si è in presenza di un accertamento tecnico, nel secondo la opinabilità del risultato ha portato la dottrina a configurare la valutazione (del fatto) operata dall'amministrazione in termini di discrezionalità tecnica.

Una precisazione appare indispensabile. Nonostante il nome, dottrina e giurisprudenza hanno chiarito come in realtà essa (la discrezionalità tecnica) non sia in alcun modo assimilabile alla discrezionalità amministrativa vera e propria, attenendo essenzialmente alla valutazione del fatto (operata alla stregua di un parametro - norma tecnica). Tale precisazione ha rappresentato una svolta assai significativa nel modo di inquadrare l'attività dell'amministrazione, consentendo, così, di superare quello che era un vero e proprio dogma della insindacabilità della discrezionalità tecnica, limitandosi il giudice ad una semplice valutazione della congruenza e logicità della motivazione adottata a sostegno della scelta finale (limitandosi, cioè, ad un sindacato esterno all'atto), senza in alcun modo addentrarsi nel merito della valutazione opinabile (sindacato interno). Trattandosi, infatti, di una mera valutazione del fatto, alla luce di un parametro tecnico, come accade nella discrezionalità amministrativa, si apre la via al sindacato giurisdizionale.

Un sindacato che, però, non può, secondo quanto è stato precisato dalla giurisprudenza, portare ad una completa sostituzione da parte del giudice della valutazione operata dall'amministrazione (sindacato forte). Il giudice, infatti, anche avvalendosi di una consulenza tecnica d'ufficio, può operare un controllo della valutazione effettuata dall'amministrazione, verificando l'attualità e la correttezza del criterio tecnico scientifico applicato, nonché la sua attendibilità scientifica e la stessa coerenza della valutazione effettuata, limitandosi, in caso di esito negativo, ad annullare la decisione così assunta dall'amministrazione (sindacato debole) la quale rimane unica titolare del potere di valutazione del fatto.

Avuto riguardo alla scelta, al provvedimento in concreto adottato dall'amministrazione, la sua natura (espressione di una attività vincolata o di discrezionalità amministrativa) dipende esclusivamente dalla norma attributiva del potere nella quale, accanto alla previsione di un potere di accertamento del fatto alla stregua di un criterio tecnico (discrezionalità tecnica) di regola implicito in ragione dello stesso fatto da valutare, sarà attribuito all'amministrazione un potere di scelta o, in alternativa, la decisione da adottare (attività vincolata). Si pensi, ad esempio, ad un edificio pericolante. Le possibili formulazioni della norma che attribuisce all'autorità il potere di intervento potrebbero essere le seguenti: "accertata la pericolosità dell'edificio, l'amministrazione comunale ne dispone l'abbattimento"; "accertata la pericolosità dell'edificio, l'amministrazione determina gli interventi più opportuni in relazione allo stato dello stesso". In entram-

bi i casi preliminare è l'accertamento del fatto (pericolosità o meno dell'edificio) alla luce di una norma tecnica (discrezionalità tecnica), ma, mentre nel primo caso la prescrizione normativa individua una attività vincolata (una volta verificata la corrispondenza della fattispecie concreta a quella astratta contemplata dalla norma, infatti, l'amministrazione deve disporre l'abbattimento), seguendo uno schema normativo "se A, allora B", nel secondo caso, invece, viene riconosciuto in capo all'amministrazione un potere di scelta in merito all'intervento che riterrà più opportuno. Di conseguenza, la eventuale contestazione del privato riguarderà, nell'ipotesi di attività vincolata, soltanto l'accertamento del fatto, contestando così la sussumibilità della fattispecie concreta in quella astratta; nel secondo caso, invece, oltre a questo aspetto, il sindacato potrà riguardare la legittimità, logicità, ragionevolezza e proporzionalità della scelta assunta dall'amministrazione.

14. Invalidità del provvedimento amministrativo

Delineati sommariamente i caratteri del provvedimento amministrativo, è necessario soffermare l'attenzione sulla invalidità del provvedimento, disciplinata dal Capo IV bis - Efficacia ed invalidità del provvedimento amministrativo. Revoca e recesso - della legge 241/90. Essa ricorre in quelle ipotesi in cui sia dato riscontrare una difformità dell'atto rispetto alle premesse di diritto.

Nell'ambito della categoria della invalidità si distinguono due ipotesi: la nullità, teorizzata da una parte della dottrina e disciplinata per la prima volta soltanto nella novella del 2005, art. 21 *septies*; è annullabilità del provvedimento, che rappresenta la forma tipica di invalidità del provvedimento amministrativo, ora disciplinata agli articoli 21 *octies* e 21 *nonies*.

L'art. 21 *septies* contempla l'ipotesi di nullità del provvedimento amministrativo, nonché il giudice competente a giudicare sul punto, individuandolo in via esclusiva nel giudice amministrativo (giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo).

Il provvedimento è nullo qualora:

- a. manchi degli elementi essenziali, seguendo così il regime individuato dalla disciplina civilistica;
- b. sia viziato da difetto di attribuzione, cioè se sia stato emanato da una autorità appartenente ad un ramo di amministrazione diverso da quello ex lege titolare del potere (si pensi ad un diploma di laurea emanato dal Ministro per l'agricoltura); cioè emanato in carenza di potere, secondo lo schema giurisprudenziale anteriore alla novella del 2005;
- c. sia stato adottato in violazione o elusione del giudicato, cioè in maniera difforme con quanto statuito in una sentenza divenuta inoppugnabile;
- d. negli altri casi previsti dalla legge.

Per ciò che concerne gli effetti, il provvedimento nullo per definizione non è in grado di produrre effetti, in ragione della natura stessa dei vizi che ne inficiano la validità. L'azione finalizzata a far dichiarare la nullità può essere proposta senza limiti di tempo. Il vizio è rilevabile d'ufficio, dal giudice, e non esistono forme di sanatoria.

Art. 21- *septies*.
(Nullità del provvedimento)

1. È nullo il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali, che è viziato da difetto assoluto di attribuzione, che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge.
2. Le questioni inerenti alla nullità dei provvedimenti amministrativi in violazione o elusione del giudicato sono attribuite alla giurisdizione esclusiva.

Diversa l'ipotesi di annullabilità.

L'articolo 21 *octies*, per nulla innovando rispetto al passato, individua quali vizi di legittimità, causa dell'annullamento dell'atto: l'eccesso di potere, l'incompetenza e la violazione di legge.

Gli ultimi due sono di più agevole individuazione, ricorrendo rispettivamente nelle ipotesi in cui l'organo che ha emanato l'atto, pur appartenendo al corretto ramo di amministrazione, in real-

tà non è titolare del potere di emanare quell'atto secondo la distribuzione delle competenze (incompetenza) operata all'interno degli organi dell'amministrazione (si pensi ad un'ordinanza di demolizione emanata dalla polizia municipale) e in quei casi in cui sia dato riscontrare una difformità del provvedimento rispetto ad una qualunque norma (violazione di legge) che regoli i presupposti sostanziali o procedurali che presiedono al corretto esercizio del potere. Maggiormente complessa, invece, la categoria dell'eccesso di potere, che affonda le proprie radici in quello che tradizionalmente viene indicato come sviamento di potere, cioè un potere esercitato per fini diversi da quelli per i quali era stato attribuito all'amministrazione. Dottrina e giurisprudenza, al fine di ampliare le garanzie del cittadino nei confronti dell'azione delle amministrazioni, hanno, proprio attraverso la figura dell'eccesso di potere, ampliato i poteri di cognizione del giudice (amministrativo) sull'azione, *rectius* sul loro comportamento, senza mai, però, varcare i confini rigidamente delineati dal principio di separazione dei poteri. Se non nei limitati casi previsti dalla legge, infatti, il sindacato del giudice amministrativo non può varcare i confini della legittimità del provvedimento, giungendo, così, ad una cognizione del merito (opportunità) del provvedimento stesso, determinandone addirittura una sostituzione dei contenuti. Tranne rare eccezioni, dunque, il giudice, verificato che si è in presenza di un "cattivo" esercizio del potere da parte dell'amministrazione, può soltanto annullare il provvedimento, cioè eliminarlo dal mondo giuridico, ma la decisione del problema amministrativo, oggetto del provvedimento annullato, spetterà comunque all'amministrazione alla quale il giudice non potrà in alcun modo sostituirsi.

La figura dell'eccesso di potere è il frutto di una costante elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, ed è caratterizzata dall'assenza di una precisa definizione. L'attenzione, infatti, è stata focalizzata, più che sul mero profilo definitorio, sulla individuazione di quelle che comunemente vengono indicate come figure sintomatiche dell'eccesso di potere, cioè elementi, intrinseci ed estrinseci allo stesso provvedimento, che sono il sintomo di un cattivo uso del potere discrezionale da parte dell'azione amministrativa: travisamento dei fatti; illogicità ed incongruità della motivazione; disparità di trattamento; contraddittorietà tra atti del procedimento; violazione di prassi o circolari amministrative; violazione dei principi di proporzionalità.

Il legislatore della riforma ha poi apportato una significativa modifica nella disciplina dell'annullabilità del provvedimento amministrativo, individuando delle ipotesi in cui vizi non hanno un rilievo tale da produrre l'annullamento del provvedimento.

Art. 21-octies.

(Annullabilità del provvedimento)

1. È annullabile il provvedimento amministrativo adottato in violazione di legge o viziato da eccesso di potere o da incompetenza.
2. Non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

Recependo gli orientamenti di tipo sostanzialistico, proposti da dottrina e giurisprudenza, il legislatore ha individuato dei vizi formali che, in ragione della natura, non hanno il potere di incidere da un punto di vista sostanziale sul provvedimento, inficiandone il suo contenuto. In questa prospettiva, dunque, il provvedimento è in grado di conseguire il proprio scopo.

Si pensi, ad esempio, ad un provvedimento vincolato per il quale il vizio di forma o di procedura non può in alcun modo determinare la variazione del suo contenuto dispositivo, in base al principio della strumentalità della forma.

Si pone in linea con questa impostazione il riconoscimento della irrilevanza, ai fini della determinazione della illegittimità del provvedimento, della omessa comunicazione dell'avvio del procedimento, in quei casi in cui l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello adottato.

L'annullamento può essere richiesto dalla parte interessata oppure disposto d'ufficio dalla stessa amministrazione da cui proviene l'atto, comporta la eliminazione dal mondo giuridico, in modo retroattivo (*ex tunc*), del provvedimento, che altrimenti esplica, come si è visto, la propria efficacia.

Art. 21-*nonies*.
(Annullamento d'ufficio)

1. Il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'articolo 21-*octies* può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge.

2. È fatta salva la possibilità di convalida del provvedimento annullabile, sussistendone le ragioni di interesse pubblico ed entro un termine ragionevole

In linea con la impostazione richiamata, sono previste ipotesi in cui il provvedimento può conservare i propri effetti o in ragione del comportamento del destinatario dello stesso che ne dà esecuzione (acquiescenza), o, comunque, non provvede, nei prescritti termini di legge (60 gg. per il ricorso dinanzi al TAR; 30 in caso di abbreviazione per determinate materie, es. appalti; 120 gg. per il Ricorso straordinario dinanzi al Capo dello Stato), alla sua impugnazione; oppure attraverso l'intervento di un altro atto teso a sanare il primo (convalida, ratifica, ecc.).

15. Obbligo di conclusione del procedimento amministrativo e termine di conclusione

Naturale ed imprescindibile conseguenza dei principi generali richiamati in precedenza è la previsione, nel contesto della disciplina generale del procedimento amministrativo, di un obbligo di conclusione dello stesso attraverso l'emanazione di un provvedimento espresso, entro i prescritti termini individuati dall'amministrazione o, in assenza, entro il termine di 90 gg.

Art. 2.
Conclusione del procedimento

1. Ove il procedimento consegua obbligatoriamente ad una istanza, ovvero debba essere iniziato d'ufficio, la pubblica amministrazione ha il dovere di concluderlo mediante l'adozione di un provvedimento espresso.

2. Con uno o più regolamenti adottati ai sensi dell'articolo 17, comma 1, della legge 23 agosto 1988, n. 400, su proposta del Ministro competente, di concerto con il Ministro per la funzione pubblica, sono stabiliti i termini entro i quali i procedimenti di competenza delle amministrazioni statali devono concludersi, ove non siano direttamente previsti per legge. Gli enti pubblici nazionali stabiliscono, secondo i propri ordinamenti, i termini entro i quali devono concludersi i procedimenti di propria competenza. I termini sono modulati tenendo conto della loro sostenibilità, sotto il profilo dell'organizzazione amministrativa, e della natura degli interessi pubblici tutelati e decorrono dall'inizio di ufficio del procedimento o dal ricevimento della domanda, se il procedimento è ad iniziativa di parte.

3. Qualora non si provveda ai sensi del comma 2, il termine è di novanta giorni.

4. Nei casi in cui leggi o regolamenti prevedono per l'adozione di un provvedimento l'acquisizione di valutazioni tecniche di organi o enti appositi, i termini di cui ai commi 2 e 3 sono sospesi fino all'acquisizione delle valutazioni tecniche per un periodo massimo comunque non superiore a novanta giorni. I termini di cui ai commi 2 e 3 possono essere altresì sospesi, per una sola volta, per l'acquisizione di informazioni o certificazioni relative a fatti, stati o qualità non attestati in documenti già in possesso dell'amministrazione stessa o non direttamente acquisibili presso altre pubbliche amministrazioni. Si applicano le disposizioni dell'articolo 14, comma 2.

5. Salvi i casi di silenzio assenso, decorsi i termini di cui ai commi 2 o 3, il ricorso avverso il silenzio dell'amministrazione, ai sensi dell'articolo 21-bis della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, può essere proposto anche senza necessità di diffida all'amministrazione inadempiente, fintanto che perdura l'inadempimento e comunque non oltre un anno dalla scadenza dei termini di cui ai predetti commi 2 o 3. Il giudice amministrativo può conoscere della fondatezza dell'istanza. È fatta salva la riproponibilità dell'istanza di avvio del procedimento ove ne ricorrano i presupposti.

Con riferimento al termine di conclusione del procedimento, è prescritto che il termine di ciascuna tipologia di procedimento, salvo il caso in cui non sia già fissato da una norma di legge, viene stabilito da un regolamento emanato, su proposta del Ministro competente per materia,

di concerto con il Ministro per la funzione pubblica o, nel caso di enti pubblici, attraverso l'adozione di un apposito provvedimento.

È espressamente prescritto che i termini debbono essere modulati tenendo conto della loro sostenibilità da parte dell'amministrazione, della natura e complessità del procedimento, nonché delle risorse a disposizione dell'amministrazione, dovendo comunque risultare ragionevoli rispetto ai parametri indicati.

Il termine, che decorre, a far data dalla presentazione dell'istanza da parte del privato, o dall'inizio del procedimento d'ufficio, può essere sospeso, per un massimo di 90 gg. e per una sola volta, laddove sia necessaria la acquisizione di valutazioni tecniche, oppure sussistano esigenze istruttorie quali l'acquisizione di informazioni o di certificazioni relative a fatti, stati o qualità non attestati in documenti già in possesso dell'amministrazione stessa o non direttamente acquisibili presso altre pubbliche amministrazioni.

15.1. I silenzi dell'amministrazione

La mancata conclusione del procedimento, attraverso la emanazione di un provvedimento espresso, o in uno dei modi prescritti (conferenza di servizi, accordo, silenzio assenso) dei quali si dirà tra breve, dà luogo ad una ipotesi patologica che prende significativamente il nome di "silenzio" dell'amministrazione.

Nel caso in esame, il silenzio può essere qualificato in termini di "silenzio inadempimento" (dell'obbligo di conclusione del procedimento attraverso la emanazione di un provvedimento espresso), ed esso legittima il privato a rivolgersi al giudice amministrativo, entro un anno dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento, e senza necessità di inoltrare preliminarmente una diffida a provvedere alla stessa amministrazione, affinché questi pronunci una sentenza con la quale, sussistendone le ragioni, l'amministrazione può essere condannata, previo accertamento dell'inadempimento, e della fondatezza dell'istanza stessa, a provvedere sulla istanza del privato. Il giudice, dunque, non si limita all'accertamento del mero inadempimento, condannando l'amministrazione, ma, ove il privato lo richieda, può conoscere nel merito del rapporto amministrativo, potendo eventualmente condannare l'amministrazione inerte non semplicemente a provvedere, ma a provvedere in un certo modo, recependo così l'orientamento segnato dalla pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (decisione 10 marzo 1978, n. 10), secondo a quale il giudice, chiamato ad accertare l'inerzia della pubblica amministrazione, poteva conoscere anche della fondatezza dell'istanza, qualora si trattasse di potere amministrativo vincolato ai presupposti di legge, limitandosi nel caso di azione discrezionale ad ordinare all'amministrazione di concludere il procedimento, ove si trattasse di attribuzioni connotate da discrezionalità amministrativa o tecnica. Impostazione poi ribaltata da un'Adunanza plenaria successiva (decisione 9 gennaio 2002, n. 1) nella quale era stato sottolineato che il giudice, quando è chiamato ad accertare l'inerzia dell'amministrazione si sarebbe dovuto limitare a definire il procedimento, senza interferire nel merito della decisione dell'amministrazione.

Dal silenzio inadempimento, che indica semplicemente il comportamento inerte tenuto dall'amministrazione su una istanza di un privato, trattandosi così di un mero fatto (inadempimento), si distinguono le ipotesi di silenzio significativo, cioè ipotesi in cui è lo stesso legislatore ad attribuire una specifica significatività al silenzio il quale assume il valore di un provvedimento tacito di accoglimento (silenzio assenso) o di rigetto (silenzio rigetto o rifiuto) dell'istanza presentata dal privato.

L'inadempimento dell'obbligo di provvedere da parte dell'amministrazione non è privo di conseguenze, anche per gli stessi operatori delle amministrazioni, che vanno dal risarcimento dei danni patiti dal privato a causa dell'inadempimento a vere e proprie responsabilità penali.

L'inerzia dei funzionari, infatti, potrebbe costituire il reato previsto dall'art. 328, secondo comma c.p. (omissione di atti di ufficio) che è integrato dalla condotta del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio il quale, entro trenta giorni dalla richiesta di chi vi abbia interesse, non compie l'atto del suo ufficio, né risponde per esporre le ragioni del suo ritardo. Si deve ritenere che il termine previsto dalla norma penale sia diverso ed ulteriore rispetto a quello di conclusione del procedimento determinato ex art. 2 della legge sul procedimento amministrativo; il reato è consumato quando, decorso il termine di conclusione del procedimento, stabilito ai sensi del richiamato articolo, il funzionario responsabile, ricevuta una diffida scritta

non provveda (sia pure tardivamente) né si premuri di esporre le ragioni del proprio inadempimento.

Occorre precisare, comunque, che non è possibile riconoscere in capo alla pubblica amministrazione un obbligo di provvedere a fronte di istanze manifestamente infondate o identiche ad altre già presentate e respinte in quanto prive dei presupposti necessari per il loro accoglimento, di pretese *contra legem*.

15.2. Il silenzio assenso

Per ciò che concerne il silenzio significativo, sin dalla sua prima emanazione, la legge sul procedimento amministrativo, tra gli strumenti di semplificazione del procedimento, accanto alla denuncia di inizio di attività (analizzata in altra parte del presente volume) contempla il silenzio assenso.

Art. 20.

Silenzio assenso

1. Fatta salva l'applicazione dell'articolo 19, nei procedimenti ad istanza di parte per il rilascio di provvedimenti amministrativi il silenzio dell'amministrazione competente equivale a provvedimento di accoglimento della domanda, senza necessità di ulteriori istanze o diffide, se la medesima amministrazione non comunica all'interessato, nel termine di cui all'articolo 2, commi 2 o 3, il provvedimento di diniego, ovvero non procede ai sensi del comma 2

2. L'amministrazione competente può indire, entro trenta giorni dalla presentazione dell'istanza di cui al comma 1, una conferenza di servizi ai sensi del capo IV, anche tenendo conto delle situazioni giuridiche soggettive dei controinteressati.

3. Nei casi in cui il silenzio dell'amministrazione equivale ad accoglimento della domanda, l'amministrazione competente può assumere determinazioni in via di autotutela, ai sensi degli articoli 21-quinquies e 21-nonies.

4. Le disposizioni del presente articolo non si applicano agli atti e procedimenti riguardanti il patrimonio culturale e paesaggistico, l'ambiente, la difesa nazionale, la pubblica sicurezza e l'immigrazione, la salute e la pubblica incolumità, ai casi in cui la normativa comunitaria impone l'adozione di provvedimenti amministrativi formali, ai casi in cui la legge qualifica il silenzio dell'amministrazione come rigetto dell'istanza, nonché agli atti e procedimenti individuati con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro per la funzione pubblica, di concerto con i Ministri competenti.

5. Si applicano gli articoli 2, comma 4, e 10-bis.

L'istituto del silenzio assenso trova, dunque, applicazione nei procedimenti ad istanza di parte per il rilascio di provvedimenti amministrativi, ad eccezione di quegli atti e procedimenti riguardanti il patrimonio culturale e paesaggistico, l'ambiente, la difesa nazionale, la pubblica sicurezza e l'immigrazione, la salute e la pubblica incolumità e dei casi in cui il silenzio riceve una apposita qualificazione dal legislatore (si pensi all'articolo 20, comma 9, del d.p.r. n. 380/2001, T.U. sull'edilizia), nonché dei casi specificamente individuati con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri su proposta del Ministro della funzione pubblica, di concerto con i Ministri competenti e dei casi in cui l'adozione di provvedimenti amministrativi formali sia espressamente richiesta dal diritto comunitario. Più in particolare, con riferimento all'ipotesi da ultimo richiamata, il giudice comunitario, in materia di protezione di acque sotterranee, aveva sottolineato come, ai sensi della direttiva, *"il rifiuto, la concessione o la revoca delle autorizzazioni devono risultare da un provvedimento esplicito e seguire regole procedurali precise, nelle quali venga rispettato un determinato numero di condizioni necessarie dalle quali sorgono diritti e obblighi in capo ai singoli"*. Ne consegue che un'autorizzazione tacita non può considerarsi compatibile con le prescrizioni della direttiva, tanto più che, come la Commissione ha osservato, una siffatta autorizzazione non consente la realizzazione di indagini preliminari né di indagini successive e di controlli (Corte di Giustizia, dec. 28 febbraio 1991, causa 360/87, in *Riv. it. dir. comunitario*, 1992, pp. 241 ss.).

Si è assistito, così, ad una generalizzazione dell'istituto, analogamente a quanto accaduto per la denuncia di inizio di attività, tanto da far configurare il disposto di cui all'articolo 2 non più in termini di un obbligo, bensì di un onere di provvedere posto in capo all'amministrazione procedente, nelle ipotesi in cui intenda respingere l'istanza presentata. Onere che dovrebbe trovare una esclusione logica in quei casi, richiamati in precedenza, in cui la natura della domanda sia

tale da escludere la configurabilità in astratto dell'obbligo di provvedere in capo al privato, in quei casi in cui, cioè, l'istanza del privato sia inaccoglibile per motivi formali o pregiudiziali (carenza di legittimazione in chi abbia presentato l'istanza, incompetenza dell'organo adito, insufficiente determinatezza dell'oggetto, presenza di irregolarità formali).

Come per la denuncia di inizio di attività, la formazione del silenzio assenso non può in alcun modo essere ricondotta a nessuna ipotesi di esaurimento di potere da parte dell'amministrazione procedente che, come confermato dallo stesso terzo comma dell'articolo 20, può procedere al riesame dello stesso, oltre a richiedere l'applicazione delle sanzioni indicate all'articolo 21.

Art. 21.

Disposizioni sanzionatorie.

1. Con la denuncia o con la domanda di cui agli articoli 19 e 20 l'interessato deve dichiarare la sussistenza dei presupposti e dei requisiti di legge richiesti. In caso di dichiarazioni mendaci o di false attestazioni non è ammessa la conformazione dell'attività e dei suoi effetti a legge o la sanatoria prevista dagli articoli medesimi ed il dichiarante è punito con la sanzione prevista dall'articolo 483 del codice penale, salvo che il fatto costituisca più grave reato.

2. Le sanzioni attualmente previste in caso di svolgimento dell'attività in carenza dell'atto di assenso dell'amministrazione o in difformità di esso si applicano anche nei riguardi di coloro i quali diano inizio all'attività ai sensi degli articoli 19 e 20 in mancanza dei requisiti richiesti o, comunque, in contrasto con la normativa vigente.

15.3. La denuncia di inizio di attività

Tra gli strumenti di semplificazione rientra, come si è detto, la denuncia di inizio di attività, analizzata in altra parte del presente lavoro. In questa sede sia consentito soltanto richiamare come il suddetto istituto consente ai privati, nei procedimenti meno complessi, di intraprendere una attività semplicemente presentando una dichiarazione che sostituisce l'atto di assenso e, previo il decorso del termine di 30 gg., abilita il privato a svolgere l'attività prevista: *"...ogni atto di autorizzazione, licenza, concessione non costitutiva, permesso o nulla osta comunque denominato, (...) il cui rilascio dipenda esclusivamente dall'accertamento dei requisiti e presupposti di legge o di atti amministrativi a contenuto generale e non sia previsto alcun limite o contingente complessivo o specifici strumenti di programmazione settoriale per il rilascio degli atti stesi, è sostituito da una dichiarazione dell'interessato, corredata, anche a mezzo di autocertificazioni, di tutte le attestazioni richieste"*. L'attività può essere iniziata dopo il decorso di un termine di trenta giorni dalla presentazione della dichiarazione e l'interessato è tenuto in ogni caso a comunicare all'amministrazione l'avvio dell'attività.

Art. 19.

Dichiarazione di inizio attività.

1. Ogni atto di autorizzazione, licenza, concessione non costitutiva, permesso o nulla osta comunque denominato, comprese le domande per le iscrizioni in albi o ruoli richieste per l'esercizio di attività imprenditoriale, commerciale o artigianale il cui rilascio dipenda esclusivamente dall'accertamento dei requisiti e presupposti di legge o di atti amministrativi a contenuto generale e non sia previsto alcun limite o contingente complessivo o specifici strumenti di programmazione settoriale per il rilascio degli atti stessi, con la sola esclusione degli atti rilasciati dalle amministrazioni preposte alla difesa nazionale, alla pubblica sicurezza, all'immigrazione, all'amministrazione della giustizia, alla amministrazione delle finanze, ivi compresi gli atti concernenti le reti di acquisizione del gettito, anche derivante dal gioco, alla tutela della salute e della pubblica incolumità, del patrimonio culturale e paesaggistico e dell'ambiente, nonché degli atti imposti dalla normativa comunitaria, è sostituito da una dichiarazione dell'interessato corredata, anche per mezzo di autocertificazioni, delle certificazioni e delle attestazioni normativamente richieste. L'amministrazione competente può richiedere informazioni o certificazioni relative a fatti, stati o qualità soltanto qualora non siano attestati in documenti già in possesso dell'amministrazione stessa o non siano direttamente acquisibili presso altre pubbliche amministrazioni.

2. L'attività oggetto della dichiarazione può essere iniziata decorsi trenta giorni dalla data di presentazione della dichiarazione all'amministrazione competente.

Contestualmente all'inizio dell'attività, l'interessato ne dà comunicazione all'amministrazione competente.

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

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

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

È evidente, dunque, che, a differenza dell'ipotesi richiamata in precedenza (silenzio assenso), si è in presenza di procedimenti la cui fase istruttoria in realtà non presenta un elevato grado di complessità consistendo, essenzialmente, in un esame delle autocertificazioni e della documentazione depositata dai privati. In caso di esito positivo dell'esame svolto dall'amministrazione, cioè nel caso di verifica della sussistenza dei presupposti, essa semplicemente non dovrà pronunciare alcun provvedimento. In caso contrario, dovrà pronunciarsi emettendo un provvedimento nel quale vieti l'avvio o il proseguimento dell'attività, essendo consentito all'amministrazione di pronunciarsi una volta decorso il termine di 30 gg. richiamato.

16. La conferenza di servizi

In alternativa alla emanazione del provvedimento, nonché alle ipotesi richiamate del silenzio assenso e della denuncia di inizio di attività, la legge sul procedimento amministrativo individua altre due modalità di conclusione del procedimento, diverse dalla emanazione di un provvedimento espresso: la conferenza di servizi decisoria e gli accordi procedurali.

La conferenza di servizi decisoria viene convocata dall'amministrazione procedente nei casi in cui, ai fini della decisione, sia necessario acquisire le determinazioni delle altre amministrazioni, cioè nel caso in cui si sia in presenza di una decisione pluristrutturata, articolantesi in una pluralità di manifestazioni di volontà in vario modo collegate ed espresse in una pluralità di atti espressione di decisioni di diverse amministrazioni.

Si tratta di un istituto sul quale il legislatore è intervenuto a più riprese nel corso degli anni, al fine di estenderne l'ambito di applicazione da un lato e di agevolarne il funzionamento, anche attraverso l'abbandono della regola dell'unanimità per l'assunzione delle decisioni.

La conferenza di servizi è indetta dal responsabile del procedimento nei casi in cui sia opportuno, come recita l'articolo 14, effettuare un esame contestuale di vari interessi pubblici coinvolti in un procedimento amministrativo (conferenza istruttoria) o, obbligatoriamente, nei casi in cui sia necessario acquisire i consensi di cui al secondo comma dello stesso articolo.

Art. 14.

Conferenza di servizi.

1. Qualora sia opportuno effettuare un esame contestuale di vari interessi pubblici coinvolti in un procedimento amministrativo, l'amministrazione procedente indice di regola una conferenza di servizi.

2. La conferenza di servizi è sempre indetta quando l'amministrazione procedente deve acquisire intese, concerti, nulla osta o assensi comunque denominati di altre amministrazioni pubbliche e non li ottenga, entro trenta giorni dalla ricezione, da parte dell'amministrazione competente, della relativa richiesta. La confe-

renza può essere altresì indetta quando nello stesso termine è intervenuto il dissenso di una o più amministrazioni interpellate.

3. La conferenza di servizi può essere convocata anche per l'esame contestuale di interessi coinvolti in più procedimenti amministrativi connessi, riguardanti medesime attività o risultati. In tal caso, la conferenza è indetta dall'amministrazione o, previa informale intesa, da una delle amministrazioni che curano l'interesse pubblico prevalente. L'indizione della conferenza può essere richiesta da qualsiasi altra amministrazione coinvolta.

4. Quando l'attività del privato sia subordinata ad atti di consenso, comunque denominati, di competenza di più amministrazioni pubbliche, la conferenza di servizi è convocata, anche su richiesta dell'interessato, dall'amministrazione competente per l'adozione del provvedimento finale.

5. In caso di affidamento di concessione di lavori pubblici la conferenza di servizi è convocata dal concedente ovvero, con il consenso di quest'ultimo, dal concessionario entro quindici giorni fatto salvo quanto previsto dalle leggi regionali in materia di valutazione di impatto ambientale (VIA). Quando la conferenza è convocata ad istanza del concessionario spetta in ogni caso al concedente il diritto di voto.

5-bis. Previo accordo tra le amministrazioni coinvolte, la conferenza di servizi è convocata e svolta avvalendosi degli strumenti informatici disponibili, secondo i tempi e le modalità stabiliti dalle medesime amministrazioni.

La conferenza di servizi può essere convocata anche su richiesta del privato che abbia chiesto l'avvio di un procedimento per lo svolgimento di una attività autorizzabile solo previo rilascio di atti di assenso di più amministrazioni o da una qualsiasi delle amministrazioni coinvolte e comunque disposta dall'amministrazione (o, d'intesa, dalle amministrazioni) curatrice dell'interesse pubblico prevalente.

Allo stesso modo è previsto che il privato possa richiedere, a sue spese, la convocazione di una conferenza di servizi preliminare, la cui conclusione deve avvenire entro 30 gg., prima di presentare una istanza o un progetto di particolare complessità o relativo ad un insediamento produttivo di beni e servizi, al fine di verificare anticipatamente le condizioni alle quali le amministrazioni coinvolte potrebbero rilasciare i necessari assensi. Per espressa previsione normativa, la richiesta deve essere motivata e documentata almeno attraverso la presentazione di uno studio di fattibilità.

La conferenza preliminare può essere convocata anche per le procedure di realizzazione di opere pubbliche e di interesse pubblico, per le quali i soggetti parti della conferenza si pronunciano sul progetto preliminare, al fine di indicare le condizioni necessarie per il rilascio dei provvedimenti abilitativi. Il terzo comma dello stesso articolo contempla l'ipotesi in cui per la realizzazione delle opere di cui alla conferenza preliminare, sia richiesta la valutazione di impatto ambientale. In questi casi l'autorità competente ad emanare la Valutazione di Impatto ambientale specifica le condizioni per la elaborazione del progetto e dello studio di impatto ambientale, esaminando le principali alternative e verificando l'esistenza di eventuali elementi di incompatibilità, ivi compresa la localizzazione di cui al progetto, indicando, anche in questo caso, le condizioni per ottenere i necessari atti di consenso a seguito della presentazione del progetto.

Art. 14-bis.

Conferenza di servizi preliminare.

1. La conferenza di servizi può essere convocata per progetti di particolare complessità e di insediamenti produttivi di beni e servizi, su motivata richiesta dell'interessato, documentata, in assenza di un progetto preliminare, da uno studio di fattibilità, prima della presentazione di una istanza o di un progetto definitivo, al fine di verificare quali siano le condizioni per ottenere, alla loro presentazione, i necessari atti di consenso. In tale caso la conferenza si pronuncia entro trenta giorni dalla data della richiesta e i relativi costi sono a carico del richiedente.

2. Nelle procedure di realizzazione di opere pubbliche e di interesse pubblico, la conferenza di servizi si esprime sul progetto preliminare al fine di indicare quali siano le condizioni per ottenere, sul progetto definitivo, le intese, i pareri, le concessioni, le autorizzazioni, le licenze, i nullaosta e gli assensi, comunque denominati, richiesti dalla normativa vigente. In tale sede, le amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, del patrimonio storico-artistico o alla tutela della salute e della pubblica incolumità, si pronunciano, per quanto

riguarda l'interesse da ciascuna tutelato, sulle soluzioni progettuali prescelte. Qualora non emergano, sulla base della documentazione disponibile, elementi comunque preclusivi della realizzazione del progetto, le suddette amministrazioni indicano, entro quarantacinque giorni, le condizioni e gli elementi necessari per ottenere, in sede di presentazione del progetto definitivo, gli atti di consenso.

3. Nel caso in cui sia richiesta la VIA, la conferenza di servizi si esprime entro trenta giorni dalla conclusione della fase preliminare di definizione dei contenuti dello studio d'impatto ambientale, secondo quanto previsto in materia di VIA. Ove tale conclusione non intervenga entro novanta giorni dalla richiesta di cui al comma 1, la conferenza di servizi si esprime comunque entro i successivi trenta giorni. Nell'ambito di tale conferenza, l'autorità competente alla VIA si esprime sulle condizioni per la elaborazione del progetto e dello studio di impatto ambientale. In tale fase, che costituisce parte integrante della procedura di VIA, la suddetta autorità esamina le principali alternative, compresa l'alternativa zero, e, sulla base della documentazione disponibile, verifica l'esistenza di eventuali elementi di incompatibilità, anche con riferimento alla localizzazione prevista dal progetto e, qualora tali elementi non sussistano, indica nell'ambito della conferenza di servizi le condizioni per ottenere, in sede di presentazione del progetto definitivo, i necessari atti di consenso.

3-bis. Il dissenso espresso in sede di conferenza preliminare da una amministrazione preposta alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, del patrimonio storico-artistico, della salute o della pubblica incolumità, con riferimento alle opere interregionali, è sottoposto alla disciplina di cui all'articolo 14-quater, comma 3.

4. Nei casi di cui ai commi 1, 2 e 3, la conferenza di servizi si esprime allo stato degli atti a sua disposizione e le indicazioni fornite in tale sede possono essere motivatamente modificate o integrate solo in presenza di significativi elementi emersi nelle fasi successive del procedimento, anche a seguito delle osservazioni dei privati sul progetto definitivo.

5. Nel caso di cui al comma 2, il responsabile unico del procedimento trasmette alle amministrazioni interessate il progetto definitivo, redatto sulla base delle condizioni indicate dalle stesse amministrazioni in sede di conferenza di servizi sul progetto preliminare, e convoca la conferenza tra il trentesimo e il sessantesimo giorno successivi alla trasmissione. In caso di affidamento mediante appalto concorso o concessione di lavori pubblici, l'amministrazione aggiudicatrice convoca la conferenza di servizi sulla base del solo progetto preliminare, secondo quanto previsto dalla legge 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni.

L'art. 14 ter disciplina le regole procedurali essenziali per lo svolgimento dei lavori della conferenza.

La prima riguarda il termine per la convocazione della prima riunione, che deve essere fissato in 15 gg. dall'indizione della stessa, termine che viene raddoppiato in casi di particolare complessità. La convocazione deve essere indirizzata alle amministrazioni interessate almeno 5 giorni prima della data fissata per la prima riunione che, su richiesta di una di queste, può essere posticipata. In questo caso è previsto che lo spostamento della data non possa essere superiore di dieci giorni.

Art. 14-ter.

Lavori nella conferenza di servizi.

1. La prima riunione della conferenza di servizi è convocata entro quindici giorni ovvero, in caso di particolare complessità dell'istruttoria, entro trenta giorni dalla data di indizione

(...)

2. La convocazione della prima riunione della conferenza di servizi deve pervenire alle amministrazioni interessate, anche per via telematica o informatica, almeno cinque giorni prima della relativa data. Entro i successivi cinque giorni, le amministrazioni convocate possono richiedere, qualora impossibilitate a partecipare, l'effettuazione della riunione in una diversa data; in tale caso, l'amministrazione procedente concorda una nuova data, comunque entro i dieci giorni successivi alla prima.

(...)

Alle riunioni della Conferenza possono prendere parte, senza diritto di voto, i soggetti aggiudicatari di

concessione, ovvero le società di progetto, nelle ipotesi in cui la stessa sia finalizzata all'approvazione di un progetto definitivo relativo ad opere che si intende realizzare attraverso lo strumento della finanza di progetto.

Art. 14-quinquies.

(Conferenza di servizi in materia di finanza di progetto)

1. Nelle ipotesi di conferenza di servizi finalizzata all'approvazione del progetto definitivo in relazione alla quale trovino applicazione le procedure di cui agli articoli 37-bis e seguenti della legge 11 febbraio 1994, n. 109, sono convocati alla conferenza, senza diritto di voto, anche i soggetti aggiudicatari di concessione individuati all'esito della procedura di cui all'articolo 37-quater della legge n. 109 del 1994, ovvero le società di progetto di cui all'articolo 37-quinquies della medesima legge.

Un significativo cambiamento nella disciplina della conferenza si registra a proposito della generalizzazione della regola della maggioranza. Regola che vige tanto per la assunzione delle determinazioni relative all'organizzazione dei lavori della stessa, quanto con riferimento all'assunzione delle decisioni.

Nel corso della prima riunione, le amministrazioni presenti stabiliscono le regole accessorie alle quali dovranno attenersi nello svolgimento dei lavori della conferenza medesima, nonché il termine per l'adozione della decisione conclusiva.

Anche in questo caso il legislatore, in ossequio alla esigenza di garantire certezza (in ordine alla conclusione) e celerità dell'azione amministrativa, ha previsto un termine massimo per la durata dei lavori della conferenza (90 gg.), decorsi i quali l'amministrazione provvede procede comunque alla adozione di una determinazione motivata di conclusione del procedimento, ai sensi del comma 6 bis. Termine entro il quale possono essere richiesti, per una sola volta ai proponenti dell'istanza o ai progettisti, chiarimenti o ulteriore documentazione che, una volta acquisita, entro i successivi trenta giorni, comporta l'analisi del provvedimento (comma 8).

Quanto al requisito della partecipazione, è espressamente previsto che le amministrazioni regolarmente convocate partecipino alla conferenza attraverso un rappresentante all'uopo legittimato il quale esprime in conferenza il parere dell'amministrazione che risulta così vincolata dai contenuti espressi in quella sede. Il parere dell'amministrazione si considera espresso anche in quei casi in cui il rappresentante dell'amministrazione non lo abbia espresso in maniera definitiva (comma 7).

Art. 14-ter.

Lavori nella conferenza di servizi.

(...)

1.bis La conferenza di servizi assume le determinazioni relative all'organizzazione dei propri lavori a maggioranza dei presenti.

(...)

3. Nella prima riunione della conferenza di servizi, o comunque in quella immediatamente successiva alla trasmissione dell'istanza o del progetto definitivo ai sensi dell'articolo 14 bis, le amministrazioni che vi partecipano determinano il termine per l'adozione della decisione conclusiva. I lavori della conferenza non possono superare i novanta giorni, salvo quanto previsto dal comma 4. Decorsi inutilmente tali termini, l'amministrazione procedente provvede ai sensi dei commi 6-bis e 9 del presente articolo.

4. Nei casi in cui sia richiesta la VIA, la conferenza di servizi si esprime dopo aver acquisito la valutazione medesima ed il termine di cui al comma 3 resta sospeso, per un massimo di novanta giorni, fino all'acquisizione della pronuncia sulla compatibilità ambientale. Se la VIA non interviene nel termine previsto per l'adozione del relativo provvedimento, l'amministrazione competente si esprime in sede di conferenza di servizi, la quale si conclude nei trenta giorni successivi al termine predetto. Tuttavia, a richiesta della maggioranza dei soggetti partecipanti alla conferenza di servizi, il termine di trenta giorni di cui al precedente periodo è prorogato di altri trenta giorni nel caso che si appalesi la necessità di approfondimenti istruttori.

5. Nei procedimenti relativamente ai quali sia già intervenuta la decisione concernente la VIA le disposizioni di cui al comma 3 dell'articolo 14 quater, nonché quelle di cui agli articoli 16, comma 3, e 17, comma 2, si applicano alle sole amministrazioni preposte alla tutela della salute del patrimonio storico-artistico e

della pubblica incolumità.

6. Ogni amministrazione convocata partecipa alla conferenza di servizi attraverso un unico rappresentante legittimato, dall'organo competente, ad esprimere in modo vincolante la volontà dell'amministrazione su tutte le decisioni di competenza della stessa.

6-bis. All'esito dei lavori della conferenza, e in ogni caso scaduto il termine di cui al comma 3, l'amministrazione procedente adotta la determinazione motivata di conclusione del procedimento, valutate le specifiche risultanze della conferenza e tenendo conto delle posizioni prevalenti espresse in quella sede.

7. Si considera acquisito l'assenso dell'amministrazione il cui rappresentante non abbia espresso definitivamente la volontà dell'amministrazione rappresentata.

8. In sede di conferenza di servizi possono essere richiesti, per una sola volta, ai proponenti dell'istanza o ai progettisti chiarimenti o ulteriore documentazione. Se questi ultimi non sono forniti in detta sede, entro i successivi trenta giorni, si procede all'esame del provvedimento.

(...)

Il comma 9 dello stesso articolo attribuisce un valore equiparabile al provvedimento, alla determinazione conclusiva della conferenza.

Art. 14-ter.

Lavori nella conferenza di servizi.

(...)

9. Il provvedimento finale conforme alla determinazione conclusiva di cui al comma 6-bis sostituisce, a tutti gli effetti, ogni autorizzazione, concessione, nulla osta o atto di assenso comunque denominato di competenza delle amministrazioni partecipanti, o comunque invitate a partecipare ma risultate assenti, alla predetta conferenza.

10. Il provvedimento finale concernente opere sottoposte a VIA è pubblicato, a cura del proponente, unitamente all'estratto della predetta VIA, nella Gazzetta Ufficiale o nel Bollettino regionale in caso di VIA regionale e in un quotidiano a diffusione nazionale. Dalla data della pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale decorrono i termini per eventuali impugnazioni in sede giurisdizionale da parte dei soggetti interessati.

Peculiare attenzione viene dedicata alle ipotesi in cui una delle amministrazioni partecipanti alla conferenza esprima il proprio dissenso che, per essere validamente espresso, a pena di inammissibilità, deve essere manifestato in sede di conferenza e deve essere congruamente motivato.

La previsione della regola della maggioranza rappresenta il primo passo significativo verso il superamento del dissenso che, però, assume un rilievo differente nelle ipotesi in cui sia espresso da un'amministrazione preposta alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, del patrimonio storico-artistico o alla tutela della salute e della pubblica incolumità. In questi casi, infatti, è previsto un meccanismo peculiare, che ne consente il superamento soltanto ove venga coinvolto un livello di governo superiore che assume su di sé la responsabilità politico-amministrativa della scelta. Nelle ipotesi in cui il dissenso sia espresso da amministrazioni statali l'organo al quale viene rimessa la decisione è il Consiglio dei Ministri, altrimenti alla Conferenza Stato-Regioni, in caso di dissenso tra un'amministrazione statale ed una regionale, o tra più amministrazioni regionali, oppure alla Conferenza unificata, nel caso di dissenso tra un'amministrazione statale o regionale e un ente locale o tra più enti locali. I suddetti organi, verificata la completezza della documentazione istruttoria trasmessagli dall'amministrazione che ha disposto la Conferenza, debbono decidere nel termine di 30 gg. Termine che può essere prorogato per un periodo non superiore a 60 gg. nell'ipotesi in cui si tratti di una questione ritenuta particolarmente complessa (art. 14 *quater*, comma 3).

Il legislatore, seguendo lo schema piramidale che caratterizza il sistema delle pubbliche amministrazioni, ha previsto che, in caso di inerzia della Conferenza Stato-Regioni o della Conferenza unificata, il Ministro per gli affari regionali possa, nelle ipotesi in cui la Conferenza di servizi verta su materie che ai sensi dell'articolo 117 Cost. rientrano nella competenza statale, sollecitare l'intervento sostitutivo del Consiglio dei Ministri, altrimenti della Giunta regionale competente o delle competenti Giunte provinciali. In caso di inerzia degli ultimi due organi menzionati, la questione può essere trasmessa al Consiglio dei Ministri il quale, però, deve deliberare con la parte-

cipazione dei Presidenti delle Regioni interessate (comma 3 *ter*). La regola summenzionata non si applica nelle ipotesi in cui le amministrazioni regionali abbiano ratificato, *“con propria legge, intese per la composizione del dissenso ai sensi dell’articolo 117, ottavo comma, della Costituzione, anche attraverso l’individuazione di organi comuni competenti in via generale ad assumere la determinazione sostitutiva in caso di dissenso”*. Il problema del dissenso espresso dagli Enti territoriali e locali viene così risolto in maniera conforme alle previsioni contenute nella riforma del Titolo V. Problema che, del resto, era stato già oggetto del vaglio del giudice costituzionale il quale, nel dichiarare illegittimo l’art. 25, secondo comma, lett. g, del d.lgs. 112/98, relativo agli effetti della conferenza di servizi prevista all’interno del c.d. sportello unico per le attività produttive, censurava la previsione secondo cui la conferenza di servizi potesse accordarsi per variare lo strumento urbanistico di un Comune nonostante il dissenso della Regione, espropriando così la stessa della sua competenza in materia urbanistica (Corte Cost., 26.6.2001, n. 206).

Art. 14-quater.

Effetti del dissenso espresso nella conferenza di servizi.

1. Il dissenso di uno o più rappresentanti delle amministrazioni, regolarmente convocate alla conferenza di servizi, a pena di inammissibilità, deve essere manifestato nella conferenza di servizi, deve essere congruamente motivato, non può riferirsi a questioni connesse che non costituiscono oggetto della conferenza medesima e deve recare le specifiche indicazioni delle modifiche progettuali necessarie ai fini dell’assenso.

2. ABROGATO.

3. Se il motivato dissenso è espresso da un’amministrazione preposta alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, del patrimonio storico-artistico o alla tutela della salute e della pubblica incolumità, la decisione è rimessa dall’amministrazione procedente, entro dieci giorni: a) al Consiglio dei ministri, in caso di dissenso tra amministrazioni statali; b) alla Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, di seguito denominata “Conferenza Stato-regioni”, in caso di dissenso tra un’amministrazione statale e una regionale o tra più amministrazioni regionali; c) alla Conferenza unificata, di cui all’articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, in caso di dissenso tra un’amministrazione statale o regionale e un ente locale o tra più enti locali. Verificata la completezza della documentazione inviata ai fini istruttori, la decisione è assunta entro trenta giorni, salvo che il Presidente del Consiglio dei ministri, della Conferenza Stato-regioni o della Conferenza unificata, valutata la complessità dell’istruttoria, decida di prorogare tale termine per un ulteriore periodo non superiore a sessanta giorni.

3-bis. Se il motivato dissenso è espresso da una regione o da una provincia autonoma in una delle materie di propria competenza, la determinazione sostitutiva è rimessa dall’amministrazione procedente, entro dieci giorni: a) alla Conferenza Stato-regioni, se il dissenso verte tra un’amministrazione statale e una regionale o tra amministrazioni regionali; b) alla Conferenza unificata, in caso di dissenso tra una regione o provincia autonoma e un ente locale. Verificata la completezza della documentazione inviata ai fini istruttori, la decisione è assunta entro trenta giorni, salvo che il Presidente della Conferenza Stato-regioni o della Conferenza unificata, valutata la complessità dell’istruttoria, decida di prorogare tale termine per un ulteriore periodo non superiore a sessanta giorni.

3-ter. Se entro i termini di cui ai commi 3 e 3-bis la Conferenza Stato-regioni o la Conferenza unificata non provvede, la decisione, su iniziativa del Ministro per gli affari regionali, è rimessa al Consiglio dei Ministri, che assume la determinazione sostitutiva nei successivi trenta giorni, ovvero, quando verta in materia non attribuita alla competenza statale ai sensi dell’articolo 117, secondo comma, e dell’articolo 118 della Costituzione, alla competente Giunta regionale ovvero alle competenti Giunte delle province autonome di Trento e di Bolzano, che assumono la determinazione sostitutiva nei successivi trenta giorni; qualora la Giunta regionale non provveda entro il termine predetto, la decisione è rimessa al Consiglio dei Ministri, che delibera con la partecipazione dei Presidenti delle regioni interessate.

3-quater. In caso di dissenso tra amministrazioni regionali, i commi 3 e 3-bis non si applicano nelle ipotesi in cui le regioni interessate abbiano ratificato, con propria legge, intese per la composizione del dissenso ai sensi dell’articolo 117, otta-

vo comma, della Costituzione, anche attraverso l'individuazione di organi comuni competenti in via generale ad assumere la determinazione sostitutiva in caso di dissenso.

3-quinquies. Restano ferme le attribuzioni e le prerogative riconosciute alle regioni a statuto speciale e alle province autonome di Trento e di Bolzano dagli statuti speciali di autonomia e dalle relative norme di attuazione.

4. ABROGATO.

5. Nell'ipotesi in cui l'opera sia sottoposta a VIA e in caso di provvedimento negativo trova applicazione l'articolo 5, comma 2, lettera c-bis), della legge 23 agosto 1988, n. 400, introdotta dall'articolo 12, comma 2, del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 303.

17. Accordi procedurali ed accordi sostitutivi di provvedimento

Sin dalla sua prima emanazione, la legge sul procedimento amministrativo contiene una valorizzazione di strumenti tesi a garantire forme di amministrazione consensuale. Il principale strumento è rappresentato dagli accordi che possono avere, come nel caso della conferenza di servizi, una duplice natura. La prima forma è rappresentata dagli accordi integrativi, cioè quegli accordi stipulati tra amministrazione e soggetti interessati, aventi ad oggetto la determinazione del contenuto discrezionale del provvedimento amministrativo. In questo caso, dunque, l'accordo non ha alcun valore sostitutivo del provvedimento finale, conclusivo del procedimento, ed i suoi contenuti dovranno essere riversati in un provvedimento emanato a cura della stessa amministrazione procedente.

La seconda tipologia di accordi è rappresentata dagli accordi sostitutivi del provvedimento il cui utilizzo è stato generalizzato con la legge n. 15/2005, nella quale si è assistito alla eliminazione del richiamo alle specifiche previsioni normative in materia.

Si tratta di decisioni in forma negoziata, che l'amministrazione può concludere con i privati, senza pregiudizio dei terzi ed in ogni caso nel perseguimento del pubblico interesse, i cui contenuti non possono essere determinati in assenza di una adeguata istruttoria da parte della stessa amministrazione che deve risultare in sede di motivazione della scelta di addivenire alla stipula di un accordo in luogo del provvedimento. Una via alternativa tesa a favorire, in primo luogo, la celerità dell'azione dell'amministrazione, limitando anche la conflittualità con i privati, che trova ampia applicazione nel settore urbanistico (convenzioni di lottizzazione, piani di recupero, ecc.), nel quale lo strumento consensuale consente la pianificazione dello sviluppo del territorio nella quale la pubblica amministrazione sovrintende alla fase gestoria/realizzativa degli obiettivi fissati dai piani urbanistici, mentre i privati realizzano una serie di prestazioni accessorie altrimenti realizzabili dalla sola amministrazione.

Gli accordi, in quanto strumenti negoziali, sono disciplinati dalle norme civilistiche in materia di contratti e obbligazioni, con alcuni aggiustamenti che incidono tanto sul procedimento conclusivo dello stesso, quanto sulla loro stessa esistenza e sullo scopo che con essi può essere perseguito, sussistendo un vero e proprio vincolo rappresentato dal perseguimento dell'interesse pubblico. Essi, ove in luogo del provvedimento, sono sottoposti agli stessi controlli dei provvedimenti che devono sostituire.

La loro stipula che deve, a pena di nullità, avvenire per atto scritto, salvo espresse deroghe normative, infatti, deve essere preceduta da una determinazione dell'organo titolare del potere di provvedere al quale è riconosciuto un potere unilaterale di revoca per sopravvenuti motivi di interesse pubblico con indennizzo del privato, un potere di revoca che viene travestito da recesso contrattuale.

Art. 11.

Accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento.

1. In accoglimento di osservazioni e proposte presentate a norma dell'articolo 10, l'amministrazione procedente può concludere, senza pregiudizio dei diritti dei terzi, e in ogni caso nel perseguimento del pubblico interesse, accordi con gli interessati al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero in sostituzione di questo.

1-bis. Al fine di favorire la conclusione degli accordi di cui al comma 1, il responsabile del procedimento può predisporre un calendario di incontri cui

invita, separatamente o contestualmente, il destinatario del provvedimento ed eventuali controinteressati.

2. Gli accordi di cui al presente articolo debbono essere stipulati, a pena di nullità, per atto scritto, salvo che la legge disponga altrimenti. Ad essi si applicano, ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili.

3. Gli accordi sostitutivi di provvedimenti sono soggetti ai medesimi controlli previsti per questi ultimi.

4. Per sopravvenuti motivi di pubblico interesse l'amministrazione recede unilateralmente dall'accordo, salvo l'obbligo di provvedere alla liquidazione di un indennizzo in relazione agli eventuali pregiudizi verificatisi in danno del privato.

4-bis. A garanzia dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa, in tutti i casi in cui una pubblica amministrazione conclude accordi nelle ipotesi previste al comma 1, la stipulazione dell'accordo è preceduta da una determinazione dell'organo che sarebbe competente per l'adozione del provvedimento.

5. Le controversie in materia di formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi di cui al presente articolo sono riservate alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Art. 15.

Accordi fra pubbliche amministrazioni.

1. Anche al di fuori delle ipotesi previste dall'articolo 14, le amministrazioni pubbliche possono sempre concludere tra loro accordi per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune.

2. Per detti accordi si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni previste dall'articolo 11, commi 2, 3 e 5.

L'ipotesi più nota del *genus* degli accordi organizzativi è quella degli accordi di programma, richiamati in altra parte del presente volume, disciplinati dall'articolo 34 del d. lgs. n. 267/2000 (T.U. Enti locali) nel quale sono confluite le disposizioni già contenute nell'articolo 27 della legge 142/90. Essi possono essere stipulati, come si è visto, per la definizione e attuazione di opere, interventi o programmi di intervento che richiedono l'azione integrata e coordinata di due o più comuni province o regioni, amministrazioni statali ed altri soggetti pubblici. Momento centrale dell'accordo è rappresentato dalla conferenza di servizi che viene indetta dall'amministrazione titolare della competenza primaria o prevalente relativa all'intervento da realizzare, prevalenza valutata in relazione all'importanza delle attribuzioni riguardo al complessivo procedimento da portare a conclusione.

In questo caso, però, l'efficacia dell'accordo è condizionata al recepimento dello stesso in un atto formale dell'amministrazione che lo ha promosso, non essendo necessaria una delibera contestuale delle altre amministrazioni riunite in conferenza che comunque sono vincolate dai suoi contenuti. La ratifica dell'Accordo da parte del Consiglio comunale, ove si riferisca all'approvazione di progetti di opere pubbliche regolarmente programmate e finanziate, produce un duplice ordine di effetti: da una parte, la variazione degli strumenti urbanistici vigenti, dall'altra, essa equivale alla dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità ed urgenza delle opere, primo passo del procedimento espropriativo.

18. Cenni sulla disciplina dell'accesso

A conclusione di questa rapida disamina dei principali tratti della disciplina del procedimento amministrativo, occorre soffermare l'attenzione sulla disciplina in materia di accesso, cioè del diritto degli interessati di prendere visione e di estrarre copia di documenti amministrativi (art. 22, comma 1, lett. a) contenuta al Capo V della legge n. 241/90.

Si tratta di un diritto soggettivo, esprimente un principio generale dell'attività amministrativa, teso a favorire la partecipazione e ad assicurare l'imparzialità e la trasparenza dell'azione, riconosciuto in capo a tutti i soggetti interessati nel procedimento amministrativo, cioè a tutti i soggetti privati, compresi quelli portatori di interessi pubblici diffusi, che abbiano un interesse diretto, concreto ed attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento per il quale viene richiesto l'accesso (art. 22, comma 1, lett. b). Data la sua

natura e le sue finalità, lo stesso legislatore ha ascrivito il diritto di accesso al novero delle prestazioni attinenti ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale, rientranti, ai sensi dell'art. 117 Cost., nella competenza esclusiva dello Stato. In linea con quanto si diceva in precedenza con riferimento alla più generale disciplina del procedimento, nell'ipotesi dell'accesso è espressamente previsto che *"resta ferma la potestà delle Regioni e degli Enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, di garantire ulteriori livelli di tutela"* (art. 22, comma 3).

La disciplina contenuta nella legge generale sul procedimento amministrativo contempla delle disposizioni relative all'ambito soggettivo ed oggettivo di applicazione dell'accesso.

Esso può essere esercitato nei confronti delle pubbliche amministrazioni che, secondo la definizione offerta al primo comma dell'art. 22 (lett. e), comprendono tutti i soggetti di diritto pubblico ed i soggetti di diritto privato limitatamente alla loro attività di pubblico interesse, ivi compresi, dunque, le aziende autonome, le aziende speciali, gli enti pubblici ed i gestori di pubblici servizi.

Art. 23.

Ambito di applicazione del diritto di accesso.

1. Il diritto di accesso di cui all'articolo 22 si esercita nei confronti delle pubbliche amministrazioni, delle aziende autonome e speciali, degli enti pubblici e dei gestori di pubblici servizi. Il diritto di accesso nei confronti delle Autorità di garanzia e di vigilanza si esercita nell'ambito dei rispettivi ordinamenti, secondo quanto previsto dall'articolo 24.

Le ipotesi di esclusione del diritto di accesso, che può in generale riguardare soltanto le informazioni in possesso delle pubbliche amministrazioni che abbiano la forma di un provvedimento amministrativo, sono espressamente contemplate nei primi due commi dell'art. 24, che consente alle pubbliche amministrazioni di individuare categorie di provvedimenti da sottrarre al diritto di accesso.

Art. 24.

(Esclusione dal diritto di accesso)

1. Il diritto di accesso è escluso:
 - a. per i documenti coperti da segreto di Stato ai sensi della legge 24 ottobre 1977, n. 801, e successive modificazioni, e nei casi di segreto o di divieto di divulgazione espressamente previsti dalla legge, dal regolamento governativo di cui al comma 6 e dalle pubbliche amministrazioni ai sensi del comma 2 del presente articolo;
 - b. nei procedimenti tributari, per i quali restano ferme le particolari norme che li regolano;
 - c. nei confronti dell'attività della pubblica amministrazione diretta all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, per i quali restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione;
 - d. nei procedimenti selettivi, nei confronti dei documenti amministrativi contenenti informazioni di carattere psico-attitudinale relativi a terzi.
2. Le singole pubbliche amministrazioni individuano le categorie di documenti da esse formati o comunque rientranti nella loro disponibilità sottratti all'accesso ai sensi del comma 1.

(...)

Nel medesimo articolo è poi conferita la potestà al Governo di prevedere, in presenza di specifiche condizioni precisate dallo stesso legislatore, casi di sottrazione dall'accesso di documenti amministrativi.

Art. 24.

(Esclusione dal diritto di accesso)

(...)

6. Con regolamento, adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, il Governo può prevedere casi di sottrazione all'accesso di documenti amministrativi:
 - a. quando, al di fuori delle ipotesi disciplinate dall'articolo 12 della legge 24 ottobre 1977, n. 801, dalla loro divulgazione possa derivare una lesione, specifica e individuata, alla sicurezza e alla difesa nazionale, all'esercizio

della sovranità nazionale e alla continuità e alla correttezza delle relazioni internazionali, con particolare riferimento alle ipotesi previste dai trattati e dalle relative leggi di attuazione;

- b. quando l'accesso possa arrecare pregiudizio ai processi di formazione, di determinazione e di attuazione della politica monetaria e valutaria;
- c. quando i documenti riguardino le strutture, i mezzi, le dotazioni, il personale e le azioni strettamente strumentali alla tutela dell'ordine pubblico, alla prevenzione e alla repressione della criminalità con particolare riferimento alle tecniche investigative, alla identità delle fonti di informazione e alla sicurezza dei beni e delle persone coinvolte, all'attività di polizia giudiziaria e di conduzione delle indagini;
- d. quando i documenti riguardino la vita privata o la riservatezza di persone fisiche, persone giuridiche, gruppi, imprese e associazioni, con particolare riferimento agli interessi epistolare, sanitario, professionale, finanziario, industriale e commerciale di cui siano in concreto titolari, ancorché i relativi dati siano forniti all'amministrazione dagli stessi soggetti cui si riferiscono;
- f. quando i documenti riguardino l'attività in corso di contrattazione collettiva nazionale di lavoro e gli atti interni connessi all'espletamento del relativo mandato.

(...)

Va sottolineato, però, che, date le finalità generali cui esso risponde, è previsto che il diritto di accesso non possa essere negato in quei casi in cui risulti funzionale alla tutela degli interessi giuridici dei privati. Più precisamente, è espressamente previsto che l'accesso *"deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare e per difendere i propri interessi giuridici"* (art. 24, comma 7).

Quanto alle modalità dell'esercizio del diritto di accesso, disciplinate all'art. 25, esso può essere esercitato dai privati, a seguito di presentazione all'amministrazione che ha formato il documento o che lo detiene stabilmente, di richiesta motivata.

Richiesta alla quale l'amministrazione deve dare seguito nel termine di 30 gg. dalla sua presentazione, a meno che l'amministrazione non abbia fatto ricorso al potere di differimento. In caso di accoglimento della richiesta presentata, i privati potranno esaminare ed estrarre copia dei documenti amministrativi, nei modi e con i limiti indicati nella stessa legge.

L'inutile decorso del termine summenzionato, nonché il diniego dell'accesso al di fuori delle ipotesi menzionate ex lege, legittimano il privato alla presentazione di un ricorso dinanzi al Tribunale amministrativo regionale competente, nel termine di 30 gg., il quale deve decidere nella prima Camera di consiglio utile entro i 30 gg. successivi alla scadenza del termine per il deposito del ricorso.

Art. 25.

Modalità di esercizio del diritto di accesso e ricorsi.

(..)

5. Contro le determinazioni amministrative concernenti il diritto di accesso e nei casi previsti dal comma 4 è dato ricorso, nel termine di trenta giorni, al tribunale amministrativo regionale, il quale decide in camera di consiglio entro trenta giorni dalla scadenza del termine per il deposito del ricorso, uditi i difensori delle parti che ne abbiano fatto richiesta. In pendenza di un ricorso presentato ai sensi della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, e successive modificazioni, il ricorso può essere proposto con istanza presentata al presidente e depositata presso la segreteria della sezione cui è assegnato il ricorso, previa notifica all'amministrazione o ai controinteressati, e viene deciso con ordinanza istruttoria adottata in camera di consiglio. La decisione del tribunale è appellabile, entro trenta giorni dalla notifica della stessa, al Consiglio di Stato, il quale decide con le medesime modalità e negli stessi termini.

5-bis. Nei giudizi in materia di accesso, le parti possono stare in giudizio personalmente senza l'assistenza del difensore. L'amministrazione può essere rappresentata e difesa da un proprio dipendente, purché in possesso della qualifica di dirigente, autorizzato dal rappresentante legale dell'ente.

6. Il giudice amministrativo, sussistendone i presupposti, ordina l'esibizione dei

documenti richiesti.

In alternativa al ricorso al T.A.R., nello stesso termine, i privati possono chiedere, nei confronti degli atti delle amministrazioni regionali, provinciali e comunali, il riesame della determinazione negativa da parte del difensore civico, ove istituito. In sua assenza, per espressa previsione normativa, la competenza è attribuita al difensore civico competente per l'ambito territoriale immediatamente superiore.

Con riferimento agli atti delle amministrazioni centrali e periferiche dello Stato, la richiesta dovrà essere inoltrata alla Commissione per l'accesso, disciplinata al successivo articolo 27.

Tanto il Difensore civico, quanto la Commissione per l'accesso debbono pronunciarsi entro 30 gg. dalla presentazione dell'istanza, altrimenti il ricorso si intende respinto (silenzio rigetto). In caso di accoglimento dell'istanza vengono informati tanto il privato quanto l'autorità nei cui confronti l'istanza è stata presentata.

Art. 25.

Modalità di esercizio del diritto di accesso e ricorsi.

(...)

4. Decorso inutilmente trenta giorni dalla richiesta, questa si intende respinta. In caso di diniego dell'accesso, espresso o tacito, o di differimento dello stesso ai sensi dell'articolo 24, comma 4, il richiedente può presentare ricorso al tribunale amministrativo regionale ai sensi del comma 5, ovvero chiedere, nello stesso termine e nei confronti degli atti delle amministrazioni comunali, provinciali e regionali, al difensore civico competente per ambito territoriale, ove costituito, che sia riesaminata la suddetta determinazione. Qualora tale organo non sia stato istituito, la competenza è attribuita al difensore civico competente per l'ambito territoriale immediatamente superiore. Nei confronti degli atti delle amministrazioni centrali e periferiche dello Stato tale richiesta è inoltrata presso la Commissione per l'accesso di cui all'articolo 27. Il difensore civico o la Commissione per l'accesso si pronunciano entro trenta giorni dalla presentazione dell'istanza. Scaduto infruttuosamente tale termine, il ricorso si intende respinto. Se il difensore civico o la Commissione per l'accesso ritengono illegittimo il diniego o il differimento, ne informano il richiedente e lo comunicano all'autorità disponente. Se questa non emana il provvedimento confermativo motivato entro trenta giorni dal ricevimento della comunicazione del difensore civico o della Commissione, l'accesso è consentito. Qualora il richiedente l'accesso si sia rivolto al difensore civico o alla Commissione, il termine di cui al comma 5 decorre dalla data di ricevimento, da parte del richiedente, dell'esito della sua istanza al difensore civico o alla Commissione stessa. Se l'accesso è negato o differito per motivi inerenti ai dati personali che si riferiscono a soggetti terzi, la Commissione provvede, sentito il Garante per la protezione dei dati personali, il quale si pronuncia entro il termine di dieci giorni dalla richiesta, decorso inutilmente il quale il parere si intende reso. Qualora un procedimento di cui alla sezione III del capo I del titolo I della parte III del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, o di cui agli articoli 154, 157, 158, 159 e 160 del medesimo decreto legislativo n. 196 del 2003, relativo al trattamento pubblico di dati personali da parte di una pubblica amministrazione, interessi l'accesso ai documenti amministrativi, il Garante per la protezione dei dati personali chiede il parere, obbligatorio e non vincolante, della Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi. La richiesta di parere sospende il termine per la pronuncia del Garante sino all'acquisizione del parere, e comunque per non oltre quindici giorni. Decorso inutilmente detto termine, il Garante adotta la propria decisione.

(...)

Capitolo XI

Quadro d'insieme della disciplina dei lavori pubblici

Sommario:

1. Introduzione. 2. Le fasi del procedimento ad evidenza pubblica. 3. La progettazione dei lavori pubblici. 4. La realizzazione dei lavori pubblici. 4.1. Le forme indirette. La concessione. 4.2. (Segue). Il *project financing*. 4.2.1. L'ambito oggettivo di applicazione della finanza di progetto. 4.2.2. Il rilievo economico dell'intervento. 4.2.3. Cenni sui profili soggettivi della finanza di progetto. 4.2.4. Pluralità delle fonti di finanziamento. 4.2.5. Cenni sui profili procedurali. 4.2.5.1. La conferenza di servizi. 4.3. Le altre forme di partenariato pubblico privato. 4.3.1. Il *leasing* immobiliare. 4.3.2. Il contratto di sponsorizzazione. 5. La fase di scelta del contraente privato: procedure ristrette, aperte e negoziate. 6. (Segue). Il dialogo competitivo e gli accordi quadro. 7. Stipula ed esecuzione del contratto.

1. Introduzione

I lavori pubblici costituiscono un'attività di carattere tecnico svolta da o per conto di un soggetto pubblico, per una finalità pubblica.

La committenza pubblica da un lato, ed il perseguimento di un interesse pubblico dall'altro, sono gli elementi che connotano un'opera pubblica e che condizionano, da un punto di vista procedurale, la scelta degli strumenti attraverso cui perseguire l'obiettivo avuto di mira, nonché, a monte, la determinazione della volontà dell'amministrazione.

Quanto ai profili richiamati che vanno dall'individuazione dei fini da raggiungere, alla determinazione dello strumento contrattuale ritenuto più opportuno e dei suoi contenuti principali, per concludersi con la scelta del contraente, essi rientrano nella c.d. fase ad evidenza pubblica. Un procedimento governato da principi e regole propri dell'attività amministrativa espressamente richiamati nello stesso Codice dei contratti al quale si riferiscono le norme richiamate nel testo, tesi a garantire il rispetto dei principi generali dell'attività amministrativa quali il principio di legalità, di buon andamento, di imparzialità e trasparenza dell'operato dell'amministrazione.

Art. 2.

Principi

(art. 2, dir. 2004/18; art. 10, dir. 2004/17; art. 1, legge n. 241/1990; art. 1, co. 1, legge n. 109/1994; Corte di giustizia, 7 dicembre 2000, C-324/1998; Corte di giustizia CE, 3 dicembre 2001, C. 59/2000)

1. L'affidamento e l'esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture, ai sensi del presente codice, deve garantire la qualità delle prestazioni e svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza; l'affidamento deve altresì rispettare i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché quello di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice.

2. Il principio di economicità può essere subordinato, entro i limiti in cui sia espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti dal bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute e dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile.

3. Per quanto non espressamente previsto nel presente codice, le procedure di affidamento e le altre attività amministrative in materia di contratti pubblici si espletano nel rispetto delle disposizioni sul procedimento amministrativo di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni e integrazioni.

4. Per quanto non espressamente previsto nel presente codice, l'attività contrattuale dei soggetti di cui all'articolo 1 si svolge nel rispetto, altresì, delle disposizioni stabilite dal codice civile.

Pertanto, nonostante per la realizzazione dell'opera la committenza pubblica faccia solitamente ricorso ad uno strumento di diritto privato (es. appalto), le fasi che precedono la materiale sottoscrizione del contratto sono disciplinate da norme di natura pubblicistica tese a garantire la scelta del contraente privato, o meglio del "giusto" contraente.

La disciplina dei lavori pubblici è stata oggetto di una radicale riforma a seguito del processo di armonizzazione avviato nelle sedi comunitarie.

Il testo fondamentale è ad oggi rappresentato dal richiamato Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture emanato con il d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (d'ora in avanti Codice dei contratti), il cui antecedente è rappresentato dalla legge quadro sui lavori pubblici, nota come Legge Merloni.

Completano il quadro delle fonti il Regolamento di attuazione, emanato con il d.p.r. 22 dicembre 1999, n. 554, contenente il regolamento di attuazione della legge quadro che sarà sostituito dal Regolamento che sarà emanato in attuazione del Codice dei contratti, nonché i capitolati, generali e speciali, introdotti già con il Regolamento di contabilità generale dello Stato del 1924 che rappresenta la prima disciplina della materia.

Art. 5.

Regolamento e capitolati

(art. 3, legge n. 109/1994; art. 6, co. 9, legge n. 537/1993)

(...)

5. Il regolamento, oltre alle materie per le quali è di volta in volta richiamato, detta le disposizioni di attuazione ed esecuzione del presente codice, quanto a:

- a. programmazione dei lavori pubblici;
- b. rapporti funzionali tra i soggetti che concorrono alla realizzazione dei lavori, dei servizi e delle forniture, e relative competenze;
- c. competenze del responsabile del procedimento e sanzioni previste a suo carico;
- d. progettazione dei lavori, servizi e forniture, con le annesse normative tecniche;
- e. forme di pubblicità e di conoscibilità degli atti procedurali, nonché procedure di accesso a tali atti;
- f. modalità di istituzione e gestione del sito informatico presso l'Osservatorio;
- g. requisiti soggettivi compresa la regolarità contributiva attestata dal documento unico, di cui all'articolo 2, comma 2, del decreto-legge 25 settembre 2002, n. 210, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 novembre 2002, n. 266, certificazioni di qualità, nonché qualificazione degli operatori economici, secondo i criteri stabiliti dal presente codice, anche prevedendo misure incentivanti stabilite dalla legislazione vigente volte ad attenuare i costi della qualificazione per le piccole e medie imprese;
- h. procedure di affidamento dei contratti, ivi compresi gli incarichi di progettazione, i concorsi di progettazione e di idee, gli affidamenti in economia, i requisiti e le modalità di funzionamento delle commissioni giudicatrici;
- i. direzione dei lavori, servizi e forniture e attività di supporto tecnico-amministrativo;
- l. procedure di esame delle proposte di variante;
- m. ammontare delle penali, secondo l'importo dei contratti e cause che le determinano, nonché modalità applicative;
- n. quota subappaltabile dei lavori appartenenti alla categoria prevalente ai sensi dell'articolo 118;
- o. norme riguardanti le attività necessarie per l'avvio dell'esecuzione dei contratti, e le sospensioni disposte dal direttore dell'esecuzione o dal responsabile del procedimento;
- p. modalità di corresponsione ai soggetti che eseguono il contratto di acconti in relazione allo stato di avanzamento della esecuzione;
- q. tenuta dei documenti contabili;
- r. intervento sostitutivo della stazione appaltante in caso di inadempienza retributiva e contributiva dell'appaltatore;

(lettera così modificata dall'art. 2, comma 1, lettera b), e dall'art. 3, comma 1, lettera a), d.lgs. n. 113 del 2007)

- s. collaudo e attività di supporto tecnico-amministrativo, ivi comprese le ipotesi di collaudo semplificato sulla base di apposite certificazioni di qualità,

le ipotesi di collaudo in corso d'opera, i termini per il collaudo, le condizioni di incompatibilità dei collaudatori, i criteri di rotazione negli incarichi, i relativi compensi, i requisiti professionali secondo le caratteristiche dei lavori;

s-bis. tutela dei diritti dei lavoratori, secondo quanto già previsto ai sensi del regolamento recante capitolato generale di appalto dei lavori pubblici, approvato con decreto del Ministro dei lavori pubblici 19 aprile 2000, n. 145.

(lettera aggiunta dall'art. 3, comma 1, lettera b), d.lgs. n. 113 del 2007)

6. Per assicurare la compatibilità con gli ordinamenti esteri delle procedure di affidamento ed esecuzione dei lavori, servizi e forniture, eseguiti sul territorio dei rispettivi Stati esteri, nell'ambito di attuazione della legge 26 febbraio 1987, n. 49, sulla cooperazione allo sviluppo, il regolamento, sentito il Ministero degli affari esteri, tiene conto della specialità delle condizioni per la realizzazione di lavori, servizi e forniture, e delle procedure applicate in materia dalle organizzazioni internazionali e dalla Unione europea.

Il 2 aprile 2000 è stato emanato il D.M. 145 recante il nuovo capitolato generale dei lavori pubblici che, con i capitolati speciali, rappresentano la fonte della disciplina specifica e tecnica da applicare alla singola tipologia contrattuale ed all'opera.

I capitolati generali contengono le condizioni applicabili ad un determinato genere di appalto e contratto.

I capitolati speciali prevedono le clausole relative a condizioni e prescrizioni di carattere tecnico che si riferiscono in particolare all'oggetto del contratto (prescrizioni tecniche e descrizione delle lavorazioni).

2. Le fasi del procedimento ad evidenza pubblica

Seguendo il percorso richiamato il procedimento ad evidenza pubblica può essere scisso in 4 fasi in sequenza tra loro.

Nella prima l'amministrazione precisa le ragioni per la quali intende addivenire alla stipula di un determinato contratto, del quale viene specificato il contenuto, l'onere complessivo nonché le procedure di scelta del contraente.

Si tratta di una fase comunemente denominata di *"deliberazione a contrattare"*, preceduta dalla *programmazione dei lavori*, nella quale vengono individuati i bisogni dell'amministrazione e le risorse disponibili per la loro soddisfazione.

La programmazione dei lavori rappresenta un *prius* logico delle scelte concrete dell'amministrazione ed è stata introdotta dall'art. 14 della l. 109/94, ora art. 28 del Codice dei contratti, al fine di razionalizzare le scelte della pubblica amministrazione. Essa si pone, infatti, come fase obbligatoria e preliminare rispetto alla realizzazione delle opere pubbliche ed i suoi contenuti consistono essenzialmente nella predisposizione di una vera e propria strategia di interventi da parte della pubblica amministrazione rapportata alla disponibilità delle risorse dell'ente stesso.

Nella programmazione si individuano tre distinti livelli: la programmazione preliminare; la programmazione triennale; l'elenco delle opere.

La programmazione preliminare è volta alla identificazione e quantificazione dei bisogni delle amministrazioni attraverso la redazione di veri e propri studi di fattibilità la cui realizzazione presuppone l'esistenza di una ricognizione delle reali disponibilità finanziarie dell'ente. Nello studio di fattibilità debbono essere individuati i bisogni dell'amministrazione e della collettività e deve essere effettuato un piano per la loro soddisfazione nel quale siano indicate le priorità degli interventi.

La programmazione triennale raccoglie gli esiti degli studi di fattibilità. Il programma triennale, pubblicato a cura della stessa amministrazione, ha valore di proposta. La sua pubblicazione, infatti, consente alla collettività destinataria degli interventi di operare una sorta di controllo sullo schema di piano, grazie al quale al privato è poi riconosciuta la possibilità di presentare delle proposte di intervento relative a progetti già inseriti nella programmazione. La individuazione della priorità degli interventi vincola l'amministrazione nelle sue scelte future.

L'elenco annuale delle opere contiene l'indicazione lavori da eseguire in ogni anno del programma triennale. Il legislatore del codice ha previsto poi che per i lavori di importo superiore a 1.000.000 di euro l'inserimento nel programma triennale sia condizionato alla predisposizione del progetto preliminare, non essendo sufficiente il semplice inserimento all'interno dello studio di fattibilità.

Ritornando al procedimento di scelta dell'amministrazione, una volta determinato il tipo di contratto nonché i suoi contenuti, si apre una seconda fase - "di scelta del contraente" - che avviene attraverso lo svolgimento di una serie di procedure dirette ad assicurare la scelta del miglior contraente dell'amministrazione, sulla base di criteri oggettivi quali costi e la natura dell'opera da realizzare. Si tratta di procedure che rispondono ad un duplice ordine di obiettivi. Esse si pongono da un lato a garanzia dell'amministrazione, affinché possa giungere alla scelta del miglior contraente, assicurando così una piena soddisfazione degli interessi pubblici attraverso la realizzazione di un'opera che risulti garantire il miglior rapporto qualità prezzo; dall'altro tendono ad assicurare la concorrenza tra imprenditori.

La fase di scelta del contraente è seguita dalla aggiudicazione, dalle fasi di controllo della corrispondenza tra i contenuti del contratto ed i capitoli d'oneri e, successivamente, dalla materiale stipula del contratto che segna il momento di chiusura della evidenza pubblica, cioè di quella fase del procedimento volto alla stipula di un contratto governata essenzialmente da norme pubblicistiche.

La stipula del contratto segna, dunque, la chiusura del procedimento ad evidenza pubblica essendo la sua esecuzione interamente governata da regole privatistiche.

3. La progettazione dei lavori pubblici

Nel quadro dei lavori pubblici assume un rilievo centrale la fase di progettazione degli interventi configurata dal legislatore del Codice dei contratti come una fase indefettibile del processo di realizzazione dei lavori pubblici.

L'art. 93 del Codice dei contratti contiene una tripartizione della fase di progettazione: la progettazione preliminare, volta a definire le caratteristiche qualitative e funzionali dell'opera che si intende realizzare, le esigenze alla cui soddisfazione essa è rivolta nonché le specifiche prestazioni che si intendono a tal fine fornire. Il progetto preliminare, di regola posto a base della gara per l'affidamento dei lavori, consta essenzialmente di due elaborati: la relazione illustrativa e gli schemi grafici per la individuazione delle caratteristiche dell'opera. Si tratta di atti complessi cui si aggiungono la relazione illustrativa; la relazione tecnica; lo studio di prefattibilità ambientale; le indagini geologiche, idrogeologiche e archeologiche preliminari; la planimetria generale gli schemi grafici; le prime indicazioni e disposizioni per la stesura dei piani di sicurezza; ed una prima quantificazione della spesa.

Art. 93.

Livelli di progettazione per gli appalti e per le concessioni di lavori
(art. 16, legge n. 109/1994)

(...)

3. Il progetto preliminare definisce le caratteristiche qualitative e funzionali dei lavori, il quadro delle esigenze da soddisfare e delle specifiche prestazioni da fornire e consiste in una relazione illustrativa delle ragioni della scelta della soluzione prospettata in base alla valutazione delle eventuali soluzioni possibili, anche con riferimento ai profili ambientali e all'utilizzo dei materiali provenienti dalle attività di riuso e riciclaggio, della sua fattibilità amministrativa e tecnica, accertata attraverso le indispensabili indagini di prima approssimazione, dei costi, da determinare in relazione ai benefici previsti, nonché in schemi grafici per l'individuazione delle caratteristiche dimensionali, volumetriche, tipologiche, funzionali e tecnologiche dei lavori da realizzare; il progetto preliminare dovrà inoltre consentire l'avvio della procedura espropriativa.

Il secondo livello è rappresentato dalla progettazione definitiva nella quale vengono indicati in maniera compiuta i lavori che si intendono realizzare attraverso la predisposizione di una relazione nella quale vengono indicati i criteri utilizzati per le scelte progettuali, le caratteristiche dei materiali prescelti e l'inserimento delle opere nel territorio e, eventualmente, nello studio

di impatto ambientale. Essa si compone anche di disegni generali relativi alle principali caratteristiche delle opere, i volumi e gli altri elementi espressamente individuati dal legislatore, nonché del piano particellare di esproprio, consistente nella individuazione delle aree da espropriare, con indicazione della relativa posizione catastale, nonché dei relativi proprietari e l'indennità di espropriazione da calcolarsi ormai alla luce dei criteri indicati dalla giurisprudenza, e cioè in base al valore di mercato del bene. Il progetto definitivo deve essere sottoposto all'approvazione dell'amministrazione che corrisponderà alla dichiarazione di pubblica utilità.

Art. 93.

Livelli di progettazione per gli appalti e per le concessioni di lavori
(art. 16, legge n. 109/1994)

(...)

4. Il progetto definitivo individua compiutamente i lavori da realizzare, nel rispetto delle esigenze, dei criteri, dei vincoli, degli indirizzi e delle indicazioni stabiliti nel progetto preliminare e contiene tutti gli elementi necessari ai fini del rilascio delle prescritte autorizzazioni e approvazioni. Esso consiste in una relazione descrittiva dei criteri utilizzati per le scelte progettuali, nonché delle caratteristiche dei materiali prescelti e dell'inserimento delle opere sul territorio; nello studio di impatto ambientale ove previsto; in disegni generali nelle opportune scale descrittivi delle principali caratteristiche delle opere, e delle soluzioni architettoniche, delle superfici e dei volumi da realizzare, compresi quelli per l'individuazione del tipo di fondazione; negli studi e indagini preliminari occorrenti con riguardo alla natura e alle caratteristiche dell'opera; nei calcoli preliminari delle strutture e degli impianti; in un disciplinare descrittivo degli elementi prestazionali, tecnici ed economici previsti in progetto nonché in un computo metrico estimativo. Gli studi e le indagini occorrenti, quali quelli di tipo geognostico, idrologico, sismico, agronomico, biologico, chimico, i rilievi e i sondaggi, sono condotti fino ad un livello tale da consentire i calcoli preliminari delle strutture e degli impianti e lo sviluppo del computo metrico estimativo.

Il terzo livello della progettazione è rappresentato dalla cosiddetta progettazione esecutiva nella quale vengono definiti in modo dettagliato i lavori da realizzare ed i relativi costi, realizzando, così, una vera e propria ingegnerizzazione delle lavorazioni.

Art. 93.

Livelli di progettazione per gli appalti e per le concessioni di lavori
(art. 16, legge n. 109/1994)

(...)

5. Il progetto esecutivo, redatto in conformità al progetto definitivo, determina in ogni dettaglio i lavori da realizzare e il relativo costo previsto e deve essere sviluppato ad un livello di definizione tale da consentire che ogni elemento sia identificabile in forma, tipologia, qualità, dimensione e prezzo. In particolare il progetto è costituito dall'insieme delle relazioni, dei calcoli esecutivi delle strutture e degli impianti e degli elaborati grafici nelle scale adeguate, compresi gli eventuali particolari costruttivi, dal capitolato speciale di appalto, prestazionale o descrittivo, dal computo metrico estimativo e dall'elenco dei prezzi unitari. Esso è redatto sulla base degli studi e delle indagini compiuti nelle fasi precedenti e degli eventuali ulteriori studi e indagini, di dettaglio o di verifica delle ipotesi progettuali, che risultino necessari e sulla base di rilievi planoaltimetrici, di misurazioni e picchettazioni, di rilievi della rete dei servizi del sottosuolo. Il progetto esecutivo deve essere altresì corredato da apposito piano di manutenzione dell'opera e delle sue parti da redigersi nei termini, con le modalità, i contenuti, i tempi e la gradualità stabiliti dal regolamento di cui all'articolo 5

La progettazione dei lavori di regola viene effettuata all'interno delle amministrazioni, da parte degli uffici interni delle stesse e degli enti aggiudicatari. È tuttavia contemplata la possibilità di una progettazione effettuata attraverso uffici di altre amministrazioni, ovvero, previo espletamento di una procedura ad evidenza pubblica, di professionisti esterni che abbiano i requisiti prescritti per i progettisti, ovvero che si avvalgano di progettisti qualificati, da indicare nell'offerta, o siano parte di un raggruppamento nel quale siano inclusi soggetti qualificati per la progettazione (liberi professionisti, singoli o associati, o a società di professionisti e società di ingegneria).

Il progetto dell'opera, una volta effettuati i necessari controlli, deve essere sottoposto ad approvazione da parte dell'amministrazione che così lo rende proprio. All'approvazione conseguono anche effetti sotto un profilo urbanistico rispetto al quale occorre precisare che regola generale vuole che le opere pubbliche siano localizzate in conformità con le prescrizioni contenute negli strumenti urbanistici vigenti o, quantomeno, che siano adottati i necessari provvedimenti in variante degli stessi.

4. La realizzazione dei lavori pubblici

Con riferimento alla fase di realizzazione dei lavori, occorre distinguere tra le ipotesi in cui l'amministrazione vi provveda direttamente, da quelle, cosiddette indirette, in cui questa fase è affidata a soggetti terzi, che di fatto si sostituiscono all'amministrazione.

Nel primo caso, cioè nelle forme dirette, il legislatore ha individuato due ipotesi: la realizzazione in economia e l'appalto. Per ciò che concerne la prima, essa si caratterizza per il fatto che l'amministrazione provvede alla realizzazione delle opere o direttamente (in economia). Nel secondo caso, invece, l'amministrazione provvede al reperimento sul mercato di un soggetto terzo, chiamato a realizzare i lavori secondo le regole di un regime concorrenziale disciplinato nel codice degli appalti.

I lavori in economia sono disciplinati dall'art. 125 del Codice dei contratti, nel quale è stabilito un primo limite relativo al valore ed alla natura dei lavori:

Art. 125.

Lavori, servizi e forniture in economia

(art. 24, legge n. 109/1994; art. 88, e artt. 142 ss., d.P.R. n. 554/1999; d.P.R. n. 384/2001)

(...)

5. I lavori in economia sono ammessi per importi non superiori a 200.000. I lavori assunti in amministrazione diretta non possono comportare una spesa complessiva superiore a 50.000 euro.

6. I lavori eseguibili in economia sono individuati da ciascuna stazione appaltante, con riguardo alle proprie specifiche competenze e nell'ambito delle seguenti categorie generali:

- a. manutenzione o riparazione di opere od impianti quando l'esigenza è rapportata ad eventi imprevedibili e non sia possibile realizzarle con le forme e le procedure previste agli articoli 55, 121, 122;
- b. manutenzione di opere o di impianti di importo non superiore a 100.000 euro;
- c. interventi non programmabili in materia di sicurezza;
- d. lavori che non possono essere differiti, dopo l'infruttuoso esperimento delle procedure di gara;
- h. lavori necessari per la compilazione di progetti;
- h. completamento di opere o impianti a seguito della risoluzione del contratto o in danno dell'appaltatore inadempiente, quando vi è necessità e urgenza di completare i lavori.

Il legislatore ha, inoltre, disciplinato le modalità attraverso cui i lavori in economia possono essere realizzati dalle amministrazioni. La prima forma è rappresentata dall'amministrazione diretta, nella quale le acquisizioni sono effettuate con materiali o mezzi propri o appositamente acquistati o noleggiati, e con personale proprio o appositamente assunto, dalle stazioni appaltanti; il secondo è rappresentato dal cottimo fiduciario, realizzato attraverso una procedura negoziata in cui le acquisizioni avvengono mediante affidamento a terzi secondo una procedura in cui il funzionario incaricato prende direttamente accordi per la realizzazione (totale o parziale) dei lavori.

Per ciò che concerne l'appalto lo stesso legislatore lo ha definito come un contratto attraverso il quale il soggetto si obbliga alla prestazione di un'opera a fronte del pagamento di un corrispettivo da parte dell'amministrazione committente.

Art. 3.

Definizioni

(art. 1, dir. 2004/18; artt. 1, 2.1., dir. 2004/17; artt. 2, 19, legge n. 109/1994; artt. 1, 2, 9, d.lgs. n. 358/1992; artt. 2, 3, 6, d.lgs. n. 157/1995; artt. 2, 7, 12, d.lgs. n. 158/1995; art. 19, co. 4, d.lgs. n. 402/1998; art. 24, legge n. 62/2004)

(...)

comma 7

Gli «appalti pubblici di lavori» sono appalti pubblici aventi per oggetto l'esecuzione o, congiuntamente, la progettazione esecutiva e l'esecuzione, ovvero, previa acquisizione in sede di offerta del progetto definitivo, la progettazione esecutiva e l'esecuzione, relativamente a lavori o opere rientranti nell'allegato I, oppure, limitatamente alle ipotesi di cui alla parte II, titolo III, capo IV, l'esecuzione, con qualsiasi mezzo, di un'opera rispondente alle esigenze specificate dalla stazione appaltante o dall'ente aggiudicatore, sulla base del progetto preliminare o definitivo posto a base di gara.

(comma così modificato dall'art. 2, comma 1, lettera a), d.lgs. n. 113 del 2007)

La scelta del ricorso all'appalto, seguendo la scansione procedimentale individuata nelle pagine precedenti, presuppone la emanazione da parte dell'amministrazione, ai sensi del secondo comma dell'art. 53, di un decreto o di una determina a contrarre, cioè degli atti nei quali l'amministrazione specifica la propria volontà a contrarre, individuando anche l'oggetto del contratto. Più in particolare è previsto che debba essere specificato se il contratto ha ad oggetto

a. la sola esecuzione;

b. la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori sulla base del progetto definitivo dell'amministrazione aggiudicatrice;

c. previa acquisizione del progetto definitivo in sede di offerta, la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori sulla base del progetto preliminare dell'amministrazione aggiudicatrice. Lo svolgimento della gara è effettuato sulla base di un progetto preliminare, nonché di un capitolato prestazionale corredato dall'indicazione delle prescrizioni, delle condizioni e dei requisiti tecnici inderogabili. L'offerta ha ad oggetto il progetto definitivo e il prezzo. Per le stazioni appaltanti diverse dalle pubbliche amministrazioni l'oggetto del contratto è stabilito nel bando di gara. L'offerta relativa al prezzo indica distintamente il corrispettivo richiesto per la progettazione definitiva, per la progettazione esecutiva e per l'esecuzione dei lavori. Ai fini della valutazione del progetto, il regolamento disciplina i fattori ponderali da assegnare ai «pesi» o «punteggi» in modo da valorizzare la qualità, il pregio tecnico, le caratteristiche estetiche e funzionali e le caratteristiche ambientali" (art. 53, comma 2, d.lgs. 163/2006).

È altresì previsto che sia stabilito, sulla base delle esigenze dell'amministrazione aggiudicatrice, se il contratto sarà stipulato a corpo o a misura, o parte a corpo o a misura (art. 53, comma 4, d.lgs. 163/2006).

4.1. Le forme indirette. La concessione

Per ciò che concerne le forme indirette, cioè quelle forme in cui la realizzazione è attribuita alla competenza di soggetti terzi, pubblici o privati, i sistemi individuati nel Codice dei contratti sono essenzialmente due. la concessione ed il *project financing*.

La concessione di lavori pubblici è definita dallo stesso legislatore del Codice come quel contratto a titolo oneroso, concluso in forma scritta, avente ad oggetto, *"l'esecuzione, ovvero la progettazione esecutiva e l'esecuzione, ovvero la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori pubblici o di pubblica utilità e di lavori ad essi strutturalmente e direttamente collegati, nonché la loro gestione funzionale ed economica"* (art. 3, comma 11, d.lgs. 163/2006). Si tratta di un contratto che, a differenza dell'appalto di lavori, presenta un corrispettivo consistente nel *diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo*. La scelta del contraente, anche in questo caso, viene effettuata attraverso una procedura concorsuale, governata secondo il criterio della scelta dell'offerta che economicamente risulti più vantaggiosa, tanto sotto il profilo della validità tecnica, quanto sotto quello più strettamente connesso alla convenienza economica. Già solo questo richiamo palesa come

necessariamente l'affidamento della concessione non possa non avvenire sulla base di un progetto almeno preliminare, dovendo l'amministrazione comunque assicurare la definizione delle esigenze, degli obiettivi che si intendono perseguire attraverso la realizzazione e gestione dell'opera pubblica.

4.2. (Segue). Il *project financing*

Accanto alla concessione, assume un ruolo centrale, nel novero delle forme indirette di realizzazione dei lavori pubblici lo strumento del *project financing* introdotto, non senza problemi interpretativi ed applicativi, nel nostro sistema con la legge 11 febbraio 1994, n. 109, più precisamente dalla legge 11 novembre 1998, n. 415 il cui art. 11 ha aggiunto gli articoli 37 bis e ss. alla Legge quadro sui lavori pubblici ed ora disciplinato all'art. 153 del Codice dei contratti. Uno strumento che si inserisce nel quadro più generale degli strumenti di partenariato pubblico privato sui quali si tornerà brevemente nel prosieguo del presente capitolo.

Il quadro regolativo del *project financing* risulta assai complesso dovendo essere integrato anche da alcune decisioni dei giudici amministrativi, nonché dagli atti regolativi dell'Autorità di Vigilanza sui Lavori Pubblici.

Si pensi ad esempio alla Determinazione 6 marzo 2004, Finanza di progetto: quesiti posti in materia di gara per la scelta dei partecipanti alla procedura negoziata di votazione della composizione del promotore e di possibilità di impiego della procedura del promotore per il «ciclo integrale delle acque»; la Determinazione 4 ottobre 2001, n. 20 nella quale si precisano i contenuti di cui all'atto di regolazione n. 14 del 15 luglio 2001, contenente precisazioni funzionali ad eliminare le remore alla piena operatività del sistema della finanza di progetto; Determinazione 26 ottobre 2000, n. 51, offerte nella licitazione privata conseguente a proposta del promotore nel *project financing*; Determinazione 18 luglio 2000, n. 34, *Project financing* - piano economico e finanziario.

In particolare, sul piano normativo, rilevano oltre alla disciplina contenuta nella Legge quadro, dal d. lgs. 12 aprile 2000, n. 163, "Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture" in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, l'art. 7 della legge 17 maggio 1999 n. 144 con il quale è stata istituita, nell'ambito del CIPE, l'Unità tecnica per la finanza di progetto avente il compito precipuo di promuovere, all'interno delle pubbliche amministrazioni, l'utilizzo di forme di partenariato pubblico-privato per il finanziamento di infrastrutture; l'art. 21 della legge 24 novembre 2000, n. 340 con la quale è stato ampliato l'ambito di utilizzo del *project financing* alle "nuove infrastrutture viarie di interesse nazionale per le quali sono utilizzabili sistemi di pedaggiamento"; la legge 21 dicembre 2001, n. 443 (c.d. Legge obiettivo) con la quale è stata conferita al Governo la delega per l'emanazione di uno o più decreti legislativi concernenti la "disciplina della tecnica della finanza di progetto per finanziare e realizzare, con il concorso del capitale privato", infrastrutture pubbliche e insediamenti strategici e di preminente interesse nazionale; la legge 1 agosto 2002 n. 166 (Merloni quater) con la quale sono state introdotte modifiche rilevanti alla disciplina del *project financing*; il d. lgs. 21 dicembre 2002, n. 190, integrato dal d. lgs. 10 gennaio 2005, n. 9, che contempla l'utilizzo degli art. 37 bis e ss. della Legge quadro per la concessione di costruzione e gestione di infrastrutture, snellendole per certi versi la procedura; la legge 18 aprile 2005, n. 62 (legge comunitaria 2004) la cui genesi è da ricondurre alla procedura di infrazione n. 2001/2182 ai sensi dell'art. 226 del Trattato, con la quale la Commissione ha censurato, tra l'altro, l'art. 37 bis della Legge quadro nel testo modificato dalla legge n. 166 del 2002 relativo al diritto di prelazione in favore del promotore; il Decreto del ministro delle infrastrutture e dei trasporti del 25 ottobre 2005, abrogato dal decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 richiamato in precedenza.

Il *project financing* consiste in una complessa tecnica di finanziamento, alternativa alle tradizionali forme di finanziamento di impresa, per la realizzazione di un progetto di pubblico interesse. Progetto che si caratterizza essenzialmente per la sua attitudine ad autofinanziarsi grazie ai flussi di cassa derivanti dalla sua gestione: "un'operazione di finanziamento di una particolare unità economica, nella quale un finanziatore è soddisfatto di considerare, sin dallo stadio iniziale, il flusso di cassa e gli utili dell'unità economica in oggetto come la sorgente di fondi

che consentirà il rimborso del prestito e le attività dell'unità economica come garanzia collaterale del prestito" (Così K.P. NEVITT, *Project Financing*, trad. it. della 4° ed., a cura di P. De Sury, Roma, 1987, p. 13.).

Si tratta, dunque, di una "tecnica finanziaria, che da una parte consente la realizzazione di opere pubbliche senza oneri finanziari per la pubblica amministrazione, e, dall'altra, si sostanzia in un'operazione di finanziamento di una particolare attività economica idonea ad assicurare una fonte di utili in grado di consentire il rimborso del prestito e la gestione proficua dell'attività stessa; in altri termini, l'attività economica deve avere la capacità di autofinanziarsi" (Consiglio di Stato, sez. V, 20 ottobre 2004, n. 6847, in *Urb. e appalti*, n. 4, 2005, p. 435, con nota di M. BALDI, *I requisiti del concessionario e le modalità di selezione del promotore*).

Ed è appunto quest'ultimo aspetto che, nella prospettiva dell'imprenditore, è all'origine dell'interesse a farsi promotore dell'iniziativa. Egli, infatti, ha l'opportunità di effettuare degli investimenti infrastrutturali ed impiantistici di rilevante entità, solitamente basati su un elevato grado di partecipazione finanziaria, il cui recupero, in termini finanziari, avviene mediante la generazione di flussi di cassa derivanti dalla gestione dell'opera realizzata o di una parte di servizi collaterali, per un dato periodo di tempo, al termine del quale l'opera passa nella disponibilità dell'ente appaltante.

Già la semplice definizione dello strumento del *project financing* palesa la natura composita dello stesso che impedisce in concreto di rapportarlo ad una specifica categoria contrattuale, sia essa tipica o atipica. La sua struttura è costituita da una molteplicità di contratti (V. DRAETTA, *Il project financing nella prassi internazionale*, in *Il project financing: caratteristiche e modelli contrattuali*, a cura di V. DRAETTA, Milano, 2000, pp. 201 ss.) che possono variare in ragione di una pluralità di fattori, che vanno dal finanziamento alla concessione di costruzione e gestione, alla previsione del cosiddetto *security package*, cioè un pacchetto nel quale sono previste formule contrattuali volte a garantire l'esatta attuazione del progetto, assicurando anche il rimborso del debito, il cui *trait-d'union* è rappresentato dalla unitarietà di scopo e dalla unitarietà procedimentale.

"Il project financing si pone come una complessa operazione amministrativa unificata sul piano finalistico dall'unicità del risultato economico gestionale perseguito. Ma al suo interno conservano autonomia giuridica i distinti (ancorché connessi) procedimenti attraverso i quali si sviluppa la complessiva operazione economico-amministrativa. E i provvedimenti conclusivi di tali procedimenti connessi soggiacciono alle ordinarie regole sulla tutela giurisdizionale, in particolare alla regola dell'impugnabilità decorso il termine perentorio di legge dalla pubblicazione ovvero dalla comunicazione individuale, se dovuta, o dalla piena conoscenza dell'atto", Tar Campania, Napoli, sez. I, 17 giugno 2004, n. 9571.

4.2.1. L'ambito oggettivo di applicazione della finanza di progetto

Se pure nel corso degli anni si è assistito ad un graduale e sempre crescente utilizzo del *project financing*, il suo ambito oggettivo di operatività è stato circoscritto alla concessione di costruzione e gestione grazie ad una interpretazione letterale del dato normativo fondata sul coordinamento della disposizione dell'art. 37 bis della Legge Merloni, che espressamente richiamava la "realizzazione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità", con il 2° comma dell'art. 19 che, a proposito della concessione di costruzione e gestione individuava, come oggetto "la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori pubblici, o di pubblica utilità, e di lavori ad essi strutturalmente e direttamente collegati, nonché la loro gestione funzionale ed economica".

Sul punto assai significativa è la decisione assunta dal Tar Molise, 30 agosto 2000, n. 724 nella quale, muovendo dal dato letterale degli art. 37 bis e 19 della Legge quadro, il giudice amministrativo ha sostenuto che "non possa essere ricompreso all'interno della fattispecie normativa, che prevede la esecuzione dei lavori ed «unicamente» la gestione dei medesimi, eventualmente accompagnata da un corrispettivo determinato, mentre la gestione dell'intera preesistente rete comunale, affidata alla controinteressata, è una «controprestazione» che non presenta alcun visibile collegamento con la realizzazione dei lavori. E non è tanto l'affidamento di una (peraltro impossibile) gestione «parziale» della rete

(vale a dire limitata alle sole opere eseguite dall'impresa) ad essere configurata come corrispettivo dei lavori, unica ipotesi che potrebbe integrare la fattispecie normativa, quanto piuttosto è la gestione «totale» a costituire «oggetto della convenzione» (art. 1), che l'impresa compensa con l'esecuzione dei lavori (artt. 4 e 5) nonché con un canone annuo (art. 15). L'obbligo, posto a carico del concessionario, di procedere alla revisione generale dell'impianto e di effettuare tutti gli interventi per mantenerlo perfettamente idoneo allo scopo (art. 4) è evidentemente funzionale alla gestione della rete, il che conferma che l'intenzione delle parti era diretta all'affidamento del servizio piuttosto che all'esecuzione di lavori di potenziamento. Non è quindi la gestione ad essere configurata come corrispettivo dei lavori, quanto piuttosto è vero il contrario: sono i lavori che l'impresa deve eseguire a costituire corrispettivo (parziale) dell'affidamento del servizio. È manifesto il rovesciamento della logica legislativa: questa prevede che i lavori siano compensati unicamente con la gestione ed eventualmente anche con un prezzo, mentre qui è la gestione ad essere compensata con l'esecuzione di lavori e con un prezzo (canone annuo). Impostazione confermata dal giudice campano (Tar Campania, Napoli, sez. I, 18 febbraio 2004, n. 3046) che ha riconosciuto l'incongruenza della procedura e del regime giuridico (finanza di progetto) prescelti dal comune rispetto all'intento di aggiudicare un appalto misto di servizi. Nella fattispecie in esame risulta del tutto assente il profilo, pure essenziale nella concessione di costruzione e gestione di opere pubbliche (a tale rapporto conduce, infatti, il cd. *project financing*), dello sfruttamento economico del bene da parte del concessionario, risolvendosi, il suo utile, nel solo introito di un canone periodico a carico dell'amministrazione concedente. Il combinato disposto degli articoli 37-bis e 19, commi 2 e 2-ter, della legge 109 del 1994 dimostra che non può ammettersi una tale configurazione del rapporto concessorio attuato mediante finanza di progetto. Né a diverse conclusioni può condurre il recente inserimento del comma 2-ter nell'articolo 19 della legge "Merloni" ad opera della legge 166 del 2002 ("2-ter. Le amministrazioni aggiudicatrici possono affidare in concessione opere destinate alla utilizzazione diretta della pubblica amministrazione, in quanto funzionali alla gestione di servizi pubblici, a condizione che resti al concessionario l'alea economico-finanziaria della gestione dell'opera"). Nel caso di specie non vi è invero alcuna traccia dell'assunzione dell'alea economico-finanziaria da parte del concessionario. Come osservato da condivisibile giurisprudenza (Tar Molise, 30 agosto 2002, n. 724), che ha trattato di una fattispecie analoga (affidamento in *project financing* del servizio di gestione e manutenzione della rete di distribuzione del gas), l'intenzione delle parti, prefigurata negli atti preparatori e definita nel contratto stipulato, appare diretta all'affidamento del servizio piuttosto che all'esecuzione di lavori di ampliamento della rete di illuminazione pubblica. In tal modo viene operato una sorta di rovesciamento della logica della finanza di progetto, nel senso che non è la gestione a fungere da corrispettivo dei lavori, ma sono i lavori che l'impresa deve eseguire a costituire corrispettivo (parziale) dell'affidamento del servizio, nel mentre la legge "prevede che i lavori siano compensati unicamente con la gestione ed eventualmente anche con un prezzo, mentre qui è la gestione ad essere compensata con l'esecuzione di lavori e con un prezzo (canone annuo)" (Tar Molise, cit.).

L'impostazione sopra richiamata non può non essere riletta alla luce della disciplina contenuta nel Codice dei contratti il cui art. 152, al terzo comma, prevede l'applicazione delle disposizioni contenute nel capo III - Promotore finanziario, società di progetto -, anche ai servizi, con le modalità fissate dal regolamento, dove il richiamo ai servizi non può certamente riguardare la concessione di servizi contemplata all'art. 30 del Codice.

"La differenza tra concessione di costruzione e gestione ed esercizio e concessione di servizi va individuata avendo di mira la direzione del nesso di strumentalità che lega gestione del servizio ed esecuzione dei lavori, nel senso che laddove la gestione dell'opera sia strumentale alla sua costruzione, in quanto consente il reperimento dei mezzi finanziari alla realizzazione, è configurabile l'ipotesi della «concessione di costruzione ed esercizio», mentre nel caso inverso, quando cioè l'espletamento di lavori pubblici sia strumentale, sotto i profili della manutenzione e dell'implementazione, alla gestione di un servizio pubblico il cui funzionamento è già assicurato da un'opera esistente, è configurabile l'ipotesi della concessione di servizi". Concessione quest'ultima che per la prima volta è

stata definita dal legislatore nell'art. 3, comma 12, del d. lgs 163 del 2006 come "un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, a eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo". L'art. 30, comma 2, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE specifica poi che "Nella concessione di servizi la controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente il servizio. Il soggetto concedente stabilisce in sede di gara anche un prezzo, qualora al concessionario venga imposto di praticare nei confronti degli utenti prezzi inferiori a quelli corrispondenti alla somma del costo del servizio e dell'ordinario utile di impresa, ovvero qualora sia necessario assicurare al concessionario il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione in relazione alla qualità del servizio da prestare". Tale strumento, che soggiace ai principi comunitari relativi ai contratti pubblici, trova ampia applicazione nelle ipotesi di gestione di servizi pubblici relativi a infrastrutture già esistenti nelle quali la componente costruzione risulta secondaria rispetto alla gestione ed è circoscritta al miglioramento, anche in termini organizzativi, di opere esistenti (Consiglio di Stato, sez. V, 11 settembre 2000, n. 4795).

Nel caso della concessione di servizi la controprestazione del concessionario è rappresentata dalla gestione del servizio, mentre l'eventuale realizzazione di lavori complementari o accessori e/o il pagamento di un canone da parte del concessionario assume un valore di corrispettivo rispetto all'affidamento del servizio, con un evidente rovesciamento di prospettiva. Nel primo caso il compenso dei lavori effettuati è rappresentato dalla gestione eventualmente accompagnata da un prezzo; nel secondo (concessione di servizi) la gestione del servizio è compensata dalla esecuzione di lavori in aggiunta o in alternativa al pagamento di un canone.

Art. 30.

Concessione di servizi

(artt. 3 e 17, dir. 2004/18; art. 3, co. 8 legge n. 415/1998).

1. Salvo quanto disposto nel presente articolo, le disposizioni del codice non si applicano alle concessioni di servizi.
2. Nella concessione di servizi la controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente il servizio. Il soggetto concedente stabilisce in sede di gara anche un prezzo, qualora al concessionario venga imposto di praticare nei confronti degli utenti prezzi inferiori a quelli corrispondenti alla somma del costo del servizio e dell'ordinario utile di impresa, ovvero qualora sia necessario assicurare al concessionario il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione in relazione alla qualità del servizio da prestare.
3. La scelta del concessionario deve avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, previa gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi.
4. Sono fatte salve discipline specifiche che prevedono forme più ampie di tutela della concorrenza.
5. Restano ferme, purché conformi ai principi dell'ordinamento comunitario le discipline specifiche che prevedono, in luogo delle concessioni di servizi a terzi, l'affidamento di servizi a soggetti che sono a loro volta amministrazioni aggiudicatrici.
6. Se un'amministrazione aggiudicatrice concede ad un soggetto che non è un'amministrazione aggiudicatrice diritti speciali o esclusivi di esercitare un'attività di servizio pubblico, l'atto di concessione prevede che, per gli appalti di forniture conclusi con terzi nell'ambito di tale attività, detto soggetto rispetti il principio di non discriminazione in base alla nazionalità.
7. Si applicano le disposizioni della parte IV. Si applica, inoltre, in quanto compatibile l'articolo 143, comma 7.

Un'applicazione della disciplina del promotore alle concessioni di servizi che senza dubbio va vista con favore nella prospettiva di una ulteriore diffusione dello strumento del *project financing*, ma che non potrà non incontrare dei limiti in ragione della natura e dei caratteri delle stesse concessioni da un lato e della stessa ratio della finanza di progetto, diretta a garantire, come detto, che l'attività esercitata dal concessionario sia effettivamente in grado di assicurare la produzione di utili in misura sufficiente a consentire il rimborso del prestito, nonché la proficua gestione dell'attività stessa.

Un primo adeguamento necessario riguarda, senza dubbio l'ambito di individuazione delle proposte che non potrà essere circoscritto agli interventi ricompresi nella programmazione dell'amministrazione concedente (la quale riguarda soltanto i lavori), come invece richiesto dall'articolo 153 per le proposte relative alle concessioni di lavori, mancando, del resto, nella concessione di servizi l'elemento centrale della programmazione, e cioè la realizzazione di nuove opere pubbliche. Analoghi problemi riguardano l'applicazione della rimanente disciplina contenuta al Capo III. Si pensi, ad esempio, alle regole previste per la gara la cui indizione è normata dall'art. 155 del Codice (ex art. 37 quater Legge quadro) il quale contempla un meccanismo ben più complesso ed articolato di quello riportato al 3° comma dell'art. 30.

Art. 155.

Indizione della gara

(art. 37-quater, legge n. 109/1994)

1. Entro tre mesi dalla pronuncia di cui all'articolo 154 di ogni anno le amministrazioni aggiudicatrici, qualora fra le proposte presentate ne abbiano individuate alcune di pubblico interesse, applicano, ove necessario, le disposizioni di cui al d.p.r. 8 giugno 2001, n. 327, e, al fine di aggiudicare mediante procedura negoziata la relativa concessione di cui all'articolo 143, procedono, per ogni proposta individuata:

a) ad indire una gara da svolgere con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui all'articolo 83, comma 1, ponendo a base di gara il progetto preliminare presentato dal promotore, eventualmente modificato sulla base delle determinazioni delle amministrazioni stesse, nonché i valori degli elementi necessari per la determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa nelle misure previste dal piano economico-finanziario presentato dal promotore; è applicabile altresì l'articolo 53, comma 2, lettera c);

(lettera così modificata dall'art. 2, comma 1, lettera oo), d.lgs. n. 113 del 2007)

b) ad aggiudicare la concessione mediante una procedura negoziata da svolgere fra il promotore e i soggetti presentatori delle due migliori offerte nella gara di cui alla lettera a); nel caso in cui alla gara abbia partecipato un unico soggetto la procedura negoziata si svolge fra il promotore e questo unico soggetto.

2. La proposta del promotore posta a base di gara è vincolante per lo stesso qualora non vi siano altre offerte nella gara ed è garantita dalla cauzione di cui all'articolo 75, comma 1, e da un'ulteriore cauzione pari all'importo di cui all'articolo 153, comma 1, quinto periodo, da versare, su richiesta dell'amministrazione aggiudicatrice, prima dell'indizione del bando di gara.

3. I partecipanti alla gara, oltre alla cauzione di cui all'articolo 75, comma 1, versano, mediante fideiussione bancaria o assicurativa, un'ulteriore cauzione fissata dal bando in misura pari all'importo di cui all'articolo 153, comma 1, quinto periodo.

4. Nel caso in cui nella procedura negoziata di cui al comma 1, lettera b), il promotore non risulti aggiudicatario entro un congruo termine fissato dall'amministrazione nel bando di gara, il soggetto promotore della proposta ha diritto al pagamento, a carico dell'aggiudicatario, dell'importo di cui all'articolo 153, comma 1, quinto periodo. Il pagamento è effettuato dall'amministrazione aggiudicatrice prelevando tale importo dalla cauzione versata dal soggetto aggiudicatario ai sensi del comma 3.

5. Nel caso in cui la gara sia esperita mediante appalto avente ad oggetto sia l'esecuzione dei lavori che la presentazione del progetto in sede di offerta e nella successiva procedura negoziata di cui al comma 1, lettera b), il promotore risulti aggiudicatario, lo stesso è tenuto a versare all'altro soggetto, ovvero agli altri due soggetti che abbiano partecipato alla procedura, il rimborso delle spese sostenute e documentate nei limiti dell'importo di cui all'articolo 153, comma 1, quinto

periodo. Il pagamento è effettuato dall'amministrazione aggiudicatrice prelevando tale importo dalla cauzione versata dall'aggiudicatario ai sensi del comma 3.

Meno problematica, invece, appare, ad una prima lettura, l'applicazione della disciplina relativa alla Società di progetto (art. 156, ex art. 37 *quinquies* della Legge quadro) sui cui limiti applicativi molto si è discusso, e quella contenuta negli articoli successivi per la quale si ripropongono soltanto alcune questioni interpretative già affrontate, però, da dottrina e giurisprudenza con riferimento alla concessione di costruzione e gestione.

Art. 156.

Società di progetto

(art. 37-quinquies, legge n. 109/1994)

1. Il bando di gara per l'affidamento di una concessione per la realizzazione e/o gestione di una infrastruttura o di un nuovo servizio di pubblica utilità deve prevedere che l'aggiudicatario ha la facoltà, dopo l'aggiudicazione, di costituire una società di progetto in forma di società per azioni o a responsabilità limitata, anche consortile. Il bando di gara indica l'ammontare minimo del capitale sociale della società. In caso di concorrente costituito da più soggetti, nell'offerta è indicata la quota di partecipazione al capitale sociale di ciascun soggetto. Le predette disposizioni si applicano anche alla gara di cui all'articolo 155. La società così costituita diventa la concessionaria subentrando nel rapporto di concessione all'aggiudicatario senza necessità di approvazione o autorizzazione. Tale subentro non costituisce cessione di contratto. Il bando di gara può, altresì, prevedere che la costituzione della società sia un obbligo dell'aggiudicatario.

2. I lavori da eseguire e i servizi da prestare da parte delle società disciplinate dal comma 1 si intendono realizzati e prestati in proprio anche nel caso siano affidati direttamente dalle suddette società ai propri soci, sempre che essi siano in possesso dei requisiti stabiliti dalle vigenti norme legislative e regolamentari. Restano ferme le disposizioni legislative, regolamentari e contrattuali che prevedano obblighi di affidamento dei lavori o dei servizi a soggetti terzi.

3. Per effetto del subentro di cui al comma 1, che non costituisce cessione del contratto, la società di progetto diventa la concessionaria a titolo originario e sostituisce l'aggiudicatario in tutti i rapporti con l'amministrazione concedente. Nel caso di versamento di un prezzo in corso d'opera da parte della pubblica amministrazione, i soci della società restano solidalmente responsabili con la società di progetto nei confronti dell'amministrazione per l'eventuale rimborso del contributo percepito. In alternativa, la società di progetto può fornire alla pubblica amministrazione garanzie bancarie e assicurative per la restituzione delle somme versate a titolo di prezzo in corso d'opera, liberando in tal modo i soci. Le suddette garanzie cessano alla data di emissione del certificato di collaudo dell'opera. Il contratto di concessione stabilisce le modalità per l'eventuale cessione delle quote della società di progetto, fermo restando che i soci che hanno concorso a formare i requisiti per la qualificazione sono tenuti a partecipare alla società e a garantire, nei limiti di cui sopra, il buon adempimento degli obblighi del concessionario sino alla data di emissione del certificato di collaudo dell'opera. L'ingresso nel capitale sociale della società di progetto e lo smobilizzo delle partecipazioni da parte di banche e altri investitori istituzionali che non abbiano concorso a formare i requisiti per la qualificazione possono tuttavia avvenire in qualsiasi momento.

Anche riguardo alla concessione di servizi rimane viva la questione inerente il carattere di novità che il servizio dovrebbe avere per l'applicazione della disposizione relativa alla società di progetto.

Si profilano due ipotesi distinte. La prima, più pacifica, concernente quelle concessioni di servizi aventi carattere di novità in ragione della connessione tra servizio e realizzazione di una nuova infrastruttura, per le quali l'applicazione delle disposizioni relative alla società di progetto è integrale; la seconda, certamente più problematica, riguardante quelle concessioni di servizi non aventi carattere di novità in quanto non collegate alla realizzazione di alcuna nuova infrastruttura (o in cui l'esecuzione di lavori sia meramente strumentale ed accessoria rispetto alla migliore erogazione del servizio), per la quale l'applicazione della normativa sulla società di progetto non potrà non avvenire se non entro i limiti della compatibilità.

In particolare, in tale ultimo caso, non potranno trovare applicazione tutte quelle previsioni che si riferiscono più direttamente all'aspetto realizzativo, come ad esempio le previsioni rela-

tive alla responsabilità solidale dei soci della società di progetto nel caso di versamento di un prezzo in corso d'opera da parte della pubblica amministrazione, o all'obbligo dei soci, che hanno concorso a formare i requisiti di qualificazione, di partecipare alla società di progetto sino all'emissione del certificato di collaudo dell'opera.

Sempre con riferimento all'ambito oggettivo, dal dettato normativo emerge la tradizionale distinzione operata dalla dottrina giuspubblicistica tra *opere pubbliche* e *opere di pubblica utilità*, dove l'elemento comune è rappresentato dal momento finalistico e cioè dall'essere l'opera stessa volta alla soddisfazione di un interesse pubblico, indipendentemente dal soggetto realizzatore (pubblico nel primo caso, privato o misto nel secondo).

Il richiamo contenuto all'art. 37 bis (ora art. 153 del Codice) ai lavori consente di focalizzare l'attenzione sul momento dinamico dell'attività, finalizzata alla realizzazione dell'opera che, secondo quanto previsto dallo stesso legislatore, deve essere suscettibile di una gestione economica. I criteri di individuazione si sdoppiano, pertanto, lungo una duplice direttrice: quella finalistica e quella economica. Per evidenti ragioni il criterio primario per la individuazione dell'ambito di applicazione del *project financing* non può che essere quello finalistico in base al quale qualsiasi opera strumentale alla soddisfazione di un interesse pubblico, o meglio volta a soddisfare i bisogni di un certo numero di utenti, è suscettibile di realizzazione attraverso lo strumento del *project financing*. Accanto ad esso, però, occorre poi necessariamente collocare un criterio economico, in ottemperanza alla doppia anima del *project financing*. Risultano così suscettibili di realizzazione attraverso questa tecnica di finanziamento tutte le opere *latu sensu* rivolte all'utenza che siano però suscettibili di una gestione con criteri imprenditoriali.

Pertanto, possono essere realizzate attraverso lo strumento del *project financing* non solo le opere pubbliche in senso stretto, ma anche quelle opere private (non realizzate da un soggetto pubblico) comunque destinate a soddisfare una pubblica utilità e tra le quali esse possono rientrarvi anche opere di urbanizzazione secondaria (realizzazione di impianti sportivi, di esercizi commerciali ecc.) in quanto collegate all'opera principale che, sia pure non rispondenti, evidentemente, al criterio finalistico, consentono di garantire una maggiore redditività dei lavori nel loro complesso garantendo flussi di reddito sufficienti a ripagare l'investimento ed a remunerare il capitale di rischio.

4.2.2. Il rilievo economico dell'intervento

La considerazione del profilo economico pone non pochi problemi per la individuazione dei lavori realizzabili attraverso lo strumento del *project financing*. La dottrina, come noto, distingue tradizionalmente tra: *opere fredde* (la cui funzione sociale è assolutamente predominante, risultando così d'ostacolo ad una gestione delle stesse in modo da garantire un *cash flow* tale da consentire un ritorno economico dall'investimento, in questi casi la remunerazione non proviene dall'utenza ma dai pagamenti effettuati dalla stessa amministrazione per conto della quale il privato realizza, gestisce e fornisce direttamente servizi); *opere calde* (opere per le quali è possibile applicare un prezzo del servizio come controprestazione che l'utente è tenuto ad effettuare per fruire del servizio stesso); *opere tiepide* (per le quali i ricavi provenienti dall'utenza non sono sufficienti a ripagare le risorse impiegate, assicurando così una remuneratività dell'opera nel senso indicato in precedenza, risultando, pertanto, necessaria una integrazione attraverso un contributo pubblico).

Mentre per le opere calde l'utilizzo dello strumento del *project financing* non risulta in alcun modo problematico, per le altre due categorie richiamate si pone la necessità di individuare un punto di mediazione tra l'esigenza di soddisfare l'interesse della collettività destinataria dell'opera, anche, ad esempio, attraverso la garanzia di una accessibilità generalizzata alla stessa, e l'interesse del soggetto promotore di realizzare un profitto.

A tal fine è necessario distinguere la realizzazione dell'opera dalla gestione della stessa, gestione che comprende attività molteplici che vanno dalla semplice manutenzione al complesso delle attività necessarie alla utilizzazione dell'opera per il fine cui è destinata. Il comma 2 ter dell'art. 19 della Legge quadro, introdotto con la legge n. 166 del 2002, (ora art. 143, comma 9) prevede infatti che "le amministrazioni aggiudicatrici possono affidare in concessione opere destinate alla utilizzazione diretta della pubblica amministrazione, in quanto funzionali alla gestione di servizi pubblici, a condizione che resti al concessionario l'alea economico-finanziaria della gestione dell'opera". La remunerazione - di regola coincidente col "diritto di

gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente tutti i lavori realizzati" (art. 143, comma 3) - può essere garantita, oltre che attraverso l'aggiunta di servizi connessi con la gestione dell'opera grazie ai quali ottenere dalla stessa utenza dei ricavi che vanno ad aggiungersi al canone fisso, anche grazie alla predisposizione di un canone variabile in ragione dell'erogazione e dell'effettivo utilizzo del servizio, lasciando sempre in capo al privato il rischio di mercato e gli oneri conseguenti a imprevisti tecnici e costruttivi.

Allo stesso modo complessa risulta l'utilizzazione dello strumento del *project financing* per le opere tiepide in ragione del limite e della natura del contributo pubblico per la realizzazione dell'opera.

Il vecchio testo dell'art. 19 prevedeva un limite al contributo pubblico del 50% dell'importo totale delle opere e poteva essere previsto per assicurare al concessionario l'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione in relazione alla qualità del servizio da prestare, e cioè solo qualora nella gestione fossero previsti prezzi o tariffe amministrati o controllati.

Il contributo pubblico, dunque, assumeva carattere di eccezionalità in relazione a quelle ipotesi in cui il prezzo della prestazione non poteva, per evidenti ragioni connesse alla realizzazione del fine cui l'opera è preordinata, essere fissato con riferimento ai prezzi di mercato.

Questa situazione è stata modificata con la legge n. 166 del 2002 con la quale è stato eliminato non soltanto il limite del 50%, ma anche la delimitazione dell'ambito di applicazione a quelle ipotesi in cui il concessionario sia tenuto a praticare tariffe o prezzi amministrati o controllati. Inoltre, nella riforma (sostanzialmente confermata nei contenuti), seguendo la via tracciata dalla Autorità sui lavori pubblici nella determinazione n. 20 del 4 ottobre 2001, il prezzo-contributo pubblico diviene qualsiasi utilità suscettibile di una valutazione economica, potendo essere rappresentato anche dalla cessione in proprietà o in diritto di godimento di beni immobili nella disponibilità dell'amministrazione aggiudicatrice, o beni "allo scopo espropriati, la cui utilizzazione sia strumentale o connessa all'opera da affidare in concessione, nonché di beni immobili che non assolvono più a funzioni di interesse pubblico, già individuati nel programma triennale dei lavori pubblici di cui all'art. 128" (art. 143, comma 5).

4.2.3. Cenni sui profili soggettivi della finanza di progetto

Quanto al profilo soggettivo del *project financing* si impone all'attenzione la figura del promotore, soggetto cardine dell'intera procedura.

Nel tentativo di allargare e, dunque, favorire il più possibile questa forma di partecipazione pubblico privato per la realizzazione di opere pubbliche il legislatore al 2° comma dell'art. 37 bis della Legge quadro, sostanzialmente confermato nel Codice al quale si riferisce il testo riportato, ha disposto che "possono presentare le proposte di cui al comma 1 i soggetti dotati di idonei requisiti tecnici, organizzativi, finanziari e gestionali, specificati dal regolamento, nonché i soggetti di cui agli articoli 34 (imprese individuali, anche artigiane, società commerciali, società cooperative, consorzi tra società cooperative di produzione e lavoro e tra imprese artigiane, consorzi stabili costituiti anche in forma di società consortili, associazioni temporanee di concorrenti, consorzi di concorrenti, soggetti che abbiano stipulato il contratto di GEIE) e 90, comma 2, lett. b) (società di ingegneria), eventualmente associati o consorziati con enti finanziatori e con gestori di servizi. La realizzazione di lavori pubblici o di pubblica utilità rientra tra i settori ammessi di cui all'articolo 1, comma 1, lett. c-bis), del d. lgs. 17 maggio 1999, n. 153 (quei settori nei quali le fondazioni bancarie possono esercitare imprese coerenti con le finalità statutarie e detenere partecipazioni di controllo in società ed enti che abbiano per oggetto esclusivo l'esercizio di tali imprese). Le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, nell'ambito degli scopi di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico dalle stesse perseguiti, possono presentare studi di fattibilità o proposte di intervento, ovvero aggregarsi alla presentazione di proposte di realizzazione di lavori pubblici di cui al comma 1, ferma restando la loro autonomia decisionale".

Completa il quadro l'art. 99 del Regolamento, ai sensi del quale possono presentare proposte di *project financing* "i soggetti che svolgono in via professionale attività finanziaria, assicurativa, tecnico operativa, di consulenza e di gestione nel campo dei lavori pubblici o di pubblica utilità e dei servizi alla collettività, che negli ultimi tre anni hanno partecipato in modo significativo alla realizzazione di interventi di natura ed importo almeno pari a quello oggetto della pro-

posta". Inoltre, ai sensi del secondo comma dello stesso articolo, "possono presentare la proposta anche i soggetti appositamente costituiti nei quali comunque devono essere presenti in misura maggioritaria soci aventi i requisiti di esperienza e professionalità stabiliti dal primo comma", ampliando, così, la sfera dei promotori anche a quei soggetti interessati indirettamente alla realizzazione del progetto. E, infine, ai sensi del 3° comma, "al fine di ottenere l'affidamento della concessione il promotore deve comunque possedere, anche associando o consorziando altri soggetti i requisiti previsti dall'art. 98", per il concessionario, requisiti che, dunque non è necessario siano posseduti al momento della proposta. Questa la posizione fatta propria dal massimo organo di giustizia amministrativa nel parere del 12 luglio 1999.

In senso difforme Tar Lazio, Latina, 14 gennaio 2003 n. 1 nella quale si precisa che i requisiti del concessionario indicati nell'art. 98 d.p.r. 554/99 devono essere posseduti dal promotore al momento dell'esperimento della procedura negoziata, non essendo sufficiente il semplice richiamo a terze società non partecipanti. Ad avviso del Collegio, pertanto, al momento della proposta sarebbe sufficiente il possesso dei requisiti di cui all'art. 99. Di diverso avviso il Consiglio di Stato (V sez.) che nella decisione del 7 febbraio 2003, ha affermato che secondo l'art. 98 il soggetto promotore, riunito in ATI, deve dimostrare di aver conseguito, negli ultimi cinque anni, un fatturato medio annuo pari al 10% dell'investimento previsto per l'intervento. Secondo l'art. 95 dello stesso regolamento, ha affermato altresì il Consiglio di Stato, ciascuna delle imprese partecipanti all'ATI, diverse dalla capogruppo, deve possedere almeno il dieci per cento dei requisiti richiesti all'intero raggruppamento. Ciascuna società mandante, doveva dimostrare un fatturato medio annuo non inferiore all'uno per cento (dieci per cento del dieci per cento) dell'investimento previsto per l'intervento de quo. Lo stesso giudice precisa poi che l'art. 99 indica i requisiti necessari perché un soggetto assuma la qualità di promotore ai sensi degli artt. 37 bis e ss. La qualifica di promotore può essere liberamente assunta da un'ATI e sono legittimati a presentare proposte di project financing non solo ATI già costituite ma anche costituenti o singole imprese ed anche un "raggruppamento di cui sia parte un'azienda partecipata o controllata dall'amministrazione interessata" (Tar Umbria, 21 agosto 2002, n. 645). Nella stessa decisione il giudice umbro ha sottolineato che la compagine dell'ATI del promotore può essere legittimamente modificata nel corso della procedura di affidamento di costruzione e gestione. "È l'aspirante promotore, infatti, che dà corso alle esigenze realizzative (fino ad allora inesprese) dell'amministrazione, predisponendo un progetto completo, ancorché migliorabile, senza alcuna garanzia di rientro dell'investimento, e che, una volta divenuto promotore, lo mette a disposizione dell'amministrazione con l'unica certezza di recuperare le spese sostenute. Ciò impedisce di considerare la proposta del promotore, pur potenzialmente vincolante, per espressa previsione dell'art. 37 quater, comma 2, alla stregua di una offerta qualsiasi".

Con riferimento alla figura del promotore non costruttore, delineata al primo comma dell'art. 99 richiamato, l'Autorità di vigilanza nella determinazione n. 20, del 4 ottobre 2001 ha precisato che "nel caso si tratti di promotori non costruttori-gestori, il riferimento alla natura delle opere in precedenza realizzate va considerato in senso ampio, poiché si tratta soprattutto di valutare le esperienze pregresse nel settore specifico di appartenenza del soggetto promotore. Dette esperienze possono anche derivare da interventi di natura diversa da quello oggetto della proposta, purché attestino la capacità in termini finanziari ovvero gestionali e di marketing del promotore stesso".

Accanto al promotore, nell'ambito del quadro soggettivo, assumono poi un ruolo centrale i finanziatori, cioè quei soggetti che concorrono all'iniziativa, mettendo i capitali necessari a disposizione del promotore, e cioè sia i soggetti che sottoscrivono il capitale di rischio (azionisti della società di progetto) sia quelli che mettono a disposizione il capitale di debito - investitori (gli stessi promotori, i costruttori dell'opera, i fornitori, gli utenti del servizio erogato, es. art. 23 l. 36/94, gli istituti di credito, i mercati borsistici, le società assicurative, fondi, gli enti pubblici a vario titolo coinvolti) - (mutui, obbligazioni e altri prestiti).

La messa a disposizione del capitale avviene secondo un procedimento inverso rispetto allo schema tradizionale per il quale gli investimenti sono da concepire nell'ambito della macrocategoria rappresentata dall'azienda, assumendo il progetto un ruolo centrale rispetto all'azienda.

A completamento del quadro soggettivo si deve richiamare proprio la società di progetto, di

solito una s.p.a. o una s.r.l. o anche un consorzio, detta anche società di scopo o SPV, costituita dai promotori dell'iniziativa - al fine di coprire il fabbisogno finanziario dell'investimento, attivando e combinando le diverse fonti, rappresentate dal capitale di rischio, dai prestiti subordinati e dal debito privilegiato, e tenendo nella dovuta considerazione il grado di instabilità dei flussi di cassa - che consente la separazione economica e giuridica del progetto dalle altre attività dei promotori isolando (*ring fence*) (P. CARRIÈRE, *Project financing: profili di compatibilità con l'ordinamento giuridico italiano*, Cedam, Padova, 1999, in particolare pp. 28 ss.) i flussi di cassa relativi al progetto dalle altre attività dei promotori. Come sottolineato da una parte della dottrina, presentandosi come una sorta di "contenitore contrattuale dei rapporti inerenti a quella iniziativa, e il cui andamento economico coincida con quello dell'iniziativa" e rappresentando l'entità economica di riferimento, sulla quale concentrare le obbligazioni derivanti dalla realizzazione dell'investimento, in particolar modo nelle relazioni con il sistema bancario, consente di isolare economicamente e giuridicamente il progetto dalle attività esercitate dagli altri soggetti coinvolti.

4.2.4. Pluralità delle fonti di finanziamento

Quanto alle fonti di finanziamento presenti in un'operazione di *project financing*, esse possono essere distinte in capitale a pieno rischio e capitale a rischio limitato, includendo il primo tutti quei finanziamenti esposti al rischio limitato, associato al rendimento ed al rimborso dei capitali conferiti, ed il cui rendimento dipende dall'andamento della gestione da cui discendono sia le remunerazioni ordinarie, rappresentate dai dividendi erogati agli azionisti, sia le remunerazioni integrative, costituite dai *capital gain*, dallo *stock dividend*, e dal diritto di opzione.

Nel caso delle società di progetto, il capitale a pieno rischio è apportato, nella generalità dei casi, dagli *sponsors*, ed è dimensionato in misura sufficiente ad assicurare i finanziatori circa la loro reale volontà di portare a compimento l'opera, evitando al contempo una esposizione finanziaria che può arrivare fino a precludere interamente le possibilità della stessa società di progetto di fare ricorso al capitale di terzi, mantenendo un certo margine di sicurezza per far fronte agli imprevisti che potranno sorgere, riducendo le possibilità che il progetto fallisca.

Questo, però, non deve indurre il management della società di progetto a sovradimensionare il proprio capitale dovendo quest'ultimo essere calibrato in relazione alle specifiche caratteristiche dell'intervento da realizzare ed alla forza contrattuale delle parti coinvolte nel finanziamento.

Accanto al finanziamento tradizionale, nel patrimonio netto vi sono anche i cosiddetti prestiti subordinati, anche detti mezzanino (se la subordinazione è rivolta a determinate categorie di debito). Forme ibride di finanziamento contenenti aspetti tipici sia del *leverage* che del capitale di rischio, prevedendo, da una parte, il vincolo di remunerare e rimborsare, alle scadenze convenute, il capitale conferito, al pari di quanto normalmente stabilito nelle operazioni di mutuo, ed essendo, dall'altra, subordinati nell'ipotesi di liquidazione della società al rimborso degli altri prestiti costituenti il *funding* della società.

In questi casi il capitale apportato, a differenza del pieno rischio, non è soggetto alla variabilità dei dividendi condizionati dalle *performances* aziendali e influenzati dalle politiche di autofinanziamento dell'impresa e da altri elementi quali le restrizioni poste dai finanziatori.

Al quadro dei finanziamenti si aggiunge poi il debito privilegiato o *senior debt*, che notoriamente presenta caratteristiche del tutto antitetiche a quelle dei quasi *equità*, non essendo subordinato ad alcun'altra forma di finanziamento in quanto collocato al primo posto nelle priorità di rimborso.

Non mancano, poi, casi in cui in ragione della notevole entità e dell'elevata rischiosità delle operazioni di *project financing* i soggetti interessati decidano di fare ricorso al leasing che assume la forma del *leasing* finanziario, nel caso in cui prevalga l'obiettivo di sfruttare il risparmio fiscale generato dalla stessa operazione, o al *leverage leasing* qualora il locatore tragga le risorse finanziarie per perfezionare l'operazione, da investitori puri che concedono il finanziamento sulla base dello *standing* attribuito alla società locatrice, e se del caso di apposite garanzie reali da inserire nel contratto di *lending*.

Qualora l'operazione comporti fabbisogni finanziari di elevata entità, i finanziatori puri o i locatori possono ritenere conveniente e utile consorziarsi per il perfezionamento dell'intervento mediante la nomina di un *owner trustee* che detiene la proprietà del bene fintanto che l'ope-

razione non giunga al termine o di un *indenture trustee* il quale assume la titolarità dei diritti di garanzia reale sui beni locati, nei confronti degli investitori puri.

Non mancano poi casi in cui si fa ricorso al cosiddetto *leasing* operativo che prevede un'ampia dilazione di pagamento garantita dalla conservazione della proprietà del bene oggetto del contratto.

4.2.5. Brevi cenni sui profili procedurali

La presentazione di una proposta da parte dei promotori, avente ad oggetto l'esecuzione e la gestione di un intervento inserito nella programmazione triennale o negli strumenti di programmazione già approvati, pubblicata ai sensi dell'art. 153 e dell'art. 80 del d.p.r. 554/1999, rappresenta l'ipotesi di *project financing* ad iniziativa privata cui si contrappone quello richiamato in precedenza ad iniziativa pubblica.

In questo caso entro il termine di 4 mesi dalla ricezione, o nel termine più lungo comunicato ai sensi dell'art. 154 del Codice - tempi che variano notevolmente a seconda delle autorità coinvolte e dei progetti presentati -, della proposta l'amministrazione aggiudicatrice deve procedere alla valutazione della fattibilità della stessa tenendo conto dei criteri di valutazione indicati nella stessa disciplina. Si tratta di una valutazione complessa tesa ad accertare, tra l'altro, "se l'opzione del partenariato comporta un plusvalore reale rispetto ad altre opzioni, come la stipula di un contratto di appalto di tipo più classico" (Così Libro verde cit., nel quale si richiama anche la Comunicazione al Consiglio e al Parlamento "Public finances in EMU 2003" in *European Economy* n. 3, 2003 (COM (2003) 283 def) che tenga conto, per ciascuna proposta presentata, del "profilo costruttivo, urbanistico ed ambientale, nonché della qualità progettuale, della funzionalità, della fruibilità dell'opera, dell'accessibilità al pubblico, del rendimento, del costo di gestione e di manutenzione, della durata della concessione, dei tempi di ultimazione dei lavori della concessione, delle tariffe da applicare, della metodologia di aggiornamento delle stesse, del valore economico e finanziario del piano e del contenuto della bozza di convenzione", operando altresì una valutazione comparativa tra le eventuali diverse proposte pervenute.

Si tratta di una valutazione discrezionale rispetto alla quale il giudice amministrativo ha sottolineato che "il modulo procedimentale in parola e la natura delle determinazioni che il gestore del programma deve assumere, nella scelta del promotore, non consentono di applicare analogicamente al procedimento in esame le regole dell'evidenza pubblica. A parte la mancanza di un qualsiasi collegamento testuale e sistematico con le disposizioni che disciplinano le varie forme di scelta del contraente, viene in evidenza, infatti, la circostanza che caratteristica fondamentale della finanza di progetto è che il programma al quale occorre dare attuazione non è ancora definito nei suoi contenuti progettuali. Sono infatti tali contenuti che dovranno costituire l'oggetto della proposta, ed essi dovranno essere messi a fuoco proprio attraverso tale proposta, che dovrà essere concepita ed articolata in funzione dell'interesse pubblico che la programmazione è rivolta a realizzare. Il compito dell'amministrazione (o come nel caso in esame, dell'organismo al quale è affidata la gestione delle operazioni) sarà appunto quello di valutare se il progetto proposto abbia o meno i contenuti necessari a soddisfare l'interesse pubblico in funzione del quale il programma è stato concepito (...). È a questo punto chiaro che, in ciascuna di queste fasi, la "valutazione" non può essere espressione della discrezionalità tecnica, propria delle commissioni giudicatrici, bensì, costituisce la manifestazione della volontà del titolare stesso della cura dell'interesse pubblico cui l'intervento è preordinato, analogamente a quanto avviene - per le procedure ordinarie, con la scelta (ovvero l'approvazione) del progetto, sul quale interverrà la gara. I dunque nell'ambito della tipica discrezionalità amministrativa, governata, per quanto non espressamente previsto dalla norma speciale, dalla disciplina generale sul procedimento amministrativo", pertanto, "il momento della valutazione del pubblico interesse della proposta ed anche quello della comparazione, deve farsi coincidere, per quanto concerne la natura del potere esercitato, con quello della scelta delle soluzioni progettuali che, nelle procedure ordinarie, appartiene al committente, e non può essere delegato a un organo tecnico e, tanto meno, ad un organo neutrale, con poteri vincolanti per il committente, in quanto costituisce momento essenziale della discrezionalità amministrativa rispetto al quale l'ap-

porto di soggetti terzi è sempre di natura tecnico-consulativa, senza intergerenze sulla discrezionalità". Sul punto cfr. anche Tar Liguria, sez. II, 4 aprile 2005, n. 430.

La predetta valutazione può anche essere parzialmente positiva, giungendo l'amministrazione alla individuazione di una proposta parzialmente fattibile ritenendo necessarie, per il perseguimento del pubblico interesse, alcune modifiche, che possono riguardare anche aspetti progettuali ai quali sono collegati i flussi di reddito. Dette modifiche debbono essere concordate con il promotore e sottoposte ad una verifica di compatibilità con l'equilibrio economico finanziario risultante dal piano. L'unico limite alla discrezionalità dell'amministrazione è rappresentato dalla immodificabilità dell'impostazione strutturale della proposta stessa.

Il procedimento si snoda attraverso due fasi distinte: la prima costituita da una licitazione privata (o appalto concorso) secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Si tratta di un criterio che, come sottolineato dall'Autorità sui Lavori pubblici nella Determinazione n. 51 del 26 ottobre 2000 "tende a dare all'aggiudicazione caratteristiche di elasticità, contrapponendosi a criteri meramente automatici e stimolando un confronto concorrenziale tra imprese basato non unicamente sul prezzo migliore, ma sulla vantaggiosità complessiva dell'offerta, combinata alle soluzioni tecniche proposte che tenga soprattutto conto del rapporto costo-benefici".

Art. 83

Criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

(art. 53, dir. 2004/18; art. 55, dir. 2004/17; art. 21, legge n. 109/1994; art. 19, d.lgs. n. 358/1992; art. 23, d.lgs. n. 157/1995; art. 24, d.lgs. n. 158/1995)

1. Quando il contratto è affidato con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il bando di gara stabilisce i criteri di valutazione dell'offerta, pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto, quali, a titolo esemplificativo:

- a. il prezzo;
- b. la qualità;
- c. il pregio tecnico;
- d. le caratteristiche estetiche e funzionali;
- e. le caratteristiche ambientali;
- f. il costo di utilizzazione e manutenzione;
- g. la redditività;
- h. il servizio successivo alla vendita;
- i. l'assistenza tecnica;
- l. la data di consegna ovvero il termine di consegna o di esecuzione;
- m. l'impegno in materia di pezzi di ricambio;
- n. la sicurezza di approvvigionamento;
- o. in caso di concessioni, altresì la durata del contratto, le modalità di gestione, il livello e i criteri di aggiornamento delle tariffe da praticare agli utenti.

2. Il bando di gara ovvero, in caso di dialogo competitivo, il bando o il documento descrittivo, elencano i criteri di valutazione e precisano la ponderazione relativa attribuita a ciascuno di essi, anche mediante una soglia, espressa con un valore numerico determinato, in cui lo scarto tra il punteggio della soglia e quello massimo relativo all'elemento cui si riferisce la soglia deve essere appropriato.

3. Le stazioni appaltanti, quando ritengono la ponderazione di cui al comma 2 impossibile per ragioni dimostrabili, indicano nel bando di gara e nel capitolato d'oneri, o, in caso di dialogo competitivo, nel bando o nel documento descrittivo, l'ordine decrescente di importanza dei criteri.

4. Il bando per ciascun criterio di valutazione prescelto prevede, ove necessario, i su - criteri e i sub - pesi o i sub - punteggi. Ove la stazione appaltante non sia in grado di stabilirli tramite la propria organizzazione, provvede a nominare uno o più esperti con il decreto o la determina a contrarre, affidando ad essi l'incarico di redigere i criteri, i pesi, i punteggi e le relative specificazioni, che verranno indi-

cati nel bando di gara. La commissione giudicatrice, prima dell'apertura delle buste contenenti le offerte, fissa in via generale i criteri motivazionali cui si atterrà per attribuire a ciascun criterio e subcriterio di valutazione il punteggio tra il minimo e il massimo prestabiliti dal bando.

5. Per attuare la ponderazione o comunque attribuire il punteggio a ciascun elemento dell'offerta, le stazioni appaltanti utilizzano metodologie tali da consentire di individuare con un unico parametro numerico finale l'offerta più vantaggiosa. Dette metodologie sono stabilite dal regolamento, distintamente per lavori, servizi e forniture e, ove occorra, con modalità semplificate per servizi e forniture. Il regolamento, per i servizi, tiene conto di quanto stabilito dal decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 13 marzo 1999, n. 117 e dal decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 18 novembre 2005, in quanto compatibili con il presente codice.

La seconda fase del procedimento è negoziata tra il promotore e i due soggetti che hanno presentato le migliori offerte nella licitazione privata.

Sull'interesse del promotore cfr. Cons. Stato, sez. V, 25 gennaio 2005, n. 142 nel quale si afferma che "L'interesse a vedere prescelto il proprio progetto di opera pubblica, e quindi ad assumere la posizione del «promotore» nella procedura di *project financing*, pur individuabile concettualmente come distinto dall'interesse alla concessione di eseguire l'opera stessa, contiene, e necessariamente implica, anche l'interesse all'aggiudicazione, che rappresenta il valore sostanziale, il bene della vita cui tende il presentatore del progetto. La normativa che regola l'istituto, infatti, prevede come normale l'ipotesi che la concessione sia conferita al promotore. Il quadro normativo avventato consente di affermare che l'interesse alla posizione di promotore è un interesse marcatamente strumentale al vero scopo perseguito dal presentatore del progetto, che è quello di realizzarlo lucrando il relativo profitto. Si realizza quindi, nell'aspirazione alla concessione, una sostanziale identificazione tra l'interesse del promotore e quello delle imprese che partecipano alla gara, cosicché l'intera procedura non può che essere concepita in termini unitari. Ed infatti il sistema è mirato ad ottenere, attraverso il raffronto e la concorrenza tra le diverse offerte, quella del promotore e quelle dei partecipanti alla licitazione privata, la formazione di un progetto di opera pubblica che si riveli ottimale sul piano tecnico e su quello economico".

Terminata la valutazione a seguito della quale la proposta viene giudicata di pubblico interesse, l'amministrazione deve bandire una gara, assimilabile ad una licitazione privata, da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ponendo a base della gara il progetto preliminare ed il piano economico finanziario presentato dal promotore la cui proposta, però, rimane fuori dalla valutazione comparativa rispetto alla quale è necessario garantire i principi generali di imparzialità, buon andamento e trasparenza.

Tar Emilia Romagna, Bologna, I, 20 maggio 2004, n. 762 nella quale si precisa: "Ha ruolo centrale nella proposta di *project financing* il piano economico finanziario, la cui congruenza rappresenta una condizione preliminare ed essenziale per garantire l'attendibilità della proposta e la sua concreta fattibilità. Il piano asseverato non può essere soggetto a modifiche unilaterali dell'amministrazione; esso rappresentando, infatti, la base sulla quale saranno poi chiamati a confrontarsi i concorrenti nella successiva procedura negoziata di cui all'art. 37 quater, il quale stabilisce espressamente che i valori degli elementi per la determinazione dell'offerta più vantaggiosa devono essere fissati «nelle misure previste dal piano economico finanziario presentato dal promotore», non trascurando di precisare che, in mancanza di offerte nella gara, la proposta vincola comunque il promotore all'esecuzione dell'intervento. Le modifiche che, ai sensi dell'art. 37 quater primo comma lett. a), l'amministrazione è legittimata ad apportare alla proposta di *project financing* possono consistere unicamente in lievi correttivi, non in interventi idonei ad alterare il quadro finanziario proposto dal promotore. Con la conseguenza che, qualora il progetto presenti profili che l'amministrazione giudica non coerenti con le funzioni da insediare e lo stralcio delle relative previsioni privi la proposta dei corrispondenti introiti finanziari, dovrà ritenersi integrata la presenza di elementi ostativi alla realizzazione dell'opera e la proposta non potrà giudicarsi di pubblico interesse".

Questa fase si conclude con la individuazione di due migliori offerte, ed è seguita da un'altra

che contempla una procedura negoziata tra promotore e soggetti che hanno presentato le due migliori offerte selezionate dall'amministrazione. A seguito della procedura negoziata, qualora non dovesse risultare aggiudicatario il promotore, era riconosciuta la possibilità allo stesso di "adeguare la propria proposta a quella giudicata dall'amministrazione più conveniente", esercitando, così, a parità di condizioni, la propria prelazione. Una scelta, quella di riconoscere il *diritto di prelazione* al promotore, che, se da un lato costituisce un incentivo alla presentazione di proposte e, dunque, all'utilizzo dello strumento del *project financing*, non pochi problemi ha suscitato con riferimento alla sua compatibilità con i principi concorrenziali e più in generale con i principi in materia di libertà di stabilimento, di libera prestazione dei servizi, di parità di trattamento, di trasparenza e di proporzionalità.

Si tratta di una previsione finalizzata essenzialmente ad attrarre capitali ed investimenti privati disciplinata dall'art. 37-bis della l. n. 109/1994, nel testo modificato dalla l. n. 166/2002, ai sensi del quale «l'avviso (con il quale si avverte il pubblico della presenza di opere finanziabili con *project* all'interno dello strumento di programmazione della p.a., n.d.a.) deve, altresì, indicare espressamente che è previsto il diritto a favore del promotore ad essere preferito ai soggetti previsti dall'articolo 37-quater, comma 1, lettera b), ove lo stesso intenda adeguare il proprio progetto alle offerte economicamente più vantaggiose presentate dai predetti soggetti offerenti»; di fatto, cioè, «nella procedura negoziata di cui all'articolo 37-quater il promotore potrà adeguare la propria proposta a quella giudicata dall'amministrazione più conveniente. In questo caso, il promotore risulterà aggiudicatario della concessione» (articolo 37-ter).

L'attribuzione di una simile posizione di vantaggio al promoter, rispetto agli altri potenziali concorrenti, a partire dalla circostanza per cui esso viene automaticamente chiamato a partecipare alla procedura negoziata per l'aggiudicazione della concessione, indipendentemente da ogni comparazione tra la sua offerta e quelle presentate dai partecipanti alla gara, con una automatica attribuzione della concessione al promotore, nell'ipotesi in cui non fossero state presentate offerte nella gara, nonché il surrichiamato diritto di prelazione sono risultati, anche agli occhi della Commissione dell'UE, elementi tali da porre in forse la concorrenzialità che avrebbe dovuto caratterizzare la gara nella procedura di finanza di progetto.

A seguito della procedura di infrazione aperta contro la Repubblica italiana, il legislatore aveva già modificato l'art. 37-bis, per mezzo dell'art. 24 della legge n. 62 del 18 aprile 2005 con il quale è stato aggiunto il comma 2 bis all'articolo richiamato nel quale veniva imposto alle stazioni appaltanti:

- a. di rendere noti i criteri in base ai quali esse avrebbero proceduto alla valutazione delle proposte presentate dai partecipanti;
- b. di dare evidenza pubblica alla circostanza che il promotore poteva esercitare il diritto di prelazione all'esito della procedura negoziata calibrando la propria offerta su quella ritenuta migliore.

La norma contenuta nell'art. 24 della L. n. 62/05 è stata integralmente recepita dall'art. 153, comma 3, del d.lgs. n. 163/06.

Lo scorso anno, con l'emanazione del d. lgs. 113/07 è stato soppresso il diritto di prelazione attraverso l'eliminazione di quella parte dell'art. 153 del Codice dei contratti nella quale era previsto che "nella procedura negoziata di cui all'art. 155 il promotore potrà adeguare la propria proposta a quella giudicata dall'amministrazione più conveniente. In questo caso, il promotore risulterà aggiudicatario della concessione".

Dall'esame del dato normativo successivo alla novella emerge, pertanto che il promotore potrà aggiudicarsi automaticamente la concessione soltanto nelle ipotesi contemplate al secondo comma dell'art. 155, e cioè in tutti quei casi in cui non vi siano altre offerte nella gara. In linea con questa ricostruzione, i giudici nazionali, muovendo dalla considerazione della natura concorsuale della selezione delle proposte di pubblico interesse, hanno sostenuto, inoltre, che "l'esame comparativo delle proposte presentate dai diversi *competitors* deve essere necessariamente preceduto dalla predisposizione di positivi ed uniformi criteri di giudizio", non essendo "plausibile sostenere (...) che la fase di scelta del promotore - pur con le sue peculiarità - non debba rispondere ai canoni procedurali che connotano le vere e proprie gare per la scelta del contraente in materia di opere e servizi pubblici", e ciò in ragione del "chia-

ro ed esplicito nesso di presupposizione funzionale che lega la proposta del promotore dichiarata di pubblico interesse e l'indicazione dell'oggetto della successiva gara per l'affidamento della concessione per la realizzazione dell'opera per cui si è fatto ricorso alle risorse finanziarie del promotore, nonché la stessa previsione normativa di un esame anche comparativo delle proposte presentate". La giurisprudenza ha sottolineato che la norma, dunque, pur non sussistendo una procedimentalizzazione della "attività di valutazione dell'amministrazione con espresso riferimento alle procedure di gara", palesa "la necessità che tale valutazione si svolga all'insegna dei criteri di *par condicio* e di trasparenza (richiesti per il corretto svolgimento delle vere e proprie procedure di gara)". Esigenza che "appare intrinseca alla stessa natura para-concorsuale emergente nella scelta del promotore, quale attività volta a realizzare l'interesse pubblico alle migliori condizioni possibili per l'amministrazione aggiudicatrice".

Emerge, dunque, la necessità che nelle procedure di *project financing* l'amministrazione aggiudicatrice predetermini i criteri per l'individuazione selettiva delle proposte di pubblico interesse. Di conseguenza assume un ruolo preminente l'avviso nel quale vengono resi pubblici i progetti inseriti nel programma triennale dei lavori pubblici finanziabili con capitali privati. L'amministrazione in sostanza dovrà specificare in sede di avviso quali siano gli elementi immutabili e quali gli elementi aperti all'apporto ideativo dei privati, consentendo a chiunque di individuare, sulla scorta di tali indicazioni, la combinazione ottimale nella proposta della redditività dell'intervento con il conseguimento dell'interesse pubblico.

Il richiamato orientamento è stato fatto proprio dal legislatore che con la legge n. 62 del 2005 ha rideterminato il contenuto dell'avviso pubblico il quale "deve contenere i criteri nell'ambito di quelli indicati dall'art. 37 *ter*, in base ai quali si procede alla valutazione comparativa tra le diverse proposte. L'avviso deve, altresì, indicare espressamente che è previsto il diritto a favore del promotore ad essere preferito ai soggetti previsti dall'articolo 37 *quater*, comma 1, lettera b), ove lo stesso intenda adeguare il proprio progetto alle offerte economicamente più vantaggiose presentate dai predetti soggetti offerenti".

4.2.5.1. La conferenza di servizi

Quanto al profilo procedimentale, sia consentito richiamare l'art. 12 della legge n. 15 del 2005, col quale è stato introdotto il comma *quinquies* all'art. 14 della legge sul procedimento amministrativo, il quale dispone "nelle ipotesi di conferenza di servizi finalizzata all'approvazione del progetto definitivo in relazione alla quale trovino applicazione le procedure di cui agli articoli 37 *bis* e seguenti della legge 11 febbraio 1994, n. 109, sono convocati alla conferenza di servizi senza diritto di voto, anche i soggetti aggiudicatori di concessione individuati all'esito della procedura di cui all'art. 37 *quater* della legge n. 109 del 1994, ovvero le società di progetto di cui all'articolo 37 *quinquies* della medesima legge".

Alla conferenza, convocata per l'approvazione del progetto definitivo, possono partecipare non solo il promotore e, se già costituita, la società di progetto, ma anche tutti gli altri soggetti che sono coinvolti di diritto in una procedura di *project financing* portatori di interessi specifici rispetto all'attività da realizzare quali, ad esempio, i realizzatori (solitamente una società di ingegneria, progettazione, costruzione e fornitura), gli istituti di credito finanziari, le imprese di assicurazione, le imprese di consulenza finanziaria e legale, i gestori e le fondazioni bancarie (art. 11 l. n. 448/01 e collegato infrastrutture alla l. 166/02).

La convocazione della conferenza di servizi può avvenire anche dopo l'espletamento delle fasi di cui all'art. 37 *quater*, ma prima dell'inizio dei lavori al fine di consentire un esame contestuale degli interessi coinvolti.

Il secondo comma dello stesso articolo 14 dispone che "nelle procedure di realizzazione di opere pubbliche e di interesse pubblico, la conferenza di servizi si esprime sul progetto preliminare al fine di indicare quali siano le condizioni per ottenere, sul progetto definitivo, le intese, i pareri, le concessioni, le autorizzazioni le licenze, i nullaosta e gli assensi, comunque denominati, richiesti dalla normativa vigente" e "qualora non emergano, sulla base della documentazione disponibile, elementi comunque preclusivi della realizzazione del progetto, le suddette amministrazioni indicano, entro quarantacinque giorni, le condizioni e gli elementi necessari per ottenere, in sede di presentazione del progetto definitivo, gli atti di consenso".

Quanto alla natura della conferenza in questione il primo elemento da prendere in considerazione è la sua facoltatività che, al contrario emergeva dal testo della l. 340/2000. La formula-

zione dell'articolo richiamato in precedenza, non pare lasci spazio alla facoltatività, spingendo verso una collocazione nel quadro della conferenza decisoria o della conferenza preliminare relativa ai procedimenti particolarmente complessi aventi ad oggetto la realizzazione di opere pubbliche o di interesse pubblico. Prescindendo dall'analisi dettagliata della disciplina applicabile a questa ipotesi, è interessante in conclusione soffermare l'attenzione sul diritto di voto, di cui sono privi i soggetti prima menzionati la cui partecipazione, pertanto, assume un rilievo peculiare, rimanendo in capo alla pubblica amministrazione il potere di assumere la decisione finale salvaguardando, così il suo potere e le sue prerogative in tema di programmazione e di coordinamento dei vari interventi.

4.3. Le altre forme di partenariato pubblico privato

Negli ultimi anni si sono ampliate le possibili forme di partenariato pubblico privato, cioè quelle diverse forme di cooperazione tra il settore pubblico e quello privato, attraverso le quali si assiste ad un complesso processo di articolazione di competenze e di risorse finalizzato essenzialmente alla realizzazione e gestione di opere pubbliche nelle

Nelle forme di partenariato pubblico privato si assiste ad un affidamento, che deve avvenire necessariamente nelle forme prescritte dal Codice dei contratti, da parte dell'amministrazione pubblica ad un operatore privato dell'attuazione di un progetto per la realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità e per la gestione del relativo servizio. Un'operazione i cui elementi chiave possono senza dubbio essere individuati nella progettazione; nel finanziamento; e, infine, nella costruzione, gestione e manutenzione dell'opera.

Il nostro ordinamento contempla diverse forme di partenariato pubblico privato. Non è certamente questa la sede in cui analizzare *funditus* le singole ipotesi, risultando maggiormente opportuna soltanto una rapida carrellata delle diverse tipologie contrattuali (tipiche ed atipiche), in aggiunta a quelle richiamate in precedenza, ed indipendentemente dalla loro applicabilità ai lavori pubblici, evidenziandone soltanto le principali caratteristiche:

Concessione di lavori pubblici: contratto tra un soggetto privato ed una pubblica amministrazione avente ad oggetto la progettazione, esecuzione e la gestione di un lavoro pubblico. In questo caso il corrispettivo per il privato è rappresentato dal diritto di gestione e l'eventuale contributo pubblico è diretto a garantire l'equilibrio economico finanziario;

Contraente generale: contratto tra un soggetto privato e la p.a. avente ad oggetto la progettazione, l'esecuzione con qualsiasi mezzo e il prefinanziamento di ll.pp contro un corrispettivo pagato in tutto o in parte a lavori ultimati. Il limite del prefinanziamento è fino al 20% dell'importo posto a base di gara;

Concessione a terzi per la gestione di un servizio pubblico locale: contratto tra p.a. e società di capitali individuata in base ad una procedura ad evidenza pubblica;

Società mista ai sensi del T.U.E.L.: contratto tra pubblica amministrazione e soggetti privati per la gestione di un servizio pubblico locale a rilevanza economica (art. 113, comma 5, lett. b); o tra pubblica amministrazione e soggetti privati per la realizzazione di opere connesse al servizio pubblico locale (art. 116); o tra pubblica amministrazione e soggetti privati per progettare, realizzare interventi di trasformazione urbana (art. 120);

Società mista ai sensi del codice civile: contratto tra pubblica amministrazione e soggetti privati per la realizzazione e/o gestione di lavori pubblici;

Fondazione di partecipazione: negozio tra pubblica amministrazione e privato per la gestione di servizi pubblici;

Concessione di servizi: contratto tra pubblica amministrazione e soggetti privati per la gestione di un servizio. Il corrispettivo per il privato consiste unicamente nel diritto di gestire il servizio eventualmente accompagnato da un prezzo;

Global service: contratto di esternalizzazione basato sui risultati, avente ad oggetto una pluralità di servizi sostitutivi delle normali attività di manutenzione di un immobile o di un patrimonio immobiliare con piena responsabilità dei risultati da parte dell'assuntore (global service manutentivo);

Acquisto di cosa futura: contratto avente ad oggetto l'acquisto della proprietà di un bene immobile appena questo viene ad esistenza;

Leasing operativo: contratto tra una società concedente che produce e/o gestisce il bene e

la p.a. utilizzatrice del bene. Può avere ad oggetto beni mobili e/o immobili anche realizzati ad hoc. La p.a. utilizzatrice corrisponde un canone alla società concedente comprendente gli oneri relativi alla disponibilità, le quote di ammortamento e gli oneri finanziari e le spese di funzionamento e manutenzione;

Contracting out: contratto con una parte privata per la progettazione e costruzione di opere pubbliche che vengono finanziate e rimangono in capo al soggetto pubblico. Si tratta di una formula contrattuale che consente il trasferimento del rischio di costruzione e progettazione sul soggetto privato, a fronte del quale, però, aumentano, evidentemente i rischi connessi alla gestione dell'opera stessa;

Design Build Finance and Transfer (D.B.F.T.): modello contrattuale in base al quale un'azienda privata progetta e costruisce, anticipandone anche il finanziamento, una nuova infrastruttura che sarà poi ceduta alla pubblica amministrazione. Si tratta di una formula contrattuale che pur presentando un indubbio vantaggio individuabile nel coinvolgimento di capitali privati, da un lato, e nel trasferimento del rischio di costruzione e gestione in capo al soggetto privato, presenta grosse difficoltà correlate alla complessità del contratto ed alla lunghezza dei tempi di aggiudicazione;

Service contracts: contratto che vede un coinvolgimento del settore privato limitato alla prestazione di specifici servizi quali quello manutentivo e di contabilità;

Management contract: contratto grazie al quale si assiste ad un trasferimento della responsabilità della gestione e della manutenzione di servizi pubblici dal settore pubblico a quello privato;

Lease - Build Lease and Transfer (B.L.T.): contratto che consente il trasferimento a favore dell'azienda privata, in capo alla quale vengono così trasferiti i rischi commerciali, dei diritti dei ricavi di un servizio pubblico in cambio della gestione commerciale del servizio e del pagamento di un certo canone;

Build, Operate and Transfer: contratto in base al quale il soggetto privato costruisce una nuova infrastruttura, gestendola poi per un numero di anni, per poi trasferirla alla pubblica amministrazione;

Design, Build, Finance and Operate: modello che consente ad una azienda privata di progettare e costruire una nuova infrastruttura, gestendola per un numero determinato di anni. Anche in questo caso, a fronte degli evidenti vantaggi consistenti sostanzialmente nel coinvolgimento di capitali privati e nel trasferimento del rischio di progettazione e costruzione in capo al privato, con contenimento dei tempi di realizzazione, si presentano delle criticità che possono essere individuate nella complessità contrattuale e nei tempi lunghi per la fase di aggiudicazione;

Concession: modello contrattuale attraverso il quale viene affidata ai privati la responsabilità della gestione, della manutenzione e della realizzazione degli investimenti e che prevede che gli asset siano di proprietà pubblica mentre la gestione venga affidata a privati.

4.3.1. Il *leasing* immobiliare

L'altra ipotesi da considerare è rappresentata dal leasing disciplinato all'art. 160 bis del Codice dei contratti ai sensi del quale *"1. Per la realizzazione, l'acquisizione ed il completamento di opere pubbliche o di pubblica utilità i committenti tenuti all'applicazione del presente codice possono avvalersi anche del contratto di locazione finanziaria.*

2. Nei casi di cui al comma 1, il bando, ferme le altre indicazioni previste dal presente codice, determina i requisiti soggettivi, funzionali, economici, tecnico-realizzativi ed organizzativi di partecipazione, le caratteristiche tecniche ed estetiche dell'opera, i costi, i tempi e le garanzie dell'operazione, nonché i parametri di valutazione tecnica ed economico-finanziaria dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

3. L'offerente di cui al comma 2 può essere anche una associazione temporanea costituita dal soggetto finanziatore e dal soggetto realizzatore, responsabili, ciascuno, in relazione alla specifica obbligazione assunta, ovvero un contraente generale. In caso di fallimento, inadempimento o sopravvenienza di qualsiasi causa impeditiva all'adempimento dell'obbligazione da parte di uno dei due soggetticonstituenti l'associazione temporanea di imprese, l'altro può sostituirlo, con l'assenso del committente, con altro soggetto avente medesimi requisiti e

caratteristiche.

4. L'adempimento degli impegni della stazione appaltante resta in ogni caso condizionato al positivo controllo della realizzazione ed alla eventuale gestione funzionale dell'opera secondo le modalità previste."

A differenza delle operazioni tradizionali per la realizzazione di opere pubbliche, rispetto alle quali si registra una divisione, strutturale e procedurale, tra la fonte di finanziamento (Mutuo) e la realizzazione dell'opera (appalto di lavori), nel *leasing* immobiliare si è in presenza di una operazione di finanza strutturata nella quale vi è un rapporto diretto tra finanziamento e realizzazione dell'opera. Un rapporto in virtù del quale il capitale si integra con il processo di costruzione del bene all'interno di un'unica procedura ad evidenza pubblica.

Nel caso del *leasing* la società (di leasing) concede in godimento alla pubblica amministrazione (utilizzatore) un bene immobile da realizzare (o in fase di realizzazione), definito e scelto dall'utilizzatore, dietro il pagamento, da parte di quest'ultimo, di un canone periodico. All'utilizzatore viene riconosciuto il diritto di acquisire la proprietà dell'immobile durante la vigenza del contratto o alla scadenza di esso. Il bene immobile sarà realizzato da un soggetto scelto congiuntamente dalla società di *leasing* e dalla pubblica amministrazione mediante procedura ad evidenza pubblica.

Come precisato dalla Commissione europea nel gennaio dello scorso anno, il leasing immobiliare è un appalto pubblico di lavori che comprende anche la prestazione di servizi finanziari. Ma lo stesso inquadramento nell'ambito dell'appalto di lavori non funge da ostacolo alla possibilità che il contratto sia concluso da un soggetto diverso da un'impresa di costruzioni, quale proprio la società di leasing, qualora esso dimostri che si avvarrà delle capacità di altri soggetti in possesso delle capacità e dei mezzi necessari ad eseguire l'appalto.

4.3.2. Il contratto di sponsorizzazione

In conclusione è forse opportuno rivolgere brevemente l'attenzione al contratto di sponsorizzazione.

Si tratta di un contratto atipico a prestazioni corrispettive la cui funzione economico sociale è la reclamizzazione e la pubblicità.

La possibilità per le pubbliche amministrazioni di fare ricorso a questo tipo di contratto è stata riconosciuta per la prima volta nella legge n. 449/97 /art. 43) nonché all'art. 119 del d.lgs 267/00. Più in particolare, con riferimento alla normativa dei lavori pubblici l'Autorità di vigilanza sui Lavori Pubblici nella determinazione n. 24 del 5.12.2001, si è pronunciata circa la possibilità di applicare il contratto di sponsorizzazione alla realizzazione delle opere pubbliche.

Muovendo dalla considerazione che la funzione della sponsorizzazione è quella di promuovere l'immagine di un soggetto che per questo fine corrisponde un contributo in beni o servizi, denaro od ogni altra utilità, l'Autorità ha escluso la possibilità che la sponsorizzazione rientri nella disciplina dei lavori pubblici non essendo il contratto di sponsorizzazione direttamente riferibile alla realizzazione di opere pubbliche. Infatti la sponsorizzazione non comporta oneri economici per la pubblica amministrazione ma piuttosto, come si argomenta dal diritto positivo, comporta un risparmio di spesa.

Per tali ragioni l'Autorità ha sottolineato che, come già avviene per altre attività svolte nell'ambito della pubblica amministrazione, le attività facenti capo ai lavori pubblici possono essere oggetto di sponsorizzazione, così come la progettazione preliminare, definitiva ed esecutiva e tutte le prestazioni accessorie fino all'esecuzione dell'opera pubblica.

Secondo l'Autorità, dunque, all'ipotesi del contratto di sponsorizzazione non sono applicabili le normative per gli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi. In ogni caso è necessaria l'applicazione di regole che possano garantire in relazione al lavoro di scelta del contraente sponsor, la trasparenza, l'efficacia e l'efficienza amministrativa.

Una ulteriore notazione appare opportuna con riferimento alla portata dell'espressione economica di spesa.

Sul punto sia consentito sottolineare come la stessa Autorità ha evidenziato che l'utile economico non deve necessariamente coincidere con la controprestazione di una somma di dena-

ro e, pertanto, la controprestazione dello sponsor può anche consistere in un contributo considerabile anche come un bene, un servizio oppure altra utilità proveniente da terzi che intendano così promuovere il proprio nome e la propria immagine. Quindi il contratto di sponsorizzazione deve intendersi come ogni contributo in beni o servizi, denaro od ogni altra utilità provenienti da terzi con lo scopo di promuovere il loro nome, marchio o attività, ovvero conseguire una proiezione positiva di ritorno e di conseguenza un beneficio di immagine.

In buona sostanza il contratto di sponsorizzazione può riguardare anche la realizzazione di progetti e la realizzazione dell'opera pubblica nella fase dell'esecuzione da parte di uno *sponsor*, a condizione che gli enti pubblici e per essi i dirigenti dei lavori pubblici assumano un'obbligazione di sorveglianza in merito all'attività svolta dallo sponsor privato.

Viene, altresì precisato che, come specificato dalla richiamata determinazione dell'Autorità per la Vigilanza sui lavori pubblici, nel caso in cui la sponsorizzazione riguardi anche la realizzazione dell'opera da parte dello *sponsor*, lo stesso è tenuto ad interpellare ditte esecutrici, così come anche i progettisti, qualificate secondo quanto disposto dal D.M. 34/00.

5. La fase di scelta del contraente privato: procedure aperte, ristrette e negoziate

Il punto nodale della fase ad evidenza pubblica è rappresentato dalla scelta del contraente privato che si pone quale esito di una vera e propria procedura concorsuale che trova nel bando il suo momento iniziale.

Il bando di gara è l'atto nel quale l'amministrazione definisce le caratteristiche dell'opera da realizzare ed i criteri di scelta del contraente privato e ne dà notizia ai potenziali contraenti, vincolandosi altresì al rispetto delle norme procedurali e dei criteri di valutazione in esso contenuti per la successiva fase concorsuale. Sarà lo stesso bando a contenere, in aggiunta all'oggetto del contratto ed agli altri elementi indicati dalla normativa in vigore, anche la scelta del sistema di aggiudicazione.

I sistemi di aggiudicazione possono essere accorpati in tre distinte categorie:

- *procedure aperte*, una volta definite asta pubblica o pubblico incanto, rispetto alle quali sono ammesse a partecipare tutte le imprese in possesso dei requisiti prescritti attraverso una presentazione di un'offerta nei modi e nei tempi previsti dal bando (art. 55, comma 5, codice dei contratti);
- *procedure ristrette*, una volta indicate come licitazione privata, riservate alle sole imprese che hanno formulato la previa richiesta di invito; in questo caso il bando di gara pubblicato dall'amministrazione non contiene un'offerta ma un invito a partecipare alle imprese in possesso dei prescritti requisiti che abbiano presentato una apposita domanda;

Art. 55, comma 6,

Nelle procedure ristrette gli operatori economici presentano la richiesta di invito nel rispetto delle modalità e dei termini fissati dal bando di gara e, successivamente, le proprie offerte nel rispetto delle modalità e dei termini fissati nella lettera invito. Alle procedure ristrette, sono invitati tutti i soggetti che ne abbiano fatto richiesta e che siano in possesso dei requisiti di qualificazione previsti dal bando, salvo quanto previsto dall'articolo 62 e dall'articolo 177.

(comma così modificato dall'art. 2, comma 1, lettera o), d.lgs. n. 113 del 2007)

- *procedure negoziate*, (trattativa privata) nelle quali la procedura di gara vera e propria è sostituita da un procedimento informale nel quale, nei casi espressamente previsti dal legislatore, la stazione appaltante addivene alla individuazione del contraente privato. Si tratta di un sistema eccezionale di scelta del contraente privato attraverso il quale l'amministrazione provvede alla scelta del contraente al di fuori dei normali schemi sopra menzionati. Il codice disciplina due ipotesi. La prima, contemplata all'art. 56 del Codice dei contratti, relativo alla procedura negoziata previa pubblicazione di un bando di gara nella quale a seguito dell'esperimento di una procedura aperta, o di una procedura ristretta o di un dialogo competitivo non sia stato possibile selezionare il contraente in quanto tutte le offerte presentate sono risultate irregolari o inammissibili o nel caso in cui si tratti di appalti per lavori realizzati unicamente a scopo di ricerca, sperimentazione o messa a punto e non per assicurare una redditività o il recupero dei costi di ricerca e sviluppo. In questi casi è consentito alle stazioni appaltanti di negoziare con i partecipanti, ai quali deve essere garantita parità di trattamento le offerte da loro presentate in modo da adeguarle alle esigenze manifestate nel bando.

Art. 56.

Procedura negoziata previa pubblicazione di un bando di gara
(art. 30, dir. 2004/18; art. 24, legge n. 109/1994; art. 9, d.lgs. n. 358/1992;
art. 7, d.lgs. n. 157/1995)

1. Le stazioni appaltanti possono aggiudicare i contratti pubblici mediante procedura negoziata, previa pubblicazione di un bando di gara, nelle seguenti ipotesi:
 - a. quando, in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta o di un dialogo competitivo, tutte le offerte presentate sono irregolari ovvero inammissibili, in ordine a quanto disposto dal presente codice in relazione ai requisiti degli offerenti e delle offerte. Nella procedura negoziata non possono essere modificate in modo sostanziale le condizioni iniziali del contratto. Le stazioni appaltanti possono omettere la pubblicazione del bando di gara se invitano alla procedura negoziata tutti i concorrenti in possesso dei requisiti di cui agli articoli da 34 a 45 che, nella procedura precedente, hanno presentato offerte rispondenti ai requisiti formali della procedura medesima. Le disposizioni di cui alla presente lettera si applicano ai lavori di importo inferiore a un milione di euro;
 - b. (lettera soppressa dall'articolo 1, comma 1, lettera e), d.lgs. n. 113 del 2007)
 - c. (lettera soppressa dall'articolo 1, comma 1, lettera e), d.lgs. n. 113 del 2007)
 - d. nel caso di appalti pubblici di lavori, per lavori realizzati unicamente a scopo di ricerca, sperimentazione o messa a punto, e non per assicurare una redditività o il recupero dei costi di ricerca e sviluppo.
2. Nei casi di cui al comma 1, le stazioni appaltanti negoziano con gli offerenti le offerte presentate, per adeguarle alle esigenze indicate nel bando di gara, nel capitolato d'oneri e negli eventuali documenti complementari, e per individuare l'offerta migliore con i criteri di selezione di cui agli articoli 82 e 83.
3. Nel corso della negoziazione le stazioni appaltanti garantiscono la parità di trattamento tra tutti gli offerenti, e non forniscono in maniera discriminatoria informazioni che possano avvantaggiare determinati offerenti rispetto ad altri.
4. Le stazioni appaltanti possono prevedere che la procedura negoziata si svolga in fasi successive per ridurre il numero di offerte da negoziare applicando i criteri di aggiudicazione indicati nel bando di gara o nel capitolato d'oneri. Il ricorso a tale facoltà è indicato nel bando di gara o nel capitolato d'oneri.

Accanto a queste ipotesi l'articolo successivo contempla la possibilità per la stazione appaltante di far ricorso ad una procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara.

Si tratta di ipotesi espressamente individuate dal legislatore e rispetto alle quali la motivazione offerta dalla stazione appaltante a giustificazione della scelta assume un ruolo centrale.

Art. 57.

Procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara
(art. 31, dir. 2004/18; art. 9, d.lgs. n. 358/1992; art. 6, co. 2, legge n.
537/1993; art. 24, legge n. 109/1994; art. 7, d.lgs. n. 157/1995)

1. Le stazioni appaltanti possono aggiudicare contratti pubblici mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara nelle ipotesi seguenti, dandone conto con adeguata motivazione nella delibera o determina a contrarre.
2. Nei contratti pubblici relativi a lavori, forniture, servizi, la procedura è consentita:
 - a. qualora, in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta, non sia stata presentata nessuna offerta, o nessuna offerta appropriata, o nessuna candidatura. Nella procedura negoziata non possono essere modificate in modo sostanziale le condizioni iniziali del contratto. Alla Commissione, su sua richiesta, va trasmessa una relazione sulle ragioni della mancata aggiudicazione a seguito di procedura aperta o ristretta e sulla opportunità della procedura negoziata. Le disposizioni contenute nella presente lettera si applicano ai lavori di importo inferiore a un milione di euro;
 - b. qualora, per ragioni di natura tecnica o artistica ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi, il contratto possa essere affidato unicamente ad un operatore economico determinato;
 - c. nella misura strettamente necessaria, quando l'estrema urgenza, risultante

da eventi imprevedibili per le stazioni appaltanti, non è compatibile con i termini imposti dalle procedure aperte, ristrette, o negoziate previa pubblicazione di un bando di gara. Le circostanze invocate a giustificazione della estrema urgenza non devono essere imputabili alle stazioni appaltanti.

3. Nei contratti pubblici relativi a forniture, la procedura del presente articolo è, inoltre, consentita:

- a. qualora i prodotti oggetto del contratto siano fabbricati esclusivamente a scopo di sperimentazione, di studio o di sviluppo, a meno che non si tratti di produzione in quantità sufficiente ad accertare la redditività del prodotto o a coprire i costi di ricerca e messa a punto;
- b. nel caso di consegne complementari effettuate dal fornitore originario e destinate al rinnovo parziale di forniture o di impianti di uso corrente o all'ampliamento di forniture o impianti esistenti, qualora il cambiamento di fornitore obbligherebbe la stazione appaltante ad acquistare materiali con caratteristiche tecniche differenti, il cui impiego o la cui manutenzione comporterebbero incompatibilità o difficoltà tecniche sproporzionate; la durata di tali contratti e dei contratti rinnovabili non può comunque di regola superare i tre anni;
- c. per forniture quotate e acquistate in una borsa di materie prime;
- d. per l'acquisto di forniture a condizioni particolarmente vantaggiose, da un fornitore che cessa definitivamente l'attività commerciale oppure dal curatore o liquidatore di un fallimento, di un concordato preventivo, di una liquidazione coatta amministrativa, di un'amministrazione straordinaria di grandi imprese.

4. Nei contratti pubblici relativi a servizi, la procedura del presente articolo è, inoltre, consentita qualora il contratto faccia seguito ad un concorso di progettazione e debba, in base alle norme applicabili, essere aggiudicato al vincitore o a uno dei vincitori del concorso; in quest'ultimo caso tutti i vincitori devono essere invitati a partecipare ai negoziati.

5. Nei contratti pubblici relativi a lavori e negli appalti pubblici relativi a servizi, la procedura del presente articolo è, inoltre, consentita:

- a. per i lavori o i servizi complementari, non compresi nel progetto iniziale né nel contratto iniziale, che, a seguito di una circostanza imprevista, sono divenuti necessari all'esecuzione dell'opera o del servizio oggetto del progetto o del contratto iniziale, purché aggiudicati all'operatore economico che presta tale servizio o esegue tale opera, nel rispetto delle seguenti condizioni:
 - a.1. tali lavori o servizi complementari non possono essere separati, sotto il profilo tecnico o economico, dal contratto iniziale, senza recare gravi inconvenienti alla stazione appaltante, ovvero pur essendo separabili dall'esecuzione del contratto iniziale, sono strettamente necessari al suo perfezionamento;
 - a.2. il valore complessivo stimato dei contratti aggiudicati per lavori o servizi complementari non supera il cinquanta per cento dell'importo del contratto iniziale;
- b. per nuovi servizi consistenti nella ripetizione di servizi analoghi già affidati all'operatore economico aggiudicatario del contratto iniziale dalla medesima stazione appaltante, a condizione che tali servizi siano conformi a un progetto di base e che tale progetto sia stato oggetto di un primo contratto aggiudicato secondo una procedura aperta o ristretta; in questa ipotesi la possibilità del ricorso alla procedura negoziata senza bando è consentita solo nei tre anni successivi alla stipulazione del contratto iniziale e deve essere indicata nel bando del contratto originario; l'importo complessivo stimato dei servizi successivi è computato per la determinazione del valore globale del contratto, ai fini delle soglie di cui all'articolo 28.

(lettera così sostituita dall'articolo 1, comma 1, lettera f), d.lgs. n. 113 del 2007)

6. Ove possibile, la stazione appaltante individua gli operatori economici da consultare sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economico finanziaria e tecnico organizzativa desunte dal mercato, nel rispetto

dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione, e seleziona almeno tre operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei. Gli operatori economici selezionati vengono contemporaneamente invitati a presentare le offerte oggetto della negoziazione, con lettera contenente gli elementi essenziali della prestazione richiesta. La stazione appaltante sceglie l'operatore economico che ha offerto le condizioni più vantaggiose, secondo il criterio del prezzo più basso o dell'offerta economicamente più vantaggiosa, previa verifica del possesso dei requisiti di qualificazione previsti per l'affidamento di contratti di uguale importo mediante procedura aperta, ristretta, o negoziata previo bando.

7. È in ogni caso vietato il rinnovo tacito dei contratti aventi ad oggetto forniture, servizi, lavori, e i contratti rinnovati tacitamente sono nulli.

6. (Segue). Il dialogo competitivo e gli accordi quadro

Il quadro delle procedure di scelta del contraente si completa con le due formule inserite con il codice dei contratti.

Si tratta del *dialogo competitivo*, contemplato all'art. 58 del Codice, e degli *accordi quadro*, previsti nell'articolo successivo.

Quanto al primo si tratta di una ipotesi particolare nella quale, in caso di appalti particolarmente complessi, la stazione appaltante può ricorrere a questa formula rispetto alla quale l'unico criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta più vantaggiosa.

Anche in questo caso il primo passo va individuato nella pubblicazione di un bando da parte della stazione appaltante nel quale vengono definiti gli obiettivi e le necessità della stessa stazione appaltante la quale deve redigere un documento descrittivo, parte integrante del bando, nel quale sono indicati i requisiti di ammissione al dialogo competitivo, i criteri di valutazione delle offerte ed i termini entro cui presentarle.

Nella seconda fase si avvia il dialogo tecnico con i candidati selezionati teso ad individuare la soluzione che meglio soddisfa i bisogni delle amministrazioni. Successivamente, i candidati formulano le offerte in base alle soluzioni proposte che vengono così valutate alla luce dei criteri prestabiliti sul bando.

Art. 58.

Dialogo competitivo

(art. 29, dir. 2004/18)

1. Nel caso di appalti particolarmente complessi, qualora ritengano che il ricorso alla procedura aperta o ristretta non permetta l'aggiudicazione dell'appalto, le stazioni appaltanti possono avvalersi del dialogo competitivo conformemente al presente articolo. Il ricorso al dialogo competitivo per lavori è consentito previo parere del Consiglio superiore dei lavori pubblici, e comunque ad esclusione dei lavori di cui alla parte II, titolo III, capo IV. Per i lavori di cui alla parte II, titolo IV, capo II, è altresì richiesto il parere del Consiglio Superiore dei beni culturali. I citati pareri sono resi entro 30 giorni dalla richiesta. Decorso tale termine, l'amministrazione può comunque procedere.

(comma così modificato dall'articolo 1, comma 1, lettera g), d.lgs. n. 113 del 2007)

2. Ai fini del ricorso al dialogo competitivo un appalto pubblico è considerato «particolarmente complesso» quando la stazione appaltante:

- non è oggettivamente in grado di definire, conformemente all'articolo 68, comma 3, lettere b), c) o d), i mezzi tecnici atti a soddisfare le sue necessità o i suoi obiettivi,
- o - non è oggettivamente in grado di specificare l'impostazione giuridica o finanziaria di un progetto.

Possono, secondo le circostanze concrete, essere considerati particolarmente complessi gli appalti per i quali la stazione appaltante non dispone, a causa di fattori oggettivi ad essa non imputabili, di studi in merito alla identificazione e quantificazione dei propri bisogni o all'individuazione dei mezzi strumentali al soddisfacimento dei predetti bisogni, alle caratteristiche funzionali, tecniche, gestionali ed economico-finanziarie degli stessi e all'analisi dello stato di fatto e di diritto di ogni intervento nelle sue eventuali componenti storico-artistiche, architettoniche, paesaggistiche, nonché sulle componenti di sostenibilità

ambientale, socio-economiche, amministrative e tecniche.

3. Il provvedimento con cui la stazione appaltante decide di ricorrere al dialogo competitivo deve contenere specifica motivazione in merito alla sussistenza dei presupposti previsti dal comma 2.

4. L'unico criterio per l'aggiudicazione dell'appalto pubblico è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

5. Le stazioni appaltanti pubblicano un bando di gara conformemente all'articolo 64 in cui rendono noti le loro necessità o obiettivi, che definiscono nel bando stesso o in un documento descrittivo che costituisce parte integrante del bando, nei quali sono altresì indicati i requisiti di ammissione al dialogo competitivo, individuati tra quelli pertinenti previsti dagli articoli da 34 a 46, i criteri di valutazione delle offerte di cui all'articolo 83, comma 2 e il termine entro il quale gli interessati possono presentare istanza di partecipazione alla procedura.

6. Le stazioni appaltanti avviano con i candidati ammessi conformemente ai requisiti di cui al comma 5 un dialogo finalizzato all'individuazione e alla definizione dei mezzi più idonei a soddisfare le loro necessità o obiettivi. Nella fase del dialogo esse possono discutere con i candidati ammessi tutti gli aspetti dell'appalto.

7. Durante il dialogo le stazioni appaltanti garantiscono la parità di trattamento di tutti i partecipanti, in particolare non forniscono, in modo discriminatorio, informazioni che possano favorire alcuni partecipanti rispetto ad altri.

8. Le stazioni appaltanti non possono rivelare agli altri partecipanti le soluzioni proposte né altre informazioni riservate comunicate dal candidato partecipante al dialogo senza l'accordo di quest'ultimo.

9. Le stazioni appaltanti possono prevedere che la procedura si svolga in fasi successive in modo da ridurre il numero di soluzioni da discutere durante la fase del dialogo applicando i criteri di aggiudicazione precisati nel bando di gara o nel documento descrittivo. Il ricorso a tale facoltà è indicato nel bando di gara e nel documento descrittivo.

10. Le stazioni appaltanti proseguono il dialogo finché non sono in grado di individuare, se del caso dopo averle confrontate, la soluzione o le soluzioni che possano soddisfare le loro necessità o obiettivi.

11. Le stazioni appaltanti possono motivatamente ritenere che nessuna delle soluzioni proposte soddisfi le proprie necessità o obiettivi. In tal caso informano immediatamente i partecipanti, ai quali non spetta alcun indennizzo o risarcimento, salvo quanto previsto dal comma 17.

12. Negli altri casi, dopo aver dichiarato concluso il dialogo e averne informato i partecipanti, le stazioni appaltanti li invitano a presentare le loro offerte finali in base alla o alle soluzioni presentate e specificate nella fase del dialogo. Tali offerte devono contenere tutti gli elementi richiesti e necessari per l'esecuzione del progetto.

13. Prima della presentazione delle offerte, nel rispetto dei principi di concorrenza e non discriminazione, le stazioni appaltanti specificano i criteri di valutazione di cui all'articolo 83, comma 2, indicati nel bando o nel documento descrittivo in relazione alle peculiarità della soluzione o delle soluzioni individuate ai sensi del comma 10.

14. Su richiesta delle stazioni appaltanti le offerte possono essere chiarite, precisate e perfezionate. Tuttavia tali precisazioni, chiarimenti, perfezionamenti o complementi non possono avere l'effetto di modificare gli elementi fondamentali dell'offerta o dell'appalto quale posto in gara la cui variazione rischi di falsare la concorrenza o di avere un effetto discriminatorio.

15. Le stazioni appaltanti valutano le offerte ricevute sulla base dei criteri di aggiudicazione fissati nel bando di gara o nel documento descrittivo e di quelli fissati ai sensi del comma 13, individuando l'offerta economicamente più vantaggiosa conformemente all'articolo 83.

16. L'offerente che risulta aver presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa può essere invitato a precisare gli aspetti della sua offerta o a confermare gli impegni in essa figuranti, a condizione che ciò non abbia l'effetto di modificare elementi fondamentali dell'offerta o dell'appalto quale posto in gara, falsare la concorrenza o comportare discriminazioni.

17. Le stazioni appaltanti possono prevedere premi o incentivi per partecipanti al dialogo, anche nell'ipotesi in cui al comma 11.

18. Le stazioni appaltanti non possono ricorrere al dialogo competitivo in modo abusivo o in modo da ostacolare, limitare o distorcere la concorrenza.

L'accordo quadro, ammesso soltanto per i lavori di manutenzione, e nasce dall'esigenza di accorpare gli acquisti di beni omogenei.

Art. 59.

Accordi quadro

(art. 32, dir. 2004/18)

1. Le stazioni appaltanti possono concludere accordi quadro. Per i lavori, gli accordi quadro sono ammessi esclusivamente in relazione ai lavori di manutenzione. Gli accordi quadro non sono ammessi per la progettazione e per gli altri servizi di natura intellettuale.

(comma così sostituito dall'articolo 1, comma 1, lettera h), d.lgs. n. 113 del 2007)

2. Ai fini della conclusione di un accordo quadro, le stazioni appaltanti seguono le regole di procedura previste dalla presente parte in tutte le fasi fino all'aggiudicazione degli appalti basati su tale accordo quadro. Le parti dell'accordo quadro sono scelte applicando i criteri di aggiudicazione definiti ai sensi degli articoli 81 e seguenti.

3. Gli appalti basati su un accordo quadro sono aggiudicati secondo le procedure previste ai commi 4 e 5. Tali procedure sono applicabili solo tra le stazioni appaltanti e gli operatori economici inizialmente parti dell'accordo quadro. In sede di aggiudicazione degli appalti pubblici basati su un accordo quadro le parti non possono in nessun caso apportare modifiche sostanziali alle condizioni fissate in tale accordo quadro, in particolare nel caso di cui al comma 4.

4. Quando un accordo quadro è concluso con un solo operatore economico, gli appalti basati su tale accordo quadro sono aggiudicati entro i limiti delle condizioni fissate nell'accordo quadro. Per l'aggiudicazione di tali appalti, le stazioni appaltanti possono consultare per iscritto l'operatore parte dell'accordo quadro, chiedendogli di completare, se necessario, la sua offerta.

5. Quando un accordo quadro è concluso con più operatori economici, il numero di questi deve essere almeno pari a tre, purché vi sia un numero sufficiente di operatori economici che soddisfano i criteri di selezione, ovvero di offerte accettabili corrispondenti ai criteri di aggiudicazione.

6. Gli appalti basati su accordi quadro conclusi con più operatori economici possono essere aggiudicati mediante applicazione delle condizioni stabilite nell'accordo quadro senza nuovo confronto competitivo.

7. Per il caso di cui al comma 6, l'aggiudicazione dell'accordo quadro contiene l'ordine di priorità, privilegiando il criterio della rotazione, per la scelta dell'operatore economico cui affidare il singolo appalto.

8. Gli appalti basati su accordi quadro conclusi con più operatori economici, qualora l'accordo quadro non fissi tutte le condizioni, possono essere affidati solo dopo aver rilanciato il confronto competitivo fra le parti in base alle medesime condizioni, se necessario precisandole, e, se del caso, ad altre condizioni indicate nel capitolato d'oneri dell'accordo quadro, secondo la seguente procedura:

- a. per ogni appalto da aggiudicare le stazioni appaltanti consultano per iscritto gli operatori economici che sono in grado di realizzare l'oggetto dell'appalto;
- b. le stazioni appaltanti fissano un termine sufficiente per presentare le offerte relative a ciascun appalto specifico tenendo conto di elementi quali la complessità dell'oggetto dell'appalto e il tempo necessario per la trasmissione delle offerte;
- c. le offerte sono presentate per iscritto e il loro contenuto deve rimanere segreto fino alla scadenza del termine previsto per la loro presentazione;
- d. le stazioni appaltanti aggiudicano ogni appalto all'offerente che ha presentato l'offerta migliore sulla base dei criteri di aggiudicazione fissati nel capitolato d'oneri dell'accordo quadro.

9. La durata di un accordo quadro non può superare i quattro anni, salvo in

casi eccezionali debitamente motivati, in particolare, dall'oggetto dell'accordo quadro.

10. Le stazioni appaltanti non possono ricorrere agli accordi quadro in modo abusivo o in modo da ostacolare, limitare o distorcere la concorrenza.

7. Stipula ed esecuzione del contratto

La fase ad evidenza pubblica si conclude con la scelta del soggetto aggiudicatario. Effettuati i prescritti controlli sarà possibile stipulare il contratto che segna il passaggio dalla fase pubblicistica a quella più propriamente privatistica nella quale le parti (amministrazione e contraente) sono in una posizione di parità.

Il primo atto di esecuzione del rapporto contrattuale è rappresentato dalla consegna dei lavori, attraverso la quale l'appaltatore viene immesso nella piena disponibilità dell'area ove realizzare i lavori.

Si tratta di un momento che assume una sua autonoma rilevanza anche ai fini della determinazione del momento di ultimazione delle opere e per tutte le scadenze intermedie contenute nel crono programma dei lavori, elaborato obbligatorio del progetto esecutivo.

La legge riconosce una piena autonomia all'appaltatore in merito alla organizzazione del cantiere rispetto alla quale l'amministrazione non esercita alcun potere di ingerenza. Al contrario, l'amministrazione può determinare nel capitolato speciale l'ordine di esecuzione dei lavori, che altrimenti è lasciato alla piena discrezionalità dell'appaltatore, e può esercitare poteri di vigilanza e controllo in merito alla regolare esecuzione dell'opera.

In questa fase assume un rilievo centrale il direttore dei lavori che è appunto l'interlocutore dell'amministrazione nel corso della esecuzione del contratto da parte dell'appaltatore. Egli è essenzialmente preposto alla direzione ed al controllo tecnico, contabile ed amministrativo dell'esecuzione dell'intervento, nel rispetto degli impegni contrattuali e cura, in piena autonomia, che i lavori siano eseguiti a regola d'arte. I suoi compiti consistono essenzialmente nella verifica del possesso e della regolarità da parte dell'appaltatore della documentazione prevista dalla normativa vigente disciplinante i rapporti con i lavoratori operanti nel cantiere; verifica della validità del programma di manutenzione, dei manuali d'uso e di manutenzione; verifica della conformità dei lavori in esecuzione alle norme della tecnica, al progetto esecutivo ed al contratto. Eventuali scostamenti dal contratto possono, quali ad esempio varianti quantitative dell'importo del contratto, o qualitative, possono essere apportate secondo quanto prescritto dall'art. 132 del Codice dei contratti, sentito il progettista ed il direttore dei lavori nelle ipotesi espressamente contemplate al primo comma.

Art. 132.

Varianti in corso d'opera

(artt. 19, comma 1-ter, e 25, legge n. 109/1994)

1. Le varianti in corso d'opera possono essere ammesse, sentito il progettista e il direttore dei lavori, esclusivamente qualora ricorra uno dei seguenti motivi:

- a. per esigenze derivanti da sopravvenute disposizioni legislative e regolamentari;
- b. per cause impreviste e imprevedibili accertate nei modi stabiliti dal regolamento, o per l'intervenuta possibilità di utilizzare materiali, componenti e tecnologie non esistenti al momento della progettazione che possono determinare, senza aumento di costo, significativi miglioramenti nella qualità dell'opera o di sue parti e sempre che non alterino l'impostazione progettuale;
- c. per la presenza di eventi inerenti alla natura e alla specificità dei beni sui quali si interviene verificatisi in corso d'opera, o di rinvenimenti imprevisti o non prevedibili nella fase progettuale;
- d. nei casi previsti dall'articolo 1664, comma 2, del codice civile;
- e. per il manifestarsi di errori o di omissioni del progetto esecutivo che pregiudicano, in tutto o in parte, la realizzazione dell'opera ovvero la sua utilizzazione; in tal caso il responsabile del procedimento ne dà immediatamente comuni-

cazione all'Osservatorio e al progettista.

In generale, data la peculiarità dei lavori pubblici, vige la regola della impossibilità di *subappaltare* essendo i soggetti appaltatori tenuti ad eseguire in proprio le opere o i lavori di cui al contratto, pena la nullità dello stesso in caso di cessione. L'unica eccezione è rappresentata dalla indicazione a priori, cioè al momento dell'offerta, dei lavori o delle loro parti che il partecipante alla gara intende subappaltare, con indicazione anche del relativo importo. Inoltre, una volta aggiudicata la gara, prima di procedere all'effettiva assegnazione dei lavori che intende subappaltare l'aggiudicatario deve presentare alla stazione appaltante una istanza nella quale sia indicato il nominativo del subappaltatore, allegando copia autentica del contratto, la certificazione attestante il possesso da parte del subappaltatore dei requisiti richiesti e anche la sussistenza o meno di eventuali forme di controllo o di collegamento con l'impresa affidataria.

Il contratto può anche essere sciolto anticipatamente attraverso il recesso, che può avvenire da parte della stazione appaltante in qualunque tempo, previo il pagamento dei lavori eseguiti e dei materiali esistenti in cantiere, nonché di un decimo dell'importo delle opere, secondo quanto previsto dall'art. 134 del codice dei contratti. Il diritto di recesso può essere esercitato anche dall'appaltatore in caso di legittima prolungata sospensione dei lavori, per un periodo superiore ad un quarto della durata complessiva del contratto, o comunque quando superi sei mesi complessivi. Nell'ipotesi in cui la stazione appaltante si opponga allo scioglimento del contratto, l'appaltatore ha diritto alla rifusione dei maggiori oneri derivanti dal prolungamento della sospensione.

Art. 134.

Recesso

(art. 122, d.P.R. n. 554/1999; art. 345, legge n. 2248/1865, all. F)

1. La stazione appaltante ha il diritto di recedere in qualunque tempo dal contratto previo il pagamento dei lavori eseguiti e del valore dei materiali utili esistenti in cantiere, oltre al decimo dell'importo delle opere non eseguite.
2. Il decimo dell'importo delle opere non eseguite è calcolato sulla differenza tra l'importo dei quattro quinti del prezzo posto a base di gara, depurato del ribasso d'asta, e l'ammontare netto dei lavori eseguiti.
3. L'esercizio del diritto di recesso è preceduto da formale comunicazione all'appaltatore da darsi con un preavviso non inferiore a venti giorni, decorsi i quali la stazione appaltante prende in consegna i lavori ed effettua il collaudo definitivo.
4. I materiali il cui valore è riconosciuto dalla stazione appaltante a norma del comma 1 sono soltanto quelli già accettati dal direttore dei lavori prima della comunicazione del preavviso di cui al comma 3.
5. La stazione appaltante può trattenere le opere provvisorie e gli impianti che non siano in tutto o in parte asportabili ove li ritenga ancora utilizzabili. In tal caso essa corrisponde all'appaltatore, per il valore delle opere e degli impianti non ammortizzato nel corso dei lavori eseguiti, un compenso da determinare nella minor somma fra il costo di costruzione e il valore delle opere e degli impianti al momento dello scioglimento del contratto.
6. L'appaltatore deve rimuovere dai magazzini e dai cantieri i materiali non accettati dal direttore dei lavori e deve mettere i predetti magazzini e cantieri a disposizione della stazione appaltante nel termine stabilito; in caso contrario lo sgombero è effettuato d'ufficio e a sue spese.

La conclusione anticipata del contratto può avvenire anche per *risoluzione* dello stesso. La risoluzione può esser chiesta allorché a seguito della stipula nei confronti dell'appaltatore sia intervenuta l'emanazione di un provvedimento definitivo che dispone l'applicazione di misure di prevenzione o sia intervenuta una sentenza di condanna passata in giudicato per frodi nei riguardi della stazione appaltante, di subappaltatori, di fornitori, di lavoratori o di altri soggetti comunque interessati ai lavori, nonché per violazione degli obblighi attinenti alla sicurezza sul lavoro.

Art. 135.

Risoluzione del contratto per reati accertati e per revoca dell'attestazione di qualificazione

(rubrica così modificata dall'articolo 3, comma 1, lettera i), d.lgs. n.113 del 2007)
(art. 118, d.P.R. n. 554/1999)

1. Fermo quanto previsto da altre disposizioni di legge, qualora nei confronti dell'appaltatore sia intervenuta l'emanazione di un provvedimento definitivo che dispone l'applicazione di una o più misure di prevenzione di cui all'articolo 3,

della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 ed agli articoli 2 e seguenti della legge 31 maggio 1965, n. 575, ovvero sia intervenuta sentenza di condanna passata in giudicato per frodi nei riguardi della stazione appaltante, di subappaltatori, di fornitori, di lavoratori o di altri soggetti comunque interessati ai lavori, nonché per violazione degli obblighi attinenti alla sicurezza sul lavoro, il responsabile del procedimento propone alla stazione appaltante, in relazione allo stato dei lavori e alle eventuali conseguenze nei riguardi delle finalità dell'intervento, di procedere alla risoluzione del contratto.

(comma così modificato dall'articolo 1, comma 1, lettera p), e dall'articolo 3, comma 1, lettera i), d.lgs. n. 113 del 2007)

1-bis. Qualora nei confronti dell'appaltatore sia intervenuta la revoca dell'attestazione di qualificazione, per aver prodotto falsa documentazione o dichiarazioni mendaci, risultanti dal casellario informatico, la stazione appaltante procede alla risoluzione del contratto.

(comma aggiunto dall'art. 3, comma 1, lettera i), d.lgs. n. 113 del 2007)

La risoluzione può essere chiesta anche nelle ipotesi in cui sia stato accertato da parte del direttore dei lavori un grave inadempimento delle obbligazioni tale da compromettere la buona riuscita dei lavori stessi, o vengano riscontrate gravi irregolarità o vi sia un grave ritardo.

Nel caso di risoluzione per grave inadempimento, la stazione appaltante è tenuta a corrispondere un valore pari esclusivamente alle opere eseguite, mentre sull'appaltatore graverà il maggiore onere derivante dall'affidamento dei lavori ad altra impresa.

Inoltre, l'inadempimento dell'impresa è sanzionato anche con il divieto di partecipare alle gare indette dalla medesima stazione appaltante.

Art. 136.

Risoluzione del contratto per grave inadempimento grave irregolarità e grave ritardo

(art. 119, d.P.R. n. 554/1999; artt. 340, 341 legge n. 2248/1865)

1. Quando il direttore dei lavori accerta che comportamenti dell'appaltatore concretano grave inadempimento alle obbligazioni di contratto tale da compromettere la buona riuscita dei lavori, invia al responsabile del procedimento una relazione particolareggiata, corredata dei documenti necessari, indicando la stima dei lavori eseguiti regolarmente e che devono essere accreditati all'appaltatore.
2. Su indicazione del responsabile del procedimento il direttore dei lavori formula la contestazione degli addebiti all'appaltatore, assegnando un termine non inferiore a quindici giorni per la presentazione delle proprie controdeduzioni al responsabile del procedimento.
3. Acquisite e valutate negativamente le predette controdeduzioni, ovvero scaduto il termine senza che l'appaltatore abbia risposto, la stazione appaltante su proposta del responsabile del procedimento dispone la risoluzione del contratto.
4. Qualora, al fuori dei precedenti casi, l'esecuzione dei lavori ritardi per negligenza dell'appaltatore rispetto alle previsioni del programma, il direttore dei lavori gli assegna un termine, che, salvo i casi d'urgenza, non può essere inferiore a dieci giorni, per compiere i lavori in ritardo, e dà inoltre le prescrizioni ritenute necessarie. Il termine decorre dal giorno di ricevimento della comunicazione.
5. Scaduto il termine assegnato, il direttore dei lavori verifica, in contraddittorio con l'appaltatore, o, in sua mancanza, con la assistenza di due testimoni, gli effetti dell'intimazione impartita, e ne compila processo verbale da trasmettere al responsabile del procedimento.
6. Sulla base del processo verbale, qualora l'inadempimento permanga, la stazione appaltante, su proposta del responsabile del procedimento, delibera la risoluzione del contratto.

Ultimati i lavori, la consegna dell'opera deve essere seguita dalla accettazione da parte della stazione appaltante, ed al conseguente pagamento del corrispettivo.

Tali fasi sono precedute dal collaudo dell'opera, volto a certificare e verificarne l'esecuzione a regola d'arte, in conformità alla prescrizioni tecniche prestabilite nel contratto, e nelle eventuali varianti tecniche. Il collaudo mira, inoltre, ad accertare la corrispondenza tra i dati risultanti dalla contabilità e i documenti giustificativi e lo stato dei fatti, nonché la tempestiva realizzazione delle procedure espropriative e la predisposizione di tutte le verifiche necessarie.

Si tratta di un procedimento composito che inizia necessariamente con la verifica dell'opera, seguito poi dalla emissione del relativo certificato, e dalla approvazione da parte dell'amministrazione.

Art. 141.

Collaudo dei lavori pubblici
(art. 28, legge n. 109/1994)

1. Il regolamento definisce le norme concernenti il termine entro il quale deve essere effettuato il collaudo finale, che deve avere luogo non oltre sei mesi dall'ultimazione dei lavori, salvi i casi, individuati dal regolamento, di particolare complessità dell'opera da collaudare, in cui il termine può essere elevato sino ad un anno. Il medesimo regolamento definisce altresì i requisiti professionali dei collaudatori secondo le caratteristiche dei lavori, la misura del compenso ad essi spettante, nonché le modalità di effettuazione del collaudo e di redazione del certificato di collaudo ovvero, nei casi previsti, del certificato di regolare esecuzione.
2. Il regolamento definisce altresì il divieto di affidare i collaudi a magistrati ordinari, amministrativi e contabili.
3. Per tutti i lavori oggetto del codice è redatto un certificato di collaudo secondo le modalità previste dal regolamento. Il certificato di collaudo ha carattere provvisorio e assume carattere definitivo decorsi due anni dall'emissione del medesimo. Decorso tale termine, il collaudo si intende tacitamente approvato ancorché l'atto formale di approvazione non sia intervenuto entro due mesi dalla scadenza del medesimo termine. Nel caso di lavori di importo sino a 500.000 euro il certificato di collaudo è sostituito da quello di regolare esecuzione; per i lavori di importo superiore, ma non eccedente il milione di euro, è in facoltà del soggetto appaltante di sostituire il certificato di collaudo con quello di regolare esecuzione. Il certificato di regolare esecuzione è comunque emesso non oltre tre mesi dalla data di ultimazione dei lavori.
4. Per le operazioni di collaudo, le stazioni appaltanti nominano da uno a tre tecnici di elevata e specifica qualificazione con riferimento al tipo di lavori, alla loro complessità e all'importo degli stessi. Per le stazioni appaltanti che sono amministrazioni aggiudicatrici, i tecnici sono nominati dalle predette amministrazioni nell'ambito delle proprie strutture, salvo che nell'ipotesi di carenza di organico accertata e certificata dal responsabile del procedimento. Possono fare parte delle commissioni di collaudo, limitatamente ad un solo componente, i funzionari amministrativi che abbiano prestato servizio per almeno cinque anni in uffici pubblici.
5. Il collaudatore o i componenti della commissione di collaudo non devono avere svolto alcuna funzione nelle attività autorizzative, di controllo, di progettazione, di direzione, di vigilanza e di esecuzione dei lavori sottoposti al collaudo. Essi non devono avere avuto nell'ultimo triennio rapporti di lavoro o di consulenza con il soggetto che ha eseguito i lavori. Il collaudatore o i componenti della commissione di collaudo non possono inoltre fare parte di organismi che abbiano funzioni di vigilanza, di controllo o giurisdizionali.
6. Il regolamento prescrive per quali lavori di particolare complessità tecnica o di grande rilevanza economica il collaudo è effettuato sulla base di apposite certificazioni di qualità dell'opera e dei materiali.
7. Fermo quanto previsto dal comma 3, è obbligatorio il collaudo in corso d'opera nei seguenti casi:
 - a. quando la direzione dei lavori sia effettuata ai sensi dell'articolo 130, comma 2, lettere b) e c);
 - b. in caso di opere di particolare complessità;
 - c. in caso di affidamento dei lavori in concessione;
 - d. in altri casi individuati nel regolamento.
8. Nei casi di affidamento dei lavori in concessione, il responsabile del procedimento esercita anche le funzioni di vigilanza in tutte le fasi di realizzazione dei lavori, verificando il rispetto della convenzione.
9. Il pagamento della rata di saldo, disposto previa garanzia fideiussoria, deve essere effettuato non oltre il novantesimo giorno dall'emissione del certificato di collaudo provvisorio ovvero del certificato di regolare esecuzione e non costituisce presunzione di accettazione dell'opera, ai sensi dell'articolo 1666, comma

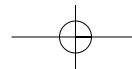
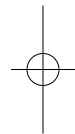
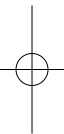
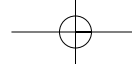
2, del codice civile.

10. Salvo quanto disposto dall'articolo 1669 del codice civile, l'appaltatore risponde per la difformità e i vizi dell'opera, ancorché riconoscibili, purché denunciati dal soggetto appaltante prima che il certificato di collaudo assuma carattere definitivo.

10-bis. Resta fermo quanto previsto dalla legge n. 717 del 1949.

(comma aggiunto dall'art. 2, comma 1, lettera ee), d.lgs. n. 113 del 2007)

Bibliografia essenziale



- AA. VV.**, *Commentario al codice dei beni culturali e del paesaggio*, A. Angiuli, V. Caputi Jambrenghi (a cura di), Giappichelli, Torino, 2005
- AA.VV.**, *Commentario al t.u. dell'edilizia*, S. Ferrara, G.F. Ferrari (a cura di), Giappichelli, Torino, 2004
- AA.VV.**, *Commento al codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, Utet, Torino, 2006
- AA.VV.**, *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca (a cura di), Monduzzi, Bologna, II ed., 1998
- AA.VV.**, *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio*, M. Cammelli (a cura di), Il Mulino, Bologna, 2005
- AA.VV.**, *La cartolarizzazione del patrimonio immobiliare pubblico*, G. Morbidelli, (a cura di), Giappichelli, Torino, 2004
- AA.VV.**, *La disciplina delle opere pubbliche*, A. Crosetti (a cura di), Maggioli, Rimini, 2007
- AA.VV.**, *La legge "quadro" in materia di lavori pubblici*, A. Carullo, A. Clarizia (a cura di), Cedam, Padova, 2004
- ALPA G.**, *Strumenti privatistici ed esigenze economiche. Ipotesi sintomatiche di interventi correttivi, adesivi o distorsivi delle regole del mercato*, in *Cont. imp.*, 1989, pp. 368 ss.
- AMATO G., BARBERA A.**, *Manuale di diritto pubblico*, Il Mulino, Bologna, 1984
- AMOROSINO S.**, *Il «governo del territorio» tra Stato, Regioni ed enti locali*, in *Riv. giur. ed.*, 2003, pp. 77 ss.
- ASSEMBLEA COSTITUENTE**, *Atti della Commissione per la Costituzione, Relazione e proposte*, in *La costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, a cura del Segretariato generale della Camera dei deputati, vol. VI, Roma, 1971
- BARTOLINI A.**, *L'autorizzazione paesaggistica tra disciplina transitoria quella a regime*, in *T.A.R.*, 2005, pp. 363 ss
- BASSI A.**, *Il ruolo del project manager. Il profilo etico e le competenze personali*, F. Angeli, Milano, 2006
- BELLOMIA S.**, *Evoluzione e tendenze della normativa statale e regionale in materia di pianificazione urbanistica*, in *Riv. giur. ed.*, 2003, pp. 125 ss.
- BERETTA S.**, *La «costituzione economica» genesi e principi*, in *Il politico*, 1988, pp. 379 ss
- BHAGWATI J.**, *Elogio della globalizzazione*, Laterza, Bari, 2005
- BIANCHERI G., BIANCHI D'ESPINOSA L., GIANNATTASIO C.**, *La costituzione italiana - commento analitico*, Nocchioli, Firenze, 1949
- CALSOLARO O. M.**, *Riflessi della cartolarizzazione sugli statuti dominicali pubblici*, in *Foro amm.*, TAR, 2006, pp. 781 ss.
- CARANTA R.**, *La tutela cautelare ante causam contro gli atti adottati dalle amministrazioni aggiudicatrici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, pp. 898 ss.
- CARETTI P., DE SIERVO U.**, *Istituzioni di diritto pubblico*, Giappichelli, Torino, 2005
- CARINGELLA F.**, *Il Consiglio di Stato sui rapporti tra appalti di soggetti privati e giurisdizione amministrativa*, in *Urbanistica e Appalti*, 2000, pp. 528 ss.
- CIANFLONE A., GIOVANNINI G.**, *L'appalto di opere pubbliche*, Giuffrè, Milano, 2003
- CROSETTI A.**, *Federalismo amministrativo, governo del territorio e pianificazione di area vasta*, Giappichelli, Torino, 2004
- CROSETTI A., POLICE A., SPASIANO M.R.**, *Diritto urbanistico e dei lavori pubblici*, Giappichelli, Torino, 2007
- CROSETTI A.**, *Territorio (pianificazione del)*, in *Noviss. Dig. It., Appendice*, VII, Utet, Torino, 1987, pp. 733 ss.

- CROSETTI A., VAIANO D., *Beni culturali e paesaggistici*, Giappichelli, Torino, 2005
- D'ANGELO G., *Diritto dell'edilizia e dell'urbanistica*, Cedam, Padova, 2006
- D'ORSOGNA D., *Conferenza di servizi e amministrazione della complessità*, Giappichelli, Torino, 2002
- D'ORSOGNA M., *Programmazione strategica e attività decisionale della pubblica amministrazione*, Giappichelli, Torino, 2001
- DAMIANI M., *Project management di successo. Un modo di operare condiviso all'interno delle organizzazioni*, F. Angeli, Milano, 2007
- DE NICTOLIS R., V. POLI, *I titoli edilizi nel testo unico e nella legge obiettivo*, Giuffrè, Milano, 2003
- DELLI SANTI G., *Piano territoriale di coordinamento*, in *Noviss. Dig. It.*, Utet, Torino, 1966, XIII, pp. 49 ss.
- DI PLINIO G., *Diritto pubblico dell'economia*, Giuffrè, Milano, 1998
- FERRARESE M.R., *Le istituzioni della globalizzazione*, Il Mulino, Bologna, 2000
- FRANCHINI C., *I contratti della pubblica amministrazione*, in *Trattato dei contratti*, Torino, 2007
- GALGANO F., *Nazioni senza ricchezze, ricchezze senza nazione*, Il Mulino, Bologna, 1993
- GRAVAGNUOLO B., *La progettazione urbana in Europa*, Laterza, Bari, 1997
- HEERTJE A., *Introduzione* al volume di J.E. STIGLIZ, *Il ruolo economico dello Stato*, Il Mulino, Bologna, 1992
- IMMORDINO M., *Legge sul procedimento amministrativo, accordi e contratti di diritto pubblico*, in *Dir. amm.*, 1997, pp. 105 ss.
- LAVAGNA C., *Istituzioni di diritto pubblico*, IV ed., UTET, Torino, 1986
- LOSANO M. G., *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, Laterza, Bari, 2000
- LUHMANN N., *Stato di diritto e sistema sociale*, Napoli, 1978
- MARTINES T., *Diritto Costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1988
- MATHIAS P., *Cinque lezioni di teoria e storia dello sviluppo economico*, trad. it. a cura di G. Sabatini, ESI, Napoli 2003
- MAZZARELLI V., *L'urbanistica e la pianificazione territoriale*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 3335 ss.
- MONACO A., *Urbanistica, Ambiente e territorio*, Ed. Simone, Napoli, 2003
- MORBIDELLI G., *Il project financing*, in *Dir. pubb. comp. europeo*, 2005, pp. 1792 ss.
- MUSSELLI L., *L'incerta identità dell'edilizia residenziale pubblica dopo il d. lg. 31 marzo 1998 n. 80: tra la nozione di "servizio pubblico" e quella di "edilizia e urbanistica"*, in *Foro amm. - T.A.R.*, 2002, pp. 1193 ss.
- NIGRO M., *L'azione dei pubblici poteri, lineamenti generali*, in G. Amato, A. Barbera, *Manuale di diritto pubblico*, Il Mulino, Bologna, 1981, pp. 719 ss.
- OCCHIENA M., *Annotazioni sul piano regolatore generale e sui controinteressati*, in *Giust. civ.*, 1996, pp. 1507 ss.
- PALLOTTINO M., *La pianificazione paesistica secondo il codice dei beni culturali e del paesaggio*, in *Riv. giur. urb.*, 2004, pp. 525 ss.
- PALMA G., *Economia pubblica e programmazione*, Editoriale scientifica s.r.l., Napoli, 1980
- PAOLANTONIO N., *Accessione invertita, tutela risarcitoria e questioni di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, pp. 161 ss.
- PAOLANTONIO N., *Diritti fondamentali, buon risultato e giusto indennizzo espropriativo*, in *Foro amm.*, Cds, 2004, pp. 2434 ss.
- PAOLANTONIO N., *Discrezionalità tecnica e giurisprudenza pratica*, in *Foro amm.*, Cds, 2002, pp. 2567 ss.
- PICOZZA E., *I poteri delle regioni e degli enti locali in materia urbanistico-edilizia dopo la modifica del titolo V della Costituzione*, in *Cons. Stato*, 2003, pp. 1945 ss.

- PICOZZA E., *Il piano regolatore generale urbanistico*, Cedam, Padova, 1987
- PICOZZA E., *La finanza di progetto nel sistema dell'attività contrattuale privata e pubblica*, in *Cons. Stato*, 2003, pp. 103 ss.
- PICOZZA E., *Le nuove prospettive della finanza di progetto nel codice dei contratti pubblici*, in *Giu-risdizione amministrativa*, 2007, pp. 301 ss.
- PICOZZA E., *L'incidenza del diritto comunitario (e del diritto internazionale) sui concetti fondamentali del diritto pubblico dell'economia*, in *Riv. it. dir. pubb. comunitario*, 1996, pp. 239 ss.
- POLICE A., *Legislazione delle opere pubbliche e dell'edilizia*, Giappichelli, Torino, 2004
- PREDIERI A., *Pianificazione e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1963
- RIMOLI F., *Norma giuridica*, in AA.VV., *Dizionario di diritto costituzionale*, a cura di M. AINIS, Laterza, Bari, 2000, pp. 3 ss.
- SALVIA F., TERESI F., *Diritto urbanistico*, Cedam, Padova, 2002
- SANDULLI A.M., *Competenze e coordinamento delle competenze nella pianificazione territoriale e in quella comunale*, in *Riv. giur. ed.*, 1961, II, pp. 151 ss.
- SANDULLI M. A., *Denuncia di inizio di attività*, in *Riv. giur. edil.*, 2004, pp. 3. ss.
- SANDULLI M. A., GAROFOLI R., *Trattato sui contratti pubblici, I*, Milano, 2007
- SANTORO P., *Aggiudicazione provvisoria e definitiva del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Foro amm., Cds*, 2006, pp. 1309 ss.
- SCHARPF F.W., *Governare l'Europa, Legittimità democratica ed efficacia delle politiche dell'Unione europea*, trad. it., Il Mulino, Bologna, 1999
- SCOCA F.G., *Analisi giuridica della conferenza di servizi*, in *Dir. amm.*, 1999, pp. 255 ss.
- SCOCA F.G., *Indennità di espropriazione*, in *Riv. amm.*, 2006, pp. 231 ss.
- SCOCA F.G., *Indennità di espropriazione: la diversa sensibilità della Consulta e della Corte di Strasburgo*, in *www.federalismi.it*, 11, 2006
- SCOCA F.G., *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2000, pp. 1045 ss.
- SCOCA F.G., *Modalità di espropriazione e "rispetto" dei beni (immobili) privati*, in *Dir. amm.*, 2006, pp. 519 ss.
- SCOCA F.G., TARULLO S., *La metamorfosi dell'accessione invertita*, in *Riv. amm.*, 2001, pp. 531 ss.
- SCOTTI E., *I nuovi confini dell'«organismo di diritto pubblico» alla luce delle più recenti pronunce della Corte di giustizia*, in *Foro It.*, 1999, IV, pp. 139 ss.
- STELLA RICHTER P., *I principi del diritto urbanistico*, Milano, Giuffrè, 2006
- STELLA RICHTER P., *Profili funzionali dell'urbanistica*, Giuffrè, Milano, 1984
- STIGLITZ J., *La globalizzazione e i suoi oppositori*, Einaudi, Torino, 2003
- TRAVI A., *La denuncia di inizio attività fra modelli generali e problemi pratici*, in *Riv. Urb. e App.*, 2002, pp. 382 ss.
- URBANI P., CIVITARESE MATTEUCCI S., *Diritto urbanistico. Organizzazione e rapporti*, Giappichelli, Torino, 2004
- URBANI P., *Le politiche abitative per le fasce più deboli: le nuove modalità per assicurare il servizio pubblico casa*, in *Riv. giur. urb.*, 2006, pp. 388 ss.
- VALLETTI A., *Natura giuridica dei piani di edilizia economica e popolare (p.e.e.p.) e conseguenze giuridiche in tema di indennità di espropriazione*, in *App. urb. ed.*, 2002, pp. 71 ss.
- ZITO A., *I riparti di competenze in materia di servizi pubblici locali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Dir. amm.*, 2003, pp. 387 ss.
- ZITO A., *Il "diritto ad una buona amministrazione" nella carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e nell'ordinamento interno*, in *Riv. it.dir. pubb. com.*, 2002, pp. 425 ss.