

ius
PUBLICUM NETWORK REVIEW

N.3-4 .
2013

ISSN 2039-2540



Index

Articles

1. José Esteve Pardo - La extensión del derecho público. Una reacción necesaria.
2. Daniel I.Gordon, Gabriella M. Racca - Integrity Challenges in the EU and U.S. Procurement Systems
3. Jorge García-Andrade Gómez - La adopción de la estabilidad presupuestaria en la Constitución española
4. Fabio Saitta - Towards a due process of eminent domain

Reports

5. Public Contracts
 - a. ITA: Hilde Caroli Casavola, La globalizzazione dei contratti della pubblica amministrazione
 - b. ITA: Hilde Caroli Casavola, Public procurement and globalization
6. Public Law and Economics (Competition and Regulation) and Public Utilities
 - a. ITA: Melania D'Angelosante, Fallimenti dello Stato e sussidiarietà inclusiva del mercato nel governo della salute ai tempi della crisi economica
 - b. ITA: Melania D'Angelosante, State Failures and the "Inclusive Subsidiarity" of the Market in Healthcare at the Time of the Economic Recession
 - c. ITA: Maria Grazia Della Scala, Le società a partecipazione statale: "società - imprese" ed enti pubblici in forma societaria. Profili di disciplina applicabile.
 - d. ITA: Maria Grazia Della Scala, State-Owned Enterprises: "Companies - Enterprises" and Public Entities Organized as Companies. A Review of Applicable Rules.
 - e. FRA: Maxime Boul, Droit public de la économie et services publics - Apport - 2012
7. Judicial review and remedies
 - a. ENG: Richard Kirkham, Liability and Accountability (Ombudsman)
 - b. ENG: Martin Trybus, The Transposition of the Public Procurement Remedies Directive 2007/66/EC in the United Kingdom
8. European Law, Comparative Law, Constitutional Law and International Law - Human Rights
 - a. FRA: M. Bertrand Sergues, Droit administratif et droit constitutionnel Apports de la période 2012 juin 2013
 - b. FRA: Salomé Gottot, Droit administratif et droit de la Union Européenne Apport de l'année 2012

LA EXTENSIÓN DEL DERECHO PÚBLICO. UNA REACCIÓN NECESARIA¹

José ESTEVE PARDO²

INDEX

1. PLANTEAMIENTO

2. LAS TRANSFORMACIONES ESTRUCTURALES:

2.1 La nueva correlación entre Estado y sociedad:

A) La evolución y los planteamientos convencionales sobre las relaciones entre Estado y sociedad

B) El creciente flujo y traslado de funciones del Estado a la sociedad

C) La dispersión del poder en una sociedad fragmentada sin perspectiva para la atención de los intereses generales.

2.2 La reconfiguración del Estado en el entorno de esa nueva correlación. El Estado garante

3. LA EXTENSIÓN DEL DERECHO PÚBLICO:

3.1 La extensión del Derecho público como contrapartida a la pérdida de posiciones de titularidad y dominio por el Estado

3.2 La nueva impronta garantista de los intereses generales y la orientación horizontal del Derecho público en su proyección sobre relaciones entre particulares

¹ Reproducción del artículo publicado en la Revista de Administración Pública, núm. 189, Madrid, septiembre-diciembre (2012), págs. 11-40.

² Catedrático de Derecho Administrativo Universidad de Barcelona

3.3 La superación de las concepciones subjetivas para definir y dimensionar el Derecho público. La constatación empírica en algunas experiencias significativas

4. EL EJEMPLO DE UN SISTEMA EN EL NUEVO ENTORNO DE REFERENCIAS. EL MODELO DE REGULACIÓN DE SERVICIOS DE CONTENIDO ECONÓMICO:

4.1 La evolución del sistema. El modelo originario de regulación vertical en monopolio. La similitud con el régimen concesional y de titularidad pública en Europa

4.2 La pérdida en Europa de las posiciones de titularidad pública. Competencia y proyección horizontal

4.3 La regulación como uno de los instrumentos característicos del Estado garante

4.4 La extensión del Derecho público a las relaciones entre operadores privados

5. EXTENSIÓN OBJETIVA. LA EXPERIENCIA ANGLOSAJONA

6. LA EXTENSIÓN SUBJETIVA. LA ATRIBUCIÓN DE UN CIERTO ESTATUTO PÚBLICO A SUJETOS PRIVADOS QUE EJERCEN FUNCIONES PÚBLICAS. LA EXPERIENCIA ALEMANA

RESUMEN

En las dos últimas décadas se ha producido una nueva correlación en las relaciones entre Estado y sociedad. Muchas funciones que se tenían por características del Estado, situadas en su órbita y en la de las Administraciones Públicas, se han venido trasladando, de manera masiva, a particulares, a la sociedad en definitiva. El Estado que ha perdido así la titularidad sobre funciones y medios debe ahora recomponer su protagonismo reiventándose como Estado garante para garantizar la protección de los intereses generales. Un movimiento necesario —o reacción ante la pérdida de protagonismo gestor— será la extensión del Derecho público en el ámbito privado, a toda una serie de relaciones entre particulares. Disponemos ya de experiencias y líneas de proyección del Derecho administrativo que se analizan en el artículo.

ABSTRACT

In the last two decades a new relationship between State and civil society can be observed. Many public activities and public functions have been transferred in a massive way to private, to the civil society. State and Public Administrations have lost the command over relevant tools and instruments but they must perform and protect public interest. As a logical and necessary reaction, the extension of public law offers just now very interesting experiences and lines of development in the future.

Key words: Administrative Law; general interest; privatization;

1. PLANTEAMIENTO

La extensión del Derecho público, también por supuesto del Derecho administrativo, más allá de la órbita subjetiva del Estado y de las Administraciones Públicas, es un fenómeno de gran calado, tanto por lo que re-presenta como por lo que presagia. Pero lo cierto es que, por el momento, esta orientación del Derecho público —del Derecho en general pues supone, como trataré de explicar, una recomposición del orden jurídico en su conjunto— no ha sido registrada con la atención que merece, sea porque todavía no se le reconoce suficiente entidad o porque semejante movimiento contraviene principios y postulados firmemente establecidos con todo lo que eso incomoda.

Que se trata de una novedad de gran calado y relevancia lo prueba ya la propia entidad de las transformaciones que la suscitan e impulsan. Unas transformaciones en verdad estructurales que afectan a los más profundos estratos del Derecho y de las que aquí sólo pueden darse su-maria cuenta de algunas.

2. LAS TRANSFORMACIONES ESTRUCTURALES:

Sólo podemos reparar aquí en dos de ellas: la primera, la que tengo por la transformación más profunda y trascendente que es la recomposición de las relaciones entre Estado y sociedad; la segunda, que se deriva de la anterior, la nueva orientación que adopta un Estado que, explícitamente o no, tiende a configurarse — a reiventarse, si se quiere hablar así — como un Estado garante ante la pérdida de posiciones e instrumentos de dominio³.

³ Estas transformaciones las analizo con mucho mayor detenimiento, desde sus antecedentes históricos hasta sus derivaciones actuales, en mi libro *En el trasfondo de la crisis. La nueva correlación entre el Estado y la sociedad civil*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo, 2013.

2.1 La nueva correlación entre Estado y sociedad:

A) La evolución y los planteamientos convencionales sobre las relaciones entre Estado y sociedad

Estado y sociedad civil tomaron conciencia de su respectiva identidad en su recíproco contraste. Así, la llamada sociedad civil⁴ se reconoció — se autocomprendió, por usar un término filosófico — como tal, con su propia dinámica en torno al mercado y la actividad económica, frente al Estado, con capacidad de desenvolverse autónomamente, como destacaron Adam Smith y los fisiócratas⁵. La primera correlación entre estas dos realidades a lo largo de todo el siglo XIX es en términos de la estricta separación que caracterizará al Estado liberal y que dejará en el Derecho público que entonces se gesta, y perdura todavía en muchos aspectos, un dualismo muy característico: principio democrático y principio monárquico; ley y potestad reglamentaria; relaciones generales y relaciones especiales de sujeción, según se adscriban a la sociedad los primeros, al Estado los segundos.

⁴ En la extensa bibliografía sobre la evolución y autocomprensión de la llamada sociedad civil puede destacarse la obra de J. COHEN/A. ARATO, *Civil Society and Political Theory*, Verso, Londres, 1992. En un formato más breve puede mencionarse a Michael WALZER, «Civil Society and the State», en *Politics and Passion*, Yale University Press, New Haven, 2004. De particular interés, por la proyección filosófica que estas relaciones han suscitado, sobre todo a partir de Hegel, es el ensayo de Charles TAYLOR «Invocar la sociedad civil», en su libro recopilatorio, *Argumentos filosóficos* Paidós, Barcelona, 1997.

⁵ Entre los autores fisiócratas que más destacan y desarrollan la idea de la autonomía de la sociedad civil frente al Estado cabe destacar a DUPONT DE NEMOURS, MERCIER DE LA RIVIERE, por su obra *L'ordre naturel et essential des sociétés politiques*, y LE TROSNE, autor de *L'intérêt social*, que se publica en 1777. La relevancia de estos doctrinarios en el tema que nos ocupa ha sido destacada por Pedro de Vega al afirmar que «fueron los fisiócratas (DUPONT DE NEMOURS, MERCIER DE LA RIVIERE, etc.) quienes consagraron, como es bien notorio, la separación entre Estado y sociedad, sobre la que descansa toda la construcción liberal», *Derecho y economía en el Estado social*, J. CORCUERA ATIENZA/M. A. GARCIA HERRERA (eds.), Tecnos, Madrid, 1988, pág. 123.

Entrado el siglo XX, el Estado se abre a la sociedad, que le ofrece su plena legitimidad democrática y le faculta para intervenir ampliamente sobre ella en cumplimiento de los mandatos para garantizar los derechos sociales y la actividad prestacional que imponen las Constituciones de Estados europeos aprobadas en el tramo central de ese siglo. El modelo de Estado social que así se instala postula una constante y difusa interrelación, una supuesta integración, entre Estado y sociedad. Entidades que hasta entonces se adscribían a la sociedad y separadas por ende del Estado, como eran los municipios⁶, adquieren entonces su carácter y dimensión de Administraciones Públicas y se integran en la estructura del Estado⁷.

Este orden de cosas, en el que todavía seguiríamos instalados según nos dan a entender las referencias constitucionales y las exposiciones más extendidas y convencionales, se ha venido resquebrajando en las tres últimas décadas al reabrirse la supuesta integración entre Estado y sociedad⁸. Podían advertirse ya unos primeros indicios

⁶ Sobre ello ha insistido recientemente Alejandro NIETO: «los Ayuntamientos eran corporaciones naturales de carácter social, no estatal, de tal manera que su autonomía originaria era esencial y las inevitables intervenciones de la Administración, más o menos intensas, se realizaban “desde fuera” enmarcadas en la relación dialéctica Estado-Sociedad», *Mendizábal. Apo-geo y crisis del progresismo civil*, Ariel, Barcelona, 2011.

⁷ Una integración, que al hacer desaparecer las fronteras, produjo no pocas confusiones y abusos, certeramente denunciados con ese trasfondo por A. SANTAMARÍA PASTOR, «No cabe ocultarse que este fenómeno extensivo puede encubrir, además, intereses cuando menos discutibles: no son excepcionales los casos de entidades originariamente privadas que van provocando la acentuación progresiva de sus caracteres públicos hasta instalarse en un cómodo terreno de nadie que asegura determinados privilegios o monopolios y en el que a cambio de una más o menos vigorosa calificación pública, se garantiza una libertad de funcionamiento con arreglo al Derecho privado. En este orden de cosas, pues, no está de más recordar la necesidad de restaurar de algún modo la tradicional línea divisoria entre Estado y sociedad, que no por decimonónica debe condenarse de antemano. El que tal línea divisoria no tenga la nitidez de antaño no supone un imperativo en orden a hacerla desaparecer total y definitivamente» en «Gobierno y Administración: Una reflexión preliminar», *Documentación Administrativa*, núm., 215, pág. 83.

⁸ Sobre la recuperación de la distinción entre Estado y sociedad destacan varios trabajos del profesor E.-W. BÖCKENFÖRDE, ya en la década de los setenta del pasado siglo; el más accesible y clarificador: «Die Bedeutung

en algunas reformas o reformulaciones de ciertas instituciones, como la que pretendía recuperar las raíces sociales de los municipios y otros entes locales con la afirmación de su autonomía, que se concibe como una garantía institucional frente a posibles injerencias estatales; o la creación de las llamadas Administraciones independientes, mejor llamadas a nuestros efectos Administraciones neutrales puesto que vienen a ocupar una posición pretendidamente equidistante entre el Estado, las instancias gubernamentales, y la sociedad, o los operadores o agentes sociales con más fuerza en el sector de que se trate.

B) El creciente flujo y traslado de funciones del Estado a la sociedad

Pero esa correlación se recompone, se altera, más profundamente en las dos últimas décadas cuando se va configurando una nueva correlación entre Estado y sociedad con un trasvase a la sociedad de funciones que, hasta tiempos recientes, eran muy características del Estado. En todos los grandes capítulos del Derecho administrativo se advierte ese flujo de cometidos y funciones al sector privado, a la sociedad, y que se manifiesta sobre todo en lo que genéricamente se conoce como la actividad de la Administración que está girando para ser actividad de sujetos privados, lo que no necesariamente comporta la desaparición de la Administración de esos espacios, pero sí la recomposición de su posición y de sus estrategias. Esa evolución se ha percibido y descrito muy claramente en lo que es la tradicional actividad administrativa de prestación o servicio público donde la Administración pierde sus posiciones tradicionales de titularidad sobre unos servicios que ahora se entregan al mercado, a la libre competencia — aunque por lo general se trata de sectores con limitaciones congénitas al desarrollo de la competencia plena, particularmente los conformados en red o los que necesitan de infraestructuras, limitadas también por naturaleza —, pero gana una nueva posición en la que se reinventa

der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart», recogido en *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1976, págs. 185 y ss.

como Administración o Autoridad reguladora alumbrando un nuevo tipo de actividad administrativa, la actividad de regulación, precisamente⁹.

Un fenómeno similar se produce en un capítulo de la actividad administrativa donde el protagonismo de la Administración está mucho más arraigado en el tiempo, hasta el punto de considerarlo indiscutible: el de la policía administrativa. El flujo de funciones y cometidos hacia sujetos privados, impulsado sobre todo por la complejidad tecnológica y sus exigencias de conocimiento experto, ya no puede desconocerse, pues se desarrolla en paralelo a importantes desplazamientos conceptuales — los tradicionales de peligro y orden público por los de riesgo y riesgo permitido — que conducen a la gestación de un nuevo tipo de actividad administrativa de regulación y gestión de riesgos.

Más recientemente otro flujo se abre cuando en muchos sectores económicos y de servicios desaparece el control o la intervención administrativa previa, que es desplazada por un régimen de simple comunicación que traslada al promotor la tutela de la actividad que pretende desarrollar, tutela que no encontrará ya en la Administración sino en los sujetos y expedientes de Derecho privado a los que quiera acogerse.

Este traslado, ya masivo, a sujetos privados de funciones tradicionalmente situadas bajo la órbita de la Administración es una muestra y consecuencia de la profunda recomposición que se opera en las relaciones entre Estado y sociedad debidas a transformaciones muy relevantes que no se producen y en el Estado o en las Administraciones Públicas, sino en la sociedad. La supuesta posición pasiva de la sociedad bajo la intervención transformadora del Estado no se corresponde ya con la realidad de una sociedad muy reforzada, organizada a través de rigurosos procesos de autorregulación, que se está apropiando de espacios que estaban bajo la regulación estatal. La creciente complejidad — tecnológica, económica, social —, la globalización, la autorregulación de

⁹ Sobre ello se abunda en diversos estudios de la obra colectiva *Fundamentos e instituciones de la regulación*, S. MUÑOZ MACHADO/J. ESTEVE PARDO (dirs.), Iustel, Madrid, 2010

los mercados, la formación de sistemas sociales expertos o especializados llamados sistemas autorreferenciales; estos y otros factores muy diversos han contribuido al fortalecimiento de la sociedad que ha dejado su supuesta situación pasiva receptora de la acción prestadora y conformadora del Estado para mostrarse muy activa y poderosa. Lo que genéricamente podemos dar en llamar el poder se encuentra ya extramuros de un Estado que en su momento se gestó con la pretensión de monopolizarlo. Basta reparar en dos realidades: está fuera del Estado el poder económico y financiero, una realidad que la crisis económica ha mostrado con toda crudeza al gran público; pero, menos conocida y posiblemente más relevante, es que también está fuera, desde no hace mucho tiempo ciertamente, el conocimiento científico y técnico, o la más decisiva capacidad de investigación científica¹⁰.

Pero no es sólo la relativamente novedosa localización del poder en la sociedad. Lo relevante es el desarrollo mucho más reciente de fórmulas de regulación y gestión de esos poderes por la propia sociedad a través de expedientes y fórmulas muy variadas de autorregulación.

Así, por conectar con la primera realidad que tomaba como ejemplo, el gran público ha podido comprobar, con cierto escándalo debido al general desconocimiento de anteriores experiencias, el funcionamiento de fórmulas de autorregulación declarativa en el sector financiero y crediticio, como son las declaraciones de las agencias de rating a las que se atienen, por haberlo convenido así mediante expedientes autorregulatorios, las entidades financieras. De ese modo estas agencias privadas adquieren un poder extraordinario que la opinión pública comprueba cuando sus declaraciones afectan de lleno, hasta conmocionarlos en muchos casos, a los poderosos Estados soberanos y sus gobernantes. El anterior Presidente de la República de Francia — la France, altiva y mítica —, podrá siempre tener la duda sobre el resultado de las elecciones que lo derribaron si una de estas

¹⁰ Algo que he tratado de poner de manifiesto, destacando los aspectos más críticos, en *El desconcierto del Leviatán. Política y Derecho ante las incertidumbres de la ciencia*, Marcial Pons, 2.ª ed., 2013.

oficinas privadas no le hubiera retirado a su Estado la triple A como calificación crediticia.

En el otro frente que considerábamos, el conocimiento científico y técnico está siendo regulado y gestionado por sus detentadores principales que se localizan extramuros del Estado, en la sociedad. La autorregulación tiene aquí también manifestaciones muy diversas, desde la autorregulación normativa — normas técnicas, protocolos de actuación, *lex artis*, etc. —, hasta la autorregulación declarativa como la que se plasma en acreditaciones o certificaciones de carácter técnico emitidas por sujetos privados o las declaraciones de comités científicos.

C) La dispersión del poder en una sociedad fragmentada sin perspectiva para la atención de los intereses generales.

Pero ese extraordinario desarrollo y reforzamiento de la sociedad no ha sido armónico. Se ha producido una fragmentación de la sociedad, carente de un eje articulador, de un centro, según la certera apreciación de los que la describen como una sociedad policéntrica¹¹. Se reconoce así el acierto del diagnóstico de la teoría de los sistemas según la cual se ha producido una segmentación de la sociedad en sistemas autorreferenciales en torno a centros de interés específicos — los mercados, a su vez especializados, las tecnologías, las artes, los medios de comunicación, etc. — que se dotan de sus propias referencias conceptuales, normativas, declarativas mediante procesos de autorregulación¹². También, en esa misma línea, se constata hoy una especie de retorno de la sociedad a las

¹¹ La expresión es de H. WILKE en su importante obra *Ironie des Staates (Grundlinien einer Staatstheoriepolyzentrischer Gesellschaft)*, Shurkamp, Frankfurt an Main, 1996.

¹² La teoría de sistemas, ya muy conocida, se debe a N. LUHMANN que se inspira en las aportaciones de los biólogos Humberto Maturana y F. J. Varela que aplican a su vez métodos cibernéticos a la biología para esclarecer las formaciones y relaciones de los seres vivos

co-munidades, desandándose de algún modo la evolución que trazara Ferdinand TÖNNIES de las comunidades hacia la sociedad en los inicios de la sociología moderna¹³. Otros análisis vienen a constatar la disolución misma de la noción de sociedad y las categorías sociales, tan importan-tes hasta tiempos recientes¹⁴.

Esa sociedad fragmentada, pluricéntrica, que se dispersa en centros de interés singularizados y parciales, carece de la necesaria perspectiva para definir y tutelar los intereses generales, que sobrepasan y trascienden los intereses singulares de cada sistema para moverse en otras di-mensiones¹⁵. Una sociedad que, tal como está estructurada y

¹³ Una evolución que conducía de las comunidades, de lejano origen tribal, a la sociedad articulada en los términos de Adam Smith: «La sociedad — afirma TÖNNIES — agregada cohesio-nada por convención y por derecho natural, se concibe como una multitud de individuos na-turales y artificiales, cuyas voluntades y esferas forman numerosas uniones entre sí y en sus relaciones, a pesar de lo cual se mantienen entre sí independientes y sin inmiscuirse mutuamente en su interior. Y ahí tenemos la descripción general de la “sociedad civil” o “sociedad de cambio”, cuya naturaleza y movimientos se afana en conocer la economía política: estado en que, según expresión de Adam Smith, “todos son comerciantes”». F. TÖNNIES, *Comunidad y sociedad*, Losada, Buenos Aires, 1947 pág. 79. Otra edición reciente en castellano es la de A. GURRUTXAGA, con traducción de J. F. IVARS, con el título *Comunidad y asociación (El comunismo y el so-cialismo como formas de vida social)*, Ed. Biblioteca Nueva/Minerva, Madrid, 2011.

¹⁴ Así lo destaca el sociólogo Alain TOURAINE en su libro *Un nuevo paradigma para comprender el mundo de hoy*, Paidós, Barcelona, 2005, cuando recuerda que en torno al paradigma económico y social giraban categorías y referencias hasta ahora fundamentales: clases sociales y riqueza, burguesía y proletariado, desigualdades y redistribución, estratificación y movilidad social (*op. cit.*, pág. 13). Ahora la globalización como forma extrema del capitalismo separa por completo la economía de las instituciones sociales y políticas a las que estaba conectada desde su propia gestación. Esta disolución de fronteras de todo tipo acarrea la fragmentación de lo que se llamaba sociedad (*op. cit.*, pág. 257). TOURAINE es otro de los autores que destaca la ac-tualidad de la obra de TÖNNIES al invertirse la evolución que este último percibió y que culmi-naba en la formación de la moderna sociedad. Hoy esa sociedad parece descomponerse y retornar a las comunidades; las comunidades de ahora que vendrían a ser los sistemas autorreferencia-les o categorías similares. En la misma línea A. GARRAPON en su obra *La Raison du moindre État. Le néolibéralisme et la justice*, Odile Jacob, París, 2010.

¹⁵ Sobre el concepto de interés actual y su significación actual resulta de gran interés el in-forme o estudio del Conseil d'État francés, *L'intérêt général*, en la serie Études et documents du Conseil d'État, París, 1999.

dejada a sus propios impulsos, es incapaz de orientarse a la búsqueda y protección del bien común, un concepto elaborado por la escolástica y que recupera su actualidad, sobre todo al destacar que el bien común no es la suma de los bienes particulares, lo que trasladado a la realidad y categorías actuales descalifica como bien común la superposición y suma de los in-tereses de los diferentes sistemas y subsistemas.

Es un hecho, tan cierto como relevante, que muchas funciones y cometidos del Estado fluyen hacia una sociedad en la que se encuentra hoy el conocimiento científico, los medios técnicos, los capitales económicos, o la eficacia gestora¹⁶, pero esa sociedad es incapaz de mantener la perspectiva de los intereses generales y ofrecer una racionalidad alternativa a la del Estado¹⁷.

2.2 La reconfiguración del Estado en el entorno de esa nueva correlación. El Estado garante

En esta encrucijada, en esta nueva correlación entre Estado y sociedad, se plantea la segunda transformación de calado en la que aquí se re-para: la reconfiguración del

¹⁶ De esa realidad da cuenta muy certeramente G. FERNANDEZ FARRERES: «mientras que la Administración del siglo XIX y primera mitad del XX desempeñó un papel decisivo en el progreso de una sociedad muy limitada en sus capacidades técnicas y económicas —de ahí, por ejemplo, el notable desarrollo de una Administración fuertemente intervencionista y prestacional—, en la actualidad esta situación se ha invertido. Una sociedad más fuerte y con más capacidad pro-fesional, técnica y económica, ha relegado a una posición secundaria a las Administraciones Públicas, cuyas funciones necesariamente deben reajustarse para adecuarse al nuevo escenario», «La Administración Pública y las reglas de la externalización», en *Le esternalizzazioni. Atti del XVI Convegno degli amministratori italo-spagnoli*, Bononia University Press, Bolonia, 2007.

¹⁷ Por reparar en una de las últimas entregas en ese flujo de cometidos desde el Estado a la sociedad, como es la supresión de la autorización administrativa en toda una serie de actividades y servicios, se advierte bien a las claras que no es una estructura social alternativa la que regulará la posible conflictividad, y responsabilidad en su caso, de estas actividades. No. Habrá de ser el promotor de cada actividad el que se busque su propia cobertura, previsiblemente en una compañía de seguros o una entidad privada de acreditación. No hay una regulación o racionalidad social alternativa a la del Estado. Cada cual ha de buscarse sus soluciones.

Estado, de sus funciones principales y de la posición que adopta ante la sociedad. Sin duda la elaboración más ilustrativa es la que lo concibe y presenta como el Estado garante.

El origen del Estado garante se sitúa en el movimiento crítico que se desarrolla en Europa en torno a las imponentes magnitudes alcanzadas por el Estado social y los elevados costes que conlleva, también destacadamente para el sector privado, empresarial, que ve mermada así su competitividad en una economía sin fronteras, global, y donde se compete directa y efectivamente con nuevas potencias económicas que no conocen ese modelo tan evolucionado como costoso que es el Estado social, ni cargan por ello con sus costes.

El debate fue intenso y temprano en Alemania, por dos razones sobre todo: una es la arraigada tradición, con todo su trasfondo histórico y filosófico, del Estado social; otra, la percepción a finales del siglo xx de los elevados costes en que incurría el Estado y las Administraciones Públicas en sus actividades de prestación cuando se hace ostensible la pujanza de los particulares en el ejercicio de funciones públicas o las fórmulas de colaboración público-privado¹⁸.

La revisión en Alemania del modelo de Estado apuntó, sobre todo en foros políticos, hacia soluciones un tanto simples y primarias: la reducción, el adelgazamiento del Estado, el Estado mínimo¹⁹. Un Estado que gaste y cueste menos. Pero en foros doctrinales y académicos se trató de rebasar esta dimensión meramente cuantitativa, atenta exclusivamente al coste, con el objetivo de otorgar al Estado una nueva función en la que justificarse y adquirir así una nueva identidad. Se repara entonces en que por diversas razones —limitaciones económicas, de conocimiento, de instrumentos, etc.— el Estado no

¹⁸ Vid. al respecto M. DARNACULLETA/M.TARRÉS, «Adelgazamiento y modernización administrativa. A propósito del Informe “Schlanker Staat”», *Revista Autonomías*, núm. 26, 2000, págs. 335 y ss.

¹⁹ Sobre la reacción del Estado garante ante los proyectos reductores, hasta llegar al Estado mínimo, T. VESTING, «Zwischen Gewährleistungsstaat und Minimalstaat», en W. HOFFMANN-RIEM/E. SCHMIDT-ASSMANN, *Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft*, Munich, 2000, págs. 111 y ss.

puede mantener su presencia activa, prestacional, capilarmente extendida a todos los puntos de la sociedad cuando la gran parte de instrumentos y medios han pasado a manos privadas.

El Estado debe entonces replegarse a otras posiciones estratégicas y desde ellas desarrollar una actividad con otra longitud de onda. No se trata ya de la actividad material directa —de control, de prestación o de otro tipo— para la que no dispone de medios o conocimientos, pues se encuentran éstos en la sociedad, sino de garantizar que sus cometidos se realizan ahora adecuadamente, con los niveles de objetividad y calidad exigibles, por los agentes privados que disponen de los medios²⁰.

La privatización de medios, instrumentos, de funciones como más recientemente se han producido, constituye así un presupuesto del Estado garante que no sería concebido como tal, ni percibida su utilidad, si el Estado dispusiera de todos los medios para hacer efectivos sus fines. El Estado garante tiene así como reto mantener los fines sin disponer de los medios materiales de gestión y prestación²¹.

Hay por lo demás un entorno, más que un presupuesto, que ha propiciado la génesis conceptual del Estado garante. Ese entorno es el que configura la Unión Europea, con una estructura articulada sobre un principio y presupuesto similar al del Estado garante que ya conocemos: la Unión se marca unos fines y objetivos para cuya realización no dispone de los medios ejecutivos necesarios que están en poder de los miembros, los Estados. El reto y objetivo primario de la Unión Europea será entonces establecer sistemas y fórmulas con los que garantizar en lo posible la realización de su programa, el

²⁰ C. FRANZIUS, «Der “Gewährleistungstaat” ein neues Leitbild für den sich wandelnden Staat?», en *Der Staat*, núm. 42, 2003, págs. 493 y ss.

²¹ Sobre ello me permito la remisión al texto de mi ponencia «La regulación de la economía desde el Estado garante», *Publicaciones de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, vol. 2, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007, págs. 79 y ss.

cumplimiento de sus fines, con los medios de los Estados. El Estado garante se encuentra de algún modo ante el mis-mo reto cuando los medios necesarios para la ejecución están en manos de los que tradicionalmente se han considerado los destinatarios de su actividad, los particulares, los sujetos privados.

3. LA EXTENSIÓN DEL DERECHO PÚBLICO:

3.1 La extensión del Derecho público como contrapartida a la pérdida de posiciones de titularidad y dominio por el Estado

Las dos transformaciones estructurales en las que reparamos nos conducen al objeto central de nuestro análisis, la extensión del Derecho público. La transformación de mayor calado, verdaderamente estructural, es la nueva correlación entre Estado y sociedad, y esa transformación conduce a la reconfiguración del Estado, que podrá llamarse Estado garante —una denominación ilustrativa— o como se quiera²², pero que inexorablemente viene caracterizada por la pérdida de su protagonismo gestor, prestador, en muchos frentes. Su función principal, y las de las Administraciones Públicas dominantes en estos sectores por su protagonismo gestor o las posiciones de titularidad que detentaban, habrá de ser entonces la de garantizar toda una serie de derechos, destacadamente derechos sociales, y

²² Otra denominación que se extiende —con bastante aceptación en la órbita italiana— es la del Estado regulador, que en muchos aspectos se considera equivalente a la del Estado garante como tendremos ocasión de comprobar. Vid. al respecto A. LA SPINA/G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Il Mulino, Bologna, 2000. Como no podía ser de otro modo, estos autores no dejan de destacar que este nuevo modelo de Estado se debe a una nueva correlación entre Estado y sociedad, y a la pérdida por el Estado de buena parte de las posiciones de titularidad en las que tradicionalmente se han venido fundando sus poderes («storicamente la proprietà pubblica è stata la principale forma di regolamentazione economica in Europa», cit. pág. 17). La equivalencia material de estas denominaciones es confirmada por A. VOSSKUHL, «Neue Verwaltungswissenschaft», en *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, vol. I, HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-ASSMANN/VOSSKUHL (eds.), Beck Verlag, Munich, 2006, págs. 1 y ss.

prestaciones que la Constitución impone pero sin exigir que sea el Estado o las Administraciones las que las presten directa o indirectamente.

Este repliegue del Estado, que abandona posiciones subjetivas de titularidad y gestión, habría de verse entonces contrapesado por la extensión del Derecho público, del Derecho administrativo, garantizador de los intereses generales más allá de la órbita subjetiva de las Administraciones, más allá del Estado. Si el poder, y con él las relaciones de poder, se encuentran extramuros del Estado, también habrá de aplicarse allí, en las afueras del Estado, el Derecho que se gestó en torno suyo para regular y equilibrar las relaciones de poder, protegiendo y garantizando los derechos e intereses de los particulares frente a los poderes públicos y protegiendo también los intereses públicos en juego.

3.2 La nueva impronta garantista de los intereses generales y la orientación horizontal del Derecho público en su proyección sobre relaciones entre particulares

De lo dicho hasta ahora, se concluye que ese Derecho público aplicado más allá de las Administraciones Públicas, habría de tener una distinta impronta garantista y articularse en torno a otro eje.

La nueva impronta garantista se debe a que con esta extensión del Derecho público no se trata ya de garantizar derechos e intereses particulares frente a sujetos públicos, ordinariamente Administraciones, dotados con poderes exorbitantes para la protección de los intereses generales. El garantismo de nuevo cuño se endereza ahora a garantizar la atención y tutela de los intereses generales frente a sujetos privados que ostentan situaciones de poder por ejercer funciones públicas u operar como prestadores de servicios de interés general²³.

²³ Cuáles sean esas funciones y esos servicios es desde luego una cuestión debatida, pero parece que en cualquier caso habrían de quedar comprendidas las funciones y sectores que en las dos últimas décadas, al filo del proceso

Con el cambio de eje, por utilizar términos sencillos y gráficos, se alude a la orientación horizontal que registra esta extensión del Derecho público al proyectarse sobre relaciones entre sujetos privados. Un eje distinto al tradicional y característico eje vertical que articulaba, y sigue articulando por supuesto, las relaciones entre sujetos públicos en una posición supraordenada, y dotados de potestades, con sujetos privados. En cualquier caso, el nuevo eje horizontal que se abre conecta re-laciones entre sujetos privados que en muchos casos no están en situación de igualdad, al ostentar uno de ellos una posición de poder o dominio. Ello es lo que justifica precisamente la aplicación del Derecho público, del Derecho administrativo, por ser el más adecuado para la regulación de las relaciones de poder y con el poder, pues es en esa tensión en donde se ha forjado y desarrollado. En otros casos, aunque se advierta una igualdad en las posiciones, será el objeto de la relación el que por su relevancia para los intereses generales justificará la aplicación del Derecho público²⁴.

3.3 La superación de las concepciones subjetivas para definir y dimensionar el Derecho público. La constatación empírica en algunas experiencias significativas

El Derecho público aplicado a relaciones entre particulares, sin pre-sencia

de recomposición de las relaciones entre Estado y so-ciedad se han deslizado desde el Estado, de la órbita y titularidad administrativa, hacia la so-ciedad. La explicación de ese tránsito está, como se ha destacado, en la capacidad técnica y ra-cionalidad en términos de coste que muestra la sociedad y los operadores privados, pero no en que estas funciones y servicios hayan perdido su dimensión pública que permanece inalterada y no se cuestiona. Como experiencia ilustrativa, por abarcar diversos y relevantes sectores, la li-beralización de servicios publicados que se produce en esas décadas no se ha percibido en modo alguno como una pérdida de la dimensión pública de los mismos (no en vano son objeto de una significativa reconversión terminológica: servicios de interés general) que ahora se pretende mantener y tutelar a través de la actividad administrativa de regulación.

²⁴ El modelo de regulación de servicios económicos de interés general, al que me refiero más adelante, nos muestra bien a las claras estos dos tipos de relaciones que reclaman la aplicación del Derecho público. Una es la que se da entre operadores privados —pero en una situación in-cuestionable de poder como prestadores de servicios esenciales— y usuarios. Otra, la que se en-tabla entre operadores pero que puede recaer sobre objetos y materias de incuestionable inte-rés público.

subjetiva alguna de una Administración o sujeto público, abre sin duda una grieta anchurosa en ciertas concepciones dogmáticas firmemente asentadas. Se trata de las concepciones subjetivas que hacen de la presencia de un sujeto público condición necesaria para la aplicación del Derecho público. Particularmente destacada por sus pretensiones sistematizadoras y la autoridad e influencia de su principal expositor, resulta la conocida concepción estatutaria del Derecho administrativo que lo comprende como un Derecho estamental, propio de una categoría de sujetos, las Administraciones Públicas, precisamente²⁵. Según esta doctrina no sería de aplicación el Derecho administrativo más allá de la órbita subjetiva de las Administraciones.

En los tiempos recientes el dominio de la complejidad ha puesto en cuestión este tipo de concepciones categóricas, pretendidamente sin fisuras que, por lo demás, fueron elaboradas en ámbitos estrictamente académicos para dar respuesta a específicas exigencias que en ellos se planteaban, como la determinación del objeto propio y característico de las diferentes disciplinas y asignaturas, áreas de conocimiento, de los estudios universitarios²⁶. La realidad con toda su riqueza y complejidad ha venido cuarteando estas y otras doctrinas.

La misma legislación administrativa básica ha horadado estas concepciones cerradamente subjetivas, tal como hace, por ejemplo, la legislación de contratos del sector público que prevé su aplicación a relaciones contractuales en las que no está presente Administración Pública alguna. Y es que son otros los criterios, variables y contingentes según los sectores, que marcan el radio del Derecho administrativo, como es en la contratación el empleo de fondos públicos al establecerlo así las Directivas de la Unión Europea, que perfectamente podrían decantarse por otros criterios.

²⁵ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «Verso un concetto de Diritto Amministrativo come Diritto statutario», *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, año 10, 1960, págs. 317 y ss.

²⁶ Por supuesto que estas caracterizaciones rebasaban también el ámbito académico y tenían repercusiones prácticas como la determinación de la jurisdicción competente.

Pero con mucha más fuerza que las concretas determinaciones legales, la propia realidad del traslado de funciones públicas a sujetos privados, funciones que ya no son en muchos casos de mera gestión sino que comportan plenas capacidades decisorias, rebasa por completo los contornos de las concepciones subjetivas o estatutarias que circunscriben la aplicación del Derecho administrativo a las actividades y relaciones protagonizadas por las Administraciones Públicas. En el fondo, esas concepciones se apoyaban y encontraban su sentido en el paradigma de una correlación entre Estado y sociedad que hacía del Estado el eje y centro del poder público, de ahí la adscripción de aquellas a la estructura subjetiva del Estado y su aparato administrativo. Pero al alterarse y recomponerse esa correlación con el nuevo protagonismo de la sociedad en la detentación y ejercicio del poder público, en buena medida ganado al Estado, estas concepciones pierden su entorno conceptual y su paradigma de referencia²⁷.

En cualquier caso, el mejor modo de corroborar la extensión del Derecho público extramuros del Estado, del Derecho administrativo más allá de las Administraciones Públicas —y la consiguiente crisis de las concepciones subjetivas, aunque esto sea una

²⁷ Así lo han percibido los estudios más profundos en sectores de vanguardia y, por ello mismo, muy reveladores. Así la monografía de J. A. CARRILLO DONAIRE —que analiza de manera rigurosa un sector dominado por una complejidad técnica que desborda el conocimiento medio de las Administraciones lo que motiva el traslado a particulares, a la sociedad, de funciones públicas—, *El Derecho de la seguridad y de la calidad industrial*, Marcial Pons-Instituto García Oviedo, Madrid, 2000, «creemos que la trascendencia actual de la categoría — se refiere el autor a la de particulares que ejercen funciones públicas — está íntimamente ligada a la cuestión de los límites de aplicación del Derecho administrativo en la constante redefinición de las relaciones Estado-sociedad y al debate sobre el concepto mismo de la disciplina», pág. 551. No procede desde luego terciar aquí en ese debate académico sobre el concepto de la disciplina, pero sí conviene significar que este mismo autor aportaba ya otros testimonios doctrinales que postulaban la extensión del Derecho administrativo al ejercicio por particulares de funciones públicas (así, F. LÓPEZ MENUDO, «El Derecho administrativo como Derecho “especial” y “excepcional” de algunos entes públicos», en AA.VV., *La Administración Institucional*, vol. I, págs. 543 y ss.) o la necesidad de separar la caracterización de la actividad administrativa del sujeto que la realiza «con la consiguiente quiebra de la concepción estatutaria (así, J. M. BOQUERA OLIVER, *Estudios sobre el acto administrativo*, 7.ª ed., Civitas, Madrid, 1993).

cuestión relativamente menor, de tono doctrinal— es dar cuenta empírica de las realizaciones que en esa línea puedan constatarse.

Y lo cierto es que esta proyección del Derecho público está cristali-zando en realizaciones de entidad que muestran por lo demás una clara vocación expansiva. Analizaremos aquí tres experiencias significativas de esa extensión del Derecho público en espacios y relaciones donde no se da la presencia de un sujeto público.

La primera se localiza en la regulación de servicios económicos de in-terés general que en sí misma constituye un sistema —autorreferencial, bien podríamos decir— revelador de las transformaciones que aquí se han destacado. Las otras son las dos grandes vías que, por pura lógica, se abren a la expansión del Derecho público: la objetiva, que comporta la aplicación de ciertas normas y principios de Derecho público a determi-nadas relaciones entre sujetos inequívocamente privados; y la subjetiva, en el sentido de reconocer que sujetos privados ejercen ordinariamente genuinas funciones públicas con facultades decisorias, lo que requiere do-tar a estos sujetos, sin desnaturalizarlos, de un cierto estatuto propio del Derecho público.

4. EL EJEMPLO DE UN SISTEMA EN EL NUEVO ENTORNO DE REFERENCIAS. EL MODE-LO DE REGULACIÓN DE SERVICIOS DE CONTENIDO ECONÓMICO:

4.1 La evolución del sistema. El modelo originario de regulación vertical en monopolio. La similitud con el régimen concesional y de ti-tularidad pública en Europa

Ese modelo de regulación de servicios económicos de interés general se adscribe ordinariamente a la órbita anglosajona, a Estados Unidos particularmente, donde la regulación, las autoridades reguladoras, cuen-tan con una larga tradición que se remonta al último tercio del siglo XIX.

Es necesario diferenciar dos modelos de regulación económica de las *public utilities* que se suceden en el tiempo²⁸. En realidad es el modelo que se instaura más recientemente, en la última década del pasado siglo XX, el que se debe en muy buena medida a la nueva correlación entre Estado y sociedad y que, por ello mismo, despierta un particular interés en la Europa continental donde acaba por dejar una marcada impronta, sobre todo en ciertos sectores económicos, particularmente los llamados servicios en red, con una previsible extensión a otros sectores que apunta-remos de inmediato.

El primer modelo de regulación norteamericano no suscitó interés significativo en Europa porque, aunque los presupuestos conceptuales e ideológicos eran formalmente distintos, la operativa coincidía sustancialmente y conducía a unos resultados muy similares. La diferencia fundamental estaba en la noción de titularidad. En Europa era firme la idea, que tenía sus antecedentes en las regalías, de que toda una serie de actividades y servicios estaban bajo la titularidad estatal, aun cuando su gestión podía concederse a sujetos privados vinculados a la Administración mediante un contrato en el que se aseguraba a ésta una posición de supremacía y dirección.

Esa idea de titularidad pública era del todo ajena en la cultura jurídica de los Estados Unidos de América. Las mismas actividades y servicios las podía desarrollar y gestionar cualquier empresa privada, pero cuando se adquiere conciencia del interés público del que están revestidas esas actividades²⁹ se acaban categorizando como industrias o servicios de utilidad pública (*public utilities*) y quedan sujetas a regulación por una autoridad reguladora según un modelo regulatorio que gira en torno a la llamada tasa de

²⁸ Para más detalles, me permito la remisión a mi estudio «La regulación de industrias y *public utilities* en los Estados Unidos de América. Modelos y experiencias», en *Fundamentos e Instituciones de la Regulación*, cit., Iustel, Madrid, 2009, págs. 293 y ss.

²⁹ «*Clothed with a public interest*», fue la expresión utilizada por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América en su sentencia de 1876 (*Munn v. Illinois*) que admitió por vez primera la regulación pública de actividades desarrolladas por particulares pero «revestidas» de un interés público.

retorno (*rate of return*) en la que resultan determinantes los costes en los que incurre la empresa gestora que podrá entonces fijar precios y tarifas que le permitan cubrir costes y obtener unos beneficios razonables, nunca excesivos. Si los costes varían, también lo harán los precios y tarifas en la misma proporción. La agencia reguladora fijará también los estándares de calidad y seguridad de la *public utility* de que se trate³⁰.

Pero en Europa se había llegado a resultados muy similares al admitirse la mutabilidad de los contratos de servicios públicos que giran a partir de entonces en torno a lo que se conoce como la ecuación económico financiera: la alteración en los costes por encima de un cierto umbral habría de conducir a una modificación proporcional en la retribución del concesionario a través de precios y tarifas. Una ecuación económica financiera que, como es fácil advertir, acaba cumpliendo la misma función reguladora que la tasa de retorno o *rate of return*.

4.2 La pérdida en Europa de las posiciones de titularidad pública. Competencia y proyección horizontal

La novedad y alteración sustancial se produce en Europa como consecuencia de la progresiva pérdida por el Estado de la titularidad sobre medios, servicios y actividades que pasan a la órbita privada. Es entonces cuando se mira al modelo de regulación de los Estados Unidos de América al que le es ajena la idea de titularidad pública sobre los servicios. Un modelo que se había transformado profundamente en las dos últimas décadas del pasado siglo: el tradicional de regulación en monopolio mostró notables disfunciones que lo hicieron objeto de severas críticas y reformas conducentes al vigente modelo de

³⁰ Una exposición muy clarificadora sobre el funcionamiento del sistema en R. J. PIERCE, JR./ E. GELLHORN, *Regulated Industries*, 4.^a ed., West Group, Saint Paul, 1999.

regulación en competencia³¹ que acaba por extenderse a muchos Estados europeos que a finales del siglo XX se veían ante la tesitura de configurar un sistema en el que se atendiese al relevante e inequívoco interés público presente en toda una serie de servicios que hasta entonces estaban bajo una titularidad pública.

El modelo de regulación en competencia presenta una marcada diferencia estructural con respecto al de monopolio. En éste se configura una relación o estructura vertical que se articula en tres niveles: autoridad reguladora, operador monopolista y usuarios. El objetivo era que el operador no abusara de su posición monopolista, que ofreciera un servicio con unos determinados estándares de calidad y seguridad a cambio de unas tarifas razonables que le permitieran cubrir sus costes y obtener un beneficio igualmente razonable y estable que asegurase la captación de capitales en el mercado financiero.

En cambio, el vigente modelo de regulación en competencia presenta una estructura decisivamente marcada por el eje horizontal que articula las relaciones entre los operadores generando entre ellos una competencia efectiva. Es de esa competencia de la que se espera resulte la mejora en la calidad de los servicios, la innovación tecnológica y los precios más ajustados para los usuarios. La función primordial del regulador y del propio modelo será entonces hacer efectiva la competencia en unos servicios que por sus características congénitas — limitaciones de infraestructuras que utilizan, prestación en red, economías de escala, operadores dominantes procedentes del anterior sistema monopolista, etc. — hacen inviable una competencia natural entre operadores en situación de igualdad. El objetivo fundamental de este modelo de regulación será entonces recomponer y reconstruir la competencia allí donde el mercado no ofrezca las condiciones necesarias. Esta regulación comporta así una intervención en las relaciones entre

³¹ Sobre la crisis del modelo de regulación en monopolio y los factores que la propiciaron el mejor estudio es, sin duda, el de J. D. KERNEY/T. W. MERRILL, «The Great Transformation of Regulated Industries Law», *Columbia Law Review*, núm. 98, 1998.

operadores — que son, inequívocamente, sujetos privados — y en sus relaciones contractuales. Es aquí don-de encontramos la intervención pública y la aplicación de normas y principios de Derecho público a relaciones entre sujetos privados. La orientación horizontal de la extensión del Derecho público, articulándose en torno a este eje y modelo horizontal de regulación queda aquí bien a las claras.

4.3 La regulación como uno de los instrumentos característicos del Estado garante

Conviene reparar ahora en que esa extensión del Derecho público a las relaciones entre sujetos privados se produce en un sistema, éste de la re-gulación en competencia, en completa sintonía con el llamado Estado garante: un Estado que abandona posiciones de dominio y titularidad — en este caso titularidad sobre servicios— pero que pretende garantizar la atención de los intereses generales cuando la titularidad y gestión de los medios está en manos de sujetos privados. La extensión a estos sujetos y a sus relaciones de principios y normas de Derecho público se erige así en una de las principales funciones instrumentales de este tipo de Estado³².

³² En ese sentido concluye Mercé DARNACULLETA: «Se cierra el círculo así con la consiguiente consideración: el Estado garante es, al mismo tiempo, un Estado regulador y, a la inversa, la regulación es una estrategia de intervención propia y característica del Estado garante», en su artículo «La recepción y desarrollo de los conceptos y fórmulas de la regulación. El debate en la República Federal Alemana», en *Fundamentos e instituciones de la regulación*, op. cit., pág. 386. En la doctrina alemana, entre otros muchos, es M. RUFFERT bien categórico al afirmar que «la regulación es un mecanismo para asegurar el cumplimiento de tareas públicas en el Estado garante» en su estudio sobre el concepto (*Begriff*) de regulación en la obra colectiva *Re-gulierungsrecht*, M. FEHLING/M. RUFFERT (eds.), Mohr Siebeck, Tübingen, 2010, pág. 359. De esa obra y su entorno conceptual, en el que ahora reparamos, doy cuenta en mi crónica «La recepción en la Europa continental del Derecho de la regulación de la economía (*Regulierungs-recht*. La sistemática de la doctrina alemana y sus sustanciales analogías con la recepción doctrinal en España)», en *Revista de Administración Pública*, núm. 183, 2010, págs. 295 y ss.

En el ámbito de los servicios sujetos a regulación que ahora contemplamos, la intervención pública en las relaciones entre operadores se produce en momentos y entornos diversos. Uno de ellos es el acceso a redes si se trata, como es frecuente, de servicios que necesitan de este soporte técnico. Hay operadores que disponen de redes propias, que llegan a estar muy extendidas si se trata de operadores que ostentaron una posición monopolista en el anterior modelo regulatorio. Se trata entonces de que los operadores puedan interconectar sus redes, permitiendo así a los operadores entrantes acceder a las grandes redes de que disponen sus mayores competidores. La intervención de las autoridades reguladoras se concentra entonces en los acuerdos, contratos, de interconexión de redes entre operadores para situar a los mismos en una posición que permita la competencia efectiva entre ellos, evitando abusos de los operadores dominantes. Una intervención que con toda normalidad puede alcanzar al elemento fundamental de estos acuerdos: el precio de acceso a las redes³³.

4.4 La extensión del Derecho público a las relaciones entre operadores privados

Esta regulación pública percute así directamente sobre el núcleo mismo de la institución contractual en su configuración característica por el Derecho privado y la autonomía de la voluntad que se reconoce a los sujetos, inequívocamente privados, que son los operadores. Esta extensión del Derecho público, de la regulación pública, al plano horizontal de las relaciones entre operadores, sujetos privados, ha suscitado las naturales resistencias.

El Tribunal Supremo se ha enfrentado a esta cuestión destacando que las coordenadas de estos contratos y relaciones no son las propias y características del Derecho privado, aun siendo las partes inequívocamente sujetos privados, sino las propias del

³³ Sobre estas cuestiones resulta de gran interés el estudio de F. B. LOPEZ-JURADO, «Técnicas específicas de los servicios en red», en *Fundamentos e instituciones de la regulación*, cit., págs. 759 y ss.

Derecho público, atento a los intereses públicos que puedan verse afectados.

Afirma así el TS que «la actuación de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones en la resolución del conflicto de interconexión entre los operadores contendientes Amena y Vodafone no requiere de la apelación a las doctrinas civilistas sobre el riesgo imprevisible, la ruptura del equilibrio contractual de la base del negocio o la frustración o novación del contrato por causas que hagan imposible o gravoso su cumplimiento por una de las partes, porque la función del órgano regulador se atiene a lograr el “equilibrio justo entre los intereses de las partes”, con el objeto de garantizar los intereses públicos vinculados a la salvaguarda de la libre competencia entre empresas y el interés de los usuarios» (STS de 1 de octubre de 2008)³⁴.

Se reconoce así la intervención pública, la aplicación del Derecho público e implícita, pero consecuentemente, la competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para conocer de posibles controversias, en determinadas relaciones entre sujetos privados. El Derecho público adopta así esta novedosa proyección horizontal que, en el marco de la regulación de servicios públicos en que ahora nos situamos, se produce con la configuración de un modelo de regulación que se vertebra, como ya nos consta, en torno a un eje horizontal que articula las relaciones entre operadores para alcanzar en lo posible una competencia efectiva entre ellos.

El sistema de regulación de servicios económicos de interés general ofrece, por lo demás, fórmulas específicas de relaciones y obligaciones entre sujetos privados, los operadores, que se enderezan a la atención de intereses públicos, corrigiendo o rechazando la tendencia característica del mercado y el interés privado.

³⁴ Más apoyatura jurisprudencial en esta misma línea puede encontrarse en mi trabajo «La revisión judicial de las decisiones de las autoridades reguladoras. Jurisprudencia del Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional», *Fundamentos e instituciones de la regulación*, cit., págs. 881 y ss.

Destaca al efecto el régimen de las llamadas obligaciones de servicio público que se inicia en el sector de las telecomunicaciones y se extiende luego a otros³⁵. Tiene su sentido y justificación en un panorama marcado por la presencia exclusiva de operadores privados — abandonando así el Estado las posiciones de titularidad sobre estos servicios desde las que ostentaba poderes muy efectivos para la atención de los intereses generales — en sectores económicos de interés general. La lógica del mercado, de la oferta y la demanda, el interés particular de los operadores, conduciría a concentrar la prestación de estos servicios allí donde se configura la mayor demanda — así en las zonas urbanas o densamente pobladas — y lógicamente mayores son las expectativas económicas de rentabilidad. No habría interés alguno en los operadores privados por atender zonas o bolsas de población sin expectativas de rentabilidad.

Para corregir esta tendencia se establecen las llamadas obligaciones de servicio público que imponen al conjunto de operadores la obligación de ofrecer sus servicios en esas zonas o a esos segmentos de población que no resultan comercialmente atractivos pero que deben atenderse para alcanzar la igualdad y accesibilidad a servicios básicos que postulan las más elementales razones de interés general. Habrá de establecer entonces el regulador público, o los propios operadores mediante acuerdos, cómo se afrontan las obligaciones de servicio público y se distribuyen entre ellos. Las opciones son diversas como muestra la experiencia todavía reciente: puede que esas obligaciones se encomienden a un operador dominante, máxime si disfrutó de la ventaja del monopolio en el anterior sistema regulatorio; puede que se distribuyan de manera tendencialmente proporcional entre los operadores; puede que se constituya un fondo entre los operadores con aportaciones proporcionales para afrontar y financiar estas obligaciones de servicio público, etc.

³⁵ Fundamental sobre el tema, la monografía de M. CARLON RUIZ, *El servicio universal de telecomunicaciones*, Civitas, Madrid, 2007.

5. EXTENSIÓN OBJETIVA. LA EXPERIENCIA ANGLOSAJONA

La tendencia a la aplicación del Derecho público rebasa, en cualquier caso, el marco del modelo de regulación horizontal en competencia. Este modelo, sin duda, ha propulsado la proyección horizontal del Derecho público, resultando de aplicación a relaciones entre sujetos privados, desprendiéndose así de la estructura marcadamente vertical característica de las relaciones de Derecho público con la ineludible presencia en ellas de una autoridad o una Administración pública. Pero esa orientación horizontal tiende a rebasar el marco de los servicios económicos de interés general sujetos a regulación.

Es un fenómeno reciente necesitado por ello de particular atención, que puede considerarse bastante generalizado aunque presenta variantes en las diferentes culturas jurídicas en las que se produce. De particular interés resulta la evolución que se registra en la órbita anglosajona.

Fue significativamente en el Reino Unido y en los Estados Unidos de América donde, sobre todo durante los mandatos de Margaret Thatcher y Ronald Reagan, se llevaron a cabo las primeras políticas y experiencias privatizadoras, desreguladoras como también se las conoce, a gran escala. Pero ha sido ya entrado el presente siglo cuando se advierte que buena parte de los servicios, tareas y funciones transferidas a sujetos privados tienen una incuestionable dimensión pública que puede quedar desatendida si se someten plenamente al Derecho privado. Por lo demás, la privatización, la externalización, u otras fórmulas materialmente similares³⁶, han llegado a propiciar verdaderas situaciones límite, que se aproximan a lo espeluznante en algunos supuestos, como pone de manifiesto el caso Blackwater que parece destinado a convertirse en un *leading case* no sólo en la materia de

³⁶ Al respecto, G. E. METZGER, «Privatization as Delegation», *Columbia Law Review*, 103, 2003.

responsabilidad que ahora se suscita ante los Tribunales sino en otros importantes frentes³⁷.

Es por ello por lo que se postula la aplicación del Derecho público a toda una serie de actividades desempeñadas antes por Administraciones Públicas y que habían sido objeto de privatización³⁸. Se tiene el convencimiento de, si no es así, no puede ejercerse un control efectivo sobre el desarrollo de estas actividades para verificar y garantizar la correcta atención a los intereses públicos en juego. No se han mostrado efectivas las fórmulas de control que, con mucha imaginación y esfuerzo por parte de los Tribunales, se han querido elaborar tomando como referencia los parámetros del *common law* para las relaciones entre particulares, pro-prios y característicos del Derecho privado como la responsabilidad por daños, relaciones contractuales, o el régimen de las perturbaciones actualizado en torno a las inmisiones (*torts, contracts, public nuisance standards*).

La aplicación de normas y principios de Derecho público se considera ya incuestionable si a los sujetos privados se les atribuye una función pública mediante una decisión de la Administración, una concesión (*grant*), o reciben fondos públicos por una u otra vía, o si mantienen una relación contractual, en sentido muy amplio, susceptible de abarcar múltiples modalidades, con la Administración.

³⁷ El 16 de septiembre de 2007, en la muy concurrida plaza Nisour de Bagdad, guardias armados disparan contra un vehículo que consideraron sospechoso al entrar en la plaza. El conductor es abatido y su cuerpo presiona el acelerador. Al acercarse el vehículo a mayor velocidad, los guardias disparan a quemarropa en todas direcciones causando la muerte de 17 civiles, entre ellos varios niños. Richard FRANKEL se plantea que cómo es posible que soldados entrenados, con la debida instrucción puedan cometer semejante barbarie. La respuesta es que no eran soldados. Se trataba de empleados de Blackwater USA, una compañía privada contratada por el Gobierno Federal para prestar «servicios de seguridad». Los detalles del caso y su tratamiento desde los principios de la responsabilidad por daños en R. FRANKEL, «Regulating Privatized Government through art. 1983», *The University of Chicago Law Review*, vol. 76, núm. 4, 2009.

³⁸ Vid. J. FREEMAN, «Extending Public Law Norms Through Privatization», *Harvard Law Review*, vol. 116, 2003. págs. 1285 y ss.

No se trata desde luego de la aplicación masiva, rutinaria e indiscriminada, del Derecho público a todos los sujetos privados que puedan ejercer funciones públicas o hayan sido destinatarios de operaciones pri-vatizadoras, puesto que ello los convertiría de hecho en sujetos públicos — Agencias o Administraciones — y eliminaría las aportaciones positivas o las expectativas que pudiera suscitar la privatización o la atribución de cometidos públicos a sujetos privados. Entre esas aportaciones se desta-can la eficiencia económica, concretamente la racionalidad y ajuste en los costes que se supone al sector privado, y, más recientemente — y sin duda con mayor proyección en el futuro como hemos tenido ocasión de des-tacar—, el conocimiento experto que en muchos sectores ya no se en-cuentra en la órbita de la Administración Pública.

Se trata, entonces, de establecer criterios de aplicación del Dere-cho público a sujetos privados. La jurisprudencia, tanto en Estados Unidos como en el Reino Unido ha reconocido en diversas ocasiones que ciertos sujetos privados en la medida en que realizan funciones públicas o reciben fondos públicos han de ajustar su actividad, o parte de ella, al Dere-cho público. La consecuencia más relevante de esa sujeción es la posi-bilidad de revisión judicial (*judicial review*) que es la característica determinante del *Administrative Law*. En ese entorno conceptual, la ju-risprudencia había mantenido su adscripción al criterio tradicional de ac-tivación del control judicial que es la concurrencia del vicio de *ultra vires*: cuando la Agencia o la Administración excede en el ejercicio de sus poderes las facultades conferidas o delegadas mediante *statute*, mediante ley, por el Congreso.

Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia más reciente conoideran que este criterio tradicional, que se inserta y explica en la teoría clásica de la revisión judicial, no alcanza a dominar toda una serie de actuaciones de sujetos privados en el ejercicio del poder público cuan-do tales cometidos no se han atribuido mediante ley o decisión del le-gislativo (*statute*), sino mediante actos o decisiones de las propias Agencias y Administraciones: a través de concesiones (*grants*), contratos (*contracting out*) y también en ciertos casos en los que se otorgan fon-dos públicos para la realización de determinadas actividades por sujetos privados. Es justamente por estas vías por las que mayormente dis-curre el proceso de privatización y externalización de funciones públicas. Si se mantiene a ultranza el criterio del *ultra vires*, que presupone la atri-bución de funciones por una norma,

quedarían fuera de la revisión judicial y de la aplicación del Derecho público todas las actuaciones de sujetos privados que fueron facultadas por una decisión de la Administración.

Es por ello por lo que recientemente se tiende a utilizar criterios funcionales que reparan por tanto en el tipo de función que realiza el sujeto privado — considerando particularmente su posible relevancia o significación pública — para determinar la procedencia de la revisión judicial y la aplicación del Derecho público.

Entre otros que se han producido recientemente en diversas jurisdicciones, un caso que ha suscitado una gran atención doctrinal³⁹ y que para nosotros resulta muy significativo es el *Société de l'assurance auto-mobile du Québec v. Cyr*, resuelto por la Corte Suprema de Canadá⁴⁰. Se trata de un caso que podríamos perfectamente adscribir a la realidad, conocida aunque no adecuadamente sistematizada entre nosotros, de las entidades colaboradoras de la Administración. Concretamente las entidades privadas que realizan funciones de control técnico relacionadas con la función pública de seguridad de los automóviles. Lo que se conoce en definitiva como Inspección Técnica de Vehículos⁴¹. El caso resuelto por la *Supreme Court* se inicia con una demanda presentada por Yvan Cyr, un mecánico de una compañía privada (*Société de l'assurance automobile du Québec*) que realizaba la función pública de inspección técnica de vehículos. Una función que se le encomendaba a esta entidad privada a través de un contrato con una Agencia pública. La

³⁹ De ella da cumplida cuenta F. HOCHN, «Privatization and the boundaries of judicial review», *Canadian Public Administration*, vol. 54, 2011, págs. 73 y ss.

⁴⁰ 2008, 1 S.C.R. 338 (*Cyr*).

⁴¹ Objeto de atención también por nuestra doctrina por el entrecruzamiento de funciones públicas y sujetos privados que las ejercen, *vid.*, al respecto, E. ARANA GARCÍA, «Naturaleza jurídica de la actividad de Inspección Técnica de Vehículos», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 54, 1999, págs. 9 y ss.; D. CANALS I AMETLLER, «La jurisprudencia ante el ejercicio privado de la función pública de control técnico por razones de seguridad», *Revista del Poder Judicial*, núm. 56, 1999.

controversia se planteó cuando se revocó la designación de Yvan Cyr como «*accredited mechanic*» para realizar esas funciones. La Corte entendió que resultaban aplicables al caso las normas de Derecho público.

Lo relevante es que se superó aquí el criterio tradicional del *ultra vires*, limitado a los casos en los que se había rebasado los márgenes de una delegación o atribución legal, por lo que requiere siempre de una norma o decisión del Congreso. Quedarían fuera del alcance de esa revisión judicial los casos, cada vez más frecuentes, en que esa atribución se realiza a través de un contrato, una concesión u otorgamiento (*grant*) por una Agencia o Administración. El criterio funcional que en este y en algún otro caso utiliza la Corte Suprema de Canadá permite extender el control judicial y la aplicación de las normas y principios de Derecho público a este tipo de supuestos.

Por ello mismo la doctrina ha valorado muy positivamente esta jurisprudencia puesto que, de lo contrario, de mantenerse exclusivamente el criterio estricto del *ultra vires*, el Derecho público, y la atención a los intereses generales que le es propia, podía quedar al margen del amplio flujo que se produce en torno a toda una serie de funciones que las Administraciones y Agencias están transfiriendo, externalizando, por vía contractual o mediante decisiones de otorgamiento (*grant*).

Sin embargo se tiene conciencia de que la extensión o aplicación del Derecho público no es un objetivo en sí mismo. De lo que se trata es de atender y proteger adecuadamente los intereses en juego. Si se advierte la presencia de intereses inequívocamente públicos, entonces puede ser conveniente la aplicación del Derecho público, aunque no siempre re-sulte la solución más adecuada⁴².

Pueden establecerse al respecto una serie de criterios correctores y delimitadores de la aplicación del Derecho público a relaciones entre particulares en las que el interés

⁴² S. PAGE, «The web of managerial accountability: The impact of reinventing government», *Administration and Society*, núm. 38, 2006.

público tiene una destacada significación.

El primero sería que el Derecho privado, naturalmente llamado a regular una relación entre particulares, ofreciese mecanismos y determinaciones capaces de dispensar a los intereses públicos en juego una protección efectiva.

Otro criterio modulador se advierte en la eficacia y los costes. La externalización o atribución a particulares de determinados cometidos antes cumplidos por la Administración se justifica en muchos casos por la eficacia que se espera de una gestión privada, descargada de las exigencias procedimentales del Derecho administrativo. También habría que ponderar en términos restrictivos la aplicación del Derecho público si conllevase un incremento desproporcionado de los costes para el erario público, sobre todo si la justificación de la privatización, en el caso concreto de que se tratare, viniese impuesta por la reducción o eliminación de costes.

La aplicación del Derecho público, entienden algunos autores introduciendo un nuevo criterio⁴³, debería ceder o contenerse si afectase a otros objetivos públicos o incluso intereses privados más relevantes.

En cualquier caso, la aplicación del Derecho público no habría de mermar o distorsionar los elementos característicos y positivos de la privatización entre los que destacan la eficiencia, los costes ajustados, la gestión y el conocimiento experto y la innovación o adaptación tecnológica. Cuando el Parlamento, mediante normas, o la Administración, mediante decisiones singulares, promueven procesos de privatización o externalización están buscando con toda lógica alguna — o todas — de sus aportaciones o ventajas. No tendría sentido entonces la extensión del Derecho público si merma o evita estas ventajas, para eso mejor habría sido no acometer la privatización y mantener el sector o la actividad de que se trate en manos de un ente público.

⁴³ Así F. HOCHN, «Privatization and the boundaries of judicial review», cit., 2011, pág. 93

6. LA EXTENSIÓN SUBJETIVA. LA ATRIBUCIÓN DE UN CIERTO ESTATUTO PÚBLICO A SUJETOS PRIVADOS QUE EJERCEN FUNCIONES PÚBLICAS. LA EXPERIENCIA ALEMANA

La extensión del Derecho público discurre por diversos conductos y ofrece así manifestaciones diversas. La que acabamos de exponer, pres-tando particular atención a su desarrollo en la órbita anglosajona, es la que convencionalmente podríamos denominar la vía objetiva, pues supone la aplicación objetiva del Derecho público a relaciones entre sujetos ine-quívocamente privados.

Otra vía de expansión del Derecho público sería entonces la que, también convencionalmente, podríamos caracterizar como subjetiva: a cier-tos sujetos privados se les aplica un régimen o estatuto de Derecho público sin que ello ponga en cuestión la naturaleza privada de los mismos, pues no se convierten en modo alguno en Agencias o Administraciones Públicas.

Esta extensión del Derecho público por la vía subjetiva ha tenido un gran desarrollo en la órbita germánica donde este tipo de sujetos privados que, bajo su propia responsabilidad, ejercen funciones públicas son perfectamente reconocibles en la categoría — muy definida y asentada, con un renacimiento y desarrollo espectacular en los últimos tiempos al filo del fenómeno privatizador — de los *Beliehne* o habilitados.

Ya en el siglo XIX las leyes de varios Estados alemanes reconocieron plenos efectos públicos a las actuaciones y decisiones de ciertos sujetos privados, como si se tratase de resoluciones adoptadas por la propia Ad-ministración. Podemos utilizar a título de ejemplo el significativo y re-currente sector —que nos aparecía en el apartado anterior en la órbita an-glosajona, caso *Cyr* — del control técnico por razones de seguridad⁴⁴. En el

⁴⁴ Sector que significativamente ha suscitado entre nosotros los estudios más relevantes, como el del propio J. A. CARRILLO DONAIRE, *El Derecho de la seguridad y de la calidad industrial*, ya citado, el de D. CANALS, *El*

siglo XIX, en plena revolución industrial, se constituyeron en Alemania asociaciones privadas de ingenieros e industriales que realizaban con-troles técnicos de artefactos que generaban riesgos, sobre todo calderas de vapor que por entonces explotaban con alguna frecuencia. En un mo-mento dado, el Estado —la primera expresión la ofrece la *Verdornung* del Estado prusiano de 1874 — reconoció este tipo de controles y certifi-cados como propios, como si hubieran sido realizados por su Adminis-tración y con sus propios funcionarios. El Estado prusiano ya era cons-ciente entonces de que el conocimiento técnico estaba más del lado de las empresas y sus ingenieros que de los burócratas de su Administración, muy reconocidos en la tramitación de expedientes, ordenación de regis-tros y otras muchas tareas, pero escasamente capacitados para apreciar las complejas cuestiones técnicas que se planteaban en torno a la segu-ridad de toda una serie de artefactos industriales.

De esta experiencia proceden las TÜV, Asociaciones para la Inspección Técnica (*Technische Überwachung Vereine*), asociaciones privadas de téc-nicos e ingenieros que realizan funciones de control técnico. La singula-ridad de estos sujetos es que sus actuaciones o decisiones tienen los mis-mos efectos que si hubieran sido adoptadas por una Administración Pública. Para precisar esa sustancia característica, resulta conveniente e ilustrativo diferenciar su actuación con respecto a la figura del conce-sionario, que sin duda nos resulta más próxima. El concesionario es un gestor material de un servicio sobre el que las decisiones fundamentales —tarifas, desarrollo del servicio, proyección personal o territorial, etc.— son adoptadas por la Administración; el concesionario es un mero ejecutor de las mismas con la expectativa de obtener unos ingresos en esa gestión material. La

ejercicio por particulares de funciones de autoridad. Control, ins-pección y certificación, Comares, Granada, 2003, o el de M. IZQUIERDO, *La seguridad de los pro-ductos industriales*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000. Más recientemente y con un enfo-que más amplio, también de D. CANALS, «El ejercicio de funciones públicas por entidades colaboradoras de la Administración», en la obra colectiva del mismo nombre dirigida por A. GALÁN, Huygens, Barcelona, 2010, págs. 21 y ss.

correlación es clara: la Administración decide, el concesionario ejecuta materialmente, gestiona.

Esa correlación se invierte, justamente, en el tipo de sujetos habilitados (*Beliehne*) en los que ahora reparamos. Son estos sujetos los que deciden, los que resuelven, y, en todo caso, es la Administración Pública la que materialmente ejecuta esas decisiones. En el sector que contemplamos, el conocimiento técnico está en la órbita de particulares, ingenieros y técnicos. La Administración ordinaria es ciega para la toma de decisiones en esta materia. De ahí que la capacidad decisoria corresponde a estos sujetos privados habilitados —se decide, por ejemplo, el cierre de una instalación que rebasa el riesgo permitido—, mientras que a la Administración, caso de intervenir, le correspondería una actuación meramente ejecutiva de la decisión adoptada por el particular habilitado, en este caso haciendo efectivo el cierre de la instalación si hubiera oposición por su titular.

Los *Beliehne* operan en otros muchos sectores más allá del control de riesgos que hemos tomado como referencia por observarse de manera generalizada, también por supuesto entre nosotros, una transferencia de estas funciones públicas a sujetos privados. Se tiene la plena convicción de que se trata de sujetos genuinamente privados, pero no es menos firme el convencimiento de que ejercen genuinas funciones públicas; aunque no toda su actividad pueda tener esa relevancia pública. Así las TÜV, además de las funciones públicas en materia de inspección técnica y control de riesgos, desarrollan otro tipo de actividades comerciales en las que no tienen la condición de *Beliehne* ni se someten al Derecho público.

Pero el componente tal vez más característico, el elemento diferencial respecto a otras figuras, radica en la capacidad decisoria, resolutive, que ostentan estos sujetos. No son ejecutores, gestores, de tareas públicas. Son personas que deciden bajo su propia responsabilidad; este es el rasgo más destacado por la doctrina y la jurisprudencia alemana. Se marca así la diferencia respecto a otros sujetos, los concesionarios destacadamente, que son meros gestores y cuya actuación puede imputarse en último término a la Administración titular del servicio; es ésta en último término la responsable del servicio, aunque su gestión material corresponda al concesionario. Hablo aquí, como habrá podido

notarse, de responsabilidad en sentido amplio, en el sentido de titularidad, y no en la acepción de la responsabilidad civil por daños⁴⁵.

Son, por tanto, sujetos con capacidad resolutoria y sus resoluciones tienen los mismos efectos que si hubieran sido adoptadas por la Administración. Entonces, en el entorno dogmático y conceptual del Derecho administrativo continental, la cuestión que inevitablemente se plantea es si estas resoluciones tienen o no el carácter de actos administrativos. La respuesta, tras un debate doctrinal y jurisprudencial que se desarrolló en los años sesenta del pasado siglo, es unánimemente afirmativa. Estos sujetos privados que han sido facultados mediante la correspondiente habilitación (*Beleihung*) dictan auténticos actos administrativos cuando adoptan decisiones y resoluciones en el ámbito de las funciones públicas que les han sido encomendadas⁴⁶. De ello habrían de derivarse una serie de consecuencias en cuanto al régimen jurídico aplicable que se materializan de manera coherente en dos fases.

Una es la fase previa a esa resolución que tiene la naturaleza de acto administrativo: resulta aquí plenamente exigible y de ordinaria aplicación el régimen del procedimiento administrativo en las que son sus fases principales. Una vez adoptada la decisión por el sujeto privado habilitado pueden interponerse los recursos que procedan

⁴⁵ Esta responsabilidad civil sí que se le puede atribuir al concesionario, si concurren determinadas circunstancias, pero no la responsabilidad derivada de la titularidad y dirección del servicio que corresponde a la Administración. En el Derecho alemán, el término que se emplea para caracterizar la actuación de los *Beliehne* es este último de responsabilidad (*Verantwortung*) en ese sentido más amplio de titularidad y de capacidad última de decisión (decisión bajo propia responsabilidad, *eigene Verantwortung*) y no el término de responsabilidad civil por posibles daños (*Haftung*).

⁴⁶ También entre nosotros se ha destacado acertada y categóricamente con relación a la actividad acreditadora de particulares en materia de seguridad industrial que «la responsabilidad del sistema queda en manos de sujetos privados que dictan verdaderos actos administrativos desde el punto de vista de la eficacia y los efectos jurídicos de su actividad», J. A. CARRILLO DONAIRE, *El Derecho de la seguridad y de la calidad industrial*, cit., pág. 455 (la cursiva es mía).

quedando abierta en cualquier caso la vía judicial. La jurisdicción competente para conocer de estas resoluciones es, en plena coherencia con su naturaleza de acto administrativo, la jurisdicción contencioso-administrativa.

Por supuesto que el régimen jurídico de los sujetos habilitados (*Beliehne*) para el ejercicio de funciones públicas rompe por completo cualquier tipo de concepción público subjetiva, o estatutaria, del Derecho administrativo que postularía la aplicación de este Derecho sólo a sujetos públicos, a Administraciones, o a relaciones jurídicas en las cuales ha de estar necesariamente presente una Administración. Los *Beliehne* contradicen abiertamente esta concepción y ahí se explica la polémica, anteriormente aludida, de hace cincuenta años cuando se acabó reconociendo la naturaleza de acto administrativo de sus resoluciones como genuinos actos administrativos.

Pero lo cierto es que en la actualidad esta figura se percibe como un antecedente en el fenómeno de traslado masivo de cometidos y servicios públicos que está conllevando la extensión del Derecho público, del Derecho administrativo, a buena parte de la actividad de estos sujetos privados. Esta extensión del Derecho público se está produciendo más recientemente, en una segunda fase, si se la quiere llamar así: la primera fase, que convencionalmente podríamos localizar en los ochenta y, sobre todo, en los noventa, sería la de la privatización de muchos servicios y funciones; pero es ya entrado el presente siglo cuando se plantea, en la línea y en la lógica en las que aquí reparamos, la aplicación, la extensión del Derecho administrativo a estos sujetos destinatarios de procesos privatizadores, cuando se va adquiriendo plena conciencia de que es posible, y en muchos casos puede ser conveniente por razones pragmáticas, la atribución de esas funciones a sujetos privados, pero que no se puede desconocer su dimensión pública, la presencia de inequívocos intereses públicos que han de ser atendidos y protegidos por el Derecho público en el caso de que el Derecho privado, que es el primeramente llamado por la naturaleza privada de los sujetos intervinientes, no les dispensara una tutela adecuada.

La tradicional ecuación que se establecía tradicionalmente, en términos muy estrictos, entre sujetos públicos y Derecho público, se está rompiendo en muchos frentes en los que el Derecho público está desprendiéndose de su clásico eje vertical — relaciones

entre sujetos públicos investidos de potestades y particulares — para extenderse a las relaciones entre sujetos privados si en esas relaciones están implicados intereses públicos relevantes⁴⁷. En la categoría que ahora contemplamos, esa ex-tensión del Derecho público se produce a través de una fórmula subjeti-va, sujetando a determinadas personas privadas — o, mejor, a un segmento de su actividad — al Derecho público y bajo el control de la jurisdicción contencioso-administrativa, sin que por ello se desvirtúe su naturaleza privada, ni se conviertan en sujetos públicos, menos aún en Administraciones Públicas. De ahí que en las exposiciones sistemáticas, en manuales y tratados, del Derecho administrativo no se considere en ningún caso a estos sujetos como Administraciones Públicas en su sentido subjetivo, aunque su actividad, o una parte de la misma, pueda calificarse como actividad administrativa.

Así es como en las exposiciones más aceptadas y convencionales del Derecho administrativo alemán se viene a distinguir entre la Administración directa o inmediata, que es la desarrollada por genuinas Administraciones Públicas en su acepción subjetiva, y la Administración indirecta o mediata, entre la que se encuentra la realizada por estos sujetos privados habilitados para el ejercicio de funciones públicas (*Beliehne*). Es evidente, en cualquier caso, que el concepto de Administración que en estas exposiciones se está manejando es un concepto objetivo, considerando como Administración una actividad — sujeta a un régimen jurídico singular, el del Derecho administrativo — que pueden desarrollar tanto sujetos públicos — Administraciones primarias en sentido subjetivo — como sujetos privados.

Tal vez lo que más nos interese destacar ahora de esta figura es su espectacular

⁴⁷ Vid. al respecto el muy completo y documentado estudio de M. DARNACULLETA I GARDELLA, «La colaboración de entidades privadas en Alemania: los *Beliehne* o entidades que actúan como agentes descentralizados de la Administración», en *El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas...*, cit. Las conclusivas palabras con las que esta autora cierra su artículo son, a nuestros efectos, definitivas: «En Alemania está claro, pues, que el ejercicio de funciones públicas, en sentido estricto, con independencia de la naturaleza pública o privada del sujeto que las ejerza, debe estar revestido de las garantías básicas previstas por el Derecho administrativo».

relanzamiento en la última década. Se trata de una fórmula en franca expansión al filo del vasto proceso privatizador y de traslado a particulares de funciones públicas. En esta encrucijada, la fórmula de los habilitados (*Beliehne*) se ha mostrado particularmente idónea para canalizar ese flujo tal como ha tenido ocasión de destacar la doctrina alemana del Derecho público⁴⁸.

Hasta hace poco más de una década, la categoría de los *Beliehne* suscitaba el interés de su singularidad, aunque sus concretas experiencias y materializaciones eran relativamente limitadas en la práctica. Sin duda el exponente estelar y más extendido eran las TÜV a las que ya hemos tenido ocasión de referirnos. Unas asociaciones de control técnico que tienen una gran intervención en la actividad industrial, la construcción, la tecnología y que por ello gozan de una gran visibilidad social. Pero había otros exponentes de esta categoría: los capitanes de buque, los ingenieros auditores de construcción, y algunos pocos más que configuraban una lista o nómina de estos sujetos que se mantuvo inalterable durante mucho tiempo.

Sin embargo en los últimos años, al filo del proceso privatizador y de traslado a particulares de funciones públicas, la fórmula conoce una gran expansión operando en sectores de gran actualidad o que han sido objeto de profundas reformas en tiempos recientes en el eje de la correlación entre público y privado. Así, el sector aeroportuario y del transporte aéreo ha experimentado una considerable transformación de signo liberalizador y privatizador. En lo que es la gestión aeroportuaria es mucho en principio lo que puede privatizarse, pero a los aeropuertos, a sus gestores, les compete una concreta función de incuestionable relevancia pública: la asignación de franjas horarias (que se conocen como *slots*) a las compañías aéreas para las operaciones de aterrizaje y despegue de sus aeronaves. Esta es una función pública muy relevante para la regulación del transporte

⁴⁸ Así lo destaca Andreas VOSSKUHL, en la actualidad Presidente del Tribunal Constitucional Federal, en «Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung», *VVDStRL* (Publicaciones de la Asociación Alemana de Profesores de Derecho Público), núm. 62, 2003, págs. 266 y ss.

aéreo. El Derecho europeo establece que la asignación de estos *slots* habrá de realizarse a través de un procedimiento transparente y con criterios objetivos, apuntando sin duda al carácter público de esta función. En Alemania se ha recurrido significativamente a la fórmula de los *Beliehne* que permite la gestión aeroportuaria por un sujeto privado pero que, en el cometido concreto de la asignación de franjas horarias a compañías, ejerce una función pública para la que cuenta con la correspondiente habilitación. El procedimiento que siguen para la adopción de estas decisiones y los recursos que contra ellas puedan plantearse están regidos por el Derecho administrativo y es la jurisdicción contencioso-administrativa la competente para conocer de ellas en su caso.

Otros sectores de gran actualidad y proyección ofrecen también recientes y significativas experiencias en la aplicación del estatuto público característico de la *Beleihung*. Así, el sector ambiental, donde tienen tal condición los acreditadores y verificadores ambientales⁴⁹. O en el de residuos, al atribuirse el estatuto propio de la *Beleihung* a ciertos gestores que ejercen funciones públicas en el control, supervisión y decisiones sobre el tratamiento y destino de los residuos.

⁴⁹ Muy ilustrativa, al respecto, la crónica de M. TARRÉS VIVES, «Los sujetos privados en la gestión y auditoría medioambiental comunitaria. Su desarrollo en la Umweltauditgesetz alemana», en esta REVISTA, núm. 145, 1998, págs. 503 y ss. Se presenta ahí con toda claridad el modo en que el Ministerio de Medio Ambiente es facultado allí por la Ley para habilitar (*zu beleihen*) a sujetos privados para el ejercicio de funciones públicas y la aplicación a ellas de un régimen de Derecho administrativo.

INTEGRITY CHALLENGES IN THE EU AND U.S. PROCUREMENT SYSTEMS*

Prof. Daniel I. GORDON¹ - Prof.ssa Gabriella M. RACCA²

INDEX

1. THE DIFFERENT SCOPE OF PUBLIC PROCUREMENT RULES IN THE EU AND THE US AND THE RELEVANCE OF INTEGRITY

2. FLEXIBILITY IN THE CHOICE OF PROCEDURES IN THE NEW EU PROCUREMENT DIRECTIVE AND IN THE U.S. FEDERAL PROCUREMENT SYSTEM

3. EU OBJECTIVITY VS. U.S. SUBJECTIVITY IN THE AWARD DECISION: INTEGRITY ISSUES

3.1 Criteria for qualitative selection of tenderers in the EU and past performance in the U.S.

** This article is based on the workshops organized by the “Public Contracts in Legal Globalization” network (<http://www.public-contracts.net>) directed by Prof. Jean-Bernard Auby and coordinated by Prof. Gabriella M. Racca and Christopher R. Yukins, at the University of Turin - Italy (June 8, 2012) and at the University SciencesPo Paris – France (December 19, 2012). These workshops have also inspired the book “INTEGRITY AND EFFICIENCY IN SUSTAINABLE PUBLIC CONTRACTS. Corruption, conflict of interest, favoritism and inclusion of non economic criteria in public contracts”, Gabriella M. Racca - Christopher R. Yukins eds., forthcoming, Bruylant, 2014.*

¹ Associate Dean for Government Procurement Law, The George Washington University Law School. Mr. Gordon was the Administrator for Federal Procurement Policy in the Obama Administration.

² Professor of Administrative Law and Deputy Director for the research of the Department of Management of the University of Turin - Italy (e-mail: gabriella.racca@unito.it).

3.2 European objectivity vs. American subjectivity

4. THE US EXPERIENCE IN AGGREGATION: RISKS TO AVOID IN THE EU

5. INTEGRITY AS THE KEY TO ANY PROCUREMENT SYSTEM: HOW TO PROVIDE TRANSPARENCY AND ACCOUNTABILITY

6. CONCLUSIONS

1. THE DIFFERENT SCOPE OF PUBLIC PROCUREMENT RULES IN THE EU AND THE US AND THE RELEVANCE OF INTEGRITY

It seems of interest to clarify the different perspectives concerning public procurement in the US and the EU in order to highlight the different scopes and effects of their regulations.

The EU Directives define procurement rules that apply to 28 different countries, with different legal systems and diverse cultural and social traditions. This is a horizontal challenge that the United States hasn't had to deal with, since its procurement system applies only to one country, the U.S.³ Secondly, the EU is dealing with a vertical challenge that the US avoids for constitutional reasons. From a US perspective, it looks impressive that EU procurement directives cover all levels of government, from national procurements to local procurements, including small municipalities. In the US there is a more-or-less uniform federal system, but it does not apply to the States; their procurement systems are legally and factually separate from the federal system. In the EU, the Public Procurement Directives can be seen as defining only a minimum common denominator for the 28 Member States that must implement them according to different legal systems, different languages and different approaches to procurement. The result is a degree of variation, even though the detailed provisions of EU Directives can become directly applicable to any above-threshold EU procurement. Most of the rules are mandatory and after the

³ *The U.S. acquisition system has a long history and is based on a detailed statutory and regulatory scheme. The roots of the federal procurement system can be traced back to the 19th century (and arguably back to the War of Independence in the 18th century). Today, the bedrock of the federal procurement laws is the Competition in Contracting Act of 1984, modified by reform legislation from the 1990s, and implemented through the very detailed Federal Acquisition Regulation (the FAR). CICA, as the 1984 statute is often called, was codified in several different parts of the United States Code: in section 2301 and the following sections of Title 10 for defence agencies; in section 251 and the following sections of Title 41 for civilian agencies; and in section 3551 and the following sections of Title 31 for the bid protest provisions). The definitive history of the U.S. federal procurement system is James F. Nagle's, *History of Government Contracting*, (2nd ed. 1999).*

implementation term become directly applicable, whenever not correctly implemented, according to a EU Court of Justice ruling.⁴

At the international level the GPA defines a “minimum minimum” common to both EU and US systems, a lowest common denominator among very different systems. Contrasted with UNCITRAL, the United Nation Commission on International Trade Law, whose aim is to create a model procurement law, the GPA does not include the level of detail that would be needed for a statute.⁵

The EU procurement Directives seem to be moving in the direction of constructing a detailed set of procurement rules, more like the UNCITRAL model law than the WTO GPA, which is an extraordinarily challenging task.⁶

⁴ The direct effect of European law has been enshrined by the Court of Justice in the judgement of *Van Gend en Loos* of 5 February 1963. The ECJ stated that European law not only engenders obligations for Member States, but also rights for individuals. Individuals may therefore take advantage of these rights and directly invoke EU acts before national and European courts. While an EU directive is an act addressed to Member States and must be transposed by them into their national laws, in certain cases the Court of Justice recognises the direct effect of directives in order to protect the rights of individuals. Therefore, the Court laid down in its case-law that a directive has direct effect when its provisions are unconditional and sufficiently clear and precise (ECJ, 4 December 1974, *Van Duyn*, in C-41/74). However, it can only have a direct vertical effect. That is, individuals can invoke a European provisions in a challenge to a Member State only if the State has not transposed before the deadline provided (ECJ, 5 April 1979, *Ratti* in C-148/78). ECJ, 10 November 2011, *Norma-A SIA - Dekom SIA v Latgales plānošanas reģions*, in C-348/10 concerning the Remedies Directive (EU Dir. No. 2007/66).

⁵ S. ARROWSMITH (Ed.) *Reform of the UNCITRAL Model Law on Procurement: Procurement Regulation for the 21st Century*, West Publishing, 2009; ID., *The Past and Future Evolution of EC Procurement Law: From Framework To Common Code?*, in *Public Contract Law Journal*, Vol. 35, No. 3, 2006, 337-384.

⁶ S. R. ACKERMAN, *International Actors and the Promises and Pitfalls of Anti-Corruption Reform*, in *Pennsylvania Journal of International Law*, 2013, 472. D. I. GORDON, *Anti-Corruption Internationally: Challenges In Procurement Markets Abroad—Part II: The Path Forward for Using Procurement Law to Help with Development and the Fight Against Corruption*, in *GW Legal Studies Research Paper*, No. 40, 2013, available at www.ssrn.com.

The first ‘whereas’ in the draft of the new Directive provides that: “*The award of public contracts by or on behalf of Member States authorities has to comply with the principles of the Treaty on the Functioning of the European Union, and in particular the free movement of goods, freedom of establishment and the freedom to provide services as well as the principles deriving therefrom, such as equal treatment, non-discrimination, mutual recognition, proportionality and transparency. However, for public contracts above a certain value, provisions should be drawn up coordinating national procurement procedures so as to ensure that these principles are given practical effect and public procurement is opened up to competition*”.⁷

Actually, harmonization of the European rules is less than one might expect: only 20% or so of public procurements (measured by value) fall within the scope of the directives.⁸ Nonetheless, according to the EU Court of Justice, all EU procurements should apply the Treaty principles, but those principles are not as demanding.

⁷ European Parliament legislative resolution on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on public procurement (COM(2011)0896 – C7-0006/2012 – 2011/0438(COD), 15 January 2014, Wh. No. 1. See before: ECJ, 7 December 2000, *Telaustria* in C-324/98, p.ti 60-62; ECJ, 21 July 2005, *Coname* in C-231/03, p.ti 16-19; ECJ 13 October 2005, *Parking Brixen* in C-458/03, p.ti 46-49; ECJ, 13 November 2008, *Coditel Brabant* in C-324/07, p.to 25. ECJ, III, 10 September 2009, *Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreismunicipalitäten (WAZV Gotha) v. Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH*, p.to 44. See also: R. CAVALLO PERIN, *I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio tra ordinamento interno e ordinamento europeo*, in *Dir. Amm.*, 2000, 60; R. CARANTA, *The Borders of EU Public Procurement Law*, in D. Dragos – R. Caranta (a cura di) *Outside the Procurement Directives - inside the Treaty?*, Copenhagen, 2012, 25 e ss.

⁸ EU Commission, *Evaluation Report Impact and Effectiveness of EU Public Procurement Legislation*, June 2011, 27; G. M. RACCA, *The Electronic Award and Execution of Public Procurement*, in *Ius Publicum Network Review*, 2012, accessible in http://www.ius-publicum.com/repository/uploads/17_05_2013_19_31-Racca_IT_IUS-PUBLICUM-EN.pdf and in Social Science Research Network - http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2229253.

The limited applicability of the EU Procurement Directives reduces their impact.. In fact, cross-border procurement in the EU is rare. European efforts to construct a more uniform procurement system might have facilitated creation of national procurement markets where there were still internal barriers (e.g., between Northern and Southern Italy,⁹ or among German Laender¹⁰); however, only 1.6% of the public procurement contracts are won by an economic operator from another country.¹¹ One reason may be that the various EU member states' national procurement legal systems are still different and separate despite the efforts of the Directives: legal and language barriers produce a fragmentation of the public procurement marketplace that economic operators are quite used to.

Another reason for such fragmentation is related to the limits of EU Directives, which address the award phase, but not contract management. Contract management is completely left to the EU Member States, meaning that the EU has no control over the performance of contracts. Because performance can be significantly different from – and

⁹ G. M. RACCA, *Public Contracts – Italy*, in *Ius Publicum Network Review*, 2012, available at <http://www.ius-publicum.com/pagina.php?lang=it&pag=report&id=43>, 4; A. MASSERA, *Italie/Italy*, in R. Noguellou – U. Stelkens (eds. by) *Comparative Law on Public Contracts*, Bruxelles, 2010, 719-720.

¹⁰ M. BURGL, *Public Procurement Law in the Federal Republic of Germany*, in *Ius Publicum Network Review*, 2012, available at <http://www.ius-publicum.com/pagina.php?lang=it&pag=report&id=43>, 6; U. STELKENS – H. SCHROEDER, *Allemagne/Germany*, in R. Noguellou – U. Stelkens (eds. by)) *Comparative Law on Public Contracts*, Bruxelles, 2010, 320 et seq. A. RUBACH-LARSEN, *Selection and Award Criteria from a German Public Procurement Law Perspective*, in *Public Procurement Law Review*, 2009, 112.

¹¹ Rambøll Management, *Cross-border procurement above EU thresholds*, Rambøll study for the EU Commission, May 2011, 38. The study found that direct cross-border procurement accounts for 1.6% of awards or roughly 3.5% of the total value of contract awards published in OJ/TED during 2006-2009 and that 50% of contracts above EU thresholds are awarded within the distance of 100 km. The EU Commission refer to this data in the *Green Paper on the modernisation of EU public procurement policy Towards a more efficient European Procurement Market* - COM(2011) 15 final, 27 January 2011, 4.

less than – what was promised, the result may be to undermine the meaningfulness of the competitive selection, which is the heart of the EU model.¹²

While the reason for the separation the Directives maintain between the award and execution of the procurement may be due to Member States not wanting to lose their sovereignty in the execution of public contracts, the result is considerable uncertainty for economic operators and a challenge to the procurement system's goal of achieving good performance for the benefit of EU citizens.

The failure to address contract execution at the EU level risks causing toleration of performance inferior to what was promised in the contract.¹³ In many EU countries this can happen due to incompetence or corruption.¹⁴ As in any country, in EU Member States

¹² EU Commission, *Report from the Commission to the Council and the European Parliament, EU Anti-Corruption Report*, COM(2014) 38 final, 3 February 2014, available at http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/anti-corruption-report/index_en.htm, 26-27; EU Commission, *Green Paper on the modernisation of EU public procurement policy. Towards a more efficient European Procurement Market*, 27 January 2011, COM(2011) 15 final, 25; G. M. RACCA – R. CAVALLO PERIN, *Material Amendments of Public Contracts during their Terms: From Violations of Competitions to Symptoms of Corruption*, in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 2013, 287-290.

¹³ G.M. RACCA - R. CAVALLO PERIN - G. L. ALBANO, *Competition in the execution phase of public procurement*, in *Pub. Cont. L. J.*, 2011, Vol. 41, n. 1, 90.

¹⁴ O. BANDIERA – A. PRAT, - T. VALLETTI, *Active and Passive Waste in Government Spending: Evidence from a Policy Experiment*, 2009, in *American Economic Review*, 99(4): 1278-1308; PricewaterhouseCoopers study prepared for the European Anti-Fraud office (OLAF), *Identifying and Reducing Corruption in Public Procurement in the EU*, 2013, available in http://ec.europa.eu/anti_fraud/documents/anti-fraud-policy/research-and-studies/identifying_reducing_corruption_in_public_procurement_en.pdf, 253. S. R. ACKERMAN, *International Actors and the Promises and Pitfalls of Anti-Corruption Reform*, cit., 2013, 481 “Such reforms can both limit corrupt incentives and reduce other forms of waste and inefficiency” ID., *Corruption and government. causes, consequences and reform*, Cambridge, 1999, 59 “Bribes can not only determine who obtains a contract, but also the size and specifications of government purchases. Anti-corruption reforms should focus not just on reducing malfeasance but also on improving the efficiency of government purchasing decisions”.

integrity issues arise in public procurements, including, and perhaps especially, in the execution phase.¹⁵ The two phases of contracting are closely related, of course: it can be easy to win a tender by bidding a low price, if one knows that a much less costly level of performance will be accepted.¹⁶ Because the EU Procurement Directives do not cover the performance phase, no EU remedies can apply. Only recently the ECJ,¹⁷ and subsequently the draft of new Directive, provided that material amendments (significant changes) during execution may constitute the improper award of a new contract without the required public notice – although that situation typically applies to contracts whose scope is being increased through an amendment, rather than a decreasing of the contractual performance standards.¹⁸

To sum up, the EU Public Procurement market amount in 2011 reached 2,405.89 billion Euros, equal to 19% of the EU GDP, although only 425.44 billion Euros in contracts were published in TED, the EU database, as they are above threshold.

¹⁵ EU Parliament - Directorate General for Internal Policies, *Political and other forms of corruption in the attribution of public procurement contracts and allocation of EU funds: Extent of the phenomenon and overview of practices*, 2013, in <http://bookshop.europa.eu/en/political-and-other-forms-of-corruption-in-the-attribution-of-public-procurement-contracts-and-allocation-of-eu-funds-pbBA0313573/?CatalogCategoryID=ylMKABstfr0AAAEjypAY4e5L>, 12.

¹⁶ G.M. RACCA - R. CAVALLO PERIN - G. L. ALBANO, *Competition in the execution phase of public procurement*, cit., 98-100.

¹⁷ ECJ, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH v. Republik Österreich* (C-454/06) [2008] E.C.R. I-4401. See also ECJ, *EU Commission v. Federal Republic of Germany* (C-160/08) [2010]; ECJ, 13 April 2010, *Wall*, in C-91/08; ECJ, 25 March 2010, *Helmut Muller*, in C-451/08; ECJ, 4 June 2009, *Commission v. Greece*, in C-250/07.

¹⁸ European Parliament legislative resolution on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on public procurement, cit., art. 72. According to the new EU Directive the amendments of the contract shall be considered substantial when it makes the contract substantially different from the one initially concluded “in particular to the scope and content of the mutual rights and obligations of the parties, including the distribution of intellectual property rights” (see: Wh. No. 107).

In comparison, the US Federal government currently spends approximately \$500 billion in public procurements each year, an amount that increased during the Clinton and George W. Bush Administrations.¹⁹

The significant value of the public procurement market and the concern about reducing spending and increasing quality underscore the need for integrity in this sector, which is notoriously vulnerable to corruption.²⁰ Yet, somewhat surprisingly, the EU Directives do not meaningfully tackle integrity issues nor do they set up a common EU audit system, nor does the new Procurement Directive take the opportunity to fully address the problem through specific rules regarding integrity in EU procurement²¹, although it was admitted that Member States “are not fully equipped to tackle [such issues] on their own.”²²

¹⁹ The amount of money spent on public procurement increased significantly under the Clinton and Bush administrations. While a good part of the spending after 2001 was attributable to spending related to the wars in Iraq and Afghanistan, a great part of the increase from 1992 on was due to the dramatically expanded reliance on contractors to perform services “outsourced” to the private sector.

²⁰ Today, it is hard to overestimate the impact of corruption in the EU, at least as it is perceived. The European Commission estimates that four out of five EU citizens regard corruption as a serious problem in their Member State. An estimated 120 billion Euros per year, roughly 1% of EU GDP, is siphoned off by corrupt practices. See EU Commission, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the Economic and Social Committee, *Fighting Corruption in the EU*, 6 June 2011. As reported in the Communication, the total economic costs of corruption cannot easily be calculated. The cited figure is based on estimates by specialized institutions and bodies, such as the International Chamber of Commerce, Transparency International, UN Global Compact, World Economic Forum, *Clean Business is Good Business*, 2009, which suggest that corruption amounts to 5% of GDP at world level.

²¹ The principle of integrity was introduced by the Council of the European Union in the compromise text of 24 July 2012 and listed in the wording of the art. 15 of the Proposal, but subsequently was eliminated. The rules provided that “Contracting authorities shall treat economic operators equally and without discrimination and shall act in a transparent and proportionate manner that avoids or remedies conflicts of interest and prevents corrupt practices”. This text is available at <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&t=PDF&gc=true&sc=false&f=ST%2012878%202012%20INIT&r=http%3A%2F%2Fregister.consilium.europa.eu%2Fpd%2Fen%2F12%2Fst12878.en12.pdf>. There

In the new Directives the member States have refused to explicitly address the issue of fighting corruption in public procurement, although, as even more clearly confirmed recently by the Commission,²³ it is evident that such objective “cannot be sufficiently achieved by the Member States”²⁴ and will require an intervention at Union level.

On both sides of the Atlantic, the economic relevance of integrity issues in the public procurement sector is evident, but in the US they are addressed uniformly only on a federal level; no common rules cover all the states. While the EU rules in theory apply to

are some limited provisions on corruption e.g. on conflict of interest, art. 21 and on the exclusion of those criminally convicted for corruption in art. 55.

²² EU Commission, *Report from the Commission to the Council and the European Parliament, EU Anti-Corruption Report*, 21 et seq.; EU Commission, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the Economic and Social Committee, *Fighting Corruption in the EU*, 6 June 2011, 3, in which is also cited art. 83(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union that lists corruption among those crimes for which directives providing minimum rules on definition of criminal offences and sanctions may be established, since corruption often has implications across, and beyond, internal EU borders. Bribery across borders, but also other forms of corruption, such as corruption in the judiciary, may affect competition and investment flows.

²³ EU Commission, *Report from the Commission to the Council and the European Parliament, EU Anti-Corruption Report*, COM(2014) 38 final, 3 February 2014, 24, where is reported that “the proposal also included the setting up of oversight monitoring of the implementation of public procurement rules, red flagging and alert systems to detect fraud and corruption. However, Member States raised fundamental objections to such measures which were considered too cumbersome for their administrations”.

²⁴ Treaty of the European Union, art. 5, § 3: “Under the principle of subsidiarity, in areas which do not fall within its exclusive competence, the Union shall act only if and in so far as the objectives of the proposed action cannot be sufficiently achieved by the Member States, either at central level or at regional and local level, but can rather, by reason of the scale or effects of the proposed action, be better achieved at Union level. The institutions of the Union shall apply the principle of subsidiarity as laid down in the Protocol on the application of the principles of subsidiarity and proportionality”.

all levels of government, in reality uniformity is much less widespread due to the limited scope of the Directives, with their focus on procurements above the threshold and only on the award phase even of those procurements.

2. FLEXIBILITY IN THE CHOICE OF PROCEDURES IN THE NEW EU PROCUREMENT DIRECTIVE AND IN THE U.S. FEDERAL PROCUREMENT SYSTEM

The US system has enormous flexibility regarding the choice of procedure. Since World War II, the use of non-price evaluation criteria and the conduct of “discussions” (the term used for negotiations between the contracting agency and the vendors) have become more and more common. Since the 1970s, procurement officials have been essentially free to choose whether to use negotiated procedures, allowing them to consider factors other than price and to conduct discussions, or to use the “sealed bidding,” under which bids are evaluated only to ensure “responsiveness,” that is, conformance with the tender document (called the solicitation), with the contract generally being awarded to the bidder submitting the lowest-price responsive bid, with discussions prohibited. The choice depends mainly on the subject matter of the contract: the higher the value of the contract, the greater the likelihood that the agency will choose to use negotiated procedures, as it permits considering technical criteria and past performance, in addition to price, as evaluation factors, and allows the government to negotiate with the vendors to discuss their proposals.²⁵ While conducting negotiations has advantages, it obviously is less transparent

²⁵ S. R. ACKERMAN, *Corruption and government. causes, consequences and reform*, cit., 60-63, that reports the procurement problem in U.S. in four stylized categories “purchases that require specialized research and development, such as newly designed military aircraft; purchases of complex, special purpose projects, such as dams or port facilities, that do not involve advances in technology but require managerial and organizational skills; purchases of standard products sold in private markets, such as motor vehicles or medical supplies; and customized versions of products sold privately, such as special purpose computer systems or fleets of police cars”.

than sealed bidding, where bids are opened publicly and no discussions with vendors are permitted.

The EU Public Procurement Directive currently in force provides that contracting authorities normally must use either open or restricted procedures. Other procedures, such as negotiation, are considered less transparent and may be used only in defined cases.²⁶ However, the general principles of non-discrimination, equal treatment and transparency apply to all procurement procedures, though in a different way.²⁷

It is also highlighted the Kelman's idea "that procurement officers should be given very specific instructions about the goals of procurement and be held accountable for the contracto's ability to fulfil them. They should, however, have considerable flexibility to determine the means"; see S. KELMAN, *Procurement and Public Management: The Fear of Discretion and the Quality of Government Performance*, Washington DC, 1990.

²⁶ EU Directive No. 2004/18, provides in art. 30 the cases justifying use of negotiated procedure with prior publication of a contract notice, and in art. 31 the cases justifying use of negotiated procedure without publication of a contract notice. The new EU Directive on Public Procurement provides the negotiated procedure (only without prior publication of a contract notice) in art. 32. See also Wh. No. 50 where it is stated that "*In view of the detrimental effects on competition, negotiated procedures without prior publication of a contract notice should only be used in very exceptional circumstances. This exception should be limited to cases where publication is either not possible, for reasons of extreme urgency brought about by events unforeseeable for and not attributable to the contracting authority, or where it is clear from the outset that publication would not trigger more competition or better procurement outcomes, not least because there is objectively only one economic operator that can perform the contract*". The directives apply only to major contracts, and there are no procedures designed for low-value purchases: for example, there is no equivalent to the "request for quotations" procedure found in the UNCITRAL Model Law on Public Procurement. See: EU Commission, Report from the Commission to the Council and the European Parliament, EU Anti-Corruption Report, COM(2014) 38 final, cit., 27, where is reported the risk of corrupt practices in case of unjustified use of negotiated procedures.

²⁷ ECJ, 12 December 2002, C-470/99, *Universale-Bau AG v. Entsorgungsbetriebe Siemmering GmbH* ("Universale-Bau"), 2002. E.C.R. I-11617.; S. ARROWSMITH, *The Past and Future Evolution of EC Procurement Law: From Framework to Common Code?*, in *Pub. Cont. L. J.*, 2006, 337.

The declared aim of simplifying and increasing flexibility in the new Procurement Directive can be tested by reading the new provisions for choice of award procedure and evaluation of tenders.

The new Directive on Public Procurement specifically addresses provisions to enhance efficiency of public administration, ensure additional flexibility and eliminate market barriers for SMEs.²⁸ It provides that Member States can use the competitive procedure with negotiation²⁹ or with competitive dialogue,³⁰ in various (exceptional) situations where open or restricted procedures without negotiation are unlikely to lead to

²⁸ Difficulties affecting market access across Europe reduce both the involvement of SMEs and cross-border bidding. Market barriers concern a mix of natural (e.g. language, geographic) and regulatory administrative barriers. See: EU Commission, *Commission Staff Working Paper Executive Summary Of the Impact Assessment Accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Public Procurement and the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on procurement by entities operating in the water, energy, transport and postal sectors*, 20 December 2011, SEC(2011) 1586 final, where it is stated that “the share of SMEs winning PP contracts has not changed significantly since 2002, nor have cross-border participation rates improved. The most significant factor affecting SME participation is contract value — SMEs have problems bidding for or fulfilling contracts over €300.000”. Instruments that aim to facilitate access to EU PP markets concern the reduction of the evidentiary requirements for bidding. For the EU Commission “adopting the winning bidder approach to providing documentary evidence would reduce administrative costs by 80%”. The proposed Directive suggests the use of lots for contracts with a total value above certain thresholds. Also the improvement of eProcurement and IT tools will favour the access of SMEs to the Public Contracts Sector. Rambøll Management, *Cross-border procurement above EU thresholds*, cit., 87 where a survey reports that around 73% of firms, otherwise active in public procurement, said that they have not made any cross-border tenders in the last three years.

²⁹ European Parliament legislative resolution on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on public procurement, cit., Wh. No. 45. that the negotiations “*should aim at improving the tenders so as to allow contracting authorities to buy works, supplies and services perfectly adapted to their specific needs*” safeguarding the respect of EU principles. See also art. 29 of the new EU Directive on public procurement.

³⁰ European Parliament legislative resolution on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on public procurement, cit., art. 30.

satisfactory outcomes.³¹ In particular, this applies to cases of innovative projects, implementation of major integrated transport infrastructure projects, large computer networks or projects involving complex and structured financing. Problems might arise with the motivation of such choice and their possible challenges. Furthermore such procedures risk being implemented in such a complex manner in many EU Member States that they become unworkable and exposed to endless litigation, as happened with the competitive dialogue.³²

3. EU OBJECTIVITY VS. U.S. SUBJECTIVITY IN THE AWARD DECISION: INTEGRITY ISSUES

A significant difference between the EU and the US approach to evaluation of tenders concerns the relevance of past performance and the objectivity or subjectivity of the choice of the winning tender. The difference mainly concerns the EU's preference for objective, mechanically applied award criteria³³ and the American tolerance of subjectivity, both in the evaluation factors and in the tradeoff between price and non-price factors.

³¹ In a sense, the EU Directives are following the pattern of the U.S., in which negotiations were initially permitted only in defined circumstances, and then were allowed more widely, before becoming a free choice, as they are today.

³² See: S. ARROWSMITH – S. TREUMER (eds.) *Competitive Dialogue in EU Procurement*, Cambridge, 2012, and, in this book G. M. RACCA – D. CASALINI, *Competitive dialogue in Italy*, 458 on the complexity of Italian implementation. Concerning the innovation partnership see European Parliament legislative resolution on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on public procurement, cit., Wh. No. 47-49 and art. 31. Innovation Partnership will involve a competitive procedure with negotiation in order to get an innovative product not yet available on the market.

³³ EC Directive 2004/18, Wh. No. 46 provides: "Contracts should be awarded on the basis of objective criteria which ensure compliance with the principles of transparency, non-discrimination and equal treatment and which

3.1 Criteria for qualitative selection of tenderers in the EU and past performance in the US

From the EU viewpoint, pre-qualification along with evaluation of the tenderers' capabilities (quality requirements of the economic operators³⁴) is the first phase of the award procedure, completely separate from the evaluation of the tenders. In the EU, the choice has been to fix a minimum of economic and financial standing and technical and/or professional ability related and proportionate to the subject matter of the contract³⁵ in order for the bidder to be allowed to participate in the contract competition. Any economic operators that meet or exceed the minimum requirement threshold must be admitted.³⁶ The reason for such a rule was concern about the risk of discrimination in favor of national undertakings. This concern led to the EU Directive's excluding the possibility of rating past performance, and in particular, excluding the possibility of evaluating past performance with scores, rather than the pass/fail approach implicit in the EU approach to assessment of potential contractors' eligibility. The result, though, is that the EU neglects an important characteristic of contractors, their track record on prior contracts. The result is that

guarantee that tenders are assessed in conditions of effective competition". In the new EU Directive on public procurement see the Wh. No. 90.

³⁴ EC Directive 2004/18, artt. 45-52 for the criteria for qualitative selection of the tenderer. In the new EU Directive on public procurement see the artt. 57-64.

³⁵ EC Directive 2004/18, for the criteria for qualitative selection see articles 45 to 52. In particular art. 47 concerning economic and financial standing and art. 48 regarding technical and/or professional ability. In the new EU Directive on public procurement see the art. 48.

³⁶ In the restricted procedure the possible raising of the requirements permits the selection of only a limited number of tenderers. Nonetheless, once the new raised minimum is met, the quality of the tenderers will not be taken into account in the award criteria. EC Directive 2004/18, art. 44. See: European Parliament legislative resolution on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on public procurement, cit., art. 28.

companies with a poor record of performance will generally be allowed to compete for future contracts. While in theory the level of technical requirements could be raised in a way to exclude firms that have not performed well in the past, that risks being considered unjustified, as not proportional, and potentially discriminatory.³⁷ This lack of evaluation and the consequent impossibility to choose on the base of a better record of performance on prior contracts means that the apparent impartiality in the EU system translates into greater risks in the quality of spending and integrity.³⁸

In the US, the order of evaluation is reversed: first the tender is evaluated and only thereafter the tenderer, as part of the “responsibility” determination, which, like the EU system, is a pass/fail assessment (essentially asking whether the firm is one that the U.S. government is willing to do business with and one that the government believes is capable of performing the contract). That responsibility determination, however, is undertaken only with respect to one firm, the apparent winner of the competition. During the evaluation of tenders, however, the bidders’ past performance will be assessed, typically on a qualitative (not pass/fail) scale, so that a firm’s past performance might be rated “outstanding,” “very good,” or “acceptable.” In the evaluation of tenders in negotiated procurements valued above \$150,000, past performance is a mandatory evaluation criterion. From a U.S.

³⁷ UK Government, *Buying and managing government goods and services more efficiently and effectively*, published 20 February 2013, available at <https://www.gov.uk/government/policies/buying-and-managing-government-goods-and-services-more-efficiently-and-effectively>. EC Directive 2004/18, Wh. No. 39 “Verification of the suitability of tenderers, in open procedures, and of candidates, in restricted and negotiated procedures with publication of a contract notice and in the competitive dialogue, and the selection thereof, should be carried out in transparent conditions. For this purpose, non-discriminatory criteria should be indicated which the contracting authorities may use when selecting competitors and the means which economic operators may use to prove they have satisfied those criteria”. See: ECJ, 29 March 2012, *SAG ELV Slovensko and Others* in C-599/10; ECJ, 12 November 2009, *Commission v Greece* in C-199/07; ECJ, 24 January 2008, *Lianakis v Dimos Alexandroupolis* in C-532/06; ECJ, 3 March 2005, *Fabricom SA v Belgian State*, in joined cases C-21/03 and C-34/03.

³⁸ EU Commission, *Green Paper on the modernisation of EU public procurement policy Towards a more efficient European Procurement Market*, cit., 18.

perspective, the EU pre-qualification of bidders seems both anti-competitive and inefficient, since it requires the contracting authority to judge all firms on a pass/fail basis and allows the contracting authority to eliminate firms from the competition before they have had the opportunity to submit a tender.³⁹ Assessing past performance might ensure performance quality and a fair competition based on the effective quality of public spending, thus reducing the opportunities for corruption. In the EU, difficulties arise also because there is no uniformity in the contract management and thus it seems particularly challenging to define a common standard of evaluation of past performance.

3.2 European objectivity vs. American subjectivity

The US approach to award of public contracts was historically focused on selection based on the lowest price. However, during and after World War II, there was growing recognition of the acceptability of taking into account non-price factors as well, although doing so was long viewed as exceptional. In addition, negotiation with bidders came to be viewed as helpful – although initially, again, only in exceptional circumstances. Finally, in 1984, with enactment of the Competition in Contracting Act, both use of non-price factors (in addition to price, of course) and the conduct of negotiations (called “discussions”) with bidders came to be viewed as ordinary options for the conduct of a procurement.

The US now routinely allows ‘tradeoff’ contracting decisions (often called ‘best value’ decisions), in which contracting officers are allowed to make subjective selection among competing tenders, rather than selecting based only on price. That said, US government agencies are permitted to use price as the sole criterion in selecting among

³⁹ S. R. ACKERMAN, *Corruption and government. causes, consequences and reform*, cit., 62. On the issue related to past performance “the use of past performance as a factor in awarding new contracts has proved difficult to implement because there is no generally accepted technique for evaluating performance”.

acceptable tenders, and they sometimes do so. It is not only that non-price selection criteria are permitted. What is noteworthy is the subjective way that the US system permits those non-price criteria to be assessed and then used.

First, there is an element of subjectivity in the assessment of non-price factors that would not be permitted in many other procurement systems. Thus, tenderers' past performance is a widely used, and often required, evaluation criterion, and the past performance rating that a bidder receives can be assigned by a contracting official on a judgmental basis,⁴⁰ without objective criteria. Only in the case of sealed bidding, where price is the sole award criterion, is there no evaluation of past performance. In the 1990s, the assessment of past performance was often based solely on prior work identified by the bidders in their tenders. In their submission, they were required to disclose their "relevant" prior contracts, so that their performance under those contracts could be checked. A past performance database was set up some years ago and despite some difficulties, it is intended to allow the government officials to identify prior contracts without reliance on the tenderer, thus reducing the risk of disclosure of only contracts where past performance was good.⁴¹

⁴⁰ In a recent protest decision, GAO stated, as the standard legal framework for its review of a challenge to an agency's evaluation of a firm's past performance, "An agency's evaluation of past performance, including its consideration of the relevance, scope, and significance of an tenderer's performance history, is a matter of discretion which we will not disturb unless the assessments are unreasonable or inconsistent with the solicitation criteria." *Phoenix Management, Inc.*, B-405980.7 *et al.*, May 1, 2012.

⁴¹ The evaluation and any contractor response comprise the past performance information that is stored in government databases (e.g., Past Performance Information Retrieval System (PPIRS), Federal Awardee Performance and Integrity Information System (FAPIIS)) and may be used in future source selection decisions. See: KATE M. MANUEL, Congressional Research Service Report for Congress, *Evaluating the "Past Performance" of Federal Contractors: Legal Requirements and Issues*, 4 February 2013, in <http://www.fas.org/srg/crs/misc/R41562.pdf>.

Second, the US system allows the tradeoffs between price and non-price factors to be subjective. The acceptability of subjective tradeoffs has been recognized at least as far back as the 1970s, when GAO declared that contracting officers had discretion in making tradeoffs among competing bids, as long as their decision was consistent with the publicly announced evaluation criteria and met the test of rationality.⁴² That means, for example, that, where a solicitation advised that the government will weight price and past performance equally, two contracting officials could reach different – but both permissible – tradeoff decisions between competing bids. Thus, one contracting officer could decide that bidder A, with an “outstanding” past performance record but offering a price of \$10 million, should receive the contract, rather than bidder B’s \$9 million offer, because bidder B had only “good” past performance. Another contracting officer, faced with the identical facts, could decide that it wasn’t worth the government’s money to spend that extra \$1 million to obtain the benefit of working with a firm with a track record of outstanding performance. That degree of subjectivity can open the system to problems, including problems potentially related to corruption, since it decreases transparency (in the sense that it is not so clear why the government chose the winner). Nonetheless, the problem is subject to multiple accountability mechanisms, in the form of bid protests as well as audits. The system thus provides, or at least attempts to provide, a balance between allowing contracting officials to exercise their discretion and judgment in spending public funds, on the one hand, and ensuring the integrity of public procurement through effective accountability, on the other.⁴³

⁴² The seminal GAO decision establishing this principle was *Grey Advertising, Inc.*, 55 Comp. Gen. 1111 (1976), 76-1 CPD 325.

⁴³ D. DELLA PORTA – A. VANNUCCI, *Corrupt exchanges: Empirical themes in the politics and political economy of corruption*, paper prepared for conference, Bielefeld, 2001, they rank discretion as follows: “(i) When public demand and preferences are precisely defined with respect to both qualities and price structure. The award is automatic, and the public agent exercises no discretionary power. (ii) While public demand is precisely defined, general criteria for prices describe the public preferences. Discretionary intervention is necessary. (iii) Public demand is not defined with precision. Public preferences are described by general criteria for both price and

From the EU viewpoint, award of a contract should be objective⁴⁴ in order to ensure nondiscrimination among economic operators of different Member States.⁴⁵ Such a choice can be implemented with the simplest and most objective award criterion, lowest price. The problem the EU faces is to ensure the objectivity of an evaluation of any other criteria, particularly when their use normally require a subjective assessment.

Selection based on ‘the most economically advantageous tender’ is permitted, as long as the evaluation of quantifiable and nonquantifiable quality elements is done through an objective evaluation, including publicly disclosed “relative weightings” of any element.

This commitment to objectivity remains challenging. For example, apart from the case of quantifiable elements (e.g., delivery to be measured in days, distance between the supplier's warehouse and place of delivery to be measured in kilometers, saving energy to

quality. The public official has the power to assign weight to the various offers, according to general criteria. (iv) The demand and the public preferences are precisely defined during a bilateral bargaining process, delegated to the public agent. S/he is choosing the private part, while price and other contract conditions are the result of the negotiation process”. This classification is reported by T. SØREIDE, *Corruption in public Procurement Causes, consequences and cures*, 2002, 13. The author observe that “This way of classifying public procurement into various degrees of discretionary authority, or objectivity, is important to understand the inclination to corruption in different situations”. S. R. ACKERMAN, *Corruption and government. causes, consequences and reform*, cit., 18. “Whenever regulatory officials have discretion, an incentive for bribery exists”.

⁴⁴ EC Directive 2004/18, Wh. No. 46, “*Contracts should be awarded on the basis of objective criteria which ensure compliance with the principles of transparency, non-discrimination and equal treatment and which guarantee that tenders are assessed in conditions of effective competition. (...) In order to guarantee equal treatment, the criteria for the award of the contract should enable tenders to be compared and assessed objectively.*” See European Parliament legislative resolution on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on public procurement, cit., Wh. No. 90, “*Contracts should be awarded on the basis of objective criteria that ensure compliance with the principles of transparency, non-discrimination and equal treatment, with a view to ensuring an objective comparison of the relative value of the tenders in order to determine, in conditions of effective competition, which tender is the most economically advantageous tender.*”

⁴⁵ C. H. BOVIS, *EU Public Procurement Law*, Cheltnham, 2007, 63-80.

be gauged in Kw/h), the EU system also permits the use of non-quantifiable elements, such as technical merit and aesthetic characteristics. In the evaluation of these qualitative elements, the contracting entities have discretionary power, and their evaluation retains a large subjective component, even when expressed in objective sounding numerical scores.⁴⁶ The fact is that subjectively assigned scores, however precisely presented and whatever complex formula is used, do not lead to an objective evaluation. Moreover, even when the assessment of non-price factors is objective (such as assigning points based on the number of days needed for delivery), the tradeoff between those factors and price is inherently subjective: if one tender would have the goods delivered in 15 days and the other would take 20 days, how many euros extra should the contracting authority be willing to pay for the earlier delivery? Of course, in such cases, the ‘monetization’ of non-price factors can be disclosed in the tender documents (for example, each day shorter than 30 days will be translated into an evaluated price credit of 100 euros), so that an objective formula and transparency are preserved.

The goal of objectivity and the reduction of the discretion available to evaluation committees (juries) and contracting authorities has induced some Member States⁴⁷ to provide for the use of mathematical formulae in the award of public contracts.⁴⁸ That is, the contracting authority is to determine a mathematical formula for both the assessment of the different criteria and the relative weightings used to determine the most economically

⁴⁶ J. SCHULTZ – T. SØREIDE, *Corruption in Emergency Procurement*, in *U4 Anti-Corruption Resource Centre - Issue Paper*, 2006, Corruption “can take place through violations of ordinary procurement rules or through misuse of legal authorisation for discretionary decisions”.

⁴⁷ The Italian Public Procurement Code: Law No 163 of 2006, art. 83, § 5, where in the specification of the rules concerning the most economically advantageous tender, the use of a method that permits identifying the most advantageous offer with a single numeric parameter is provided for. See also: the Government regulation enforcing the IPPC (d.P.R. 5 October 2010, n. 207), Annex P.

⁴⁸ F. DINI, R. PACINI, T. VALLETTI, *Scoring rules*, in N. Dimitri – G. Piga – G. Spagnolo (eds.) *Handbook of procurement*, cit., 304 et seq.

advantageous tender.⁴⁹ While the mathematical formula translates the scores given by the evaluation committee (jury) into a ranking, the problem often remains that the scores themselves are subjective, and they can tilt the award in favor of one tenderer or another. The jury's assessment thus continues to have a discretionary content, and the mathematical formulas serve mainly to give a semblance of objectivity to a subjective evaluation.⁵⁰

Both the jury's discretionary power of technical assessment and that of the contracting authorities in the evaluation of tenders' qualitative elements must ensure reasonableness, consistency and logic in order to avoid discrimination. Yet, for the reasons explained above, objectivity is only apparent. Moreover, the cost paid for the goal of objectivity can be significant: it may force the contracting authority to make a selection based on a score difference that is minimal – essentially irrelevant, especially when the way the score is developed is taken into account - a higher score of 0.1, with no meaningful evaluation of promised quality, may compel a contracting authority to pick one tender over the other.

The limited evaluation of past performance and the complex scoring schemes in the European system can lead to an award that seems random/irrational, and can raise serious integrity and performance risks. Such risks can arise also when the award is decided

⁴⁹ P. S. STILGER *Formulas for Choosing the Most Economically Advantageous Tender - a Comparative Study*, 2011, available at <http://igitur-archive.library.uu.nl/student-theses/2012-0327-200536/StilgerPSMA2011Part%20I.pdf>.

⁵⁰ Italian Cons. Stato, VI, 2 March 2004, No. 926, concerning an awarding procedure carried out by Consip S.p.A. for substitute services for canteen meal vouchers. Regarding this case, see also the investigation activity provided by the Italian Competition Authority in <http://www.agcm.it/component/domino/open/41256297003874BD/934143B3AF9C783AC125705F002CBAF3.html>. See: Italian Authority for the Supervision of Public Contracts for works, services and supplies, Determinazione, 24 November 2011, n. 7, in http://www.avcp.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/_Atto?ca=4846; F. DINI, R. PACINI, T. VALLETTI, *Scoring rules*, in N. Dimitri – G. Piga – G. Spagnolo (eds.) *Handbook of procurement*, cit., 309-310.

at the lowest price if the subject matter and contract conditions are not precisely defined in the contract notice, as often happens in work procurements.⁵¹

The new EU provision for publication on the OJUE of material modification of contracts and the new limits imposed to material changes aim to ensure the respect of the competitive selection process. Material changes to an existing contract will require a new procurement procedure.⁵² The material change could lower the level of required performance, thus giving an economic advantage to the winner, and undermining the meaningfulness of the competition. A significant price increase during contract performance could also be considered a material change. In the EU experience the modification after the award are quite widespread and not always justified, as they could be symptoms of inefficiency or of corruption.⁵³ The EU Court of Justice defined the limits to such amendments to existing contracts and the new Directive provides a very detailed list of limits to the modification of contracts during their terms, and the forms of publicity.⁵⁴

⁵¹ G. M. RACCA, *Collaborative procurement and contract performance in the Italian healthcare sector: illustration of a common problem in European procurement*, in *Public Procurement Law Review*, 2010, 119-133; G.M. RACCA - R. CAVALLO PERIN - G. L. ALBANO, *Competition in the execution phase of public procurement*, in *Pub. Cont. L. J.*, 2011, 89 -108.

⁵² European Parliament legislative resolution on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on public procurement (COM(2011)0896 – C7-0006/2012 – 2011/0438(COD)), 15 January 2014, art. 72, § 5, where is required a new award procedure for all the modifications of a public contracts or a framework agreement not admitted by the par. 1 and 2 of this article. For the ineffectiveness see also the EU Directive No. 2007/66, art. 2(d).

⁵³ G. M. RACCA – R. CAVALLO PERIN, *Material Amendments of Public Contracts during their Terms: From Violations of Competitions to Symptoms of Corruption*, in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 2013, 287-290.

⁵⁴ European Parliament legislative resolution on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on public procurement, cit., art. 72 and 73. In ECJ case law see: ECJ, 19 June 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH Österreich* in Case C-454/06, I-4401; ECJ, 29 April 2004, *Commission v CAS Succhi*

Unsuccessful tenderers will have an interest in learning of later modification of the contract, because they may have the right (e.g., in Italy⁵⁵) to get the contract in case of termination for serious infringements, or to compete in a new procurement procedure if a material modification is required. Unsuccessful tenderers and potential competitors could complain if they are not afforded an adequate opportunity to compete in these situations. Third parties could also have an interest whenever a contractor performs below the standards called for in the contract (which may be due to collusion with the procurement official in charge of contract management). . The possibility of action by third parties might serve to deter improper or unjustified modifications to contract terms. Relying too heavily on competitors as a backstop against corruption (or incompetence) during the contract performance can be risky, however; for any number of reasons competitors may lose interest in a requirement, or may simply run out of resources, and so may not provide the healthy check that might be otherwise be expected.

Developments in EU law in this area track the long-standing rule in the United States. The US approach is that a modification that the original bidders, at the time they competed for the contract, could not have foreseen is “outside the scope” of the contract

di frutta, in Case C-496/99 P; ECJ, 29 April 2010, *Commission v Federal Republic of Germany* in Case C-160/08; ECJ, 13 April 2010, *Wall AG v Stadt Frankfurt am Main* in Case C-91/08; ECJ, 25 March 2010, *Helmut Muller* in Case C-451/08; ECJ, 4 June 2009, *Commission v Greece* in Case C-250/07; ECJ, 15 October 2009, *Acoset* in Case C-196/08.

⁵⁵ Italian code of public contracts, art. 140. In case of serious infringement, contracting authorities can replace the selected contractor by “scrolling down” the initial ranking until the fifth bidder (except the original contractor). The award is made under the same conditions already proposed by the original contractor. See: G. M. RACCA, *Public Contracts – Italy*, 32 et seq.; G.M. RACCA - R. CAVALLO PERIN - G. L. ALBANO, *Competition in the execution phase of public procurement*, in *Pub. Cont. L. J.*, 2011, 92 et seq.; C. R. YUKINS, *A Versatile Prism: Assessing Procurement Law Through the Principal-Agent Model*, in *Pub. Cont. L. J.*, 2011, 63 et seq.

and therefore must be procured separately. That has been the rule in the US for decades, and it appears to be fully consistent with the newer rule in the EU.⁵⁶

The use of electronic means – ‘e-procurement’ – can increase transparency and predictability, but, if it relies on an unwisely arbitrary system for assessing tenders, it will not make that system more sensible. As the Americans are fond of saying about the use of computers, ‘garbage in, garbage out’. An e-procurement system could, however, facilitate the sharing of information about upcoming or recent procurements with economic operators, and it could make it easier for them to submit their tenders and receive feedback on the, all of which could improve the procurement system and its efficiency.

Reverse auctions are commonly used in US Federal procurements, and there is an open discussion on the need of a further regulation.⁵⁷ The Federal Acquisition Regulation does not provide rules on reverse auctions and some negative effects of the absence of guidelines have been noted in a recent report issued by the US Government Accountability Office (GAO).⁵⁸ According to the data in that report, five US agencies conducted about 70

⁵⁶ *AT&T Commc'ns, Inc., v. Wiltel, Inc.*, 1 F.3d 1201, 1205 (Fed. Cir. 1993), quoted in O. DEKEL, Modification of a government contract awarded following a competitive procedure, in 38 Pub. Cont. L. J., 401, 416 (2009).

⁵⁷ B. ROBINSON, *DHS Moves Forward with Reverse Auctions*, 2006, available at <http://fcw.com/articles/2006/10/12/dhs-moves-forward-with-reverse-auctions.aspx>, where it is reported that “The State Department recently said it had conducted 4,700 reverse auctions worth \$169 million, with a savings of close to \$18 million on what it had expected to pay for the items”. See also: C. R. YUKINS, *Use and Regulation of Electronic Reverse Auctions in the United States*, in S. Arrowsmith (ed. by) *Reform of the UNCITRAL Model Law on Procurement: Procurement Regulation for the 21st Century*, Danvers, 2009, 471 et seq.; C. R. YUKINS - DON WALLACE JR., *UNCITRAL Considers Electronic Reverse Auctions, as Comparative Public Procurement Comes of Age in the United States*, in *Public Procurement Law Review*, 2005, 183, available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=711847.

⁵⁸ Government Accountability Office, *Reverse Auctions: Guidance Is Needed to Maximize Competition and Achieve cost Savings*, December 2013 (henceforth “2013 GAO Report”), available at <http://www.gao.gov/products/GAO-14-108>.

percent of the federal government's reverse auctions and many auctions were run without effective competition.⁵⁹ Moreover, GAO noted the lack of data on the largest auctions,⁶⁰ the performance (by the service provider) of "open market" auctions outside the procurement system⁶¹ and the change of the award criteria during the award procedure.⁶²

In the EU e-procurement is considered a way to improve the internal market of Public Procurement, potentially ensuring a greater participation and objectivity of the evaluation.⁶³ Nonetheless, it is not yet widespread. IT tools need to become strategic in order to better enforce non-discrimination and transparency principles and favour cross-border participation. Correctly addressed, e-procurement and the dynamic purchasing systems⁶⁴ might improve participation and an open comparison of prices and contract conditions for the benefit of competition, efficiency and integrity.

⁵⁹ 2013 GAO Report at 21-22. The report explain that 27% of the auctions involved only one vendor in fiscal year 2012. The amount of fees paid to the private-sector operator for running these auctions was \$ 3.9 million.

⁶⁰ 2013 GAO Report at 2.

⁶¹ 2013 GAO Report at 16.

⁶² 2013 GAO Report at 19-20. The report states that during the procedure in one-quarter of cases studied non-price factors were used in the evaluation of bids.

⁶³ G. M. RACCA, *The Electronic Award and Execution of Public Procurement*, cit., 13-22; S. ARROWSMITH, (ed. by) *EU Public Procurement Law: an Introduction*, available at <http://www.nottingham.ac.uk>, 248.

⁶⁴ EC Directive 2004/18, art. 33. The new EU Directive on public procurement includes dynamic purchasing systems among the *techniques and instruments for electronic and aggregated procurement* in the art. 34. See: EU Commission, *Report from the Commission to the Council and the European Parliament, EU Anti-Corruption Report*, COM(2014) 38 final, cit., 31-32; EU Commission, *Evaluation Report Impact and Effectiveness of EU Public Procurement Legislation*, cit., 24; G. M. RACCA, *The role of IT solutions in the award and execution of public procurement below threshold and list B services: overcoming e-barriers*, in D. Dragos – R. Caranta (eds. by) *Outside the Procurement Directives - inside the Treaty?*, Copenhagen, 2012, 385-389.

4. THE US EXPERIENCE IN AGGREGATION: RISKS TO AVOID IN THE EU

In the EU system, techniques for joint procurement among government buyers were developed in different EU Member States even before they were called out as an option in the 2004 Directive.⁶⁵ According to the Directive, a Central Purchasing Body (CPB) can operate either as a wholesaler that buys in order to sell to other contracting authorities, or as an intermediary in charge of the award procedures, providing a catalogue of framework contracts which contracting authorities can use to purchase directly from the supplier.⁶⁶ Aggregate purchasing⁶⁷ has taken place on the basis of voluntary cooperation among several contracting authorities, or through contractual cooperation models such as alliances, consortia or corporate models.⁶⁸ Member States are free to define whether CPBs can operate only in specific sectors, or in predetermined product categories. The provision in the EC Directive 2004/18 referring to CPBs was designed to overcome barriers to cross-border procurement and to modernize and improve procurement systems for the purposes of efficiency and functionality.⁶⁹ Nonetheless the amount of aggregated procurement in the

⁶⁵ EC Directive 2004/18, Wh. No. 15. S. ARROWSMITH, *The Past and Future Evolution of EC Procurement Law: From Framework to Common Code?*, cit., 369. C. R. YUKINS, *Are IDIQs Inefficient? Sharing Lessons with European Framework Contracting*, in *Pub. Cont. L. J.*, 2008, 554.

⁶⁶ EC Directive 2004/18, art. 1, § 10; European Parliament legislative resolution on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on public procurement, cit., art. 2, § 14.

⁶⁷ European Parliament legislative resolution on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on public procurement, cit., Wh. No. 24b.

⁶⁸ G. M. RACCA, *Collaborative procurement and contract performance in the Italian healthcare sector: illustration of a common problem in European procurement*, cit., 119-133.

⁶⁹ Ec directive 2004/18, wh. No. 15. CPBs would improve the professionalizing of procurements as they would have the specialised skills and expertise in running procurement transactions. CPBs are also better resourced to carry out procurement involving pursuit of strategic objectives (e.g. CPBs would have the expertise to evaluate complex or sophisticated tenders regarding new, innovative or eco-innovative products and services). A cpb can

EU remains extremely varied among Member States. In many Member States there is market closure not only on a national level, but often even on a regional or sub-regional level. This is true, even though it seems inefficient, from a transaction cost viewpoint, to conduct hundreds of thousands of low-value contracts, possibly resulting in a large variation of prices for very similar products (particularly for standardized commodities). This becomes evident whenever the number of economic operators active in a market is very limited. There may be little benefit in running thousands of competitions in which fewer than ten economic operators participate. From an integrity perspective, it would be hard to justify significant price differences of the same item, especially when the higher price paradoxically is paid by the large hospital that buys a bigger quantity in comparison with a small hospital that buys less and pay less.⁷⁰ A new approach for a complete and

also use instruments for the digitalization of procuring documents and particularly to implement new procedures of selecting bidders such as e-auctions and framework agreements and can build archives of awarding data. S. ARROWSMITH, *Modernising the European Union's Public Procurement Regime: a Blueprint for Real Simplicity and Flexibility*, in *Public Procurement Law Review*, 2012, 71.

⁷⁰ Such an improper situation can be considered as a red flag for integrity of the agents involved (purchasers, politicians, etc.) The solution can be an effort to match contract prices to prices that have been determined to be justified, by the just started Italian spending review. The Italian Law Decree 6 July 2011, n. 98, art. 17, (converted in Law 15 July 2011, No. 111) concerning the rationalization of health expenditure, confers on the Italian Observatory of public contracts (in the Italian Authority for the Supervision of Public Contracts) the task of publishing, from July 1, 2012, reference prices for medical devices, drugs for hospital services, with the greatest impact on health care costs overall. See: http://www.avcp.it/portal/public/classic/Comunicazione/Pubblicazioni/StudiRicerche/_prezziAmbitoSanitario. The same law provides that, if significant differences emerge between the reference price and the awarded price, there is an obligation to "renegotiate" the contract prices to align them with the reference prices. The rules identify as "significant differences" those greater than 20% from the reference price. See also Law Decree, 13 September 2012, No. 158 (converted in Law 8 November 2012, No. 189), on the modality to calculate the reference prices and Law 24 December 2012, No. 228 that, from the 1st January 2013, provided for the identification of medical devices. The subsequent case-law annulled the methods used for the identification of standard prices. See: T.A.R. Roma, III, 2 May 2013, No. 4399, 4401 and 4404. Recently a spending review Commissioner has been appointed, according to Italian Law Decree 21 June 2013, N. 69, converted in Law 9 August 2013, No. 98, see: http://www.mef.gov.it/ufficio-stampa/comunicati/2013/comunicato_0173.html.

comprehensive vision of possible strategies for collaborative procuring policies is definitively needed.

Joint procurement and particularly CPBs can play a substantial role through market analysis and procurement strategies, changing the scale of the procurements envisioned and leading to significant savings in terms of administrative effort and the prices paid with public funds.⁷¹ The new EU Directive observes “*a strong trend emerging across Union Public Procurement markets towards the aggregation of demand by public purchasers, with a view to obtaining scale economies, including lower prices and transaction costs, and to improving and professionalizing procurement management. This can be achieved by concentrating purchases either by the number of contracting authorities involved or by volume and value over time. However, aggregation and centralization of purchases should be carefully monitored in order to avoid excessive concentration of purchasing power and collusion, and to preserve transparency and competition, as well as market access opportunities for small and medium-sized enterprises*”.⁷² Moreover it is provided that “a Member State shall not prohibit its contracting authorities from using centralised purchasing activities offered by central purchasing bodies located in another Member State”.⁷³ Such provision open new perspective for EU joint procurement.

In the EU, the path towards aggregation in many Member States has just begun. The four-year limit of framework agreements and the trend favoring a second step of mini-

⁷¹ OECD, *Centralised Purchasing Systems in the EU*, 11 January 2011, available at www.oecd-ilibrary.org/governance/centralised-purchasing-systems-in-the-european-union_5kgkgqv703xw-en; G. L. ALBANO – M. SPARRO, *Flexible Strategies for Centralized Public Procurement*, in *Review of Economics and Institutions*, 2010, 4-7.

⁷² European Parliament legislative resolution on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on public procurement, cit., Wh. No. 59.

⁷³ European Parliament legislative resolution on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on public procurement, cit., art. 39, § 2.

competition among economic operators inside the framework could limit some of the abuse that occurred in the US, at least in the 1990s and the first years of this century, with the US equivalent of framework contracts.⁷⁴ Apart from the UK experience, the benefit and risks of aggregation in the EU are still unknown. Significant progress might be attained through building networks among EU CPBs that could effectively open new markets in specific sectors in the EU or at least part of it.⁷⁵ Notably, the new Directive says that “Member States shall not prohibit” their contracting authorities from taking advantage of other States’ CPBs’ activities.⁷⁶

The chance to overcome national barriers could foster the fight against unsound procedures and corruption, defining benchmarks and appropriate prices.⁷⁷ The ‘Europe

⁷⁴ C. R. YUKINS, *Are IDIQS Inefficient? Sharing Lessons With European Framework Contracting*, in *Public Contract Law Journal*, 2008, vol. 37, 561 et seq.

⁷⁵ Collaborative procurement in the EU through a network of CPBs is the object of the *Healthy Ageing and Public Procurement of Innovation* (HAPPI) project funded by the EU Commission (DG Enterprises) - rif. call ENT/CIP/11/C/N02C011 - within the framework of the Competitiveness and Innovation Programme (CIP).. The project concern the EU joint procurement system in Healthcare. see: <http://www.happi-project.eu/>.

⁷⁶ European Parliament legislative resolution on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on public procurement, cit., art. 39, § 2, where in regard to the issue of the Procurement implicating contracting authorities from different Member States the proposal Directive states that “A Member State shall not prohibit its contracting authorities from using centralised purchasing activities offered by central purchasing bodies established in another Member State”.

⁷⁷ S. R. ACKERMAN, *International Actors and the Promises and Pitfalls of Anti-Corruption Reform*, cit., 2013, 467, “Objective cross-country information about the possible results of corruption and inefficiency can help spur reforms in individual countries. International bodies could compile benchmark data on the cost and performance of public projects to alert potential whistleblowers and to provide ammunition to reformers”. J. DUGARD, *Corruption: Is there a Need for a New Convention?*, in R. S. Ackerman – P. Carrington (ed. by) *Anti-Corruption Policy. Can International Actors Play a Constructive Role?*, Carolina Academic Press, 2013, 159. “Corruption creates obstacles to the realization of social and economic rights and violates civil and political rights by weakening and sometimes destroying the political and judicial institutions that underpin democracy and the rule of law”.

2020' strategy requires that public procurement policy ensure 'the most efficient use of public funds and that procurement markets must be kept open EU wide.' Obtaining 'optimal' procurement outcomes, generally reflected in the term 'value for money', through efficient procedures is of crucial importance in the context of the severe budgetary constraints and economic difficulties currently experienced by many EU Member States. The new Public Procurement Directive contains a Chapter on "*Techniques and instruments for electronic and aggregated procurement*". The approval of such rules could open new perspectives of cooperation and joint procurement among contracting authorities of different member States,⁷⁸ particularly among CPBs, consortia or alliances of procuring entities (rather than individual contracting authorities).⁷⁹ The promotion of value achieved through forms of joint procurement and professionalism in buying organizations would change the perspective on public procurement, providing a more meaningful picture of the market and offering the possibility of promoting innovation and sustainability policies.⁸⁰

The rules provided in the new EU Directive encourage forms of public-to-public cooperation among contracting authorities, favoring the use of tools provided by the EU

⁷⁸ European Parliament legislative resolution on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on public procurement, cit., art. 39. The article requires that this kind of cooperation will be based on a international agreement concluded between the Member States concerned. G. M. RACCA, *Collaborative procurement and contract performance in the Italian healthcare sector: illustration of a common problem in European procurement*, in *Public Procurement Law Review*, 2010, 119.

⁷⁹ The EU founded projects especially for the public procurement of innovation favor such cooperation. See, for example, the call - rif. call ENT/CIP/11/C/N02C011 within the framework of the Competitvity and Innovation Programme (CIP): the HAPPI project that provides EU networks of CPBs and joint procurement in the sector of "ageing well" and health innovative products and services (G. M. Racca) (<http://www.happi-project.eu/>).

⁸⁰ S. R. ACKERMAN, *International Actors and the Promises and Pitfalls of Anti-Corruption Reform*, cit., 2013, 470. Where it is highlighted the relevance of professional networks to share ideas and to establish code of ethics, but also in. the training of public officials.

legal framework, like the European Groupings of Territorial Cooperation (EGTC).⁸¹ In all cases of public-to-public cooperation (even between contracting authorities of different Member States) or occasionally joint procurement, the new EU Directive also clarifies the national law applicable and identifies the single contracting authority responsible for the contract activity covered by the cooperation.⁸² The goals of efficiency and greater market opening are also linked to the increased use of electronic tools. The new Directive identifies CPBs as entities that can promote and encourage the use of electronic means in the Internal Market of Public Procurement, providing that "all procurement procedures conducted by a central purchasing body shall be performed using electronic means of communication".⁸³

In this regard, the US experience is quite interesting. After World War II, the US government created an agency, the *General Services Administration* (GSA), to buy commodities, such as office furniture, for all federal agencies. Use of GSA was mandatory, so that federal agencies were required to buy the covered supplies through GSA; they were not allowed to conduct their own procurements. GSA, being a monopoly, was widely viewed as not caring enough about what its customers (the agencies) really wanted, and complaints grew that GSA was offering poor service supplying low-quality products at high prices. The criticism increased when computer-related supplies came into use: if GSA was seen as doing a poor job providing high-quality office furniture at good prices, it was viewed as doing an even worse job providing computer-related goods. The legal

⁸¹ European Parliament legislative resolution on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on public procurement, cit., art. 39, § 5. About the European Groupings of Territorial Cooperation see EU Regulation 5 July 2006, No. 1082 and the amendments provided with the EU Regulation 17 December 2013, No. 1302.

⁸² Concerning *centralised purchasing activities and central purchasing bodies* see art. 35, § 3, for the *occasional joint procurement* see art. 37, § 2; for *Procurement implicating contracting authorities from different Member States* see art. 39, § 4.

⁸³ European Parliament legislative resolution on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on public procurement, cit., art. 35, § 3.

framework allowed GSA to ‘delegate’ to agencies its authority for purchasing computer-related goods, but that only tended to reduce GSA’s importance. While some federal agencies may have been enthusiastic about this, the result was the disaggregation of public procurements in the important information technology (IT) arena. The 1990’s procurement reform encouraged agencies to create and use their own framework agreements, typically awarded to more than one economic operator; those contracts were called ‘multiple-award indefinite-delivery, indefinite-quantity’ contracts. Moreover, GSA lost its role as the mandatory source of supply, even for office supplies and other commodities. Instead, GSA was forced to compete with other agencies, in terms of both price and convenience, in the purchase of goods and services under its own framework contracts, the ‘Federal Supply Schedule’ (FSS). The FSS had its own regulation with special rules, special procedures and special issues. GSA focused on increasing the scope of items available on the FSS, vastly expanding the goods and services as well as the number of FSS contractors. Moreover, GSA began advertising, and worked hard to improve the service provided to other agencies, thus presumably earning the fee charged for using the FSS (which eventually dropped from one percent to 0.75 percent). The result was that in the years since 1994, the total sales under the FSS have increased from less than \$5 billion to close to \$40 billion.

In theory, GSA’s ability to offer low prices derives from the “Price Reduction” clause.⁸⁴ The clause, at least in principle, guarantees that the U.S. government will be

⁸⁴ The “price reduction” clause works by establishing a relationship (such as “equal to” or “lower than”) between a select group of schedule contractors’ commercial customers called the “basis of award.” Thereafter, when contractors lower their basis of award prices, they must correspondingly reduce their schedule price--although commercial transactions above a certain negotiated threshold called the “maximum order threshold” are exempt from the price reductions clause”. In a report regarding implementation of an Obama administration Executive Order ordering agencies to conduct an analysis of existing regulations in search of rules that may be obsolete or excessively burdensome, GSA wrote that the clause was a necessary mechanism. About this see: <http://www.fiercegovernment.com/story/gsa-changing-price-reduction-clause-not-feasible/2011-08-29>; General Services Administration, *Final Plan for Retrospective Analysis of Existing Rules*, August 18, 2011, available at: <http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/other/2011-regulatory-action-plans/general-services-administration-regulatory-reform-plan-august-2011.pdf>. In US case law see: U.S. Court of

getting the best price offered by the contractor to any of the defined class of costumers. In practice, its impact is far more limited, for reasons that go beyond the scope of this discussion. While the clause can ensnare contractors in difficult situations, including allegations of overcharging and even criminal fraud, the FSS continues to be criticized for not offering particularly low prices. There has also been widespread criticism that GSA's employees do not possess the skills needed to obtain good deals for the federal government, thus denying the agencies an expected benefit of a CPB.

Studying the U.S. experience can be useful to people outside the US, suggesting the risk of enforcing aggregation through provisions making purchase through a CPB mandatory. On the other hand, the U.S. experience does suggest the benefit of a CPB, since it avoids the need for a large number of transactions for the purchase of commodities. In addition, the U.S. experience, both with GSA's FSS and the multiple-contractor ID/IQ contracts⁸⁵, underscores the importance of a second-step competition among the undertakings holding framework contracts, at least when a large purchase is planned.

Appeals for the First Circuit, *U.S. v. Data Translation, Inc.*, No. 92-1496, available at http://www.leagle.com/decision/19922240984F2d1256_12007. In this judgment the Court analyses the literal language of the "discount disclosure" clause. See also: <http://www.fedmarket.com/contractors/GSA-Schedule-Price-Reduction-Clause>.

⁸⁵ C. R. YUKINS, *Are IDIQs Inefficient? Sharing Lessons with European Framework Contracting*, in *Pub. Cont. L. J.*, 2008, 545 et seq.

5. INTEGRITY AS THE KEY TO ANY PROCUREMENT SYSTEM: HOW TO PROVIDE TRANSPARENCY AND ACCOUNTABILITY

Public procurement requires managing conflicting interests among stakeholders to achieve common goals, and it is very political by its nature. Buyers want to buy high-quality goods and services at the lowest price. Sellers want to sell goods at as high a price as possible, and elected “public officials” want successful completion of highly visible programs to help reelection. Citizens want quality public spending.⁸⁶ Government procurement might reflect more or less of any one of these interests depending on the political direction of the country; the US federal government procurement system functions as a policy tool. Every procurement system has its “desiderata”⁸⁷: nevertheless, these tasks and objectives are often in conflict. For example, efficiency and accountability can be at odds with one another, since the former requires that procurement work quickly and the latter tends to slow things down.

Sometimes, the use of the right tool can help reconcile these competing goals: for instance, when an agency competes and awards framework agreements, time may not be

⁸⁶ P. TREPTE, *Transparency and Accountability as Tools for Promoting Integrity and Preventing Corruption in Procurement: Possibilities and Limitations*, 2005, available in http://www.oecd-ilibrary.org/economics/transparency-and-accountability-as-tools-for-promoting-integrity-and-preventing-corruption-in-procurement_oecd_papers-v5-art34-en. See also: OECD, *Implementing the OECD Principles for Integrity in Public Procurement*, 2013, available in http://www.oecd-ilibrary.org/governance/implementing-the-oecd-principles-for-integrity-in-public-procurement_9789264201385-en;jsessionid=chfihfgn6ktoh.x-oecd-live-02,24. The report highlights that weak governance in public procurement hinders market competition and raises the price paid by the administration for goods and services, directly impacting public expenditures and therefore taxpayers’ resources, and points out that clean and effective procurement is key for sound stewardship of public funds.

⁸⁷ S. L. SCHOONER, *Desiderata: Objectives for a System of Government Contract Law*, in *Public Procurement Law Review*, 2002, 103 et seq., where the author introduces nine goals frequently identified for government procurement systems: (1) competition; (2) integrity; (3) transparency; (4) efficiency; (5) customer satisfaction; (6) best value; (7) wealth distribution; (8) risk avoidance; and (9) uniformity.

critical; but it may become critical when the orders are to be let, and the limited number of framework agreement holders can facilitate quick action at that stage.

Transparency is another significant goal, and challenge, in any public procurement system.⁸⁸ Transparency has been a core requirement of the US system for much more than a century: public opening of bids, for example, has been required since the 18th century. Today, except for small purchases, all upcoming procurements and all contract awards must be publicly posted on the single point of entry website, www.fedbizopps.gov.⁸⁹ However, a uniform system of public procurement records is still absent in the US, thus limiting effective transparency. A complete and easily accessible database system which would enable every citizen to access all the information related to a specific contract remains an elusive – and costly – goal. To a certain extent, the US system compensates for the weaknesses in transparency through the strength of its bid-protest complaint mechanism, in a sense providing transparency through the accountability system.

The principle of accountability in the US public procurement system has deep roots, going back at least to the 19th century. A central role has been played by the agency founded as the General Accounting Office (GAO), under the Budget and Accounting in 1921 (although its name changed in 2004 to the Government Accountability Office, the acronym is unchanged). Originally comprised basically of accountants and budget specialists watching over the federal accounts and books, its staffing and focus have

⁸⁸ OECD, *Bribery in Public Procurement. Methods, Actors and Counter-Measures*, 2007, available at <http://www.oecd.org/investment/anti-bribery/anti-briberyconvention/44956834.pdf>, 55 et seq.

⁸⁹ The detailed rules for publicizing contract actions are set out in Part 5 of the FAR.

changed, and it now concentrates on the efficiency and effectiveness of federal programs and activities.⁹⁰ .

The GAO has also long played a role in providing accountability and transparency in the federal procurement system. Since the mid-1920s, dissatisfied bidders can file complaints, called ‘bid protests,’ at GAO, which can lead to a decision by GAO on whether the contracting agency complied with procurement law and regulation. Today, bid protests can also be filed at a semi-specialized court in Washington called the Court of Federal Claims (COFC). (Over the years, different systems have been tried out, including allowing protesters to go to regular federal courts.)

Both the GAO and the COFC focus on whether the contracting agency followed the law, and both have expertise in procurement law. At both the GAO and the Court of Federal Claims, protests may be filed either pre-award or post-award. Pre-award protests generally focus on whether a procurement is being conducted in a way that improperly restricts competition. Examples of improper restrictions on competition include an unduly short period for bidders to submit their tenders as well as specifications that unjustifiably exclude some firms from trying to meet the government’s needs. Post-award protests typically focus on whether the contracting agency, in selecting the winning tender, followed the criteria, weighting, and other rules set out in the solicitation.

It may be viewed as surprising that the bid protest mechanism, which represents the primary accountability mechanism for procurement in the US system, rarely uncovers cases of corruption. Dozens of times each year the GAO and the COFC, find that contracting agencies have violated procurement statutes or regulations – but they virtually never point to corruption (which would be referred to the Department of Justice for

⁹⁰ Now GAO reviews almost anything that the federal government does, whether domestically or overseas. It may examine the efficiency and effectiveness of national parks, just as it examines war expenditures by the military in Afghanistan, or the federal healthcare systems, or the space agency (NASA).

prosecution, in any event, rather than being addressed in a bid protest). Instead, a ruling against a contracting agency is generally based on the fact that the agency is not following the rules –for example, by weighting cost or other evaluation criteria differently from the weighting scheme called for in the solicitation. When the GAO or the COFC rules against a contracting agency, they will call for corrective action, which typically means going back to the stage in the procurement when the error occurred, fixing the error, and then re-doing the balance of the procurement. Neither forum will call for damages to be paid – the focus is on fixing the procurement, not compensating the bidder. It should be noted that an improperly awarded contract can be terminated in the U.S. system, and most protests are filed after the contract has been signed.

Corruption in the federal procurement system does seem to be relatively rare, when compared with reported corruption in other systems and even in local governments in the US.. The one case that American procurement experts might cite as an example of corruption being considered in a GAO bid protest decision is exceptional in every sense: the Darleen Druyun case. Druyun, the highest level civil servant handling procurements for the U.S. Air Force, was accused of improperly turning to a senior official from the Boeing Company – a firm competing for Air Force contracts – to obtain a job for her daughter, her daughter’s boyfriend and, ultimately, herself.⁹¹ That was clearly a case of corruption, and Druyun confessed to it as part of a plea bargain in court, before a protest came to GAO. Whether Druyun had actually steered any contracts to Boeing was, however, much harder to prove, partly because of the subjective nature of trade-offs in the U.S. procurement system, where Druyun, the official deciding which company’s bid was to be selected for award, had considerable discretion to exercise her judgment.⁹² Lockheed Martin filed a

⁹¹ See the congressional testimony on the matter, presented by the author in his role as a GAO official, Air Force Procurement: Protests Challenging Role of Biased Official Sustained, GAO-05-436T, Apr. 14, 2005.

⁹² Perhaps alluding to the difficulty of determining the influence of subjective factors, Druyun stated, in what was essentially her confession, that she “believes that an objective selection authority may not have selected Boeing.” *Lockheed Martin Aeronautics Co. et al.*, B-295401 et al., Feb. 24, 2005, at 4.

protest at the GAO alleging that, in one particular competition, Druyun's selection of Boeing should be overturned. While the GAO never explicitly found that Druyun had acted improperly in selecting Boeing over Lockheed Martin, it did conclude that she was actively involved in the selection of the contractor and that the taint of a corrupt official involved in a procurement was intolerable in terms of the harm it caused to the federal procurement's system image of integrity; therefore, the GAO ruled in favor of Lockheed Martin.⁹³

Nonetheless, the overall picture is one of limited corruption in the U.S. federal procurement system. Credit for that does not go primarily to the rules regarding conflicts of interest, but rather to the characteristics set out above. The U.S. has a long tradition of the rule of law – statutes and regulations – governing procurements; the existence of a professional acquisition corps means there are officials with training enforcing the rules, and any improper action requires cooperation from both those officials and others involved, thus complicating the task of anyone trying to corrupt the procurement process; the preference for competition and the requirement for transparency make it legally and practically difficult to direct awards to favored firms; and the extensive and open accountability mechanisms make hiding corrupt actions difficult.

That said, federal employees are covered by a complicated set of rules intended to address conflicts of interest and various other areas of concern. While the rules cover a range of subjects as diverse as the use of government property and restrictions on publishing written material, they are focused largely on ensuring that federal officials do not use their public positions for private gain and that governmental actions are not affected by the personal interests of federal employees. Violation of the many legal rules can trigger both criminal and civil penalties; the key statute in this area is the Ethics in Government Act of 1978, as amended.⁹⁴ Under that Act and the implementing regulations, which are

⁹³ *Lockheed Martin Aeronautics Co. et al.*, B-295401 et al., Feb. 24, 2005, at 13-14.

⁹⁴ Public Law 95-521, codified in various parts of the United States Code.

issued by the Office of Government Ethics (OGE), certain employees whose responsibilities include the exercise of discretion in areas considered sensitive, and that may include procurement, are required to file financial disclosure forms.⁹⁵

It should be recognized that the U.S. allows actions that many would view as at least close to corruption. In particular, lobbying and contributions to political campaigns mean that large amounts of money pass between private actors and government officials. In the Supreme Court's decision in *Citizen United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. 310 (2010), the Court struck down monetary limits on political expenditures by corporations, which only reinforced the culture of spending in the political arena by entities with economic interests at stake.

In the EU, accountability of public officials is left to national rules and there is no common European audit system.⁹⁶ With respect to the procurement system, the EU Remedies Directive has played an important role in ensuring that each Member State has a remedy mechanism for the undertakings to challenge procurement actions by contracting authorities. Nonetheless, the systems are neither uniform nor always appreciated. A common complaint is that the remedy systems often force the public to pay twice: once to the contractor providing the goods or services, and once to the unsuccessful tenderer that submitted a successful protest.⁹⁷ Critics argue that the Remedies Directive has led to a huge

⁹⁵ 5 U.S.C. app. 4 §§ 101-111; 5 C.F.R. part 2634.

⁹⁶ EU Parliament - Directorate General for Internal Policies, *Political and other forms of corruption in the attribution of public procurement contracts and allocation of EU funds: Extent of the phenomenon and overview of practices*, cit., 31.

⁹⁷ S. TREUMER, *Damages for Breach of the EC Public Procurement Rule-Changes in European Regulation and Practice*, in *Public Procurement Law Review*, 2006, 159. See also other articles in the same issue of P.P.L.R. relating to national experience (France, Germany, United Kingdom, Sweden and Norway). After the implementation of the EC Directive No. 2007/66 see: S. TREUMER - F. LICHÈRE (eds. by), *Enforcement of the EU Public Procurement Rules*, Copenhagen, DJØF Publishing, 2011 and D. FAIRGRIEVE - F. LICHÈRE, *Damages as an Effective Remedy*, Oxford, Hart Publishing, 2011; H.-J. PRIESS – P. FRITON, *Designing Effective Challenge*

increase of litigation, with little improvement in how procurements are actually carried out.⁹⁸

A particularly challenging provision in the Remedy Directive is the requirement for a mandatory standstill period from the award decision to the signing of the contract.⁹⁹ The purpose of provision is clear: once a contract has been signed, in most countries (unlike in the U.S.) it is generally too late to rescind it, so that a complaint mechanism cannot lead to the problem being fixed. Yet that laudable goal conflicts with the goal of efficiency, because it requires that every European procurement above the threshold must wait, for a minimum of 10 days, before it can move forward, in case someone wants to file a complaint.¹⁰⁰ The varying EU implementation means that in some countries, like the UK, this is a 10-day period, the minimum provided in the Directive, while in others, such as

Procedures: the EU's Experience with Remedies, in S. Arrowsmith - R.D. Anderson (eds. by), *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*, Cambridge, CUP, 2011, 511 et seq.

⁹⁸ G. M. RACCA, *Derogations from the standstill period, ineffectiveness and remedies in the new tendering procedures: efficiency gains vs. risks of increasing litigation*, in S. Treumer, F. Lichere (eds. by), Djof, 2011, 99. In the same book see: M. TRYBUS, *An Overview of the United Kingdom Public Procurement Review and Remedies System with an emphasis on England and Wales*, 232-233 and R. CARANTA, *Many Different Paths, but Are They All Leading to Effectiveness?*, 90-92.

⁹⁹ EU Directive 2007/66 amending Council Directives 89/665/EEC and 92/13/EEC with regard to improving the effectiveness of review procedures concerning the award of public contracts, art. 2a, where a standstill period is provided to allow an effective review of the contract award decisions taken by contracting authorities; ECJ, VI, 28 October 1999, *Alcatel Austria AG v. Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr* decision in C-81/98.

¹⁰⁰ EU Directive 2007/66, art. 2a, § 2. See also Wh. No. 5, where it is stated that “The duration of the minimum standstill period should take into account different means of communication. If rapid means of communication are used, a shorter period can be provided for than if other means of communication are used”, and Wh. No. 6, “The standstill period should give the tenderers concerned sufficient time to examine the contract award decision and to assess whether it is appropriate to initiate a review procedure”.

Italy, it is 35 days.¹⁰¹ The result is that a huge number of procurements are blocked in order to allow redress of the few where errors may have occurred. Moreover, often the correction is not undertaken and further litigation occurs, with further delays.

The EU Remedy Directive underscores the importance of combating illegal direct awarding of contracts and award of contracts concluded in breach of the standstill period, which the Court of Justice of the European Union has defined as “the most serious breach of Community law in the field of public procurement on the part of a contracting authority.” The intent was to introduce effective, proportionate and dissuasive sanctions to address these problems.¹⁰² The Directive provides for declaring a contract ineffective if it is the result of an illegal direct award and alternative penalties like fining the contracting authority or shortening the contract duration.¹⁰³ The Directive gives priority to correcting award procedures and admits compensation for damages only when it is no longer possible to award the contract to the economic operator who should have been entitled.¹⁰⁴

The US experience of, on the one hand, excluding any possibility of awarding damages, and, on the other hand, providing that any unlawfully awarded contract can be terminated, could lead Europe towards a discussion on the question of finding a better way to address tenderers’ complaints. Ultimately, a solution more like the U.S. one could reduce wasteful spending through damage awards, while better protecting the integrity of the public procurement system.

¹⁰¹ Italian Public Procurement Code, d.lgs. 12 April 2006, No. 163, art. 11, c. X.

¹⁰² EU Directive 2007/66, Wh. No. 13.

¹⁰³ EU Directive 2007/66, art. 2e, § 2.

¹⁰⁴ EU Directive 2007/66, art. 2e, § 2, third subparagraph.

6. CONCLUSIONS

The scarcity of public resources requires joint efforts to obtain quality and improve public procurement performance. This is the common challenge of any public procurement system.

Procurement should be considered a strategic function of governments, promoting efficiency throughout the entire cycle from the need assessment, the tendering process and until the final payment.¹⁰⁵ Transparency, efficiency and accountability are the assumptions for integrity and a deeper understanding of the different procurement systems permits to highlight the criticalities and the diverse possible solutions.

The European experience of detailed Directives covering only the award phase, with a focus on maximizing objectivity, while understandable, has demonstrated weaknesses. The level of crossborder procurement remains low, and the objectivity of the award, while made cumbersome by the Directives' procedures, remains hard to ensure and often is overcome by the subjectivity of the scores. Moreover, both the focus on objectivity and the detailed nature of the Directives' rules betray a lack of confidence in public officials and in their integrity. In effect, integrity issues in the EU often arise behind the curtain of objectivity, which apparently frees the public official of any liability in the "objective" choice. This apparently objective choice turns into both a lack of accountability in the execution phase and the tolerance of infringements. Often, behind such results there is simply incompetence, but sometimes also malice and corruption. The result for the citizens is in any case a waste of public funds and performance of poor quality.

¹⁰⁵ OECD, *Recommendation of the Council on Enhancing Integrity in Public Procurement*, C(2008)105, 2008, available in <http://acts.oecd.org/Instruments/ShowInstrumentView.aspx?InstrumentID=131&InstrumentPID=127&Lang=en&Book=>, "the Recommendation provides policy makers with Principles for enhancing integrity throughout the entire public procurement cycle, taking into account international laws, as well as national laws and organisational structures of Member countries".

The EU approach of awarding damages in case of illicit award, presumably to overcome market closure and foster competition, has not proved effective. The procurement remedies system may thus be providing the worst of both worlds: increased litigation with the taxpayers footing the bill, without ensuring effective competition or the quality of spending. A strong political commitment to attaining efficient and sound procedures in the EU is still necessary, especially when implementing the new Directives. The different models of joint procurement could ensure improvement of efficiency and of professionalism that should enhance quality of spending and integrity. The US federal procurement system places heavy emphasis on competition, transparency, and accountability. The US has a long tradition of citizen skepticism about government and its merit and, perhaps due to that, it has an equally long tradition of insisting on openness in procurement.¹⁰⁶ Yet the US system struggles to provide better quality data on procurement and performance analysis that could improve transparency and effective oversight.¹⁰⁷

The integrity of the public procurement system is related to the qualities of the people involved, either politicians or agents from the public sector, as well as economic operators from the private sector. The compliance systems for the private sphere and the audit and remedy/protest system for the public sphere seem to be the main instruments for pursuing integrity and efficiency. While public procurement systems in both the EU and the US have improved and been modernized over the past quarter century, all the stakeholders, and above all the citizens, have the right to insist on a procurement system that is transparent and efficient, with modern tools, and that delivers high-quality,

¹⁰⁶ For examples of 18th century public requests for proposals, see JAMES F. NAGLE, *History of Government Contracting* (2nd ed. 1999). See: D. I. GORDON, *Bid Protests: The Costs are Real, but the Benefits Outweigh Them*, in *Pub. Cont. L. J.*, 2013, accessible also in http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2228748. and the Report of GAO, *Bid Protests: Trends and Analysis*, August 9, 2013, at <http://www.fas.org/sgp/crs/misc/R40227.pdf>, where some interesting data are reported concerning the trend of bid protest in the US federal system.

¹⁰⁷ OECD, *Implementing the OECD Principles for Integrity in Public Procurement*, 2013, cit., 46.

reasonably priced goods and services to fulfill the government's obligations. Citizens in every country deserve a system that not only functions with integrity, but is seen to do so.

LA ADOPCIÓN DE LA ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA¹

Jorge García-Andrade GÓMEZ

SUMARIO:

1. RAZONES PARA LA ADOPCIÓN DE LA ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA: LA INSUFICIENCIA SOBREVENIDA DE LA REGULACIÓN DE LAS FINANZAS PÚBLICAS

*1.1 El origen remoto de la reforma: la atribución de las competencias
monetarias a la Unión Europea*

*1.2 El deficiente cumplimiento de la prohibición europea de déficit
excesivo*

*A) La estabilidad presupuestaria en el Tratado de Funcionamiento y el
Pacto de Estabilidad y Crecimiento.*

*B) La inadecuación del Derecho español para las exigencias de la Unión
Monetaria.*

¹ Este trabajo se inserta en el proyecto de investigación con referencia DER2009-11082, concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación. En su versión inicial fue publicado en 2012 en el número 187 de la Revista de Administración Pública, bajo el título “La reforma del artículo 135 de la Constitución Española”. El texto que ahora se presenta constituye una versión actualizada y ampliada en respuesta a una amable invitación de Ius Publicum.

Deseo agradecer la colaboración que he recibido en su preparación por parte de los profesores Maite Álvarez Vizcaya de la Universidad Carlos III de Madrid; Margarita Beladiez, María José Bobes, María Belén Porta y Rafael Caballero de la Universidad Complutense de Madrid; del profesor Andreas Glaser, de la Universidad de Zúrich; así como las observaciones anónimas recibidas en el proceso de evaluación internacional. Además, el texto se ha enriquecido gracias a las sugerencias que recibí con ocasión de su exposición en el Seminario del profesor E. García de Enterría y en el Seminario del profesor A. Nieto.

C) La insuficiente vinculación del Derecho español a la prohibición europea de déficit excesivo.

D) Deficiencias de fondo en las reglas de equilibrio presupuestario.

2. CONTENIDO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

2.1 El precedente alemán.

2.2 Significado del principio de estabilidad presupuestaria.

2.3 La limitación del déficit estructural estatal y autonómico.

2.4 La exigencia de equilibrio presupuestario local.

2.5 Límite al endeudamiento público.

2.6 La cláusula de la prioridad en el pago de la deuda pública:

A) La razón de la inclusión de la cláusula de prioridad en el pago.

B) Alcance objetivo de la cláusula.

C) Alcance subjetivo de la cláusula.

D) La cláusula en relación con la autonomía territorial.

E) La cuestión de la inembargabilidad de determinados derechos de titularidad pública.

F) La cláusula de la prioridad en el pago y la legislación concursal.

G) La cuestión de las “cláusulas de acción colectiva” en la deuda pública.

2.7 Desviación presupuestaria en situaciones excepcionales.

2.8 El incumplimiento del artículo 135 de la Constitución.

3. ELEMENTOS PARA LA INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA DE LA REFORMA:

3.1 El artículo 135 de la Constitución como cláusula europea.

3.2 La proyección de la reforma sobre el conjunto de la Constitución.

RESUMEN

La adopción del principio de estabilidad presupuestaria en la Constitución trae causa del establecimiento de la moneda única en la Unión Europea, que implicaba una reordenación de las finanzas públicas. Este trabajo analiza el nuevo art. 135 de la

Constitución española, así como algunas de las cuestiones novedosas que plantea en el campo del Derecho público: los efectos de su incumplimiento; la introducción en la Constitución de una cláusula europea; o la interpretación sistemática del texto constitucional tras la reforma.

Palabras clave: Reforma constitucional; principio de estabilidad presupuestaria; déficit público; deuda pública; prioridad en el pago de la deuda pública; cláusula europea; canon de constitucionalidad.

ABSTRACT

The newly incorporated rule for fiscal discipline in the Spanish Constitution is the result of the previous establishment of the single European Union currency, which involved a reorganization of public finance. This paper analyzes the revised art. 135 of the Spanish Constitution and also some of the new issues arising from the amendment: the effects of noncompliance, the incorporation in the Constitution of a “European clause”, or the requirements for a consistent interpretation of the constitutional law after its revision.

Key words: Constitutional reform, fiscal discipline, deficit, public debt, public debt payment priority, European clause, test of constitutional validity.

La actual crisis económica ha terminado por verse reflejada en el texto de la Constitución Española de 1978, que ha sometido todas las Administraciones públicas al principio de estabilidad presupuestaria. En las siguientes páginas se analizan algunos de los aspectos relevantes que suscita la reforma constitucional, como son las razones por las que se ha adoptado; el contenido del reformado art. 135 de la Constitución española; o

determinadas cuestiones que plantean su interpretación sistemática y su relación con el Derecho comunitario².

I. RAZONES PARA LA ADOPCIÓN DE LA ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA: LA INSUFICIENCIA SOBREVENIDA DE LA REGULACIÓN DE LAS FINANZAS PÚBLICAS

La cuestión del equilibrio en las finanzas públicas no es en absoluto novedosa, sino que ha acompañado al Derecho presupuestario desde sus orígenes y ha estado tradicionalmente rodeada de una fuerte carga ideológica³. Sin embargo, el proceso de reformas constitucionales acometido en diversos países de la Unión Monetaria Europea

² Las circunstancias que han rodeado el proceso de reforma (su adopción inopinada, la celeridad en la aprobación, los apoyos con que ha contado o las circunstancias políticas en el momento de su impulso) han sido recogidas en los medios de comunicación y analizadas en numerosos artículos de opinión, por lo que se dan por conocidas. Una buena síntesis puede encontrarse en R. BLANCO VALDÉS (2011), “La reforma de 2011: de las musas al teatro”, *Claves de razón práctica*, octubre, núm. 216, págs. 8-16.

Los aspectos generales de la reforma constitucional de 2011 han sido tratados en los números monográficos de *Crónica Presupuestaria*, núm. 1, 2013; *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 29, 2012; *La constitucionalización de la estabilidad presupuestaria*, dirs. E. Álvarez Conde y C. Souto (2012.), Universidad Rey Juan Carlos; así como en los trabajos de V. RUIZ ALMENDRAL (2012), “Estabilidad Presupuestaria y Reforma Constitucional”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 41; y A. MARTÍ DEL MORAL (2012), “La constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria”, en *Crisis Económica y Reforma del Régimen Local*, dirs. L. Cosculluela y L. Medina (2012), Civitas. Especial mención merece el trabajo de J. GARCÍA ROCA y M. Á. MARTÍNEZ LAGO (2013), *Estabilidad presupuestaria y consagración del freno constitucional al endeudamiento*, Civitas, hasta la fecha el más completo y sistemático; así como el innovador y ambicioso estudio de J. ESTEVE PARDO (2013), *La nueva relación Entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, Marcial Pons, donde analiza el sometimiento del Estado a la estabilidad presupuestaria dentro del proceso más amplio de recomposición de las relaciones entre aquel y la sociedad.

³ J. GARCÍA ROCA y M. Á. MARTÍNEZ LAGO (2013), págs. 21 y ss. y 61 y ss.

para adoptar la estabilidad presupuestaria no ha respondido en rigor a la aceptación de aquellos postulados ideológicos⁴. Buena prueba de ello es que ha encontrado el inicial asentimiento de fuerzas políticas de distinto signo. Se plantea entonces la cuestión de cuál ha sido la razón para que un principio económico que acostumbraba a encontrar tanto rechazo ideológico en nuestras sociedades haya acabado por abrirse hueco en diversas constituciones europeas.

1.1 El origen remoto de la reforma: la atribución de las competencias monetarias a la Unión Europea

Un aspecto de la actual crisis económica que causa particular perplejidad en España es que los instrumentos jurídicos a disposición del Estado le hubieran permitido

⁴ Diversos Estados miembros de la Unión Europea han incorporado a sus ordenamientos o han reforzado las reglas de estabilidad presupuestaria, como es el caso de los Derechos francés e italiano. En el primero de ellos la Ley orgánica 2012-1403, de 17 de diciembre, relativa a la programación y a la gobernanza de las finanzas públicas, concreta el mandato del artículo 34 de la Constitución francesa sobre el objetivo de equilibrio de las cuentas de las Administraciones públicas, véanse M. LASCOMBE (2013), “La nouvelle gouvernance financière”, *L’Actualité Juridique Droit Administratif*, núm. 4, pp. 228 y ss. y É. OLIVA (2013), “La loi organique du 17 décembre 2012 relative à la programmation et à la gouvernance des finances publiques: l’inclusion dans l’ordre juridique national de la règle d’équilibre des administrations publiques ou la montagne qui accoucha d’une souris”, *Revue française de droit administratif*, núm. 2, pp. 440 y ss. En el Derecho italiano, la Ley constitucional número 1, de 20 de abril de 2012, de introducción del equilibrio presupuestario en la Carta constitucional, modifica diversos preceptos de esta última sin que haya sido precedida de un amplio debate M. BERGO (2013), “Pareggio di bilancio «all’italiana». Qualche riflessione a margine della Legge 24 dicembre 2012, n. 243 attuativa della riforma costituzionale più silenziosa degli ultimi tempi”, *Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato*, núm. 6.

Sobre la adopción constitucional de la estabilidad presupuestaria fuera de la Unión Europea y la concepción política sobre la economía que encierran, véase M. ARENAS (2012), “La reforma constitucional suiza: el origen de la regla de oro fiscal”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 30, págs. 459 y ss.

sortear otras crisis con mayor o menor acierto, coste y duración, mientras que en esta oportunidad ha sido necesario acudir nada menos que a la reforma del texto constitucional en un intento de evitar que el propio Estado viera comprometida su sostenibilidad. Circunstancia ésta que también pone de relieve la grave inadecuación –sobrevenida– de la ordenación constitucional de las finanzas públicas. Es por tanto necesario identificar ese elemento diferencial, que no es sólo de intensidad, que no ha estado presente en otras crisis de la economía y que, sin embargo, en la crisis que ahora padecemos ha desencadenado reformas constitucionales como la que nos ocupa.

Aquella diferencia que presenta la actual crisis económica no es otra que la atribución a la Unión Europea de las competencias del Estado en materia monetaria, gestada en el Tratado de Maastricht y culminada al final de la década de los años noventa⁵. Así, no resulta extraño que la breve Exposición de Motivos de la reforma constitucional española recuerde en dos ocasiones la pertenencia de España a la Unión Económica y Monetaria y haga referencia en otras dos a la zona del euro.

Desde la plena adopción del sistema monetario fiduciario⁶ y hasta la constitución de la Unión Monetaria Europea, el ordenamiento jurídico permitía que el Estado pudiera financiar el desequilibrio de sus cuentas públicas sin especiales dificultades, pues la institución de la banca central administraba el monopolio de la emisión de moneda fiduciaria al servicio de la economía y del propio Estado. La dependencia del banco central respecto del Estado junto a la potestad de emitir ilimitadamente moneda fiduciaria le

⁵ La denominada tercera etapa de la Unión Monetaria se inició el 1 de enero de 1999, si bien la distribución de las monedas y billetes de euro hubo de esperar hasta el 1 de enero de 2002 (art. 10 del Reglamento (CE) 974/1998, de 3 de mayo, sobre la introducción del euro).

⁶ Esto es, dinero cuyo valor no representa reservas de metales preciosos, no es convertible en ellos, ni está vinculado a otra moneda. En 1883 España abandonó el patrón oro con el que respaldaba su moneda, adoptando a partir de la Ley Cos Gayón de 1891 el sistema de dinero fiduciario, J. SARDÁ (1998), *La política monetaria y las fluctuaciones de la economía española en el siglo XIX*, Alta Fulla, Barcelona, pág. 189; J. VICENS VIVES (1974), *Historia económica de España*, Ed. Vicens Vives, págs. 651-652.

aseguraban siempre un suscriptor de última instancia para los títulos de deuda pública necesarios para compensar su déficit⁷. Con el resultado de que si el Estado no lograba la financiación de los terceros en el mercado se convertía en deudor de su propio banco central. En otras palabras, el Estado se autofinanciaba. No otra razón respaldaba la extendida idea de que el Estado no podía quebrar, que el ordenamiento jurídico lucía y sigue exhibiendo, aunque ahora con poco fundamento⁸.

Ahora bien, es conocido que la circunstancia de que el Estado encontraría siempre una financiación ilimitada en su banco central podía resultar perversa con el tiempo, en la medida en que inducía a un desequilibrio casi permanente en las finanzas públicas; depreciaba el valor adquisitivo del dinero con el que se financiaban los déficit públicos; provocaba una pérdida de competitividad de la economía del país; la subsiguiente crisis empresarial, de empleo y de las finanzas públicas; concluyendo con la devaluación de la moneda y el correlativo empobrecimiento del país con respecto a otras economías extranjeras; y así hasta reiniciar el desafortunado círculo vicioso tantas veces recorrido.

⁷ Esta afirmación es válida con carácter general, con la matización de que los acuerdos de 1944 en Bretton Woods determinaron ciertos límites en la cotización de las monedas respecto del dólar, lo que se trasladaba a la política monetaria interna cuando se cumplían.

⁸ Actualmente, la ponderación del riesgo en que incurren las entidades de crédito por la financiación que otorgan a las entidades públicas se encuentra regulada en la Circular del Banco de España 3/2008, de 22 de mayo, sobre determinación y control de los recursos propios mínimos. De acuerdo con esta Circular, la exposición frente a la Administración General del Estado tiene una ponderación de 0 –salvo que reciba una calificación que cuestione esta calidad crediticia– (norma decimosexta, apartados uno y seis, respectivamente). En cuanto a las emisiones de deuda pública autonómica y local, bien entrada la crisis la Circular 4/2011 estableció una ponderación del 20% (norma decimosexta, apartado seis de la Circular 3/2008). Esto es, el ordenamiento español ha seguido reconociendo al Estado una solvencia más propia de los sistemas que conservan íntegramente sus competencias en materia monetaria, mientras que reconoce una menor solvencia a las entidades territoriales inferiores. Véase más adelante el proceso que ha llevado a los inversores internacionales a cuestionar la solvencia de los Estados de la zona del euro.

A este respecto, la creación del Sistema Europeo de Bancos Centrales, al que se reservó la potestad de autorizar la emisión de moneda (art. 128.1 del Tratado de Funcionamiento), resultó decisiva para poner fin a aquel modo de entender las finanzas públicas. En efecto, para evitar los efectos indeseados de este maridaje entre la banca central y el tesoro público, entre desequilibrio presupuestario y emisión de dinero, el Tratado de Maastricht lo rompió mediante el establecimiento de dos importantes reglas: la prohibición de que el Banco Central Europeo y los bancos centrales nacionales que se integran en el Sistema Europeo de Bancos Centrales pudieran financiar al sector público bajo cualquier modalidad (art. 123.1 del Tratado de Funcionamiento)⁹; y el otorgamiento de un régimen de independencia a estos bancos centrales frente a cualesquiera otras autoridades públicas (art. 130 del Tratado de Funcionamiento).

El resultado de este proceso es que los Estados integrados en la Unión Monetaria ya no tienen asegurada la financiación de sus déficits ni la renovación de aquella deuda pública que no amortizan, sino que deben buscar la confianza de los acreedores privados, otorgándoles garantías en cuanto a la devolución de las cantidades adeudadas, con el factor agravado de que tampoco tienen el poder de disponer de su moneda para devaluarla y ser más competitivos internacionalmente¹⁰. Lo que explica que en Europa (Grecia, Irlanda y

⁹ Conviene aclarar que el art. 123.1 del Tratado de Funcionamiento prohíbe a los bancos centrales de la Unión Monetaria “la adquisición directa” de deuda pública. Es decir, la interdicción se extiende en su sentido literal a la suscripción en origen de la deuda pública que emiten los Estados, pero no impide que los bancos centrales adquieran en los mercados secundarios deuda pública ya emitida y en manos de otros tenedores, como de hecho está haciendo el Banco Central Europeo. La diferencia es importante, pues los Estados se ven en la necesidad de infundir confianza sobre su solvencia entre los suscriptores directos de la deuda pública, quienes nunca tendrán la certeza de si el Banco Central Europeo se la recomprará o no en el futuro. Sobre este punto gira buena parte de la cuestión prejudicial que el Tribunal Constitucional alemán ha planteado ante el Tribunal de Luxemburgo (resolución de 14 de enero de 2014).

¹⁰ La sentencia Pringle es muy explícita al respecto cuando analiza la prohibición de asunción de deudas de unos Estados por otros (sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 27 de noviembre de 2012, asunto C-370/12). En su fundamento 135 expresa que: “la prohibición enunciada en el artículo 125 TFUE garantiza que, cuando contraigan deudas, los Estados miembros permanezcan sujetos a la lógica del mercado, la cual debe

Portugal) se hayan revivido situaciones de suspensión efectiva de pagos que se creían ya definitivamente superadas¹¹. La transformación jurídica y económica operada por la creación del euro ha devuelto a los Estados a una relación con sus financiadores (entidades de crédito, aseguradoras o fondos de inversión y de pensiones) que recuerda a los desvelos de Carlos V y sus banqueros, lo que no pareció anticiparse suficientemente en los ordenamientos jurídicos cuando se renunció a un componente tan fundamental de la soberanía de los Estados¹².

1.2 El deficiente cumplimiento de la prohibición europea de déficit excesivo

En lo que hace a la materia presupuestaria, ante la prohibición de que los Estados pudieran financiar sus déficits recurriendo a los bancos centrales, desde la Unión Europea se planteó que el complemento necesario a la moneda única consistiría en cortar de raíz aquellos desequilibrios mediante normas sobre disciplina presupuestaria. Ocurre que aquellas disposiciones presentaron notables insuficiencias tanto formales –para lograr su efectividad– como materiales –para lograr el objetivo buscado de estabilidad presupuestaria en una zona monetaria única–.

incitarles a mantener una disciplina presupuestaria. El respeto de esa disciplina contribuye a escala de la Unión a la realización de un objetivo superior, a saber, el mantenimiento de la estabilidad financiera de la unión monetaria”.

¹¹ Para J. TAJADURA TEJADA (2011), la causa de la crisis también se halla en el establecimiento de la moneda única en Europa, si bien la atribuye a la falta de un gobierno económico europeo y a la correlativa retención de soberanía fiscal y presupuestaria por los Estados, “Reforma constitucional e integración europea”, *Claves de razón práctica*, octubre, núm. 216, pág. 20.

¹² J. GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ (2000), *La posición jurídica del Banco de España en el Sistema Europeo de Bancos Centrales*, Civitas, págs. 214-218.

Las carencias formales advertidas en la articulación de las normas europeas sobre el control del déficit público se refieren tanto a las dificultades para hacer efectivo su cumplimiento en el seno de las instituciones europeas como al insuficiente poder vinculante de sus mandatos para someter el Derecho interno de los Estados miembros. Si bien este tipo de incumplimientos jurídicos no es infrecuente en otros campos del Derecho, la crisis ha puesto de manifiesto que la materia sobre la que tratan es tan relevante y sensible para la marcha de la economía, que la Unión Europea ha alentado a los Estados miembros a que emprendan procesos internos de reforma para incorporar aquellos mandatos a las constituciones nacionales, buscando la efectividad que el Derecho europeo no había logrado¹³.

A) La estabilidad presupuestaria en el Tratado de Funcionamiento y el Pacto de Estabilidad y Crecimiento

¹³ El Consejo Europeo de los días 24 y 25 de marzo de 2011 adoptó un acuerdo en el que expresamente se recomienda la adopción del “freno del endeudamiento” y su elevación a rango constitucional: “Los Estados miembros participantes se comprometen a traducir en legislación nacional las normas presupuestarias de la UE establecidas en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento. Los Estados miembros seleccionarán el instrumento jurídico nacional específico que se emplee, pero se cerciorarán de que posea un carácter vinculante y duradero suficientemente sólido (por ejemplo, constitucional o de ley marco). La formulación exacta de la norma también será decidida por cada país (podría tener, por ejemplo, la forma de un “freno del endeudamiento”, una norma relacionada con el equilibrio primario o una norma de gasto), si bien deberá asegurar la disciplina presupuestaria tanto en el nivel nacional como en el subnacional.” [Conclusiones del Consejo, Anexo I, Pacto por el Euro Plus. Refuerzo de la Coordinación de la Política Económica en Favor de la Competitividad y la Convergencia, c) Incremento de la sostenibilidad de las finanzas públicas].

Tras la aprobación de la reforma constitucional española, el art. 3.2 del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria contiene el compromiso de que los Estados adopten la estabilidad presupuestaria en sus constituciones o en normas vinculantes y de carácter permanente.

Convendrá recordar que el Tratado de Funcionamiento recoge y refuerza las reglas de coordinación de las políticas económicas de los Estados miembros y de estabilidad presupuestaria a que éstos quedaron obligados desde el Tratado de Maastricht. En el caso de los países que, como España, forman parte de la Unión Monetaria Europea estas normas de coordinación son consecuencia natural de la previa exigencia de unos criterios de convergencia para que los Estados se integraran en ella (arts. 140 y ss. y Protocolo número 13 sobre los Criterios de Convergencia). En particular en lo que hace al déficit público, el art. 126 del Tratado de Funcionamiento dispone que “[l]os Estados miembros evitarán déficits públicos excesivos” (apartado 1) y contiene una regulación detallada sobre las medidas de reacción de la Unión frente a los incumplimientos, que se completa en el Protocolo número 12 sobre el Procedimiento Aplicable en Caso de Déficit Excesivo.

Estas reglas fueron complementadas con el llamado Pacto de Estabilidad y Crecimiento, articulado jurídicamente en el Reglamento (CE) 1466/97 del Consejo, de 7 de julio de 1997, relativo al refuerzo de la supervisión de las situaciones presupuestarias a la supervisión y coordinación de las políticas económicas; y el Reglamento y (CE) 1467/97 del Consejo, de 7 de julio de 1997, relativo a la aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo.

Sin embargo, pronto se pusieron de manifiesto las dificultades para dar cumplimiento efectivo, no sólo a sus mandatos sobre estabilidad presupuestaria, sino también a los propios mecanismos de reacción del Derecho europeo frente a tales incumplimientos. Hasta el punto de que la Comisión impugnó ante el Tribunal de Luxemburgo la inaplicación por parte del Consejo de las disposiciones del Reglamento 1467/97 a los Estados francés y alemán, que habían incurrido en déficits excesivos. El Tribunal se pronunció en su sentencia de 13 de julio de 2004, asunto C-27/04, por la que anuló las Conclusiones del Consejo de 25 de noviembre de 2003, por cuanto contenían una decisión de suspender el procedimiento de déficit excesivo y una decisión de modificación de las recomendaciones adoptadas anteriormente por el propio Consejo.

De resultas, los citados Reglamentos fueron modificados por los Reglamentos (CE) del Consejo 1055/2005 y 1056/2005, ambos de 27 de junio de 2005. Como explicitaba

este último, frente a la homogeneidad presupuestaria inicialmente exigida, se buscaba flexibilizar su aplicación en los casos de crisis económica atendiendo a las diferentes situaciones económicas de la Unión: “Debe revisarse el concepto de superación excepcional de un valor de referencia como consecuencia de una grave recesión económica. Para ello habrá que tener en cuenta la heterogeneidad económica de la Unión Europea” (considerando sexto). La crisis económica que se inició apenas dos años más tarde desembocaría en el incumplimiento generalizado de los criterios de estabilidad presupuestaria en ellos contenidos¹⁴.

B) La inadecuación del Derecho español para las exigencias de la Unión Monetaria

En paralelo al proceso descrito, el ordenamiento español no se adaptó suficientemente a una mutación tan profunda como la que supuso la pérdida de la soberanía monetaria, pues si bien incorporó importantes normas para asegurar la estabilidad presupuestaria, como la **Ley 18/2001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria y la Ley Orgánica 5/2001, de 13 de diciembre, complementaria a la Ley General de Estabilidad Presupuestaria**¹⁵, el rango de las disposiciones no vinculaba

¹⁴ Sobre los múltiples incumplimientos indicados, véase *Europa als Rechtsgemeinschaft- Währungsunion und Schuldenkrise*, ed. T. M. J. Möllers y F.-C. Zeitler (2013), Mohr Siebeck.

¹⁵ Estas normas han sido derogadas por la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

La primera de las leyes citadas era explícita en cuanto a la nueva situación creada a partir de la atribución de las competencias monetarias a la Unión Europea. Así, indicaba su preámbulo que: “Por ello, nuestra integración económica y monetaria en la zona del euro aumenta necesariamente la responsabilidad que han de asumir los otros componentes nacionales de la política económica, fundamentalmente la política presupuestaria y las políticas estructurales, para asegurar la compatibilidad del equilibrio macroeconómico con la política monetaria única.”

suficientemente al Estado, que retenía la posibilidad de modificarlas sin especial dificultad y en consecuencia separarse de ellas, como efectivamente ocurrió (**Ley 15/2006, de 26 de mayo, de reforma de la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria y Real Decreto Legislativo 2/2007, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria**¹⁶).

Además, el régimen de distribución territorial de competencias parecía alzarse como un obstáculo a su plena efectividad, en parte por la necesidad de conciliar la regla de estabilidad presupuestaria con el régimen de autonomía financiera infraestatal¹⁷, pero sobre todo por la insuficiencia de los mecanismos jurídicos de reacción frente a los incumplimientos de la norma¹⁸.

¹⁶ Normas que, a su vez, fueron reformadas en varias ocasiones. En ambas normas se reconocía que se reformaba la Ley General de Estabilidad Presupuestaria, entre otros objetivos, con la finalidad de flexibilizar el “principio de estabilidad, atendiendo a la situación económica, de modo que pueda combatirse el ciclo, adaptando la política presupuestaria al ciclo económico con el fin de suavizarlo”.

¹⁷ Tanto la ley de reforma de 2006 como el posterior texto refundido de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria expresaban en sus preámbulos dudas sobre la compatibilidad de las reglas de estabilidad presupuestaria introducidas en 2001 con la autonomía financiera propia “de un Estado descentralizado en el que concurren varias Administraciones públicas”. Por lo que se introdujo “un nuevo mecanismo para la determinación del objetivo de estabilidad de las Administraciones públicas territoriales y sus respectivos sectores públicos, apoyado en el diálogo y la negociación” y se reforzó la intervención del Consejo de Política Fiscal y Financiera de las Comunidades Autónomas y de la Comisión Nacional de Administración Local.

No obstante, la STC 134/2011, de 20 de julio de 2011, sobre la que más tarde se volverá, no encontró incompatibilidad constitucional alguna entre las reglas de estabilidad presupuestaria de la ley de 2001 y el respeto de la autonomía financiera.

¹⁸ En su redacción de 2001, la Ley General de Estabilidad Presupuestaria, art. 11, contemplaba que, en caso de incumplimiento de las reglas de estabilidad presupuestaria, los obligados habrían de asumir la parte que les resultara imputable de las responsabilidades a que diera lugar el eventual incumplimiento por España del Pacto de

Como se advierte, las importantes transformaciones jurídicas habidas desde el Tratado de Maastricht dieron lugar a una asimetría muy distorsionante en el ejercicio de las potestades sobre la economía. De una parte, las disposiciones de Derecho interno de los Estados y el Tratado de Funcionamiento impiden que los Estados puedan ejercer sus competencias sobre la moneda y en consecuencia financiar con ella los desequilibrios de sus cuentas públicas. Pero, de otra, las reglas de estabilidad presupuestaria contenidas en los Tratados y en la legislación ordinaria de los Estados no consiguieron embridar con igual rigor las finanzas públicas, como correspondería a unos sistemas que ya no descansan sobre la financiación de sus bancos centrales.

En consecuencia, una vez que la crisis económica puso de manifiesto las dificultades de varios Estados de la Unión Monetaria para financiar sus desequilibrios presupuestarios, se consideró necesario dotar a las reglas de estabilidad presupuestaria de un poder vinculante que impidiera a los Estados desembarazarse fácilmente de ellas. Para el cumplimiento de este objetivo, las constituciones nacionales aparecen como el instrumento jurídico idóneo¹⁹. La Exposición de Motivos de la reforma constitucional española es explícita al respecto en su primer párrafo cuando señala que la estabilidad presupuestaria ha adquirido “un valor verdaderamente estructural y condicionante de la capacidad de actuación del Estado”, “que justifica su consagración constitucional, con el efecto de limitar y orientar, con el mayor rango normativo, la actuación de los poderes públicos”.

Estabilidad y Crecimiento. Por su parte, la Ley Orgánica complementaria, art. 9, disponía que el incumplimiento por las Comunidades Autónomas de las reglas y objetivos de la estabilidad presupuestaria se “tendrá en cuenta” a los efectos del otorgamiento de la autorización para realizar operaciones de crédito y emisiones de deuda.

Sin bien las posteriores modificaciones de ambas normas fueron introduciendo de manera paulatina procedimientos más severos de reacción frente a los incumplimientos de la estabilidad presupuestaria y de la regla de gasto, arts. 10 y 10 bis del texto refundido de 2007, lo cierto es que estas normas no lograron la efectividad buscada, como es notorio.

¹⁹ Alemania modificó su Norma Fundamental en 2009 para, entre otros objetivos, acoger la llamada cláusula de “freno del endeudamiento” (*Schuldenbremse*), véase *infra* el epígrafe sobre esta reforma.

C) La insuficiente vinculación del Derecho español a la prohibición europea de déficit excesivo

Hasta la reforma constitucional, el sistema de relación entre el Derecho europeo y el español no ha ofrecido un mecanismo eficaz para asegurar el cumplimiento de normas europeas como las relativas al déficit excesivo a las que se acaba de hacer referencia²⁰. La dificultad para asegurar su cumplimiento en el Derecho interno deriva en buena medida del carácter prohibitivo de la norma europea (no se puede exceder determinado umbral de déficit ni de endeudamiento) y de la exigencia de norma con mero rango formal de ley para su articulación en el Derecho español (art. 134 y redacción inicial del art.135 de la Constitución española).

Desde el plano europeo, cabe recordar que el Derecho comunitario no puede depurar los ordenamientos nacionales que lo contravengan, sino a lo sumo declarar su incompatibilidad o aplicar los procedimientos sancionadores y de reacción correspondientes (art. 260 de Tratado de Funcionamiento). En el caso del déficit excesivo, además de los mecanismos generales, se preveían los específicos del art. 126 del Tratado de Funcionamiento y del Reglamento 1467/97, cuyas insuficiencias ya han quedado expuestas.

Tampoco el ordenamiento español contiene un mecanismo de carácter general para depurar las normas con rango formal de ley que sean contrarias al Derecho europeo. Como recuerda la jurisprudencia constitucional, de acuerdo con el art. 28.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, el Derecho europeo no constituye parámetro de constitucionalidad, por lo que no corresponde al Tribunal Constitucional

²⁰ Una buena síntesis sobre los avances logrados y las insuficiencias que aún persisten en la articulación de relaciones entre el Derecho europeo y el español se puede encontrar en el Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español, de 14 de febrero de 2008, y en su Informe sobre las garantías del cumplimiento del Derecho Comunitario, 15 de diciembre de 2010.

pronunciarse sobre la eventual incompatibilidad entre una norma de Derecho interno y el sistema normativo de la Unión Europea (SSTC 28/1991, f. j. 5; 147/1996, f. j. 3; y 134/2011, f. j. 7).

En consecuencia, si la norma española incompatible con el Derecho comunitario tuviera rango de ley, la primacía del Derecho europeo debería encontrar su cauce a través de los arts. 93 y 96.1 de la Constitución española. De manera que la resolución del conflicto entre ambos sistemas normativos “corresponde a los órganos judiciales en los litigios de que conozcan”, tratándose de un “puro problema de selección del Derecho aplicable al caso concreto” (STC 28/1991 f. j. 5). Esto es, de acuerdo con esta formulación, con ocasión de su aplicación a un caso concreto, la norma europea desplaza a la ley española, que no obstante conservará su validez en el ordenamiento. Así, aun admitiendo la anomalía que la pervivencia en el ordenamiento de una norma contraria a Derecho supone para los principios de seguridad y legalidad, esta fórmula permite dar efectividad al principio de la primacía del Derecho europeo.

Ocurre que esta construcción, como corresponde a su origen jurisprudencial, ha sido formulada para dar respuesta a aquellos supuestos en los que existe un conflicto que puede ser resuelto aplicando una regla de Derecho europeo sin prejuzgar la eficacia erga omnes de la norma española. Sin embargo no resuelve las vulneraciones de las reglas europeas de interdicción de la deuda o el déficit excesivos por parte de las normas españolas presupuestarias en la medida en que superen los umbrales permitidos. La naturaleza de estas últimas normas no permite operar una selección del Derecho aplicable al caso, pues la norma presupuestaria española –necesariamente programática, compleja y de detalle– no es susceptible de ser simplemente desplazada por otra europea de contenido netamente prohibitivo. El cumplimiento de los umbrales comunitarios habría exigido privar de eficacia erga omnes a las normas presupuestarias o de autorización de endeudamiento en

la medida en que los excedieran, lo que evidentemente desborda la habilitación reconocida al juez español para controlar la legalidad europea²¹.

Esta dificultad de carácter general para dar cumplimiento efectivo al Derecho europeo es conocida, pero lo que singulariza este caso es la situación extremadamente delicada que atraviesa la economía y la repercusión que sobre ella han tenido los incumplimientos de la prohibición de déficit excesivo. En este contexto, cobra pleno sentido el compromiso de los Estados miembros de introducir en sus ordenamientos las normas presupuestarias del Pacto de Estabilidad y Crecimiento, con la precisión de que las dotarían de un rango que garantizase su “carácter vinculante y duradero suficientemente sólido (por ejemplo, constitucional o de ley marco)”²². Más recientemente, también se ha reconocido este estado de cosas en el Reglamento 1175/2011, igualmente citado, por el que se modifica el Pacto de Estabilidad y Crecimiento: “La experiencia adquirida y los errores cometidos durante el primer decenio de la unión económica y monetaria ponen de manifiesto la necesidad de mejorar la gobernanza económica de la Unión, que debería basarse en una mayor apropiación²³ nacional de las normas y las políticas establecidas de común acuerdo, así como en un marco más sólido a escala de la Unión para la supervisión de las políticas económicas nacionales” (considerando octavo).

²¹ Por lo mismo y también a la vista del incumplimiento generalizado de la prohibición de déficit excesivo en la Unión Europea, deben descartarse las restantes fórmulas de cumplimiento del Derecho europeo: la invocación de la eficacia directa, la interpretación conforme, el planteamiento de la cuestión prejudicial o la exigencia de responsabilidad.

²² Conclusiones del Consejo Europeo de los días 24 y 25 de marzo de 2011, ya citadas.

²³ Aun siendo una idea clave en la regulación, resulta equívoca la referencia a “una mayor apropiación nacional de las normas”, que seguramente se deba a una traducción excesivamente literal del inglés: “stronger national ownership of commonly agreed rules”. Es más clara la versión francesa, que utiliza la expresión: “adhésion nationale plus forte aux règles”. En definitiva, una incorporación más sólida de las normas europeas en los ordenamientos nacionales.

Expresado en otros términos, la apelación a las constituciones nacionales, y con ellas a la efectividad que procura el sistema kelseniano de depuración de la legalidad, constituye un reconocimiento por las instituciones europeas de la insuficiencia de las técnicas del Derecho comunitario para lograr un cumplimiento de reglas tan relevantes como las de la estabilidad presupuestaria^{24 25}.

²⁴ Una opinión contraria a esta conclusión se puede encontrar en F. SOSA WAGNER y M. FUERTES (2011), *Bancarrota del Estado y Europa como contexto*, Marcial Pons, pág. 142; y en V. FERRERES COMELLA, “Amending the National Constitutions to Save the Euro: Is This the Right Strategy?”, *Texas International Law Journal*, Volume 48, Issue 2. A juicio de este autor, dada la primacía que tiene reconocida el Derecho europeo, habría sido más conveniente reforzar las instituciones y mecanismos europeos antes que reformar la Constitución, págs. 229 y ss.

²⁵ Después de aprobarse la reforma constitucional española, la actividad legislativa de la Unión Europea y de los Estados Miembro ha sido incesante para tratar de asegurar de manera efectiva la estabilidad presupuestaria:

- Reforma del art. 136.3 del Tratado de Funcionamiento para prever un sistema de apoyo financiero para dotar de estabilidad a la zona del euro.
- Tratado Constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad, de 2 de febrero de 2012.
- Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria, de 2 de marzo de 2012.
- Reglamento 1173/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011, sobre la ejecución efectiva de la supervisión presupuestaria en la zona del euro.
- Reglamento 1174/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011, relativo a las medidas de ejecución destinadas a corregir los desequilibrios macroeconómicos excesivos en la zona del euro.
- Reglamento 1175/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011, por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 1466/97 del Consejo, relativo al refuerzo de la supervisión de las situaciones presupuestarias y a la supervisión y coordinación de las políticas económicas.

D) Deficiencias de fondo en las reglas de equilibrio presupuestario

Por otra parte, lo acontecido en economías como la española o la irlandesa puso de manifiesto algunas deficiencias en el contenido de las reglas de estabilidad presupuestaria del Tratado de Funcionamiento, del Pacto de Estabilidad y Crecimiento y, en el caso español, de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria.

En efecto, se dio la paradoja de que hasta el inicio de la crisis económica aquellos países cumplieron ortodoxamente los compromisos de estabilidad presupuestaria en los términos en que estaban formulados. Sin embargo, la crisis económica reveló que aquellas economías descansaban en buena medida sobre graves desequilibrios que no habían sido adecuadamente considerados en las reglas que disciplinaban la estabilidad presupuestaria. Como es el caso, entre otros, del sobredimensionamiento y la sobrevaloración del sector inmobiliario, que incrementaron los ingresos públicos, la creación de empleo, la

- Reglamento 1176/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011, relativo a la prevención y corrección de los desequilibrios macroeconómicos.
 - Reglamento 1177/2011 del Consejo, de 8 de noviembre de 2011, por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 1467/97, relativo a la aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo.
 - Directiva 2011/85/UE del Consejo, de 8 de noviembre de 2011, sobre los requisitos aplicables a los marcos presupuestarios de los Estados miembros.
 - Reglamento 472/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre el reforzamiento de la supervisión económica y presupuestaria de los Estados miembros de la zona del euro cuya estabilidad financiera experimenta o corre el riesgo de experimentar graves dificultades.
 - Reglamento 473/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre disposiciones comunes para el seguimiento y la evaluación de los proyectos de planes presupuestarios y para la corrección del déficit excesivo de los Estados miembros de la zona del euro.
-

inmigración laboral y el endeudamiento privado. Sobre la base de esos ingresos, numerosas Administraciones públicas asumieron abultados compromisos económicos en materia de empleo público, inversiones y oferta de servicios.

La crisis económica terminaría por trasladar aquellos desequilibrios a las cuentas públicas. Así es conocido que la crisis del sector inmobiliario español e irlandés se tradujo en una fuerte caída de la recaudación pública y en un incremento de los gastos y el endeudamiento público para atender la intensa destrucción de empleo o el rescate de las entidades de crédito que financiaron el proceso. Consecuentemente, las Administraciones se vieron en una situación en la que carecían de los recursos necesarios para honrar los compromisos que asumieron en la fase alcista del ciclo económico. Todo ello ha resultado en un incumplimiento grave de las reglas de estabilidad presupuestaria.

En suma, los desequilibrios económicos apuntados han hecho que la estabilidad presupuestaria de países como España o Irlanda fuera durante los años previos a la crisis un tanto irreal, en la medida en que más tarde se comprobó que era coyuntural e insidiosa, por cuanto indujo a los respectivos sectores públicos a asumir unos compromisos que no podrían mantenerse en el tiempo.

Ya en el plano estrictamente jurídico, esta experiencia está detrás de que la reforma de la Constitución española haya incorporado el concepto de “déficit estructural” como medida del desequilibrio presupuestario²⁶. Con la clara intención de que las

²⁶ Para evitar la futura reiteración de estas situaciones, la Unión Europea también adoptó dos importantes Reglamentos (el Reglamento 1176/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de noviembre de 2011 relativo a la prevención y corrección de los desequilibrios macroeconómicos y el Reglamento 1174/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de noviembre de 2011 relativo a las medidas de ejecución destinadas a corregir los desequilibrios macroeconómicos excesivos en la zona del euro) con los que trataba de identificar y corregir desequilibrios económicos como los que se han descrito. Entre ellos, cita los relativos al endeudamiento

Administraciones no basen el equilibrio de sus finanzas públicas en ingresos coyunturales, excesivamente dependientes de los ciclos de la economía.

III. CONTENIDO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

2.1 El precedente alemán

La reforma constitucional española ha seguido con bastante fidelidad la fórmula que fue introducida en 2009 en la Ley Fundamental de Bonn, por la que se garantizó constitucionalmente el principio de disciplina presupuestaria y se revisó el sistema de financiación territorial²⁷. Interesa dejar aquí indicado el sentido de la revisión constitucional alemana y algunas de las cuestiones que ha suscitado, en la medida en que ha servido de referente para la reforma española, por lo que puede contribuir a una mejor interpretación de esta última.

Si bien ambas reformas constitucionales pueden equipararse desde el punto de vista del contenido de sus regulaciones, lo cierto es que son el resultado de puntos de partida bien distintos. En Alemania el proceso de revisión se inició a raíz del replanteamiento de las bases de las relaciones federales, que dio lugar en 2006 a la reforma número 52 de la Ley Fundamental de Bonn, junto a la aprobación de una Ley de

público y privado, a los mercados financieros, los activos con expresa mención del sector inmobiliario, el desempleo, la exportación o la competitividad.

²⁷ U. HÄDE (2009), “Sobre la reforma del federalismo en Alemania”, *Teoría y realidad constitucional*, núm. 24, págs. 483 y ss.; A. ARROYO GIL (2010), “La reforma constitucional de 2009 de las relaciones financieras entre la Federación y los *Länder* en la República Federal de Alemania”, *Revista d’Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 10, págs. 54 y ss.

acompañamiento a la reforma constitucional para adecuar 21 leyes federales al nuevo contenido constitucional²⁸. Fue la denominada “primera fase de la reforma del federalismo”²⁹. A partir de ese momento se constituyó una comisión específica para proponer una nueva reforma, que esta vez debía proporcionar un sistema de financiación adaptado a la nueva realidad federal surgida de 2006³⁰. Importa destacar que, si bien la reforma de 2009 no fue capaz de articular la revisión general del sistema de financiación territorial que reclamaba la reforma de 2006³¹, en cambio sí obtuvo importantes resultados en el establecimiento de una disciplina presupuestaria de la Federación y los estados federados, que es el aspecto que ahora interesa.

Las reglas de la disciplina presupuestaria introducidas en los arts. 109, 109a, 115 y 143d de la Ley Fundamental se vinculan explícitamente al cumplimiento de los compromisos europeos en la materia. En esencia, imponen a la Federación y los estados federados el cumplimiento de las obligaciones de estabilidad presupuestaria emanadas del Derecho comunitario, cuantificándola en cifras concretas. Así, como regla general, los presupuestos de la Federación y los estados deberán estar equilibrados, de manera que no se vean en la necesidad de recurrir al endeudamiento, lo que tienen expresamente vedado.

²⁸ A. ARROYO GIL (2009), *La reforma constitucional del federalismo alemán*, Institut d'Estudis Autònoms, Barcelona, pág. 22.

²⁹ En esencia, los objetivos de la reforma de 2006 fueron una asignación más clara de las competencias legislativas, la reducción de los supuestos en los que el Bundesrat podía denegar su voto favorable a una ley y así bloquearla y la reducción de los supuestos de financiación territorial mixta, U. HÄDE (2009), pág. 481. Para una valoración de esta reforma, véase H.-P. SCHNEIDER (2009), “La reforma del federalismo en Alemania. Fines, negociaciones, resultados”, *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, núm. 8, págs. 23 y ss.

³⁰ Sobre la composición de la comisión y la reforma de 2009, véase A. ARROYO GIL (2010), págs. 41 y ss.

³¹ U. HÄDE (2009), pág. 54.

No obstante, las anteriores reglas se ven matizadas en varios aspectos. De una parte, se permite a la Federación y a los Estados que puedan regular cómo afrontar las desviaciones coyunturales respecto de una situación económica considerada normal, siempre que aquellas reglas sean equivalentes para las coyunturas de la economía tanto favorables como adversas. En otras palabras, y enfatizando su carácter coyuntural, se entiende que podrán incurrir en cierto déficit para afrontar las crisis económicas, si también se prevé una compensación equivalente en los tiempos de bonanza. Además, sólo en el caso de la Federación, dispondrá de un pequeño margen de déficit presupuestario estructural que no podrá superar el 0,35 por 100 del PIB. En suma, la Ley Fundamental admite bajo cautelas que ambas instancias territoriales puedan desviarse coyunturalmente del principio de estabilidad presupuestaria. Adicionalmente, la Federación podrá asumir cierto desequilibrio presupuestario de carácter estructural, esto es, desvinculado de la concreta evolución del ciclo económico. Se asume, por tanto, que en ambos casos el endeudamiento sí podrá incrementarse ligeramente para atender estos desequilibrios.

Además, en los casos excepcionales de catástrofes naturales o situaciones de emergencia que escapen al control del Estado, podrá superarse la prohibición general de acudir al endeudamiento, debiendo contar con el voto mayoritario favorable del Bundestag. Esas desviaciones deberán ser posteriormente compensadas.

Desde el punto de vista institucional, se prevé la existencia de un Consejo de Estabilidad con cometidos de control y preventivos, de seguimiento y supervisión de la evolución de las finanzas, así como de evitación de crisis presupuestarias.

En cuanto a su aplicación temporal, la reforma incluyó una serie de disposiciones transitorias, que permitían a la Federación posponer la consecución del equilibrio presupuestario hasta 2016, si bien en 2011 debió comenzar a corregir su déficit. En el caso de los estados, disponen hasta 2020 para alcanzar la estabilidad presupuestaria. Adicionalmente, el precepto prevé ciertas ayudas nominativas para los estados con mayores dificultades financieras, correspondiendo la mitad de su financiación a la Federación y la otra, a los estados.

A pesar de que las reglas europeas sobre deuda y déficit públicos se predicen de las finanzas públicas de cada Estado miembro, sin excluir, por tanto, de su cómputo ningún nivel territorial, se advierte que la reforma constitucional alemana no extiende de forma explícita la disciplina presupuestaria sobre las entidades locales, sino que la limita a las entidades territoriales superiores³². La conciliación entre aquellas exigencias europeas y esta falta de regulación del ámbito local se logra porque en la Ley Fundamental las finanzas locales computan dentro de la situación presupuestaria de cada estado federado. Así, aun preservándose la autonomía local por el art. 28 (2) de la Ley Fundamental, el art. 106 (9) de este texto dispone el cómputo integrado de los ingresos y gastos de las entidades locales y de los ingresos y gastos de los respectivos estados, de cuyas aportaciones financieras dependen aquéllas en gran medida³³. De manera que, si bien las entidades locales no están sometidas de manera directa a las estrictas regulaciones constitucionales de la Federación sobre disciplina presupuestaria, sí lo están a las leyes y normas constitucionales de los respectivos estados, a los que se exigirá el cumplimiento del equilibrio financiero agregado de sus propias finanzas y las locales³⁴. Con esta fórmula, la disciplina presupuestaria llegará al ámbito local por la vía indirecta de los estados.

³² Sobre la inaplicación de la reforma constitucional de 2009 a las entidades locales y los seguros sociales, véase B. SCHOLL (2010), “Die Neueregung der Verschuldungsregeln von Bund und Ländern in den Art. 109 und 115 GG”, *Die Öffentliche Verwaltung*, núm. 63, pág. 165; y E. REIMER (2011), “Nachhaltigkeit durch Begrenzung der Staatsverschuldung – Bilanz und Perspektiven-”, en vol. col. dirigido por Wolfgang Kahl, *Nachhaltige Finanzstrukturen im Bundesstaat*, Mohr Siebeck, págs. 156-157.

³³ Las bases de la financiación local se contienen en los apartados 5 a 8 del art. 106 LF y en las leyes que dicten los estados, normalmente con aprobación del *Bundesrat*. Aquel precepto dispone que a las entidades locales corresponde la recaudación de los impuestos específicamente municipales, cierta participación en la recaudación de impuestos supramunicipales y las compensaciones por los gastos derivados de las funciones que la Federación les atribuya.

³⁴ E. REIMER (2011), págs. 150-151 y 157; J. CHRIST (2009), “Neue Schuldenregel für den Gesamtstaat: Instrument zur mittelfristigen Konsolidierung der Staatsfinanzen”, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, núm. 21,

A partir de esta integración de las finanzas locales en el nivel regional, convendrá indagar en las razones por las que la reforma impone una disciplina presupuestaria más estricta a los estados –e indirectamente también a las entidades locales- que a la Federación, que, como se ha dicho, sólo ella tiene reconocido cierto margen para incurrir en déficit estructural. En primer término, es revelador que los documentos preparatorios de la reforma contemplaran inicialmente una doble habilitación para que tanto la Federación como los estados pudieran incurrir en un déficit moderado (0,35 y 0,15 por ciento del PIB, respectivamente). Sin embargo, durante la tramitación fueron los propios estados los que renunciaron a este margen de endeudamiento. La razón debe buscarse en la oposición expresada por los estados con mayor capacidad económica a aceptar las consecuencias del endeudamiento de los restantes³⁵. A este respecto, conviene tener presente que el art. 143d de la Ley Fundamental prevé el otorgamiento de ayudas para la consolidación para los estados con mayores dificultades presupuestarias, ayudas cuya financiación corresponderá a partes iguales a la Federación y los estados; y que para la reforma constitucional se requiere una mayoría cualificada de dos tercios en cada cámara legislativa –art. 79 (2) de la Ley Fundamental -, lo que otorga una posición decisiva a los estados a través del Bundesrat – art. 51 de la Ley Fundamental-.

En todo caso, se desprende de los antecedentes de la reforma que desde el principio se concibió un distinto margen de endeudamiento para la Federación que para los estados, que se hizo más acusado en el texto finalmente adoptado. Este distinto tratamiento se ha justificado acudiendo a diversas razones. Por una parte, a la mayor capacidad de la Federación para equilibrar sus cuentas, frente a las competencias financieras más limitadas

págs. 1337-1338; S. KORIOTH (2009), “Das neue Staatsschuldenrecht - zur zweiten Stufe der Föderalismusreform”, *Juristenzeitung*, núm. 14 págs. 731.

³⁵ U. HÄDE (2010), “Die Ergebnisse der zweiten Stufe der Föderalismusreform”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, núm. 135, pág. 554.

de los estados al respecto³⁶. Diferencia de capacidad que también está detrás de los distintos plazos que el artículo 143d de la Ley Fundamental otorga a la Federación (2016) y a los estados (2020) para alcanzar el equilibrio presupuestario. Por otra parte, la habilitación constitucional para que la Federación pueda incurrir en un moderado déficit estructural se explicaría en la necesidad de que pueda atender potenciales gastos futuros derivados de la amplitud de sus funciones específicas³⁷. En suma, la habilitación para incurrir en un déficit estructural moderado descansa en la necesidad de reconocer cierta capacidad para asumir nuevos compromisos de gasto vinculada a las funciones específicas de la Federación, pero sobre todo en la correlativa capacidad financiera para sufragarlos, en la medida en que le permite reaccionar para hacer frente a los posibles desequilibrios presupuestarios.

Finalmente, debe dejarse constancia de que la imposición de la disciplina presupuestaria a los estados ha resultado muy controvertida. Aun habiéndose operado desde la propia Ley Fundamental, numerosos autores se cuestionan sobre su compatibilidad con el principio federativo, recogido en el art. 20 (1) y protegido frente a su reforma por el art. 79 (3)³⁸, y en consecuencia sobre su constitucionalidad³⁹.

³⁶ A. ARROYO GIL (2010), pág. 58. En este sentido, se ha criticado que no se hayan compensado las restricciones presupuestarias impuestas a los estados federados con mayores competencias legislativas tributarias que les permitieran incrementar sus ingresos. Máxime cuando la posible restricción de sus gastos está muy condicionada por las tareas que tienen legalmente encomendadas, B. SCHOLL (2010), pág. 168.

³⁷ Para C. MAYER (2011) estos posibles compromisos de gasto pueden resultar del incremento de las prestaciones públicas asociadas a las variaciones demográficas o de las cambiantes obligaciones internacionales en las que es parte Alemania (en materia de defensa o lucha contra el cambio climático), “Greift die neue Schuldenbremse?”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, núm. 136, pág. 275. Con la experiencia de los últimos años, cabría añadir las aportaciones que, a través de distintos mecanismos, los Estados Miembros de la Unión Europea realizan para el rescate de otros Estados en dificultades.

³⁸ El art. 20 (1) LF declara la condición de Estado federal de Alemania y el art. 79 (3) LF prohíbe las reformas constitucionales que afecten a la organización de la Federación en estados (*Länder*) o, entre otros, los principios enunciados en el art. 20.

2.2 Significado del principio de estabilidad presupuestaria

El eje de la reforma introducida en el art. 135 de la Constitución española es el principio de estabilidad presupuestaria⁴⁰, en torno al que gira el preámbulo de la reforma y

39 U. HÄDE (2010), págs. 561-564; B. SCHOLL (2010), págs. 168-169; A. ARROYO GIL (2010), págs. 57-58.

40 La nueva redacción del artículo 135 de la Constitución española es la que sigue:

“1. Todas las Administraciones Públicas adecuarán sus actuaciones al principio de estabilidad presupuestaria.

2. El Estado y las Comunidades Autónomas no podrán incurrir en un déficit estructural que supere los márgenes establecidos, en su caso, por la Unión Europea para sus Estados Miembros.

Una ley orgánica fijará el déficit estructural máximo permitido al Estado y a las Comunidades Autónomas, en relación con su producto interior bruto. Las Entidades Locales deberán presentar equilibrio presupuestario.

3. El Estado y las Comunidades Autónomas habrán de estar autorizados por ley para emitir deuda pública o contraer crédito.

Los créditos para satisfacer los intereses y el capital de la deuda pública de las Administraciones se entenderán siempre incluidos en el estado de gastos de sus presupuestos y su pago gozará de prioridad absoluta. Estos créditos no podrán ser objeto de enmienda o modificación, mientras se ajusten a las condiciones de la ley de emisión.

El volumen de deuda pública del conjunto de las Administraciones Públicas en relación con el producto interior bruto del Estado no podrá superar el valor de referencia establecido en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

4. Los límites de déficit estructural y de volumen de deuda pública sólo podrán superarse en caso de catástrofes naturales, recesión económica o situaciones de emergencia extraordinaria que escapen al control del Estado y perjudiquen considerablemente la situación financiera o la sostenibilidad

al que deberán adecuar sus actuaciones las Administraciones públicas (apartado 1). Lo que, unido a la equivocidad del calificativo presupuestaria, hace necesario tratar de delimitar su significado y alcance.

A este respecto, es revelador de la amplitud que tiene el concepto de estabilidad presupuestaria que ésta no se haya incluido en el art. 134 de la Constitución española que regula los Presupuestos Generales del Estado, sino en el precepto que ya antes regulaba el régimen de la deuda pública. Abundan en esta idea las reglas contenidas en los apartados 2 a 6 del art. 135 que disciplinan más genéricamente las finanzas públicas. Esta acepción amplia es, por otra parte, la que tradicionalmente ha recibido en el Derecho español la materia presupuestaria en cuanto referida al “régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad, intervención y de control financiero” (art. 1 de la Ley 47/2003,

económica o social del Estado, apreciadas por la mayoría absoluta de los miembros del Congreso de los Diputados.

5. Una ley orgánica desarrollará los principios a que se refiere este artículo, así como la participación, en los procedimientos respectivos, de los órganos de coordinación institucional entre las Administraciones Públicas en materia de política fiscal y financiera. En todo caso, regulará:

- a) La distribución de los límites de déficit y de deuda entre las distintas Administraciones Públicas, los supuestos excepcionales de superación de los mismos y la forma y plazo de corrección de las desviaciones que sobre uno y otro pudieran producirse.
- b) La metodología y el procedimiento para el cálculo del déficit estructural.
- c) La responsabilidad de cada Administración Pública en caso de incumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria.

6. Las Comunidades Autónomas, de acuerdo con sus respectivos Estatutos y dentro de los límites a que se refiere este artículo, adoptarán las disposiciones que procedan para la aplicación efectiva del principio de estabilidad en sus normas y decisiones presupuestarias”.

de 26 de noviembre, General Presupuestaria)⁴¹. Y la más congruente con los antecedentes de la reforma constitucional que, como se ha indicado, trata de evitar no sólo los presupuestos deficitarios, sino principalmente que el saldo final de las cuentas públicas sea deficitario y genere necesidades de endeudamiento.

En consecuencia, la efectividad del principio no apela sólo a la previsión económica, sino al resultado. Por lo que se trata de un principio que se endereza a la ordenación de las cuentas y finanzas públicas en su sentido más amplio.

Por otra parte, y a pesar de la dicción del apartado primero del art. 135 de la Constitución española, el principio así entendido se extiende a todos los poderes públicos y no sólo a las Administraciones. Así lo confirman tanto los mandatos explícitos al Estado y a las Comunidades Autónomas que se contienen en los apartados segundo y tercero como la vinculación a este principio de las “normas” y “decisiones presupuestarias” que dispone el apartado sexto⁴².

2.3 La limitación del déficit estructural estatal y autonómico

⁴¹ La anterior Ley General Presupuestaria (Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre) tenía por objeto la “administración y la contabilidad de la Hacienda Pública” (art. 1.1). Por su parte, la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril) define la estabilidad presupuestaria como “la situación de equilibrio o superávit estructural.” (art. 3.2). También la STC 134/2011, de 20 de julio, asume que el principio de estabilidad presupuestaria se proyecta tanto sobre la formulación de los presupuestos, como sobre su liquidación, los planes económico-financieros de saneamiento (ff. jj. 11 y 14, c) y comprende medidas en relación con el endeudamiento público (ff. jj. 8, e y 14, b).

⁴² En la STC 157/2011, que ya toma en consideración la reforma constitucional, el principio de estabilidad presupuestaria se predica de los poderes públicos en general (f. j. 3). En igual sentido, los restantes pronunciamientos del TC acerca de la constitucionalidad de la normativa sobre estabilidad presupuestaria (SSTC 185 a 189, 195 a 199 y 203, todas ellas de 2011).

El art. 135 habilita al Estado y las Comunidades Autónomas a incurrir en cierto déficit estructural, cuya limitación se vincula a los márgenes establecidos por la Unión Europea y a la ley orgánica de desarrollo⁴³. Si bien corresponde a esta ley orgánica regular la metodología y el procedimiento de cálculo del llamado déficit estructural⁴⁴, los antecedentes de la reforma constitucional que han sido expuestos son reveladores del sentido de este concepto⁴⁵.

La influencia de la reforma constitucional alemana de 2009 también se adivina tras el concepto de déficit estructural en el art. 135 de la Constitución española, a pesar de que su distinta formulación puede llegar a arrojar resultados muy diferentes, especialmente en las situaciones económicas más graves. Como se indicó, el art. 109 de la Ley Fundamental parte de la regla general de que la Federación y los estados (por tanto, indirectamente también las entidades locales) no podrán acudir al endeudamiento para equilibrar sus finanzas, si bien esta regla se ve modulada por dos importantes matizaciones: la primera, que ambas instancias territoriales podrán adecuar sus finanzas a las desviaciones coyunturales, siempre que lo hagan de manera equivalente para las favorables y las

⁴³ La concreción y desarrollo de las previsiones constitucionales se ha llevado a cabo por la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera. Como se ha indicado, esta norma ha desarrollado de manera muy estricta la previsión constitucional sobre la posible existencia de un déficit estructural, ya que como regla general no lo contempla, sino una situación de equilibrio o de superávit estructural (arts. 3.2 y 11.2). Sin embargo, el propio art. 11.2 de la Ley Orgánica prevé que el conjunto de las Administraciones públicas pueda alcanzar un déficit estructural del 0,4% del PIB si acomete reformas estructurales con efectos presupuestarios en el largo plazo.

⁴⁴ Véase el artículo 11.2 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, que define el déficit estructural como el “déficit ajustado del ciclo, neto de medidas excepcionales y temporales”.

⁴⁵ Sobre el concepto de déficit estructural, véase R. FALCÓN Y TELLA (2011), “La reforma del artículo 135 de la Constitución”, *Revista General de Derecho Europeo*, 25, pág. 5.

adversas (es el llamado “componente coyuntural”⁴⁶); la segunda matización es que, por añadidura, la Federación podrá incurrir en un déficit del 0,35 por 100 del PIB (es el llamado “componente estructural”⁴⁷). Esto es, el calificativo “estructural” encierra concepciones diferentes en los Derechos alemán y español. En el primero, el margen de endeudamiento que tiene reconocida la Federación ha recibido la denominación de “componente estructural”, en la medida en que se desvincula de la evolución coyuntural de la economía; esto es, opera al margen de ella.

Por el contrario, en nuestra Constitución, el saldo estructural alude a la necesidad de depurarlo de los vaivenes coyunturales, para así lograr una mayor estabilidad. En esencia, la Constitución adopta esta fórmula para desvincular los futuros déficit estatal y autonómicos de las tendencias más coyunturales de la economía. Esto es, el carácter estructural trata de evitar la repetición de situaciones como las previas a la crisis en las que numerosas Administraciones públicas confiaron en que los elevados ingresos económicos que entonces percibían se mantendrían en ejercicios económicos futuros, lo que les indujo a asumir unos compromisos económicos que no pudieron sufragar posteriormente, cuando se reveló que buena parte de aquellos ingresos había sido meramente coyuntural.

Habrà de tenerse en cuenta que el cómputo del mero déficit previsiblemente diferirá del cómputo correspondiente al déficit estructural, lo que implicará ajustes sobre el primero para disociar los elementos estructurales de los meramente coyunturales. Así, en el ciclo alcista que vivió la economía española inmediatamente antes de que se desencadenase la crisis económica, la contabilización sin correcciones estructurales de los ingresos y gastos de las Administraciones públicas arrojó frecuentemente equilibrio e incluso superávit público, pero cabe aventurar que, de haberse aplicado los ajustes pertinentes para restar los ingresos coyunturales y mantener los compromisos de gasto asumidos con esos

⁴⁶ J. CHRIST (2009), pág. 1334.

⁴⁷ C. MAYER (2011), pág. 274; J. CHRIST (2009), pág. 1333.

ingresos, el saldo de aquellas cuentas habría sido otro. En sentido contrario cabría pensar que en una fase bajista de la economía, unas cuentas que sean deficitarias debido, por ejemplo, a que atiendan gran número de prestaciones por desempleo, podrían ser estructuralmente más equilibradas si en la metodología de cálculo del déficit estructural se restan los compromisos de carácter temporal (como son los derechos a las prestaciones por desempleo)⁴⁸.

Por último, conviene precisar que tanto la Constitución como la Ley Orgánica de desarrollo toman el producto interior bruto del país como magnitud de referencia para medir el déficit. La práctica habitual para medir las situaciones deficitarias consiste en comparar los ingresos y los gastos de un presupuesto o de unas cuentas, de manera que el déficit representa el porcentaje de los gastos que no está respaldado por ingresos. Sin embargo, las normas aquí analizadas son menos estrictas, pues toman como referencia de medida el producto interior bruto, que es una magnitud externa al presupuesto, que en España generalmente lo dobla en su cuantía. Con el resultado de que si el déficit estructural se midiera sobre el presupuesto, arrojaría una cifra de más del doble de la que resulta de medirlo sobre el producto interior bruto.

2.4 La exigencia de equilibrio presupuestario local⁴⁹

La reforma constitucional no facilita razón alguna de por qué las entidades locales habrán de presentar equilibrio presupuestario mientras que las finanzas estatales y autonómicas podrán incurrir en cierto déficit –este distinto tratamiento se encontraba

⁴⁸ En igual sentido J. TAJADURA TEJADA (2011), pág. 24.

⁴⁹ Véase más extensamente J. GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ (2012), “La aplicación del principio constitucional de estabilidad presupuestaria a las entidades locales”, *Crisis Económica y Reforma del Régimen Local*, L. Cosculluela y L. Medina (dirs.), Civitas, págs. 293 y ss.

igualmente presente en las leyes sobre estabilidad presupuestaria previas a la reforma constitucional, en cuyas exposiciones de motivos tampoco se encuentra explicación para ello⁵⁰ -.

Ya quedó indicado que la doctrina alemana atribuye la diferencia de tratamiento entre la Federación y los estados tanto a razones políticas surgidas durante la tramitación de la norma –en esencia la negativa de los estados “contribuyentes” a financiar los déficit de los estados “receptores”-; a la conveniencia de que la Federación cuente con un mayor margen de reacción para asumir nuevos compromisos de gasto asociados a sus funciones de más amplio espectro; como a la correlativa capacidad de reacción financiera de aquélla para sufragarlos, al disponer de competencias tributarias propias.

⁵⁰ La **Ley 18/2001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria**, disponía en relación con las **entidades locales que debían** “adecuar sus presupuestos al objetivo de estabilidad presupuestaria que les sea fijado por el Gobierno para cada ejercicio, sin perjuicio de las competencias que tengan atribuidas las Comunidades Autónomas” (número VI de la Exposición de Motivos). La reforma introducida en aquella norma por la **Ley 15/2006, de 26 de mayo, estableció una relevante modificación, consistente en** “diferenciar claramente entre dos tipos de entidades locales, a saber: en primer lugar, las incluidas en el ámbito subjetivo definido en el artículo 111 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, a alguna de las cuales les será de aplicación, al igual que para el Estado y las comunidades autónomas, el principio de estabilidad presupuestaria entendido como la situación de equilibrio o de superávit computada a lo largo del ciclo económico; y en segundo lugar, el resto de las entidades locales que han de ajustar sus presupuestos al principio de estabilidad presupuestaria entendido como la situación de equilibrio o de superávit” (Exposición de Motivos del **Real Decreto Legislativo 2/2007, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria**).

La vigente **Ley Orgánica 2/2012, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera**, permite al Estado y las Comunidades Autónomas incurrir en cierto déficit estructural en situaciones catastróficas, no así a las corporaciones locales (art. 11.3 y 4).

Trasladadas al Derecho español, estas ideas bien pueden ofrecer una explicación acerca de los distintos límites de déficit resultantes del art. 135 de la Constitución española. Antes conviene precisar que el criterio determinante para el establecimiento de distintos niveles de estabilidad presupuestaria no parece ser el respeto al derecho a la autonomía financiera de los distintos poderes públicos, sino su capacidad para corregir por sí solos las desviaciones en que puedan incurrir. Lo corrobora el apartado 5.a) del art. 135 sobre el contenido mínimo de la ley orgánica, que vincula claramente la incursión en déficit o deudas excesivos con el plazo para su rectificación. En consecuencia, la mayor capacidad deficitaria y de endeudamiento del Estado es coherente con su posición constitucional en materia económica (coordinación y dirección general de la economía, art. 149.1.13), en materia de hacienda y deuda pública (art. 149.1.14), con su potestad originaria para el establecimiento de los tributos (art. 133.1) y con la exigencia constitucional de asegurar la solidaridad territorial⁵¹ (art. 138), que le deberían permitir la corrección de las desviaciones presupuestarias sin exceder los límites del endeudamiento público. A estos efectos, la equiparación constitucional de las Comunidades Autónomas al Estado también parece revelar que su actual capacidad financiera tanto para la reducción de los gastos como para establecer ciertos tributos o incidir en los cedidos (arts. 6 y 10 de la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas, respectivamente⁵²) sería equiparable a la del Estado, lo que es cuando menos discutible. Por último, la exigencia de equilibrio

⁵¹ Cabe recordar que el art. 2.1.b de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas, atribuye al Estado la “garantía del equilibrio económico, a través de la política económica general, de acuerdo con lo establecido en los [arts. 40.1, 131 y 138 de la Constitución](#)” en cuanto “encargado de adoptar las medidas oportunas tendentes a conseguir la estabilidad económica interna y externa y la estabilidad presupuestaria, así como el desarrollo armónico entre las diversas partes del territorio español”.

⁵² La STC 204/2011, dictada en relación con la LOFCA, recoge esta idea: “De esta manera, el sistema permite en la actualidad que las Comunidades Autónomas puedan, por sí mismas, incrementar sustancialmente los recursos con los que han de financiarse. En consecuencia, esta evolución del sistema de financiación ha supuesto un mayor desarrollo del principio de autonomía financiera, de manera que la financiación autonómica no descansa ya, casi en su totalidad, en las transferencias del Estado” (f. j. 8).

presupuestario local es indicativa de las dificultades de las entidades locales para corregir las desviaciones presupuestarias manteniendo controlado su nivel de endeudamiento.

2.5 Límite al endeudamiento público

El apartado 3 del art. 135 de la Constitución española actualiza la redacción originaria del precepto para adecuarlo al estado actual de la organización territorial española, así como introduce una importante limitación sobre el volumen de la deuda pública.

A este respecto, convendrá tener presente que la contención del volumen de deuda pública es el objetivo prioritario de la estabilidad presupuestaria, mientras que la prohibición de déficit excesivo es en realidad una regla puramente instrumental para evitar que anualmente crezca la deuda de las Administraciones públicas. Es ilustrativo el caso alemán, donde las reglas introducidas en la reforma constitucional de 2009 tienen por objeto fundamental la limitación del déficit presupuestario, sin que establezcan un límite superior para el volumen de deuda pública, y no obstante se denominan conjuntamente como la cláusula *Schuldenbremse*, de freno a la deuda. Esto se explica porque, en última instancia, la deuda pública es la que distorsiona las finanzas públicas, en la medida en que puede plantear dificultades para que los inversores suscriban los incrementos de deuda o refinancien la renovación de la deuda antigua que no se amortice; también porque el volumen acumulado de deuda condiciona la atención a las necesidades públicas, ya que exige detraer las partidas presupuestarias correspondientes para el pago del principal y de los intereses.

La doble fórmula limitativa que adopta la reforma constitucional española, consistente en restringir tanto el nivel máximo de déficit como el de deuda, se inspira en el Tratado de Funcionamiento y resulta más exigente que, por ejemplo, la cláusula alemana que únicamente limita el déficit máximo. La doble limitación española reduce en mayor medida el margen de actuación de los poderes públicos, ya que no sólo proscribe los déficits excesivos, sino también el endeudamiento excesivo.

Paradójicamente en este punto de la regulación constitucional de la deuda se dejan notar tanto un excesivo mimetismo respecto de la Ley Fundamental de Bonn, como la precipitación que caracterizó el proceso de reforma en España. En particular, la disposición adicional única⁵³ de la reforma constitucional española establece que los límites del déficit estructural entrarán en vigor en 2020, a semejanza de lo dispuesto en el art. 143d de la Ley Fundamental (en esta los plazos se fijan en 2011 y 2016 para la Federación, y 2020 para los Länder). Ahora bien, sucede que en la regulación española no sólo se establece un límite al déficit como en Alemania, sino, como acabamos de ver, también a la deuda pública. Y sin embargo, la reforma española ha omitido la inclusión de cualquier plazo especial para alcanzar el objetivo de deuda⁵⁴.

Repárese en que sólo el cumplimiento del plazo de 2020 para eliminar el déficit supondrá un enorme esfuerzo para las autoridades españolas y que, en caso de que se

⁵³ La precipitación en la tramitación de la reforma constitucional se hace sentir de manera acusada en la propia existencia de una disposición adicional única en el texto normativo de reforma de la Constitución, pues, a diferencia del artículo único y la disposición final única que se agotan al introducir la reforma y entrar esta en vigor, la disposición adicional única no se incorpora al texto constitucional de 1978 sino que permanece desplegando sus efectos desde la ley constitucional de reforma. El resultado es que, si quiera sea testimonialmente, desde 2011 existen en el Derecho español dos textos vigentes de rango constitucional: la propia Constitución de 1978 ya reformada y la disposición adicional única de la ley constitucional de reforma.

⁵⁴ A pesar del silencio de la reforma constitucional al respecto, el pacto político suscrito por los dos partidos mayoritarios sobre el futuro contenido de la ley orgánica de desarrollo del art. 135 de la Constitución española toma como premisa que el límite de deuda sólo será exigible en 2020, al igual que el límite sobre déficit:

“La Ley Orgánica establecerá los criterios para la reducción progresiva del nivel de deuda, de acuerdo con el valor de referencia establecido en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, con el objetivo de alcanzar en 2020 el límite contemplado en el artículo 135[...]

Los límites referidos al déficit estructural, así como la senda para la consecución del objetivo de deuda en 2020, podrán ser objeto de revisión en 2015 y en 2018, a iniciativa de cualquiera de las partes que suscriben este acuerdo”.

consiguiera, tan sólo tendría como resultado que dejase de incrementarse el volumen de deuda pública a partir de ese momento. Sin embargo, no supondrá una reducción de ésta⁵⁵. Para la reducción de la deuda pública será preciso que el Estado en su conjunto logre ingresos con los que amortizarla, ya sea mediante el superávit de las cuentas públicas, la enajenación de patrimonio; o que logre incrementar el PIB que sirve de base para calcular el umbral admisible. En todo caso, el logro de este objetivo de deuda exigirá un esfuerzo financiero muy superior al de la erradicación del déficit público, lo que da cuenta de las implicaciones que tendrá el mandato constitucional y el severo condicionamiento que introduce en las finanzas públicas españolas. La dimensión del desafío contrasta vivamente con el laconismo de la reforma en cuanto a la falta de previsión de plazos para alcanzar un objetivo tan ambicioso. Y quizás también explique por qué el constituyente alemán sólo introdujo en la Ley Fundamental límites al déficit, pero no a la deuda pública. Es en definitiva reflejo de la elaboración apresurada de la reforma constitucional; así como de su indisimulado objetivo gestual, al menos en lo inmediato, de tranquilizar a los suscriptores de la deuda pública española.

2.6 La cláusula de la prioridad en el pago de la deuda pública

A) La razón de la inclusión de la cláusula de prioridad en el pago

Una importante novedad introducida por la reforma constitucional es la cláusula para garantizar el pago preferente a los acreedores de deuda pública: “su pago gozará de

⁵⁵ Son reveladoras las previsiones del Gobierno sobre la evolución de la deuda pública para los próximos años. Según la actualización del Programa de Estabilidad 2013-2016, el volumen de deuda pública española al concluir 2012 alcanzó el 84,2% del PIB; al concluir 2013 se prevé que se incremente hasta el 91,4% del PIB; y llegará al 99,8% del PIB en 2016 (págs. 42 y 43). Esto es, se prevé que el nivel de deuda pública siga aumentando y distanciándose del umbral máximo del 60% del PIB permitido por el Tratado de Funcionamiento, al que se remite la Constitución española.

prioridad absoluta”, dispone el art. 135.3 de la Constitución ⁵⁶. Para entender su sentido, habrá que recordar que en 2011 la Unión Europea decidió que las entidades financieras acreedoras de Grecia asumieran importantes quitas y esperas en sus derechos de crédito, lo que sembró la desconfianza con respecto a la capacidad de pago de otros Estados miembros de la Unión Monetaria Europea⁵⁷. De manera que la adopción de la regla en nuestra

⁵⁶ Tanto el estilo enfático de la redacción como el contenido del mandato parecen tomados de las constituciones de los estados norteamericanos, muchas de las cuáles disponen expresamente la prioridad en el pago de la deuda pública en términos rotundos (por ejemplo la Constitución de Georgia: sección III, párrafo I, letra b) o establecen mecanismos para vincular la recaudación de impuestos al pago de la deuda (Constitución de Minnesota: artículo XI, sección 7; Constitución de Idaho: artículo VIII, sección 1; Constitución de Kansas: artículo 11.6; o Constitución de Delaware: título 29, capítulo 74, sección 7417). Estos preceptos pueden consultarse en: <http://www.constitution.org/cons/usstcons.htm>.

En el ámbito federal, la sección cuarta de la decimocuarta enmienda a la Constitución de los Estados Unidos contiene una regla de respeto general a la deuda pública, al disponer que la validez de la deuda pública de los Estados Unidos, autorizada por ley, no será cuestionada: “*The validity of the public debt of the United States, authorized by law, including debts incurred for payment of pensions and bounties for services in suppressing insurrection or rebellion, shall not be questioned [...]*”. Como se advierte, no se trata estrictamente de una regla de prioridad en la atención del pago de la deuda, aunque implícitamente la exigencia de su respeto introduce una prelación en los créditos. Sobre el alcance y dificultades de aplicación de esta regla, véase M. ABRAMOWICZ (1997), “Beyond Balanced Budgets, Fourteenth Amendment Style”, 33 *Tulsa Law Journal*, Winter, 561, págs. 581 y ss.

⁵⁷ En las Conclusiones del Consejo Europeo de 24 de marzo de 2011 (Anexo II, págs. 31 y 32) se contiene la decisión de que las emisiones de deuda de los Estados miembro de la Unión Monetaria incorporen a partir de julio de 2013 las llamadas “cláusulas de acción colectiva”. Se trata de un tipo de estipulaciones, por las que una mayoría cualificada de acreedores de un país puede acordar con el Estado deudor una reestructuración de su deuda, consistente en quitas o esperas, con la particularidad de que aquellos acuerdos vincularán también a los restantes acreedores, incluso con su oposición. Su finalidad es hacer explícito que las entidades financieras también podrán asumir pérdidas en la financiación que otorguen a los Estados de la zona del euro, buscando de esta manera una mayor prudencia en el futuro a la hora de financiarlos.

A pesar de que el Consejo declaró que la inclusión de tales cláusulas no implicaba una mayor probabilidad de impago, pronto se hicieron notar los efectos de aquel acuerdo, pues equivalía al reconocimiento de que la deuda pública en la Unión Monetaria ya no contaba con la calidad y seguridad que tradicionalmente se había atribuido a

Constitución y su formulación un tanto hiperbólica se explican por la situación de la economía española en el momento de modificarse aquélla, de cuestionamiento de su capacidad de honrar sus obligaciones, y la consecuente necesidad de ofrecer a los suscriptores de deuda garantías del máximo rango normativo de que serán atendidos sus créditos. Importa subrayar tanto esta circunstancia como que el sector financiero es el destinatario de las garantías que ofrece el art. 135, pues son factores determinantes para interpretar el alcance de la regla.

B) Alcance objetivo de la cláusula

La regla de la prioridad del pago plantea diversas cuestiones. La primera es la relativa a su alcance objetivo, esto es, si se predica de todo el volumen de deuda pública, en el sentido de cualesquiera obligaciones de pago; o sólo de la deuda nacida en operaciones financieras de emisión o de concertación de crédito. No cabe duda de que la regla es

la solvencia de los Estados, en los términos que se expusieron al analizar las causas de la reforma constitucional. El resultado fue la propagación de la llamada “crisis de deuda” que desde entonces vive buena parte de los Estados de la zona del euro.

De resultas, la Unión Europea y los Estados de la zona del euro rectificaron parcialmente su inicial propósito de que los acreedores de deuda pública hubieran de asumir quitas o esperas, no sin cierta contradicción. Así, a partir de que la crisis de deuda cobró mayor virulencia, manifestaron que la restructuración de la deuda pública se planteaba como una solución “excepcional y única” para Grecia, mientras que los restantes Estados “reafirmaban solemnemente su determinación absoluta de hacer plenamente honor a su propia firma soberana” (Declaración de los Jefes de Estado o de Gobierno de la Zona del Euro y las Instituciones de la Unión Europea de 21 de julio de 2011, puntos 6 y 7; reiterada en la Declaración de 26 de octubre de 2011, puntos 15 y 16). Sin embargo, en la Declaración de 9 de diciembre de 2011 también acordaron el mantenimiento y reforzamiento jurídico del compromiso de introducir las “cláusulas de acción colectiva”, mediante su incorporación al preámbulo del Tratado; al mismo tiempo los Estados reiteraron el compromiso enfático de que atenderían plenamente el pago de su deuda. Esto es, por un lado los Estados se comprometieron solemnemente a honrar la deuda pública y al mismo tiempo introdujeron mecanismos para que los acreedores asuman su restructuración.

aplicable desde que entró en vigor la reforma constitucional, por lo que cada una de las interpretaciones produce unos efectos jurídicos y económicos de muy distinto alcance. Si se entiende que la prioridad del pago abarca todo el volumen de la deuda pública, gozarían de este privilegio los titulares de cualesquiera créditos ya nacidos frente a la Administración, tales como proveedores, empleados, etc. No se oculta que, dado el grave problema de morosidad que afecta a las Administraciones españolas⁵⁸, esta prelación constitucional de créditos supondría el impago inmediato de buena parte de las demás partidas presupuestarias y los consiguientes problemas de paralización en el funcionamiento de servicios públicos, desde la entrada en vigor de la reforma y hasta que se regularizara la situación de morosidad. Por otra parte, la extensión de la prioridad en el pago a todos los acreedores del sector público en buena medida sería un contrasentido que vaciaría de contenido la cláusula, pues no beneficiaría a acreedor alguno en la prelación.

Desde luego, no parece que fueran aquellos los efectos buscados con la introducción de la regla de la prioridad del pago, por lo que debe entenderse que la preferencia en la prelación constitucional no se predica del volumen global de la deuda pública, sino únicamente de las emisiones y de los créditos contraídos en operaciones financieras sobre deuda pública. Este concepto más restringido de deuda pública es el que

⁵⁸ La Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, trató de afrontar este problema con desiguales resultados, mediante la reducción de los plazos para el pago del precio de los contratos (art. 216 de la vigente Ley de Contratos del Sector Público); el establecimiento de diversas reglas de transparencia y registro de pagos pendientes (arts. 4 y 5); y la financiación del Instituto de Crédito Oficial (disposición adicional cuarta). Últimamente, se han adoptado el Real Decreto-ley 4/2012, de 24 de febrero, por el que se determinan obligaciones de información y procedimientos necesarios para establecer un mecanismo de financiación para el pago a los proveedores de las Entidades Locales; el Real Decreto-ley 7/2012, de 9 de marzo, por el que se crea el Fondo para la financiación de los pagos a proveedores; el Real Decreto-ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo; y el Real Decreto-ley 8/2013, de 28 de junio, de medidas urgentes contra la morosidad de las administraciones públicas y de apoyo a entidades locales con problemas financieros.

se contiene en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria⁵⁹, y así se deduce del orden sistemático de estas reglas en el precepto constitucional: primero la relativa a la autorización legal de las operaciones financieras; seguidamente la preferencia del pago; y en último lugar la limitación del volumen máximo, que con carácter más amplio comprende el conjunto de obligaciones de pago. A la misma conclusión conduce la referencia explícita de que la prioridad en el pago se predica de “los intereses y el capital de la deuda pública”. Y, en fin, es coherente con las circunstancias que motivaron la adopción de la regla sobre la prioridad en el pago, a las que ya se ha hecho referencia, cuya finalidad es asegurar el buen fin de las operaciones financieras de endeudamiento, de manera que los acreedores confíen en el Estado, y no evitar las demoras en el pago a los proveedores⁶⁰.

No puede dejar de advertirse que esta interpretación, aun siendo la más coherente, exige asumir la paradoja de que un mismo artículo del texto constitucional maneje dos significados distintos para la «deuda pública». El primero de ellos es el que se acaba de señalar, en cuanto comprensivo del conjunto de capitales tomados a préstamo mediante operaciones financieras («emitir deuda pública» dispone el apartado tercero del art. 35 en su primer párrafo), a los que se extiende el privilegio de la prioridad en el pago. El segundo de los significados es más amplio y comprende el conjunto de obligaciones pendientes de pago del Estado, incluida la deuda comercial, con los empleados públicos, de devoluciones

⁵⁹ El art. 92 de la LGP dispone que “Constituye la Deuda del Estado el conjunto de capitales tomados a préstamo por el Estado mediante emisión pública, concertación de operaciones de crédito, subrogación en la posición deudora de un tercero o, en general, mediante cualquier otra operación financiera del Estado, con destino a financiar los gastos del Estado o a constituir posiciones activas de tesorería”.

⁶⁰ El Centro de Estudios Políticos y Constitucionales publicó en la Revista Española de Derecho Constitucional un cuestionario sobre la reforma constitucional y las respuestas que al mismo han ofrecido diversos integrantes de su consejo asesor. En su respuesta, el profesor E. ALBERTÍ (2011) expresa que la cláusula de la prioridad en el pago de la deuda pública sitúa a los restantes acreedores del Estado en situación de desigualdad, AA.VV. (2011), “La reforma del artículo 135 CE”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, pág.168.

tributarias o, en fin, de la responsabilidad patrimonial. Todos estos derechos de crédito de naturaleza no financiera no quedarían comprendidos en la cláusula de la prioridad en el pago, pero sí sometidos al umbral máximo⁶¹.

C) Alcance subjetivo de la cláusula

Así delimitada la deuda pública que queda comprendida bajo la cláusula de la prioridad en el pago, su introducción en el texto constitucional plantea una segunda cuestión, que es la relativa al alcance subjetivo de la cláusula, que literalmente se predica únicamente de las Administraciones públicas, lo que dejaría fuera de ella la deuda pública de las entidades instrumentales en mano pública pero con forma privada, como son las fundaciones y sociedades mercantiles dependientes de la Administración.

Ocurre, sin embargo, que ni las normas europeas ni las españolas sobre estabilidad presupuestaria se aplican únicamente a las Administraciones en sentido estricto, sino a todo el sector público en general. En este sentido, cabe recordar que las reglas del Derecho comunitario se aplican a los Estados (p.e. el art. 126 del Tratado de Funcionamiento en

⁶¹ La dualidad de categorías de deuda pública y de regímenes jurídicos aplicables a cada una de ellas se ha puesto de manifiesto recientemente con el anteriormente citado programa estatal de pago a proveedores. Así, de acuerdo con las previsiones constitucionales, el conjunto de obligaciones que las Administraciones tenían pendientes de pago con los proveedores computaban como deuda pública, pero no tenían carácter financiero, por lo que quedaban excluidas del privilegio de la prioridad en el pago. Sin embargo, el plan de pago a proveedores ha producido el efecto de transformar, al menos parcialmente, deuda comercial en deuda financiera. Esto es, en la medida en que el Estado ha debido emitir deuda en los mercados financieros y contraer compromisos financieros para atender los pagos a proveedores, también ha multiplicado el volumen de deuda financiera, comprendida por tanto bajo la cláusula de la prioridad en el pago (véase al respecto específicamente el Real Decreto-ley 7/2012, de 9 de marzo, por el que se crea el Fondo para la financiación de los pagos a proveedores).

materia de déficit excesivo), entendidos bajo una concepción funcional⁶², esto es, en el que lo determinante para delimitar sus contornos es la concurrencia de dos requisitos (la consecución del interés general y la dependencia o vinculación respecto de los poderes públicos) y una salvedad, que permite excluir a las entidades auténticamente mercantiles. De manera que el concepto funcional de Estado comprende con naturalidad tanto las Administraciones públicas en sentido tradicional, como los restantes poderes públicos o las sociedades y fundaciones mercantiles dependientes de los anteriores. Los contornos del sector público aparecen particularizados en el Reglamento 549/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativo al sistema europeo de cuentas nacionales y regionales de la Unión Europea, que los vincula a la existencia de un control (Anexo A, apartados 1.35 y ss.). Esta delimitación de los sujetos obligados por la estabilidad presupuestaria es, por otra parte, coincidente con la regulación española. Así, el art. 2 de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera comprende más genéricamente el sector público, con dos precisiones. La primera es que excluye de su aplicación a las entidades estatales, autonómicas o locales que se financien mayoritariamente con ingresos comerciales. La segunda determina la inclusión en la categoría del sector público “(d)el resto de las entidades públicas empresariales, sociedades mercantiles y demás entes de derecho público vinculados o dependientes de las administraciones públicas”.

En este sentido, aun cuando la cláusula de la prioridad en el pago no constituya propiamente una regla de estabilidad presupuestaria, lo cierto es que forma parte del art. 135 de la Constitución española y participa de su ámbito subjetivo de aplicación, pues toda

⁶² Sobre la delimitación del perímetro del Estado a efectos de la disciplina presupuestaria, véase M. R. MARTÍNEZ MANZANEDO (2004), “El Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Comunidad como marco de referencia conceptual. Contenido en la normativa de estabilidad presupuestaria”, vol. col. dirigido por M. Garcés Sanagustín, *La estabilidad presupuestaria en el Derecho español*, Instituto de Estudios Fiscales, págs. 180 y ss.

la reforma constitucional se endereza a otorgar garantías a los suscriptores de deuda pública sobre la solvencia del Estado en sentido amplio. Esta concepción más amplia del ámbito subjetivo de aplicación se recoge además en la Exposición de Motivos de la reforma constitucional al señalar que la estabilidad presupuestaria ha adquirido “un valor verdaderamente estructural y condicionante de la capacidad de actuación del Estado”, “que justifica su consagración constitucional, con el efecto de limitar y orientar, con el mayor rango normativo, la actuación de los poderes públicos”. Y también se apunta en la reciente jurisprudencia constitucional dictada tras la reforma para resolver previos recursos contra las leyes de estabilidad presupuestaria. Frente a la dicción del art. 135.1 que únicamente se refiere a las Administraciones públicas, la STC 157/2011 declara que el principio constitucional de estabilidad presupuestaria vincula a todos los poderes públicos (f. j. 3)⁶³.

En consecuencia, es más lógico entender que la cláusula constitucional de la prioridad en el pago se aplica subjetivamente a las mismas entidades que están sometidas al principio de estabilidad presupuestaria, lo que incluye a las sociedades mercantiles y fundaciones instrumentales de la Administración que no obtengan sus ingresos mayoritariamente del mercado.

D) La cláusula en relación con la autonomía territorial

La regla de la prioridad del pago incide también sobre la distribución territorial del poder, ya que introduce una afectación funcional en las finanzas públicas de todos los poderes territoriales. Mientras que las reglas sobre limitación del déficit y del volumen máximo de deuda pública están más estrechamente relacionadas con la suficiencia

⁶³ En igual sentido, los sucesivos pronunciamientos del TC acerca de la constitucionalidad de la normativa sobre estabilidad presupuestaria (SSTC 185 a 189, 195 a 197 y 203, todas ellas de 2011).

financiera, la regla sobre la prioridad del pago puede reducir de manera específica la autonomía financiera estatal, autonómica y local. En efecto, la suficiencia financiera mide la relación entre la capacidad económica y las competencias que corresponden a cada entidad territorial (arts. 142 y 156 de la Constitución española, STC 109/2011 f. j. 5), de manera que el sistema de financiación que le resulte aplicable le proporciona capacidad para asumir un mayor o menor volumen de deuda. Por lo que la fijación de límites máximos de déficit o de deuda supone cuantificar jurídicamente esa capacidad de endeudamiento, pero en términos generales no altera por sí sola la suficiencia financiera⁶⁴.

Por el contrario, la introducción de la regla sobre la prioridad en el pago de la deuda sí incide directamente sobre la autonomía financiera, entendida como «plena disponibilidad de sus ingresos sin condicionamientos indebidos y en toda su extensión, para poder ejercer las competencias propias» (por todas, la STC 134 f. j. 8.a), pues dentro de esa capacidad económica se predetermina de manera necesaria el destino de una parte del presupuesto, que deberá atender con prioridad el pago del principal y los intereses de la deuda. Al haberse reformado la Constitución para introducir esta importante limitación a la autonomía financiera, no se plantean obviamente dudas sobre su licitud.

E) La cuestión de la inembargabilidad de determinados derechos de titularidad pública

La regla de la prioridad en el pago de la deuda pública plantea la cuestión de su conciliación con las previsiones constitucionales y legales sobre la inembargabilidad de

⁶⁴ Debe matizarse que el establecimiento de los límites presupuestarios sí puede condicionar algo la suficiencia financiera, en la medida en que se limita que el presupuesto público estimule la economía y, con ella, la recaudación.

determinados derechos de titularidad pública, en la medida en que aquella técnica puede dificultar o impedir la efectividad del cumplimiento de las obligaciones patrimoniales.

En primer término, importa esclarecer la incidencia de la regla de la prioridad en el pago sobre los bienes de dominio público. En particular, dado que la regla de la inembargabilidad contenida en el artículo 132 de la Constitución constituye un impedimento para la afectación de los bienes de dominio público al pago de la deuda pública, cabe considerar si el contenido del artículo 132 de la Constitución se ha visto afectado de alguna manera por la reforma constitucional. A este respecto, como señaló el Tribunal Constitucional en su Auto 9/2012, procede recordar que la reforma constitucional ha quedado circunscrita al art. 135, preservándose por tanto la literalidad del art. 132. Por otra parte, la demanialización constituye "una técnica dirigida primordialmente a excluir el bien afectado del tráfico privado, protegiéndole de esta exclusión mediante una serie de reglas exorbitantes de las que son comunes en dicho tráfico iure privato" (STC 227/1988, f.j. 14). En consecuencia, la circunstancia de que unos determinados créditos (los derivados de la deuda pública) gocen de prioridad sobre los restantes no altera por sí sola la calificación de bienes de dominio público que contiene el propio art. 132.2 de la Constitución, ni debilita el poder del Estado para demanializar justificadamente determinadas categorías de bienes, con el resultado de que quedarán excluidos del tráfico jurídico y, por tanto, por mandato constitucional seguirán siendo inalienables e inembargables, incluso frente a los acreedores de deuda pública.

Distinto es el caso de otros derechos de titularidad pública, no demaniales, cuya inembargabilidad no se dispone en la Constitución, sino en normas con rango de ley⁶⁵. Conviene delimitar los términos de la cuestión con la finalidad de determinar la incidencia

⁶⁵ Como es el caso del artículo 30.3 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, que prohíbe que se dicten providencias de embargo o se despachen mandamientos de ejecución contra los bienes y derechos patrimoniales cuando se encuentren materialmente afectados a un servicio o función pública. En sentido análogo, el art. 23.1 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

de la reforma constitucional sobre aquellas previsiones. El Tribunal Constitucional ha analizado la compatibilidad del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la Constitución con el privilegio de la inembargabilidad y ha considerado que, al constituir éste un límite a la ejecución forzosa sobre el patrimonio del deudor (STC 166/1998, f.j. 5.B), la ley sólo puede excluir determinados bienes de la ejecución forzosa mediante la declaración de inembargables, por razones de interés público y social, siempre que exista una justificación objetiva y la exigible proporcionalidad entre la finalidad perseguida y el sacrificio impuesto (f.j. 5.C). Tratándose de bienes patrimoniales afectos a concretos fines de interés general, la justificación constitucional de la inembargabilidad se encuentra en los principios de legalidad presupuestaria y de continuidad de los servicios públicos, estrechamente ligado a la eficacia en la actuación de la Administración pública (art. 103.1 de la Constitución). Principios que determinan que recursos públicos como el dinero, los valores o los créditos estén preordenados en los presupuestos públicos a determinados fines de interés general que requieren una especial protección legal, tanto por su origen en lo que respecta a los de derecho público –la contribución de todos al sostenimiento de los gastos públicos, ex art. 31.1 de la Constitución–, como por el destino al que han sido asignados por los representantes de la soberanía popular (ff.jj. 7 y 9).

Sin embargo, resulta más problemática la justificación de la técnica de la inembargabilidad de determinados bienes patrimoniales cuando concurre con la nueva regla constitucional de la prioridad en el pago de la deuda pública. En cuanto al principio de continuidad de los servicios públicos y eficacia de la Administración, ciertamente se verían perjudicados si a ellos se antepusiera la atención de las obligaciones derivadas de la deuda pública, pero la cuestión es que la reforma constitucional asume este efecto indeseado cuando otorga prioridad absoluta a la atención de la deuda pública. Precisamente el sentido de que constitucionalmente se haya garantizado una prioridad absoluta a la amortización y al pago de los intereses de la deuda pública es hacerlos prevalecer sobre cualquier otro destino de los recursos públicos, incluso si este destino encuentra fundamento en el propio texto constitucional.

Con respecto al principio de legalidad presupuestaria, la admisión de la inembargabilidad se basa en que los gastos presupuestarios estén preordenados a los fines de interés general, decididos por los representantes democráticamente elegidos y en virtud del deber de todos de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos. Ahora bien, aun cuando la ley o norma presupuestaria de que se trate sea manifestación de la representación democrática, es cuestionable que por esta sola razón pueda otorgar preferencia a fines distintos de la deuda pública en caso de insuficiencia de recursos, pues como hemos visto el sentido de la reforma constitucional de 2011 es establecer distintos límites (en el déficit, el volumen de deuda o la prioridad en el pago de ésta) a la discrecionalidad del legislador ordinario precisamente en materia presupuestaria.

En síntesis, si todo embargo supone que su beneficiario ostenta una prioridad sobre otros acreedores en las resultas del bien trabado y la justificación de la inembargabilidad de determinados recursos y bienes patrimoniales públicos reside en que a las normas presupuestarias correspondía priorizar el destino de aquéllos, la reforma constitucional ha resultado en un límite a esta discrecionalidad en el ejercicio del poder de gasto público cuando el embargo lo insta un acreedor de deuda pública. Lo que exigirá una adecuación de las reglas y la doctrina sobre la inembargabilidad de aquellos bienes.

F) La cláusula de la prioridad en el pago y la legislación concursal

La aplicación de la cláusula de prioridad en el pago a las entidades instrumentales de la Administración plantea la cuestión adicional de la posible alteración de las prelaciones de créditos establecidas en la legislación ordinaria. Puede ejemplificarla la proyección del art. 135.3 de la Constitución española sobre las previsiones de la Ley Concursal (Ley 22/2003, de 9 de julio), que si bien no se aplica a las Administraciones públicas en sentido estricto, sí comprende en su ámbito subjetivo a las personificaciones privadas que utiliza la

Administración con carácter instrumental⁶⁶, como son las sociedades mercantiles y las fundaciones⁶⁷. Así pues, el rango superior de la cláusula constitucional determinará que los

66 Por contraste con la argumentación que se acaba de desarrollar en interpretación del art. 135 de la Constitución española, se da la paradoja de que éste se aplica a todo el sector público en su acepción más amplia, mientras que la Ley Concursal diferencia entre las personas jurídicas públicas y privadas, aplicándose sólo a estas últimas. La razón de que ambas normas arrojen resultados tan distantes debe buscarse en su diferente lógica interna y en la problemática, también diversa, a la que pretenden dar respuesta.

67 Sobre esta cuestión, véase I. CALATAYUD PRATS (2012), “Sociedades locales, servicio público e insolvencia”, en *Crisis Económica y Reforma del Régimen Local*, L. Cosculluela y L. Medina (dirs.), Civitas, págs. 347 y ss.

El art. 1.3 de la Ley Concursal dispone que “No podrán ser declaradas en concurso las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público”. No existe una línea jurisprudencial clara en relación con esta cuestión, y las resoluciones judiciales que se han dictado proceden de instancias jurisdiccionales inferiores. Así, el Auto del Juzgado Mercantil número 1 de Málaga, de 13 de abril de 2009, considera plenamente aplicable el procedimiento concursal a una sociedad mercantil municipal en mano pública:

“En materia local, por tanto, la entidad instrumental local y entidad pública empresarial no podría ser declarada en concurso, es decir aquellas que tienen personificación jurídico-pública, pero sí aquellas que tienen personificación jurídico-privada. / Este es, precisamente el presente caso en donde se trata de una sociedad mercantil (Sociedad Limitada) con un objeto social privado sin intervención pública o de servicio público o de ejercicio de autoridad cuya característica esencial es la plena participación pública que no le quita la naturaleza privada. Sustraer a la misma del derecho privado cuando concurre en el mercado, no aplicándole la normativa concursal, supone un privilegio contrario a los más elementales principios y normas sobre la competencia” (f. j. 2).

En sentido contrario, véase el Auto del Juzgado Mercantil número 1 de Almería, de 22 de junio de 2011, que considera entes de derecho público aquellos en los que existe una intensa intervención administrativa para su disolución:

“El proceso concursal finalizará por un convenio, o con la apertura de la liquidación, que necesariamente implica la disolución de la sociedad concursada (art. 145.3 de la Ley Concursal). La resolución de apertura de liquidación y disolución de la concursada debe ser libre, en el sentido de que no puede estar sometida a trabas administrativas. Si existiesen, estamos ante una Entidad de Derecho Público, que no puede ser declarada en concurso (art. 1.3 LC). Y existen cuando estamos ante una

capitales que tomen en préstamo en operaciones financieras las sociedades y fundaciones privadas de la Administración, en cuanto deuda pública, gozarán de prioridad para su pago, incluso cuando suponga una alteración de la preferencia que Ley Concursal otorga a otros

entidad pública empresarial o sociedad estatal en cuyo capital sea, de la Administración General del Estado o de sus organismos públicos dependientes, al menos en 50 %, puesto que en ese caso la resolución final de liquidación no tiene efecto alguno: se necesitaría autorización del Consejo de Ministros. En los demás supuestos en los que no se da esta circunstancia es posible el dictado del auto de liquidación, que se lleva aparejada la disolución y apertura de liquidación, libre de cualquier atadura administrativa, auto que producirá todos sus efectos. El juzgador considera que sólo en estos supuestos estamos ante una entidad mercantil vinculada a una Administración Pública que no es entidad de Derecho Público en el sentido del art. 1.3 de la Ley Concursal. Sólo en estos supuestos estamos ante una entidad sujeta en su integridad al Derecho Privado, cuya intervención por las administraciones públicas sólo puede venir por la extraordinaria intervención en el convenio de acreedores según el art. 10.1.II de la Ley Concursal”.

En relación con estas interpretaciones divergentes sobre el ámbito subjetivo de aplicación de la normativa concursal, no parece que el art. 1.3 de la Ley Concursal emplee el término “ente de derecho público” de acuerdo con el concepto funcional de Estado del Derecho comunitario, que comprende cualesquiera personificaciones, públicas o privadas, siempre que estén sujetas a una estrecha dependencia del Estado o su organización [J. GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ (2005), *Derecho administrativo en la contratación entre privados*, Marcial Pons, págs. 50 y ss. y 71 y ss.]. Esta misma interpretación funcional es la que el Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, introdujo en el art. 3.1, l) de la antigua Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, al permitir las encomiendas de gestión a las sociedades cuyo capital perteneciera totalmente a la Administración pública, cuando, como se sabe, el art. 15.5 de la Ley 30/1992 impedía que la encomienda de gestión pudiera recaer sobre personas jurídicas sujetas al Derecho privado. Esta interpretación supondría excluir de la aplicación de la Ley Concursal a cualesquiera entidades integrantes del sector público, en el sentido del art. 2 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

Por el contrario, la dicción del art. 1.3 de la Ley Concursal más bien parece seguir la formulación tradicional del concepto de ente de Derecho público que lo equipara a aquellas formas de personificación propias del Derecho público, en el sentido del art. 3.1, c) de la Ley de Contratos del Sector Público (Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre) y, en consecuencia, deja fuera de su ámbito de aplicación las personificaciones privadas en mano pública.

créditos, como los salarios o aquellos otros resultantes de las reglas establecidas en sus arts. 84, 90, 91 y 92.

G) La cuestión de las “cláusulas de acción colectiva” en la deuda pública

La falta de unos trabajos preparatorios de la reforma constitucional española impidió medir en todo su alcance los efectos que aquella estaba llamada a producir en el ordenamiento jurídico español, pero también ha tenido como resultado que sus disposiciones no se hayan interiorizado por completo incluso entre algunos de los aplicadores jurídicos más cualificados. Un ejemplo de este último fenómeno lo constituye la regla de la prioridad en el pago de la deuda pública. Así, por su rango jurídico ha operado una alteración en las regulaciones sobre la prelación general de créditos frente a la Administración, que habría exigido una revisión en profundidad del ordenamiento jurídico español, que sin embargo no se ha llevado a cabo.

Por el contrario, su contenido parece haberse diluido dentro de la regla más llamativa de la estabilidad presupuestaria. Buena prueba de ello se halla en la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, que desarrolla las previsiones del artículo 135 de la Constitución, pero que, sin embargo, apenas dedica un escueto inciso a la prioridad en el pago de la deuda pública⁶⁸ y deja sin abordar las importantes cuestiones que plantea esta regla constitucional.

Tan débil ha sido la interiorización de la cláusula de la prioridad en el pago, que después de su entrada en vigor el Estado incluso ha suscrito convenios internacionales y ha

⁶⁸ El art. 14 de la Ley orgánica 2/2012 dispone que “El pago de los intereses y el capital de la deuda pública de las Administraciones gozará de prioridad absoluta frente a cualquier otro gasto”.

introducido reformas legislativas en su Derecho interno que son difícilmente conciliables con la exigencia constitucional de la prioridad en el pago.

Así ha sucedido en la adopción de las llamadas “cláusulas de acción colectiva”. Como se anticipó, se trata de un tipo de estipulaciones que permiten que una mayoría cualificada de acreedores de un país pueda acordar con el Estado deudor una restructuración de su deuda, consistente en quitas o esperas, con la particularidad de que aquellos acuerdos vincularán también a los restantes acreedores, incluso con su oposición⁶⁹. En otros términos, se hace explícito que los adquirentes de deuda pública, fundamentalmente instituciones financieras, asumen el riesgo de incurrir en fuertes pérdidas patrimoniales si el país emisor es incapaz de atender sus pagos. La decisión de introducir este tipo de cláusulas en la Unión Europea, a raíz de la crisis de deuda pública desatada por la situación de Grecia⁷⁰, se ha basado en la consideración de que en el pasado las entidades financieras se guiaron excesivamente por las altas rentabilidades y despreciaron en buena medida el riesgo que implicaba la adquisición de deuda pública de países con graves desequilibrios macroeconómicos, en la confianza de que aquéllos no podrían suspender pagos en una zona monetaria única o de que serían rescatados por los distintos planes aplicados hasta entonces⁷¹.

⁶⁹ Sobre las cláusulas de acción colectiva, véase I. TIRADO (2012), “Sovereign Insolvency in the Euro Zone. Public and Private Law Remedies”, págs. 14 y ss.; y específicamente sobre la compatibilidad de las cláusulas de acción colectiva con la Constitución española, véase del mismo autor (2014) “At the core of the sovereign crisis in Spain: restructuring subnational debt vs internal bail-out”, *Capital Markets Law Journal*, núm. 9-1, págs. 90-92.

⁷⁰ Conclusiones del Consejo Europeo de 24 de marzo de 2011 ya citadas (Anexo II, págs. 31 y 32). Decisión reafirmada en la Declaración de 9 de diciembre de 2011, donde acordaron el mantenimiento y reforzamiento jurídico del compromiso de introducir las «cláusulas de acción colectiva», mediante su incorporación al preámbulo del Tratado. Finalmente las cláusulas se han incorporado al Tratado Constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad, de 2 de febrero de 2012.

⁷¹ Por ejemplo, estas cláusulas se aplicaron en septiembre de 2012, cuando el apoyo financiero prestado al Estado griego por parte de los países de la Unión Monetaria Europea y el FMI se condicionó a que los acreedores de su

Para entender el alcance del problema que aquí se analiza, conviene recordar que, si bien la Unión Europea ha alentado la reforma de las constituciones nacionales para dotar de mayor efectividad a la estabilidad presupuestaria, la adopción de la regla de la prioridad en el pago de la deuda pública fue una decisión autónoma de España, que se añadió al principio de estabilidad presupuestaria del que no forma necesariamente parte, para tratar de infundir seguridad a los suscriptores de deuda pública sobre la recuperación de su inversión. Esto es, en relación con esta concreta cuestión la reforma constitucional española introdujo un importante elemento de divergencia respecto de las políticas seguidas en la Unión Monetaria Europea. En lo que hace a la Constitución española, la adopción de la regla de la prioridad en el pago fue esencialmente una medida de reacción del máximo nivel normativo ante la crisis de deuda pública que generó el anuncio de que se aplicarían cláusulas de acción colectiva entre los países de la zona del euro.

Mientras España reformaba su Constitución y disponía la regla de la prioridad en el pago, la Unión Europea siguió avanzando en su propósito de que los Estados Miembros de la zona del euro incluyeran en sus ordenamientos las cláusulas de acción colectiva, hasta que se incorporaron al Tratado Constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad, cuyo artículo 12 dispone que, a partir del 1 de enero de 2013, se recogerán cláusulas de acción colectiva en todos los nuevos títulos de deuda soberana con vencimiento superior a un año de Estados Miembros de la zona del euro, de modo que se asegure que sus efectos jurídicos sean idénticos⁷².

deuda pública aceptasen una reestructuración de aquella, reduciendo sus intereses y ampliando los plazos de vencimiento. Para ello, el Estado griego hubo de hacer valer las cláusulas de acción colectiva sobre los acreedores que no se sumaron voluntariamente al acuerdo. Véase el apartado 4 del Preámbulo a la Enmienda al Acuerdo de Servicio de Préstamo de 80.000.000.000 a la República Helénica y el acuerdo para su aplicación provisional, ambos documentos publicados en el Boletín Oficial del Estado de 13 de abril de 2012.

⁷² La Declaración interpretativa formulada por los Estados Parte del Tratado Constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad no afecta a las cláusulas de acción colectiva (Boletín Oficial del Estado de 6 de octubre de 2012).

Paradójicamente, España ratificó el anterior Tratado⁷³ y, en su cumplimiento, la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013, modificó la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, cuyo artículo 98.3 ha incorporado las cláusulas de acción colectiva. Precepto que ha sido desarrollado por la Orden ECC/1/2013, de 2 de enero, por la que se dispone la creación de Deuda del Estado durante el año 2013 y enero de 2014 y se recogen las cláusulas de acción colectiva normalizadas.

Al analizar la conciliación de las cláusulas de acción colectiva con la regla constitucional de la prioridad en el pago de la deuda pública, conviene tener presente que, en rigor, el artículo 135 de la Constitución no prohíbe el impago de la deuda pública, sino que establece una prelación del máximo rango normativo frente a otros acreedores de las Administraciones públicas. De manera que, en un escenario hipotético de insuficiencia de recursos para cumplir con todos los compromisos, la regla constitucional de la prioridad en el pago obligaría a las Administraciones públicas a atender en primer lugar los créditos derivados de la deuda pública hasta donde alcanzaran los recursos públicos.

Por el contrario, en un escenario de insuficiencia patrimonial como el descrito las cláusulas de acción colectiva producirían otros efectos jurídicos distintos, pues su lógica parte de la premisa de que el Estado deudor requiere una reestructuración de su deuda y que los acreedores de deuda pública deben asumir una quita o espera en sus derechos y deben permitir que el Estado no entre en una suspensión generalizada de pagos para evitar mayores pérdidas en su inversión. Esto es, las cláusulas de acción colectiva operan esencialmente para conciliar los pagos derivados de la deuda pública con los restantes pagos necesarios para el funcionamiento del Estado, de manera que los acreedores de deuda pública deben contribuir bien mediante sus renunciaciones o bien forzosamente a la

⁷³ Instrumento de ratificación publicado en el Boletín Oficial del Estado de 4 de octubre de 2012.

reestructuración de la deuda del país, como ha sucedido en Grecia. Como se observa, el planteamiento de las cláusulas de acción colectiva es más realista que el de la regla de la prioridad en el pago, pues es difícil concebir que en la práctica el Estado desatienda el pago de los gastos imprescindibles para su funcionamiento para poder cumplir con sus compromisos derivados de la deuda pública.

Con independencia de la valoración práctica que merezca la introducción de la regla de la prioridad en el pago, el resultado del proceso legislativo descrito es que el ordenamiento español ha acogido unas cláusulas de acción colectiva que precisamente amparan una subordinación o equiparación del pago de la deuda pública y de sus intereses respecto de otros compromisos de pago del Estado, a pesar de la dicción enfática de la Constitución española en sentido contrario.

2.7 Desviación presupuestaria en situaciones excepcionales

En los márgenes que otorga el Derecho europeo⁷⁴, el art. 135 incorpora una cláusula de excepción al principio de estabilidad presupuestaria. En concreto, prevé que los límites de déficit estructural y de volumen de deuda sólo podrán superarse en ciertos supuestos excepcionales (catástrofes naturales, recesión económica o situaciones de emergencia extraordinaria que escapen al control del Estado y perjudiquen considerablemente la situación financiera o la sostenibilidad económica o social del Estado), cuando así se aprecie por la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados.

⁷⁴ El art. 126.2.a) del Tratado de Funcionamiento prevé que la disciplina presupuestaria pueda superarse “sólo excepcional y temporalmente” y siempre que se guarde la medida en el déficit. Esta previsión se ha desarrollado por el Reglamento (CE) 1467/97, relativo a la aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo, cuyo artículo 2.1 considera que el déficit es excepcional cuando obedezca a una circunstancia inusual sobre la cual no tenga ningún control el Estado e incida de manera significativa en la situación financiera de las administraciones públicas; o cuando obedezca a una grave recesión económica. Además, se calificará de temporal si se prevé que el déficit se reconduzca al término de la circunstancia inusual o la grave recesión económica.

Debiendo corregirse las desviaciones que se produzcan en los términos que regule la ley orgánica de desarrollo⁷⁵.

La habilitación para superar los límites del principio de estabilidad presupuestaria destensa la rigidez que entrañaría su aplicación estricta en todas las circunstancias, dando entrada a un mayor margen de discrecionalidad de la política presupuestaria en aquellas circunstancias excepcionales. En este sentido, conviene subrayar que la cláusula que ahora se analiza tiene verdadero carácter excepcional frente al principio general de la estabilidad presupuestaria y que, lejos de debilitarlo, contribuye a preservarlo⁷⁶. De una parte, la formulación de las propias exigencias de hecho y cautelas procedimentales de la cláusula del art. 135.4 de la Constitución española revela su carácter excepcional frente al principio de estabilidad presupuestaria que mantiene, por tanto, su carácter general. Por otra parte, aun cuando la reforma constitucional se haya adoptado de manera precipitada y con el objetivo inmediato de estabilizar la situación de la deuda pública española, su contenido normativo tiene una innegable proyección de permanencia –como lo acreditan su propio rango, la calificación de “estructural” para el déficit, la exigencia de una corrección de las desviaciones o la circunstancia de que la estabilidad presupuestaria no sea plenamente exigible hasta 2020-, por tanto compatible con desviaciones episódicas y coyunturales como las que pueden resultar de la cláusula de excepción. Lo que es coherente con la experiencia vivida desde la creación de la Unión Monetaria Europea, que enseña las dificultades que entraña la aceptación de reglas económicas que no siempre responden a

⁷⁵ El art. 11.3 de la Ley Orgánica de desarrollo apenas ha regulado estos supuestos. Se limita a exigir la aprobación de un plan de equilibrio económico que permita recuperar la estabilidad presupuestaria.

⁷⁶ En sentido crítico R. BLANCO VALDÉS (2011), quien considera que la formulación de las excepciones permite vaciar de contenido las garantías de la estabilidad presupuestaria del art. 135 de la Constitución española, pág. 18; también F. SOSA WAGNER y M. FUERTES (2011), págs. 143-144; y F. DE CARRERAS, para quien las excepciones son de tal amplitud que pueden invalidar las normas establecidas en el resto del artículo, en AA.VV. (2011), pág. 187. Por el contrario J. PÉREZ ROYO indica que la finalidad de la excepción es confirmar la norma, en el mismo documento, pág. 202.

valores predominantes en las sociedades donde se aplicarán, así como la imposibilidad de prever todos los desafíos, en este caso económicos, que pueden llegar a presentarse. La solución contraria, que impermeabilizase la estabilidad presupuestaria incluso ante las circunstancias más severas, podría resultar contraproducente para los resultados buscados; pues cuando cualquier desequilibrio presupuestario se sitúa al margen de la legalidad, se corre el riesgo de que se relativice la gravedad de la desviación en que finalmente se incurra. Por tanto, para preservar unas finanzas saneadas, máxime si se hace desde la estabilidad que caracteriza a las reglas constitucionales, parece preferible prever válvulas de escape ante situaciones extremas y completarlas, como en este caso, con la obligación de reconducir los desequilibrios presupuestarios en plazo.

2.8 El incumplimiento del artículo 135 de la Constitución

El apartado 5 del art. 135 de la Constitución española prevé que la ley orgánica de desarrollo regule la responsabilidad de cada Administración Pública en caso de incumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria. Responsabilidad que, a la vista de la regulación europea⁷⁷ y española sobre este tipo de incumplimientos, debe ser entendida en sentido amplio⁷⁸, en cuanto asunción de las consecuencias, obligación de adoptar medidas preventivas, de corrección de las desviaciones, de sometimiento a

⁷⁷ Véanse el art. 126 del Tratado de Funcionamiento y el Reglamento (CE) 1467/97, relativo a la aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo.

⁷⁸ Una acepción amplia del concepto de responsabilidad puede encontrarse en la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental.

procedimientos de seguimiento y control y, en su caso, también patrimonial e incluso de carácter sancionador⁷⁹.

La anterior previsión se circunscribe, por tanto, a la posición jurídica en que queda la Administración o el poder público que incurra en la desviación presupuestaria de que se trate, pero la Constitución no regula específicamente los efectos jurídicos que tendrán esos incumplimientos sobre las normas y actos en que se contengan. Es oportuno traer aquí a colación esos efectos, en la medida en que constituyen uno de los objetivos buscados con la constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria. Tratándose de actos y disposiciones administrativas contrarios al art. 135 de la Constitución española o a las previsiones de la ley orgánica de desarrollo, no suscita cuestiones de singular interés, pues serán de aplicación las previsiones generales de Derecho administrativo (arts. 62 y 63 de la Ley 30/1992), de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa al efecto (arts. 70 y 71) y de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (arts. 76 y 77 LOTC)⁸⁰.

En relación con las disposiciones con rango de ley que vulneren el art. 135 de la Constitución española o la ley orgánica de desarrollo habrá de considerarse que son

⁷⁹ La ley orgánica de desarrollo ha regulado esta cuestión en los artículos 20 y ss. y la disposición adicional segunda. Por su parte, la Ley Orgánica 6/2013, de 14 de noviembre, de creación de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal, traslada a nuestro Derecho el mandato de la Directiva 2011/85/UE del Consejo, de 8 de noviembre de 2011, sobre los requisitos aplicables a los marcos presupuestarios de los Estados miembros. El objetivo de la autoridad independiente es garantizar el objetivo de la estabilidad presupuestaria mediante la evaluación continua del ciclo presupuestario, del endeudamiento público, y el análisis de las previsiones económicas (art. 3 de la Ley Orgánica 6/2013). M. M. DARNACULLETA I GARDELLA ha realizado un agudo análisis comparativo entre la configuración de esta autoridad independiente y la equivalente constituida en Alemania, principalmente desde el punto de vista de la efectividad del control, “Conseqüències institucionals de la limitació del deute públic a les Comunitats Autònomes i als *Länder*. Un anàlisi comparat dels mecanismes de control de l'estabilitat pressupostària a Espanya i Alemanya”, informe preparado para el Institut d'Estudis Autonòmics, aún inédito, que la autora me ha facilitado amablemente.

⁸⁰ Véase la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

inconstitucionales y, en consecuencia, susceptibles de ser declarados nulos (arts. 164 de la Constitución española y 30 LOTC). Al menos en la parte en que excedan de los umbrales de déficit y deuda o cuando contravengan la regla de la prioridad en el pago. Téngase en cuenta que el art. 135 de la Constitución española contiene mandatos expresos y concretos, en los que hace suyos los límites contenidos en el Derecho europeo (apartados 2 y 3). En consecuencia, la superación de estos límites no constituirá únicamente una vulneración de la norma europea o de la ley orgánica correspondiente, sino de la propia norma constitucional⁸¹.

Como se recordará, la nulidad por inconstitucionalidad de las disposiciones que contravengan la estabilidad presupuestaria es precisamente el efecto buscado desde la Unión Europea al promover la constitucionalización de tales reglas, una vez se constató la insuficiencia del Derecho europeo para garantizar su cumplimiento⁸². La integración en el art. 135 de la Constitución española de las reglas europeas de la disciplina presupuestaria supone que el Tribunal Constitucional sea también órgano de garantía del Derecho comunitario en esta concreta materia, en contraposición a lo que había caracterizado hasta la fecha las relaciones entre los ordenamientos español y europeo (STC 28/1991, f. j. 7), en los términos que a continuación se exponen.

⁸¹ En relación con el canon de enjuiciamiento de la constitucionalidad, la doctrina del TC tiene declarado que, si bien no constituye litigio constitucional el mero conflicto entre normas infraconstitucionales, “la eventual contradicción entre las Leyes referidas pudiera reconducirse a alguna previsión constitucional genérica, como sería, en este caso, la del principio de seguridad jurídica del art. 9.3 CE” (STC 238/2007 f. j. 4), o en el caso aquí analizado el principio de estabilidad presupuestaria o las reglas más detalladas del art. 135 de la Constitución española.

⁸² Sobre las dificultades que entraña el control constitucional relativo a la estabilidad presupuestaria, véase Á. RODRÍGUEZ BEREJO (2013), “La reforma constitucional del artículo 135 CE y la crisis financiera del Estado”, *Crónica Presupuestaria*, núm. 1, págs. 34 y ss.

3. ELEMENTOS PARA LA INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA DE LA REFORMA

3.1 El artículo 135 de la Constitución como cláusula europea

La reforma constitucional ha supuesto que, por primera vez, la Constitución haya explicitado la pertenencia de España a la Unión Europea y haya reconocido de manera expresa el Derecho comunitario, a través de las remisiones del precepto reformado al Tratado de Funcionamiento o más genéricamente a las reglas de la Unión (apartados 2 y 3 del art. 135 de la Constitución española). Es decir, ha incorporado una cláusula europea al texto constitucional⁸³.

Será preciso matizar que el art. 135 opera como cláusula europea, pero con un alcance limitado. Mientras que el art. 93 de la Constitución española fue redactado prospectivamente en previsión de que España finalmente pudiera incorporarse a la entonces Comunidad Económica Europea⁸⁴; el reformado art. 135 es receptor de una trayectoria ya recorrida por nuestro país como integrante de la Unión Europea. Es un precepto que, además de reconocer la pertenencia de España a la Unión Europea, también concentra constitucionalmente el estado del proceso europeo de integración política, jurídica y económica, al tiempo que asume la grave crisis presupuestaria que devasta las finanzas

⁸³ Cláusula europea en el sentido de que se hace eco de la pertenencia de España a la Unión Europea. Sobre este concepto, véase P. CRUZ VILLALÓN (2006a), “La cláusula general europea”, en el vol. col. dirigido por el mismo autor *Hacia la europeización de la Constitución Española. La adaptación de la Constitución española al marco constitucional de la Unión Europea*, Fundación BBVA, Bilbao, págs. 51-74; así como los debates académicos sobre la cláusula europea contenidos en el *Informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional*, ed. F. RUBIO LLORENTE y J. ÁLVAREZ JUNCO (2006), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, págs. 457-561; y el propio Informe del Consejo de Estado, apartado 4.1.

⁸⁴ P. CRUZ VILLALÓN (2006b), “Europeización de la Constitución Española: una introducción al problema”, en el vol. col. dirigido por el mismo autor *Hacia la europeización de la Constitución Española. La adaptación de la Constitución española al marco constitucional de la Unión Europea*, Fundación BBVA, Bilbao, págs. 25 y ss.

públicas europeas y que tanto condiciona la inteligencia del art. 135 de la Constitución española. De aquí su condición de cláusula europea en la medida en que, si bien sus reglas sustantivas se limitan al ámbito presupuestario, la sola mención de la Unión Europea las trasciende ampliamente. Si se atiende al alcance de la adopción constitucional de aquella cláusula, conviene reparar en que la reforma del art. 135 no busca la integración del Derecho comunitario en el español, que el Tribunal Constitucional ha considerado se opera a través del art. 93 de la Constitución española⁸⁵, sino que su propósito es dar efectividad al principio europeo de estabilidad presupuestaria, ante las insuficiencias del Derecho comunitario.

Hasta la reforma podía afirmarse que la pertenencia de España a la Unión Europea no significaba que se hubiera dotado a las normas del Derecho comunitario de un valor de supremacía en el Derecho interno equivalente al del texto constitucional, con los efectos de que no integraban el canon de constitucionalidad⁸⁶. Sin embargo, la apelación expresa a las normas europeas sobre estabilidad presupuestaria por el art. 135 de la Constitución española altera este estado de cosas. Para medir su alcance, puede ser útil poner en contraste este precepto con el art. 10.2 de la Constitución española. Como se sabe, el TC ha sostenido que el mandato del art. 10.2 de la Constitución española, de que las normas relativas a derechos fundamentales y a las libertades se interpreten de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales en la materia, no convierte estos en canon de constitucionalidad, sino que son únicamente elementos de interpretación de los derechos y libertades constitucionalmente

⁸⁵ Véase por todos la Declaración del Tribunal Constitucional de 13 de diciembre de 2004 f. j. 2.

⁸⁶ SSTC 28/1991, f. j. 5; 147/1996, f. j. 3; y 134/2011, f. j. 7.

proclamados⁸⁷. Posición que se ha mantenido, algo matizada, en el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo⁸⁸.

No obstante, a diferencia del art. 10.2 de la Constitución española, el reformado art. 135 de la Constitución española no se limita a disponer la “interpretación conforme” de la Constitución con los Tratados, sino que explícitamente hace suyas determinadas reglas europeas de disciplina presupuestaria. La propia jurisprudencia constitucional aporta criterios esclarecedores sobre los distintos efectos de una y otra técnica normativa. Así, en la STC 64/1991 (f. j. 4) expresaba el Tribunal que “La interpretación a que alude el citado art. 10.2 del texto constitucional no convierte a tales tratados y acuerdos internacionales en canon autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos [...]. Si así fuera, sobraría la proclamación constitucional de tales derechos, bastando con que el constituyente hubiera efectuado una remisión a las Declaraciones internacionales de Derechos Humanos o, en general, a los tratados que suscriba el Estado español”. Como se aprecia, esta segunda técnica normativa que el Tribunal tomaba como hipótesis dialéctica es precisamente la que sigue el actual art. 135 de la Constitución española, ya que no completa por sí solo los límites del principio de estabilidad presupuestaria, a diferencia por ejemplo de la Ley Fundamental de Bonn, sino que efectúa una remisión a los Tratados que no es meramente interpretativa. Por lo que cabe afirmar que aquellas reglas comunitarias ahora sí integran el canon de constitucionalidad, en la medida en que la cláusula del 135.2 y 3 de la

⁸⁷ Véase por todas la STC 247/2007 f. j. 20.

⁸⁸ En algunos de sus pasajes el Auto TC 86/2011 parece matizar la anterior doctrina constitucional “el canon de control que debemos aplicar para enjuiciar la constitucionalidad del [auto de la Audiencia Nacional], ha de ser integrado a partir, entre otras, de las normas de Derecho de la Unión Europea que protegen los correspondientes derechos fundamentales, así como de las que regulan la orden europea de detención y entrega [...] En definitiva, la Decisión Marco de 2009 es aplicable, en todo caso, como criterio de integración del contenido del derecho reconocido en el art. 24.2 CE” (f. j. 4.b). A juicio de L. ARROYO (2011), de aquel auto se desprende que el canon del control de constitucionalidad no es el Derecho europeo, sino el art. 24.2 de la Constitución española, “Sobre la primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional. Bases, contenido y consecuencias”, *InDret*, núm. 4, pág. 9.

Constitución española las hace suyas⁸⁹. De esta manera se alcanza el objetivo buscado en las distintas cumbres europeas de añadir a la primacía que ya tenía reconocida el Derecho comunitario, la supremacía sobre el Derecho interno que le aporta el texto constitucional⁹⁰.

En propiedad, la cualidad de canon de constitucionalidad se predicaría de los márgenes de la Unión Europea y el valor de referencia del Tratado de Funcionamiento a los que expresamente se remite el art. 135.2 y 3 de la Constitución española. Pero el Derecho comunitario no se limita a establecer aquellos umbrales, sino que para dotarlos de efectividad ha establecido reglas adicionales sobre remisión de información, excepciones a su cumplimiento, medidas preventivas, controles, seguimiento o corrección de los excesos en los términos en que ya han sido expuestos. Dado que el art. 135 de la Constitución española no hace suyas estas otras reglas de manera explícita, se plantea la cuestión de si el canon de constitucionalidad se integraría también por estas otras reglas adicionales a los umbrales o sólo por estos últimos.

En este sentido, aun dentro de la dificultad de determinarlo en abstracto, sin que se haya suscitado un conflicto entre una norma de Derecho interno y otra comunitaria, no parece posible sostener que aquellas reglas puedan tener la calidad de canon de constitucionalidad. Pues, respetados los umbrales de déficit y deuda del Derecho europeo a los que se remite explícitamente la Constitución, ni la reserva mostrada por la doctrina

⁸⁹ En su respuesta al cuestionario de la Revista Española de Derecho Constitucional, E. ALBERTÍ expresa que la referencia del art. 135 de la Constitución española a la Unión Europea convierte los límites comunitarios en parámetros de constitucionalidad, en AA.VV. (2011), pág. 166. En igual sentido M. A. MARTÍNEZ LAGO (2011), “Crisis fiscal y reforma de la Constitución”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 24, noviembre, pág. 18.

⁹⁰ Contraposición entre la primacía y la supremacía jurídicas entendida en los términos de la Declaración TC de 2004, f. j. 4. La primacía en cuanto regla que opera en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas, que serían en principio todas ellas igualmente válidas, aunque una de ellas tendría capacidad de desplazar a otras. La supremacía como posición de superioridad jerárquica y fuente de validez de las normas que le están infraordenadas.

constitucional ante la extensión de aquel canon ni la literalidad del art. 135 de la Constitución española parecen amparar un juicio de constitucionalidad del Derecho interno basado únicamente en el incumplimiento de las reglas europeas adicionales a los umbrales del déficit o la deuda.

Ahora bien, aun cuando se descarte que aquellas reglas alcancen la categoría de canon de constitucionalidad, no cabe desconocer que constituyen un componente esencial para la efectividad de la disciplina presupuestaria buscada en los Tratados y con la reforma constitucional. Lo que necesariamente lleva a considerar su valor en el Derecho interno. En este sentido, es evidente que, al igual que el resto del Derecho europeo, gozarán de primacía en relación con las normas infraconstitucionales, pero debe también plantearse el valor que cabe atribuirles en su relación directa con el art. 135 de la Constitución española. Para lo puede resultar útil acudir a la interpretación flexible y generosa que el TC ha hecho del art. 93 de la Constitución española en su relación con el Derecho europeo, en cuya virtud la atribución a la Unión Europea del ejercicio de competencias lleva también implícita la necesidad de garantizar la efectividad del Derecho comunitario en el Derecho interno, asumiendo los límites inevitables que conlleva⁹¹. Así las cosas, convendrá manejar un par de ideas. La primera es que, en cuanto cláusula europea, la remisión del art. 135 de la Constitución española a los umbrales europeos de déficit y deuda exige, asimismo, que quede asegurado constitucionalmente el cumplimiento de las restantes reglas comunitarias

⁹¹ Para el Tribunal no “cabe ignorar la necesidad de proporcionar a los organismos internacionales en cuyo favor se ha cedido el ejercicio de las competencias los instrumentos indispensables para garantizar el cumplimiento del Derecho por ellos creado, función que sólo puede verse obstaculizada por un entendimiento inadecuado del citado precepto constitucional y de su sustancia integracionista. De ahí que sea imprescindible una interpretación que atienda a la insoslayable dimensión de integración comunitaria que el precepto constitucional comporta.

Esa interpretación debe partir del reconocimiento de que la operación de cesión del ejercicio de competencias a la Unión europea y la integración consiguiente del Derecho comunitario en el nuestro propio imponen límites inevitables a las facultades soberanas del Estado, aceptables únicamente en tanto el Derecho europeo sea compatible con los principios fundamentales del Estado social y democrático de Derecho establecido por la Constitución nacional” (Declaración de 2004 f. j. 2).

que hacen posible la efectividad de aquellos umbrales. En segundo lugar, debe recordarse que detrás de la constitucionalización de la disciplina presupuestaria alentada desde la Unión Europea laten las insuficiencias de la regla de la primacía del Derecho comunitario, como ha quedado reiteradamente expuesto. Estas circunstancias inevitablemente apelan a la necesidad de una interpretación conforme del art. 135 con el Derecho comunitario. De manera que las reglas comunitarias de la disciplina presupuestaria –distintas de los umbrales- no constituirían canon de constitucionalidad, pero sí materiales con los que interpretar el principio y las reglas de la estabilidad presupuestaria recogidos en el art. 135 de la Constitución española.

3.2 La proyección de la reforma sobre el conjunto de la Constitución

Por último, interesa dejar únicamente constancia de la problemática que suscita la interpretación sistemática del reformado art. 135, en su doble contenido esencial como cláusula europea y como regla de estabilidad presupuestaria capaz de condicionar la acción de los poderes públicos. En particular, a la vista de que el art. 168 de la Constitución española contempla una vía cualificada para la “revisión total de la Constitución o una parcial que afecte al Título preliminar, al Capítulo segundo, sección primera del Título I, o al Título II”, se plantea si la interpretación sistemática del art. 135 de la Constitución española –que se ha modificado de acuerdo con el art. 167 de la Constitución española- se proyecta de igual manera sobre las normas constitucionales necesitadas de un procedimiento cualificado para su reforma que sobre el resto del texto constitucional⁹².

⁹² El Auto del Tribunal Constitucional 9/2012 de 13 de enero, inadmite el recurso de amparo interpuesto por varios diputados contra diversos acuerdos del Congreso de los Diputados relativos a la tramitación de la reforma constitucional. Es de notar que los recurrentes consideraban, entre otros aspectos, que la reforma del art. 135 de la Constitución española debía haberse tramitado por el cauce del art. 168, ya que implica una reforma encubierta del Título Preliminar de la Constitución. A este respecto, el Tribunal cita su Declaración 1/1992 en el sentido de que «al no contrariar el precepto examinado otra norma de la Constitución distinta al art. 13.2 de la misma, el

La cuestión tiene difícil respuesta en un plano tan abstracto, aunque habrá que descartar que por vía interpretativa el potencial transformador del reformado art. 135 al que se ha hecho referencia –fundamentalmente la cláusula europea y la restricción presupuestaria que impone a la actuación de los poderes públicos- pueda constituir materialmente una “revisión” encubierta de las reglas a las que se extiende el procedimiento de reforma del art. 168 de la Constitución española. Pues lo contrario supondría hurtar a esta vía de reforma constitucional parte de su contenido material, por mucho que se mantuviera la integridad literal de los preceptos afectados⁹³.

No obstante, esta preservación de su contenido material no equivale a encapsular los preceptos cubiertos por el art. 168 frente al influjo de la cláusula europea ni el principio de estabilidad presupuestaria del reformado art. 135, máxime cuando de ordinario la interpretación constitucional se opera a la luz de la evolución general de la sociedad y el Derecho en general⁹⁴. Luego el debate se sitúa más bien en el terreno intermedio de la mutación constitucional de G. Jellinek y H. Dau-Lin⁹⁵. Aquella modificación que no

procedimiento para la revisión constitucional que prevé el art. 95.1, ha de ser el de carácter general u ordinario contemplado en el art. 167 de nuestra Ley fundamental» (f. j. 2).

⁹³ En propiedad no se trataría de una reforma constitucional tácita en los términos explicados por el profesor P. DE VEGA (2007), *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, pág. 162, pues no es una enmienda adicional al cuerpo constitucional que se proyecte difusamente sobre todo el contenido de éste. Así lo impide la circunstancia de que una parte de la Constitución no pueda ser alterada sino por una vía cualificada, de aquí que se plantee en el campo de la interpretación sistemática de la Constitución.

⁹⁴ H. HELLER (2004), *Teoría del Estado*, Comares.

⁹⁵ G. JELLINEK (1991), *Reforma y mutación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales; y H. DAU-LIN (1998), *Mutación de la Constitución*, Instituto Vasco de Administración Pública.

constituye una reforma textual de las reglas ni tampoco una mera interpretación ajustada a la realidad de cada tiempo⁹⁶.

Sirvan como muestra de esta susceptibilidad de mutación la cláusula de Estado social (art. 1), el derecho a la autonomía (art. 2), o la enseñanza básica obligatoria y gratuita (art. 27), todos ellos preceptos cuya “revisión” exigiría activar el procedimiento del art. 168 de la Constitución española. Los ejemplos cotidianos de los recortes públicos en prestaciones y servicios ejemplifican cómo la cláusula social del Estado se ve efectivamente condicionada –no necesariamente vulnerada– por el principio de estabilidad presupuestaria, configurándola con un contenido distinto del que hasta ahora había tenido⁹⁷. Otro tanto cabe decir sobre el derecho a la autonomía territorial⁹⁸. La mutación de

⁹⁶ Tanto las obras clásicas citadas como las contemporáneas sobre la mutación constitucional atribuyen este resultado (la mutación) a elementos externos a la Constitución (interpretación por los tribunales, reformas legislativas, tratados internacionales, el Derecho comunitario, la costumbre, las convenciones, etc.), P. DE VEGA (2007), págs. 179 y ss.; y S. MUÑOZ MACHADO (2006), *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general*, II, Iustel, Madrid, pág. 532. Sin embargo, como consecuencia de los dos procedimientos de reforma constitucional previstos en los arts. 167 y 168 de la Constitución española, el proceso que aquí se analiza consiste en una suerte de “mutación interna” de carácter interpretativo, por la que una parte de la Constitución que es formalmente modificada puede transformar el significado de otra parte que permanece inalterada.

⁹⁷ En cuanto a la cláusula social del Estado, la exposición de motivos de la reforma constitucional reitera la idea de que la disciplina presupuestaria traída por el art. 135 refuerza el Estado social. Sin embargo, la experiencia reciente no abona esta idea del refuerzo. Efectivamente, en situaciones de intensa actividad económica es posible compatibilizar plenamente ambas categorías (cláusula social y disciplina presupuestaria), gracias a la fuerte recaudación que procura el sistema tributario y a las menores exigencias al Estado social en forma de prestaciones por desempleo y de otras ayudas a quienes pierden sus fuentes de ingresos. Sin embargo, la grave crisis que padecen las finanzas públicas europeas también pone de relieve que la atonía causa fuertes descensos en la recaudación tributaria, lo que unido al correlativo incremento de los gastos sociales, normalmente impide dotar a la cláusula social del Estado de plena efectividad sin incurrir en déficit público. Así ocurre incluso si se acometen procesos de consolidación fiscal mediante la elevación de los impuestos, la reducción de otros gastos y la venta de activos públicos.

M. A. MARTÍNEZ LAGO (2011) estima que si la reforma constitucional hubiera supuesto una revisión de la cláusula de Estado social y democrático de Derecho, habría debido tramitarse conforme al art. 168 de la Constitución

las dos categorías afectadas se ve favorecida por su formulación genérica en el texto constitucional, en la medida en que tanto el Estado social como el derecho a la autonomía admiten distintos grados de intensidad sin verse por ello vulnerados. En el extremo contrario se sitúa la enseñanza básica obligatoria y gratuita del art. 27, pues la concreción y la precisión con las que se formula el mandato no admiten su condicionamiento por las exigencias de la estabilidad presupuestaria. Lo que lleva a descartar que pueda ser cuestionado, por ejemplo, por interpretaciones extensivas de la cláusula de prioridad en el pago de la deuda pública, como las que se expusieron líneas atrás.

Por último, no puede dejar de mencionarse la interpretación a que puede dar lugar la proyección de la reforma sobre otras reglas constitucionales. Interpretación menos problemática en cuanto incide sobre normas susceptibles de reforma por el procedimiento ordinario. Siguiendo nuevamente al profesor P. Cruz Villalón⁹⁹, la incorporación de una

española, pág. 13. En su respuesta al cuestionario de la Revista Española de Derecho Constitucional, E. ÁLVAREZ CONDE sugiere que la reforma del art. 135 de la Constitución española podría plantear un cambio del modelo económico constitucionalizado o de la cláusula de Estado Social, en AA.VV. (2011), pág. 160. Por el contrario, F. DE CARRERAS considera que a las instituciones clásicas del Estado social –sanidad, pensiones, paro y enseñanza– conviene que se evite el endeudamiento, en el mismo documento, pág. 184. En este último sentido, también J. TAJADURA TEJADA (2011), pág. 27; y Á. RODRÍGUEZ BEREJO (2013), págs. 14 y ss.

Es muy interesante el planteamiento de J. ESTEVE PARDO (2013), quien analiza la nueva relación que desde hace años se abre paso entre el Estado y la sociedad y ve en la reforma constitucional un mecanismo de protección del Estado, con innegables consecuencias sobre el entendimiento que del Estado social había existido hasta la fecha, págs. 135 y ss.

⁹⁸ El profesor J. TAJADURA TEJADA (2011), págs. 27 y 28, reconoce y defiende que la reforma constitucional afecta a la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas.

Por otro lado, téngase presente que la STC 134/2011 ya había reconocido que el art. 149.1.13ª y 14ª habilitan al Estado para establecer ciertas limitaciones en la autonomía financiera de los poderes territoriales, competencia que se ve sensiblemente reforzada a partir de la reforma constitucional.

⁹⁹ P. CRUZ VILLALÓN (2006a), pág. 53.

cláusula europea en el art. 135 de la Constitución española plantea la cuestión de la interpretación futura de las reglas constitucionales sobre los tratados internacionales en relación con la Unión Europea. En particular, si la pertenencia de España a la Unión Europea podría ser denunciada en los puros términos del art. 96.2; o si, contrariamente y como parece más lógico, al haber reconocido constitucionalmente en el art. 135 la pertenencia de España a la Unión Europea, esta decisión queda sustraída del ámbito de competencias del legislador ordinario.

TOWARDS A «DUE» PROCESS OF EMINENT DOMAIN¹

Prof. Fabio SAITTA²

INDEX

1. THE PRINCIPLE OF THE DUE PROCESS: A BRIEF ADDRESS ON THE DOCTRINAL AND JURISDICTIONAL DEBATE AND A NECESSARY METHODOLOGICAL INTRODUCTION FOR THE PERPETUATION OF THE RESEARCH

2. THE PROCESS OF EMINENT DOMAIN IN THE LIGHT OF THE LAW N. 241 OF 1990: OPEN UP NEW PERSPECTIVES

3. THE «DUE» PROCESS OF EMINENT DOMAIN IN THE PLENARY SESSION OF THE COUNCIL OF STATE

4. THE «DUE» PROCESS OF EMINENT DOMAIN IN THE UNIQUE TEXT OF 2001 AND IN THE LAST DECADE OF CASE LAW:

- a) the creation of the predestined restriction of the eminent domain process;*
- b) editing and approval of the project of public work or of public utility;*
- c) extension of terms and renewal of the declaration of public utility;*
- d) reiteration of eminent domain restriction;*
- e) emergency occupancy;*
- f) determination of allowance for eminent domain;*

¹ Report of the Conference of the Cultural association Articolo 111 on: «Espropriazione per pubblica utilità. A dieci anni dall'entrata in vigore del Testo Unico nuove questioni e vecchi problemi non risolti» - Reggio Calabria (Italy), on the 11th-12th October 2013.

² Professor of Administrative Law, University of Catanzaro (Italy), School of Law.

g) execution of the eminent domain decree.

5. CONCLUSIVE REFLECTIONS: CAN THE PROCESS OF EMINENT DOMAIN BE CONSIDERED «DUE» TODAY?

1. THE PRINCIPLE OF THE DUE PROCESS: A BRIEF ADDRESS ON THE DOCTRINAL AND JURISDICTIONAL DEBATE AND A NECESSARY METHODOLOGICAL INTRODUCTION FOR THE PERPETUATION OF THE RESEARCH

Notoriously, the term “giusto procedimento” is the Italian form to say “due process of law”³, a principle contained in the V and in the XVI amendments of the United States Constitution, which provide respectively, “No person shall be deprived of life, liberty, or property without due process of law” and “any State should be deprive any person of life, liberty or property without due process of law”.

It is well-known, moreover, that the Constitutional Court used that notion for the first time more than 50 years ago, when it stated that the legislator normally must “enunciate abstract hypothesis preparing an administrative procedure” through which the authorities in charge can concretely impose the restrictions to the citizens’ rights considered for the law. In addition, as the Constitutional Court stated, this principle has not a constitutional foundation, but it is valid as general principle of the legal order. Therefore only the regional legislator must respect it, not the state legislator⁴.

³ E.D.RE, *Due process of law*, in *Enc. giur.*, XIII, Rome, 1989.

⁴ Judgment n.13 pronounced on the 2 March 1962, in *Giur. cost.*, 1962, 130, with note of V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e giusto procedimento*.

Indeed, to revisit the path of the Court in the field of due process and, to identify the potential constitutional foundation, we should consider a previous period, but it would be too long a path that we cannot start herein.⁵

For our research is sufficient to highlight that the above mentioned principle has at least two meanings: the first one refers to the case in which the legislator makes his considerations and the administration takes action; the second one refers to the total guarantee of the effective participation of the private citizen to the administrative procedure. We want to deal with this second meaning of the “due” process of eminent domain, which “seems to represent the connotative trait of the same principle”⁶, so we have to remember how, for a long time, this meaning did not find reception in our legal system in spite of the efforts of the doctrine to valorize -art. 3 of the abolishing law of the legal argument⁷. Only in the law n. 241 of 1990 rules in the field of participation to the administrative procedure have been finally established⁸.

⁵ See also: G. SCIULLO, *Il principio del “giusto procedimento” fra giudice costituzionale e giudice amministrativo*, in *Jus*, 1986, 291 et seq.; M.C. CAVALLARO, *Il giusto procedimento come principio costituzionale*, in *Foro amm.*, 2001, 1829 et seq.; G. MANFREDI, *Giusto procedimento e interpretazioni della Costituzione* (Report of the conference : “Procedura, partecipazione e processo” - Urbino, on the 14th-15th June 2007), in *Foro amm.- TAR*, 2007, 2707 et seq.; F. CASTELLO, *Il principio del giusto procedimento dalla sentenza n. 13 del 1962 alla sentenza n. 104 del 2007 della Corte Costituzionale*, in *Foro amm.- CdS*, 2008, 269 et seq.; F.G. SCOCA, *Amministrazione pubblica e diritto amministrativo nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Dir. amm.*, 2012, 58-63.

⁶ A. ZITO, *Il principio del giusto procedimento*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, edited by M. Renna and F. Saitta, Milano, 2012, 510.

⁷ See F. SAITTA, *Cittadino e pubblici poteri dopo le leggi amministrative di unificazione*, in *Unificazione politica ed unificazione giuridica* (Acts for the celebration of the 150 anniversary of the Italian Unification - Catanzaro, on the 15th March 2011), edited by P. Mori, Naples, 2012, 99 et seq., spec. 100-102.

⁸ S. MANGIAMELI, “Giusto procedimento” e “giusto processo”. *Considerazioni sulla giurisprudenza amministrativa tra il modello dello Stato di polizia e quello dello Stato di diritto*, in

From that moment, the issue of the due process is not anchored anymore to thin couplings of positive right, as it was before. Vezio Crisafulli, hoping for an in-depth examination, revealed the difficulty to find a system of positive right with “applicable guarantees of the same administrative act”⁹. Today, on the contrary, we can affirm without any doubts that both terms “due” and “process” appear soaked of a high constitutional value, and in addition, we can state that the assignment of constitutional rank- not just materially, but also formally- to this principle consents to detract the availability to the ordinary legislator and it allows, besides, to identify the institutions and the procedures of the “due process”. This one has been characterized for a long time by a strong evocative power but also by an extreme elusiveness of contents¹⁰. We have to consider, furthermore, the frequent emergence of the principle of the due process in the common law of the

www.associazionedeicostituzionalisti.it (2010), § 3, through the law n. 241/1990 it states that the principle of the due process represents itself through the right of participation in the administrative process.

⁹ On this point, N. LONGOBARDI, *Il principio del “giusto procedimento” come limite al legislatore* (Intervention in the annual conference of the Gruppo di S. Giustino - Naples, on the 4th-5th of June 2004), in www.amministrazioneincammino.luiss.it, § 2; G. COLAVITTI, *Il “giusto procedimento” come principio di rango costituzionale*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it (2005), § 4, states that Crisafulli saw the refined programmatic indications of the Court as desirable lines of development, seeing that in 1962 the normative basis for a positive anchoring of the authority of “state your case” in an administrative procedure was the art. 3 of the abolishing law of 1865.

¹⁰ L. BUFFONI, *Il rango costituzionale del “giusto procedimento” e l’archetipo del “processo”*, in *Quad. cost.*, 2009, 277 et seq. See also M. BELLAVISTA, *Giusto processo come garanzia del giusto procedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 640, it states that Constitution does not have a disposition that explicate the principle of “due process”, but, in spite of this, we can not affirm anymore that the above-mentioned principle is constitutionalized. F.G. SCOCA, *op. cit.*, 62, states that is important that the constitutional Court recognizes that the disposition of the process law are applied in a generalized way. This is valid also for the procedures that have been regulated before by the law in question, and that do not consider adequate forms of participation (*infra*, § 2). It’s important to say, besides, that the “due process”, even if it is not expressly constitutionalized, constitutes – according to the constitutional Court – a criterion of orientation for the legislator and for the interpreter (sent. 31st of May 1995, n. 210 and 24th of February 1995, n. 57, in www.giurcost.org).

European Courts¹¹, so at a global level¹², and its path towards the category of the essential levels of the performances. This means the conferment of the relative discipline to the exclusive State competence, with the law n. 69 of 2009¹³. It would be necessary to focus the attention on the way in which the Court of Strasbourg protects the property right (and, in general, the economic freedom)¹⁴ which is guaranteed by the art.1 of the Additional Protocol of the European Convention on human right¹⁵, and it is recognized by more

¹¹ See M. COCCONI, *Il giusto procedimento come banco di prova di un'integrazione delle garanzie procedurali a livello europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, 1127 et seq.; even before M.P. CHITI, *Il mediatore europeo e la buona amministrazione comunitaria*, iv, 2000, 303 et seq.. We can find indications about how the European judge decoded the principles of “due process of law” in G. PEPE, *Principi generali dell'ordinamento comunitario e attività amministrativa*, Rome, 2012, 186 et seq.. The importance of the European jurisprudence, especially the property conservation, can be consulted in F. SALVIA, *Garanzie delle norme e garanzie del sistema: il caso delle proprietà*, in *Dir. amm.*, 2007, 47 et seq.. The author states that “the greater guarantees that a determined system can emanate in the face of some rights are not always ascribable to the specific constitutional rules which form the same rights, but they constitute the indirect effect (sometimes not expected) of a legal environment which is strongly geared toward the defence of civil liberties”. The author underlines, besides, “how the reinforcement of the principle of legality made by the European Convention on human rights contributed to increase the defense of the owner everytime in which the related right has been exposed to the administrative procedures that deprive the citizen of a determined right”.

¹² On a global level, the participation right, cfr. S. CASSESE, *Il diritto alla buona amministrazione*, in *Studi in onore di A. Romano*, Naples, 2011, I, 105 et seq., spec. 107-108.

¹³ See M. COCCONI, *Il giusto procedimento fra i livelli essenziali delle prestazioni*, in *Reg.*, 2010, 1021 et seq., and L.R. PERFETTI, *Pretese procedurali come diritti fondamentali. Oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 850 et seq., spec. 855-862.

¹⁴ For further details see G. RAIMONDI, *Diritti fondamentali e libertà economiche: l'esperienza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Eur. e dir. priv.*, 2011, 417 et seq.

¹⁵ This means that such disposal, recognizing to everybody the right to the respect of their assets, guarantees the property right, C.E.D.U., 13th of June of 1979, n. 31, *Marcks c/Belgio*, in *Riv. dir. intern.*, 1980, 233; cfr., also, 23rd of September of 1982, *Sporrong et Lönnroth c/Svezia*, iv, 1984, 592, according to which the above mentioned art. 1 states three different rules: the first one, contained in the first sentence of the clause 1, enunciates the principle of the respect of property; the second one, contained in the second sentence of the same clause, refers to

International instruments (such as the Universal Declaration of human rights, but not by the International Pact on civil and political rights, nor by the International Pact on economic, social and cultural rights, both of the 1966). It is known, in fact, that the Court has developed an interpretative line which considers the property right on the same line of an inviolable human right equatable with the Fundamental Freedoms, starting from a not solid normative and basing its ideas in the market culture typical of the European system¹⁶. Referring to the guarantees of procedural due process, we can deduce from the jurisprudence of the Court many reasons to consider that art. 6 of the European Convention on human rights can strongly influence the procedural defense¹⁷. This disposal has been considered applicable when in presence of eminent domain processes (or processes with direct consequences on use or benefit of property right)¹⁸. In turn, the Court has stated that,

the eminent domain and states some conditions for this last one; the third one, contained in the clause 2, recognizes to the States the power to regulate the use of the assets according to the general interest establishing the laws that they consider necessary.

¹⁶ *Ex plurimis*, C.E.D.U., Sez. III, 16th of November of 2006, *Ippoliti c/Italia*, in *Giur. it.*, 2007, 1517. For further details on the debate about the equalization of the patrimonial rights (property and economical freedom) to the human rights and freedom rights, if seen by a comparative prospective, cfr. G. RAMACCIONI, *The private property, the constitutional identity and the competition among models*, in *Eur. e dir. priv.*, 2010, 861 et seq.

¹⁷ Interesting analysis have been recently made by S. FOÀ (*Giustizia amministrativa e pregiudizialità costituzionale comunitaria e internazionale. I confini dell'interpretazione conforme*, Napoli, 2011, 375 e s.), F. GOISIS (*Garanzie procedurali e Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 1338 ss.; *Un'analisi critica delle tutele procedurali e giurisdizionali avverso la potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione, alla luce dei principi dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il caso delle sanzioni per pratiche commerciali scorrette*, *ivi*, 2013, 669 ss.) and M. ALLENA (*La rilevanza dell'art. 6, par. 1, CEDU per il procedimento e il processo amministrativo*, *ivi*, 2012, 569 ss.; *L'art. 6 CEDU come parametro di effettività della tutela procedimentale e giudiziale all'interno degli Stati membri dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, 267 ss.), refer to these last for the indication of jurisprudence.

¹⁸ For related references, see v. S. FOÀ, *Giustizia amministrativa e pregiudizialità costituzionale comunitaria e internazionale*, cit., 348 e s., 371 e s.; M. ALLENA, *La rilevanza*, cit., 609-615.

in accordance with the general principle of the European law about the protection of the right to counsel, the subjects of public powers which damage their interests, must be able to represent rapidly their opinions. In other words they must express their point of view about every elements in question¹⁹. These are , briefly, the issues dealing with the due administrative process. Now we should focus our attention on the specific object of our research, the connections between due process and compulsory purchase are clear only if we consider a first interpretative orientation that was developed in a period consecutive to the unification of Italy with reference to the fundamental law n. 2359 of 1865. We are referring to a contractual and private setting that was developed in those years during the pre-Orlando doctrine on the nature of the compulsory purchase. This kind of setting allows to underline how, since the beginning of the enactment of the law, the principle of equalization between the State and the citizen was affirmed through the interpretation of an eminent domain model which was aimed at equalize , in an analogical way, the institution in question and the purchase agreement²⁰. Actually, as it was underlined recently²¹, this analogy consented the affirmation of a model that – starting from a sub procedure directed to the emanation of the declaration of public utility of the work²² – was totally based on the

¹⁹ *Ex multis*, Sez. I, 25th of January of 2007, n. 407, *Dalmine S.p.A. c/Commissione*, in www.eur-lex.europa.eu, 2007; in terms, Inferior Court U.E., Sez. V, 14th of April of 2011, n. 461, *Visa Europe and Visa International Service c/Commissione*, iv, 2012; Sez. II, 12th of May of 2009, n. 410, *Ju.He., S.L. c/U.A.M.I.*, iv, 2009.

²⁰ On this point, W. GASPARRI, *Il punto logico di partenza. Modelli contrattuali, modelli autoritativi e identità disciplinare nella dogmatica dell'espropriazione per pubblica utilità*, Milan, 2004, 100 et seq.; the Author analyzes the considerations made by Giovanni Manna in 1876.

²¹ By E. FREDIANI, *Partecipazione procedimentale, contraddittorio e comunicazione: dal deposito di memorie scritte e documenti al "preavviso di rigetto"*, in *Dir. amm.*, 2005, 1013-1015.

²² This appeared as “an act which defines in the contradictory of every subjects [...] the public utility of the work”. So “the judgment of the public administration about this profile” was not “esclusiva nor unretractable” being conceded to everyone “the authority to debate the title of the real public necessity” (W. GASPARRI, *op. cit.* , 81-82).

exchange and on the negotiation between state actor and private actor²³; this was the only way to realize the equalization between citizen and administration, denying the privileges of the second one and establishing the relationship between authority and liberty – *id est* between public interest and private interest – as an “equal relationship” inspired from the “principle of the civil equality”²⁴.

This kind of planning will be criticized by the later doctrine, which underlines that is difficult to talk about “will”, because the total absence of consent of the subject is so important that we can call into question the entire construction of civil mold²⁵. This can be a further confirmation of the inexistence of the “demarchy” delineated by Feliciano Benvenuti in the matter of administrative procedure²⁶. Herein, however, it is appropriate mention the civil doctrine in the field of compulsory purchase just to underline how some disposition of the law n. 2359 of 1865 (especially the articles 4, 5 and 17) confirm the will

²³ From this setting can derive, a real “exclusion of the possibility, for the administration, to detract the right on a private asset” (W. GASPARRI, *op. cit.*, 107), so the compulsory purchase can be seen as a purchase form according to the forced sale.

²⁴ W.GASPARRI, *op. cit.*, 3 et seq.

²⁵ See theoretical reconstruction about coercive transfers edited by Salvatore Pugliatti and Enzo Silvestri (this modernity has been underlined by N. SAITTA, *I trasferimenti “non volontari” da Salvatore Pugliatti a Enzo Silvestri...*, in *Scritti per E. Silvestri*, Milan, 1992, 487 et seq.). In the category of coercive transfers, in which “are included all the transfer of rights that are executed without the determination and the participation of the owner or of a solicitor”, must be integrated the eminent domains for public utility or for public interest: E. SILVESTRI, *Trasferimenti coattivi*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milan, 1992, 979 and 981.

²⁶ See F. SAITTA, *Il procedimento amministrativo “paritario” nel pensiero di Feliciano Benvenuti*, in *Amministrare*, 2011, 457 et seq.. See also F. SALVIA, *Una cittadinanza asimmetrica (tra suppliche privilegi e garanzie)*, in *Studi in onore di A. Romano*, cit., II, 851, where he excludes that the new openings of the procedures and the expansion of the consensual models made the administration more transparent and receptive to the fulfillment of the common interests.

of the legislator to consider the compulsory purchase as a typically “controversy” process²⁷. Furthermore, the decline of the negotiation nature of the eminent domain, ergo the identification of a superior authority which can acquire without the consent of the subject his property right, caused the definitive promotion, in the XX century, of the eminent domain process²⁸. This happened even in the countries in which was in force the inviolability of property right such as England²⁹, which was obliged to accept the invasive presence of public power in citizens’ life. As consequence, it developed an organic discipline of the procedure guarantees³⁰. In our research we will try to establish, examining

²⁷ See E. CASSETTA – G. GARRONE, *Espropriazione per pubblico interesse*, in *Enc. giur.*, XIII, Rome, 1989, 3.

²⁸ G.M. MARENGHI, *Le garanzie nei procedimenti espropriativi*, Turin, 2010, 61 et seq.

²⁹ See J.E. CULLINGWORTH, *Town and Country planning in Britain*, London, 1952, 82 et seq.

³⁰ The doctrine states that “the English case law, for a long time, offers the best opportunities of no jurisdictional defense against the illegitimate activity of the public administration” (see A. POLICE, *La tutela del privato nel diritto urbanistico inglese: le garanzie del procedimento* in *Riv. giur. urb.*, 1991, 661; see also M.P. CHITI, *L'affermazione della giustizia amministrativa in Inghilterra. Dalla Common Law al Droit Administratif?*, Milan, 1992). In fact, analyzing the evolution of the English norm, we can note that the «compulsory purchase», highlighting the participation profile, has reinforced the importance of the contribution of the citizen (on this point T. PROSSER, *Democratisation, accountability and institutional design: reflection on Public Law*, in *Law, Legitimacy and the Constitution*, London, 1985), preferring an equal model in which the participation of the subject has a real influence on the decision of the public administration (about the involvement of the private subject on the decision, see G. HART, *The value of the Inquiries System*, in *Journal plan. env. law*, 1997). The reinforcement of the instruments of control on the administration’s decisions has been established by the English system in order to guarantee the respect of the «fairness» principle. This last has been functioning, within the «compulsory purchase», for the reception of the «obligation to listen to the subjects’ opinions, grouping fundamental elements not just for the administration’s decision but also for the re-examination of its legitimacy». (S. CASSESE, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 13 et seq.; more in general, on the application of the due process in England, cfr. D.J. GALLIGAN, *Due Process and Fair Procedures*, Oxford, 1996).

the “real modalities of the process of eminent domain”³¹, if the above-mentioned process can be considered “due”.

2. THE PROCESS OF EMINENT DOMAIN IN THE LIGHT OF THE LAW N. 241 OF 1990: OPEN UP NEW PERSPECTIVES

The participation of private subjects to the process of eminent domain (they can have access to the acts and they can also present observation) has been guaranteed by the fundamental law of 1865, and later by the law of 1971. More generally, we can say that in continental Europe, the process of eminent domain was one of the first processes to be disciplined by a law with the guarantee of a preliminary cross-examination to the owner³². The increasing spread of the model of the declaration of public utility, contained in several statutes, caused the deprivation of participatory guarantees of the owners. These guarantees were anticipated by the law of 1971³³: according to a decision of the plenary session of the Council of State the fulfillment of the guarantees (articles 10 and 11) of the “housing bill” was considered deferred to a further moment to the acceptance of the project, but previous to the adoption of the process of eminent domain³⁴. Such planning seemed to be arguable, because the delay of these compliances and the emanation of the decree of emergency occupation, deprived them of any meaning and practical interest. Actually, the subjects

³¹ See A. ZITO, *op. cit.*, 509.

³² M. D’ALBERTI, ‘La visione’ e ‘la voce’: le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 30.

³³ R. CARANTA, *Espropriazione per pubblica utilità*, in *Enc. dir.*, Agg., V, Milan, 2001, 410.

³⁴ Dec. 18th of June 1986, n. 6, in *Giur. it.*, 1987, III, 1, 20, according to which, the approval of the public work project (that follows art. 1 3rd January 1971 which states that it is equivalent to the declaration of public utility, of emergency and it is not deferrable), is legitimate even if it is not preceded by the formalities of guarantee of artt. 10 and 11 22nd October 1971, n. 865. We should add, also, that these formalities must be employed during the process of eminent domain.

were deprived of the authority to influence the administrative choice before the material acquisition and the irreversible transformation of the asset (it is important to remember that all this meant the cancellation of the property right of the private subject and the acquisition of the property of the builder institution)³⁵. The jurisprudence was in agreement with the indications of the plenary session of the Council of State and these indications were been reiterated some months after the same assembly³⁶, but the question has been re-opened with the arrival of the law n. 241 of 1990, which induced the accurate doctrine to review the dispositions previously in forced in the field of process of eminent domain (the articles 10 and 11 of the law n. 865 of 1971) in the light of the new general discipline contained in Chapter III of the law on administrative procedure. All this was made to conclude that the thesis of the Council of State must be considered obsolete, and that the activation of the cross-examination, with the presence of the private subjects before of the approval of the project valid as declaration of public utility and before the adoption of the emergency occupation procedure, must be considered due “because they can have the right to uphold

³⁵ F. SAITTA, *Esigenze di celerità e contraddittorio in tema di occupazione d'urgenza*, in *In iure praesentia*, 1986, 225 et seq.; similar critical considerations on the decision of the plenary session of the Council of State were made by A. ROMANO TASSONE, *Dichiarazione di pubblico interesse e contraddittorio amministrativo*, ibidem, 220 et seq.. Before, another author was contrary to the delay of the contradictory: P. VIRGA, *Dichiarazione di pubblica utilità implicita e contraddittorio con gli espropriandi*, in *Giur. it.*, 1983, IV, 97 et seq.. See also G. CORREALE, *Procedimenti ablatori reali accelerati e partecipazione del privato*, in *Riv. giur. urb.*, 1987, 199 et seq.. On this point see also G.F. CARTEI, *Procedimento di espropriazione ed osservazioni degli espropriandi*, in *Foro amm.*, 1988, 2711 et seq.. D. SORACE, *Espropriazione per pubblica utilità*, in *Dig. disc. pubbl.*, VI, Turin, 1991, 191, according to the author the participation in the procedure of development of the city plans could have been considered sufficient to satisfy the necessities of the participation in the procedure of declaration of public utility, with the exception of the hypothesis, in which the approval of the project of a public work is equalized to a variation of a city plan.

³⁶ Cfr. Ad. plen., 9th of October 1986, n. 10 (in *Foro amm.*, 1986, 2057), which reiterates that the implementation of the compliances of artt 10 and 11 22nd October 1971, is not a necessary preliminary for the approval of the project of public work, even if it acts as declaration of public utility. followed by Sez. IV, 29th of December 1989, n. 994 (in *Cons. Stato*, 1989, I, 1517).

their rights when the situation is still reversible”³⁷. Indeed, according to the agreement between procedural guarantees introduced by the law n. 241 of 1990 and the laws previously in force, an intense debate has been open, and even if herein we can not talk about this³⁸, the better solution was: the rules of the administrative process have a supplementary function of the circumstances already regulated by previous procedures. In this way the “regulation of the law n. 241 of 1990 can not be described as unusable and, instead, it will integrate the regulation articulated by the sector legislation”³⁹. The law of the administrative process was been configured as a law which establish minimal guarantees, so “it constitutes a ‘least common denominator’ of the regulation of the agreements in question, offering guarantees to subjects involved in the procedures”: the logical consequence of this is that the conflict between non written general principles and rules established by the law of the process come to an end stating that the guarantees offered by this law “are an essential platform on which the guarantees already guaranteed by the general principles and by the single sector law are added”⁴⁰.

³⁷ See G. CARUSO, *Nuove prospettive in tema di partecipazione nei procedimenti espropriativi dopo la legge n. 241 del 1990*, in *Foro amm.*, 1991, 1308, et seq., spec. 1319- 1320.

³⁸ References in T. TESSARO, *Comunicazione individuale, normativa sul procedimento e procedimenti già ‘normati’: appunti per una riflessione*, in *Foro amm.*, 1995, 1644 et seq.

³⁹ See A. CORPACI, *La comunicazione dell’avvio del procedimento alla luce dei primi riscontri giurisprudenziali*, in *Reg.*, 1994, 315.

⁴⁰ G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, edited by L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco e F.G. Scoca, Bologna, 1993, 1002. On this point D. SORACE, *op. cit.*, 192, stated, before the approval of the law n. 241 of 1990, that “even if the presence of the subjects is essential, this does not mean that the direct process is always necessary to declare the public utility of a work [...] but, instead, we should insert participative moments within the other process”.

3. THE «DUE» PROCESS OF EMINENT DOMAIN IN THE PLENARY

SESSION OF THE COUNCIL OF STATE

The new perspectives, opened by the law of the process, have been received by the jurisprudence and, after some valiant declarations of the administrative judges of first instance ⁴¹ and the solicitations of the doctrine to analyze again the problems ⁴², the question has been re-opened in the plenary session of the Council of State. This last, with a decision, stated that the rules of the law n. 241 of 1990 of participation to the process are applied also to the processes of eminent domain, especially to the which ones that end with a declaration of public utility. Instead, it is not necessary to communicate the start of the emergency occupation process; “because the due process must exist in the field of the process turned into the declaration of public utility which conserves moments of discretionary choices, but not in the field of the emergency occupation, with mere actuations of the measures”⁴³.

⁴¹ See T.A.R. Calabria- Catanzaro, 3rd of May 1998, n. 160, in *Giust. civ.*, 1988, 3305, with note of S. DE SANTIS, *Dichiarazione di pubblica utilità implicita, formalità garantistiche e partecipazione al procedimento amministrativo*.

⁴² See M.A. BAZZANI, *In tema di garanzie di partecipazione al procedimento espropriativo*, in *Urb. e app.*, 1997, 613 et seq.

⁴³ Dec. 15th of September 1999, n. 14, in *Giur. it.*, 2000, 412, with note of S. VERZARO, *Il principio del “giusto procedimento” nelle procedure di esproprio*; in *Foro it.*, 2000, III, 26, with note of R. FERRARA, *Procedimento amministrativo e partecipazione: appunti preliminari*, in which the author states that «the guarantees system [...] introduced by the law n. 241 of 1990 represents a kind of ‘core’ of principles. These principles can be just increased, in order to enhance the ‘rights’ of information and participation of citizens»; in *Dir. proc. amm.*, 2000, 775, with note of L. GILI, *Partecipazione al procedimento espropriativo: ovvero delle garanzie e della celerità*. This very important decision starts from the following consideration: «art. 7 7th August 1990 n. 241 establishes the obligation to communicate the beginning of the administrative process to the private subjects who suffer the

Some months after, besides, the same plenary session of the Council of State states that the illegitimacy of the declaration of public utility for the violation of the rules of the participation “determines the overturning of the emergency occupation for derived illegitimacy”⁴⁴.

Basically, someone thought that it was obvious⁴⁵ saying that a participation postponed to the approval phase of the project is quite useless if we want to recognize to the citizens the possibility to interfere on the administration’s choices. It took several years to recognize this right to the citizens.

This decision, besides, did not satisfy everybody⁴⁶. In fact, the institutional defenders of the public administration complained about the extension of the time of realization of the public works due to the anticipation of the guarantees of the articles 10

final measure, and this is an important element of civil requalification, which represents the introduction of the ‘democraticity’ of the decisions and the accessibility of the administrative documents. The adequacy of the preliminary activity is valued positively or negatively if the citizens have the opportunity to contradict or not». From here the affirmation that «the obligation of the Public Administration to communicate the beginning of the administrative process (art. 7 n. 241/1990) exists even in the case in which the declaration of public utility is implicit in the approval of the project of public work ».

⁴⁴ Dec. 24th of January 2000, n. 2 (in *Urb. e app.*, 2000, 271, with note of F. CARINGELLA, *Al vaglio del Consiglio di Stato i rapporti tra legge 241/90 e proroga della dichiarazione di pubblica utilità*), which reiterates that the obligation to communicate the beginning of the administrative process (art. 7 n. 241/1990) exists even in the case in which the declaration of public utility is implicit in the approval of the project of public work.

⁴⁵ See L. GILI, *op. cit.*, 791.

⁴⁶ S. LICCIARDELLO, *Profili giuridici dell’uso del territorio*, Turin, 2003, 116: “A progress of the organization towards a new ‘democracy’ based on the administration and not on the other poker of the State. It is built on the equal comparison between administration and citizen”.

and 11 of the law n. 865 of 1971⁴⁷; however, someone else observed –anticipating the legislator’s choices⁴⁸ - that if we want to extend the forms of guarantees of the citizen, the moment of the beginning of the cross-examination must be anticipated to the phase of identification of the area in which the public work will rise, ergo to the phase of approval of the preliminary project⁴⁹.

The following jurisprudence has received the indications of the plenary session of the Council of State⁵⁰, and these indications, even if with known substantial traits⁵¹, have

⁴⁷ See M. BORGIO, *Il “giusto procedimento espropriativo”. Prime riflessioni sulla sentenza 15 settembre 1999 n.14 dell’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in www.lexitalia.it, n. 9/1999.

⁴⁸ See *infra*, § 4.

⁴⁹ See M. ALESIO, *Il giusto procedimento espropriativo secondo gli orientamenti dell’Adunanza plenaria (nota a C.d.S., Ad. Plen., n. 14/1999 e n. 2/2000)*, in www.lexitalia.it, n. 2/2000. The author made critical considerations referring to the guarantees of participation and their inapplicability to the emergency occupation process. He states, besides, that on the contrary of the affirmation of the plenary session of the Council of State, also within the emergency occupation process do exist moments of discretionary choice.

⁵⁰ See D. PALLOTTINO, *La comunicazione di avvio del procedimento nella dichiarazione di pubblica utilità implicita tra profili formali e sostanziali. Un nuovo orientamento del giudice amministrativo?*, in *Foro amm. – TAR*, 2002, 1093 et seq.; R. LEONARDI, *Il principio della partecipazione al procedimento espropriativo tra esigenze di celerità ed esigenze di garanzia*, in *Riv. giur. edil.*, 2002, 447 et seq.; M. LONGO, *La dichiarazione implicita di pubblica utilità e l’obbligo di comunicazione di avvio del procedimento*, in *Foro amm. – CdS*, 2002, 3221 et seq.

⁵¹ See Cons. St., Sez. VI, 20th of June 2003, n. 3684 (in *Foro amm. – CdS*, 2003, 3060, with note of I.M.G. IMPASTATO, *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo: il Consiglio di Stato alle prese con la (troppo) “sottile linea rossa” tra semplificazione partecipata e partecipazione semplificata*), according to this the author states that the neglected communication of the beginning of the compulsory purchase process does not have strong consequences if the private subject is already aware of the process, basically he could have not procured any useful contribution; see also Sez. IV, 29th of October 2001, n. 5628, in www.giustamm.it, n. 10/2001; T.A.R. Umbria, 13th of February 2002, n. 88, in *Comuni d’Italia*, 2002, 577; T.A.R. Campania- Salerno, Sez. I, 6th of July 2005, n. 1105, in *Riv. giur. edil.*, 2006, 653, with note of C. PAPETTI, *Note in tema di servitù pubbliche: legittimità della riedizione dell’attività amministrativa come sanatoria di un’occupazione illegittima, natura ed*

allowed to move out the following conviction: the loss of guarantees of participation of the private subject “can be compensated through an attractive cross-examination with the presence of the same subject in the moment of the approval of the urban instruments”⁵².

The following sentences have reiterated the same concept of plenary session of the Council of State⁵³, but they have specified that:

applicabilità dei termini ex art. 13 l. n. 2359 del 1865, compatibilità dell’occupazione acquisitiva con i diritti reali su cosa altrui, comunicazione di avvio del procedimento; T.A.R. Campania-Napoli, Sez. V, 2th of September 2008, n. 9983, in www.giustamm.it, n. 9/2008; Cons. St., Sez. IV, 3th of March 2009, n. 1207, *ivi*, n. 3/2009.

⁵² See G. BACOSI – A. PICARDI, *La dichiarazione di pubblica utilità tra termini perentori e “canzonatori”*. *Spunti sull’esercizio dell’interesse legittimo*, in *Foro amm. - CdS*, 2003, 3737, which observe how this was proved by the law n. 241/1990. This law, in the art. 13, excludes just the planner acts. In the jurisprudence, “in the compulsory purchase processes the town planning does not complete the object of the juridical situations”, Cons. St., Ad. Plen., 26th of August 1991, n. 6, in *Cons. Stato*, 1991, I, 1089.

⁵³ See, i.e., Cons. St., Sez. IV, 28th of January 2000, n. 413 and 7th of July 2000, n. 3817, in *Foro amm.*, 2000, 58 and in *Urb. e app.*, 2000, 1146; Sez. V, 10th of July 2000, n. 3850, in *Foro amm.*, 2000, 2647; T.A.R. Campania-Napoli, Sez. V, 13th of March 2001, n. 1098 and 26th of March 2001, n. 1302, in *Comuni d’Italia*, 2001, 777 and in www.giustamm.it, n. 4/2001; Cons. St., Sez. IV, 12th of April 2001, n. 2278 and 14th of June 2001, n. 3169, in *Riv. giur. edil.*, 2001, I, 681 and in www.giustamm.it, n. 7/2001; T.A.R. Campania-Napoli, Sez. V, 17th of December 2001, n. 5475 e 11th of June 2002, n. 3386, in *Foro amm.*, 2001, 3306 and in www.giustamm.it, n. 6/2002; T.A.R. Emilia Romagna-Bologna, Sez. I, 21th of August 2002, n. 1092, *ivi*, n. 9/2002; Cons. Giust. Amm. Reg. sic., 27th of September 2002, n. 579, in *Foro amm. - CdS*, 2002, 2198; Cons. St., Sez. II, 4th of December 2002, n. 636, in www.giustamm.it, n. 2/2003; T.A.R. Campania-Salerno, Sez. I, 24th of December 2002, n. 2420, *ivi*, n. 12/2002; Cons. Giust. Amm. Reg. sic., 20th of January 2003, n. 25, in *Foro amm. - CdS*, 2003, 289; Cons. St., Sez. VI, 3rd of September 2003, n. 4897, *ibidem*, 2615; T.A.R. Lazio-Roma, Sez. II, 19th of January 2004, n. 357, in www.giustamm.it, n. 2/2004; Cons. St., Sez. VI, 8th of March 2004, n. 1077, in *Vita not.*, 2004, 210; T.A.R. Lombardia-Milano, Sez. II, 2nd of February 2005, n. 197, *ivi*, n. 2/2005; T.A.R. Calabria-Catanzaro, Sez. I, 21st of November 2005, n. 2115 e 30th of January 2006, n. 1500, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. St., Sez. IV, 30th of December 2006, n. 8261, *ibidem*; T.A.R. Lombardia-Milano, Sez. II, 29th of November 2007, n. 6524, *ibidem*; Cons. St., Sez. IV, 29th of January 2008, n. 258 and 15th of May 2008, n. 2246, *ibidem* and in www.giustamm.it, n. 7/2008; Cass., Sez. un., 27th of February 2008, n. 5080, in *CED Cassazione*, 2008; T.A.R. Campania-Napoli, Sez. V, 10th of June 2009, n. 3194, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. St., Sez. IV, 4th

- the communication of the beginning of the process is not necessary in the case of approval of the preliminary project, but it is necessary only if the definitive projects have been approved. This last is connected implicitly to the declaration of public utility (*ex art. 14, clause 13, of the law n. 109 of 1994, then-current*)⁵⁴;

- it is necessary also in case of renewal of the declaration of public utility⁵⁵;

- if, in the phase related to the declaration of public utility, the process was incorrectly developed, it is necessary the previous communication of the beginning of the process useful also for the emanation of the occupation process⁵⁶;

- the necessity of the guarantees of participation is valid also if the declaration of public utility is a consequence of the approval of a project by a subject that operates as a limited company with private right acts⁵⁷.

of April 2011, n. 2107, in www.giustamm.it, n. 4/2001; T.A.R. Sicilia-Catania, Sez. II, 19th of October 2012, n. 2466, in *Giurisd. amm.*, 2012, II, 1721; Cons. St., Sez. IV, 15th of July 2013, n. 3861, in www.lexitalia.it, n. 7-8/2013.

⁵⁴ Cons. St., Sez. IV, 14th of December 2002, n. 6917, in www.giustamm.it, n. 12/2002.

⁵⁵ T.A.R. Campania-Napoli, Sez. V, 29th of January 2004, n. 851, in www.giustamm.it, n. 2/2004.

⁵⁶ Cons. St., Sez. IV, 4th of December 2000, n. 6487, in *Riv. giur. edil.*, 2001, I, 486; Cons. Giust. Amm. Reg. sic., 22nd of December 1999, n. 658, in *Comuni d'Italia*, 2000, 918.

⁵⁷ Cons. St., Sez. VI, 25th of March 2004, n. 1617, in www.giustizia-amministrativa.it, see comments edited by: R. LEONARDI, *Il principio della partecipazione e la dichiarazione di p.u., indifferibilità ed urgenza mediante atto di diritto privato di una S.p.A.: il Consiglio di Stato riafferma il primato delle garanzie sostanziali previste dalla l. n. 241 del 1990*, in *Riv. giur. edil.*, 2004, 1018 ss.; P. PATATINI, *Le garanzie partecipative del provato a fronte di un atto di diritto comune*, in *Serv. pubbl. e app.*, 2004, 558 ss.; N. PECCHIOLI, *La delibera di approvazione del progetto di un'opera da parte di Ferrovie S.p.A.: effetti preordinati all'esproprio e soggezione alle garanzie di partecipazione procedimentale*, in www.giustamm.it, n. 3/2004.

4. THE «DUE» PROCESS OF EMINENT DOMAIN IN THE UNIQUE TEXT OF 2001 AND IN THE LAST DECADE OF CASE LAW

This was the situation at the moment when the Unique Text of 2001 entered into force.

In relation to the last, the first consideration that we should make is that art. 2, classified as “principle of legality of the administrative action”, stating that “ eminent domain can be disposed just in those cases ordered by laws and regulations” (clause 1), and adding that “the procedures of this text are inspired from the economic principles, efficacy principles, effectiveness principles and principles of simplification of administrative action” (clause 2), does not mention expressly the due process principle.

However, we can fill this gap if we consider that “the due process must be attracted within the principle of legality, as necessary completion”⁵⁸. Now we should verify how the Unique Text (during its editing the guarantees of participation have been mitigated as much as possible⁵⁹) has absorbed the indications of jurisprudence⁶⁰ applying the due

⁵⁸ I.M. MARINO, *Principio di legalità e procedimenti ablativi*, in *Foro amm. – TAR*, 2010, 734.

⁵⁹ It is a sort of physiological antinomy: in this point see also: F. SAITTA, *Garanzie partecipative ed «ansia» di provvedere* (Intervention to the Conference: «Il ruolo dei privati nelle nuove amministrazioni: verso l'emersione di una “cittadinanza amministrativa”?» - Turin, 14th-15th of June 2002), in *Nuove autonomie*, 2002, 319 ss.

process to the single phases of the process. Actually, the main news of 2001 concerns the fact that the establishment of the participation to the compulsory purchase process have received “a specific discipline in order to assure the total observance within every single phase of the complex activity of eminent domain, because all these phases have the same aim”⁶¹.

a) the creation of the predestined restriction of the eminent domain process

The analysis comes from art. 11, titled “The participation of the subjects”, that ratifies the obligation to communicate the beginning of the procedure to the owner of the asset on which the eminent domain will be officiated (clause 1).

This represents a great news, if we consider that before the year 2001 just a part of jurisprudence had recognized the applicability of art. 7 of the law n. 241 of 1990, independently from the declaration of public utility because the modification was registered anyway in an eminent domain process⁶². The well-known constitutional jurisprudence of eminent domain restrictions has been valued and the private subject is allowed to object also in the phase of identification of the area subject to the eminent domain⁶³. The

⁶⁰ There is to say that the Unique text approved with d.p.r. n. 327/2001 “owes very much to the sentence of the plenary session of the Council of State n. 14 of 1999 in the field of participation”: A. DI MARIO, *La partecipazione al procedimento di imposizione del vincolo espropriativo*, in *Urb. e app.*, 2004, 873.

⁶¹ S. GATTO COSTANTINO – P. SAVASTA, *Manuale dell'urbanistica, dell'edilizia e dell'espropriazione*, 2nd ed., Rome, 2012, 920-922.

⁶² See A. DI MARIO, *op. cit.*, 874.

⁶³ Suggestions of M. ALESIO, *op. cit.*. Jurisprudence is now totally aware of the fact that the communication of the beginning of the posterior process to the decision of the Council about the adoption of a variation of the general

authority to detract a private asset for reason of public utility is employed with the predestined restriction for the eminent domain imposed during the town planning, and, the eminent domain process has acquired a deceptive relevance of actuation⁶⁴.

The communication of the beginning of the process can be realized “through public notice” when the subjects are more than fifty (clause 2)⁶⁵; in this case, the choice of the collective communication does not require a specific motivation because it is clear that the individual communication would be excessively onerous⁶⁶. The notice must be posted on the Communes’ registers where the assets are located, on a national newspaper and on a local newspaper⁶⁷. With any kind of communication, the notice must be apt to reach the goal of the real awareness, in order to allow the subject to opt for the participation in the process⁶⁸. Just the owner of the asset (indicated in the cadastral register) must be

town planning is useless in itself : T.A.R. Veneto, Sez. II, 14th of February 2013, n. 211, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Calabria-Catanzaro, Sez. I, 15th of November 2011, n. 1370, *ibidem*; T.A.R. Abruzzo-L’Aquila, 15th of March 2005, n. 109, in *Corr. merito*, 2005, 728 e in www.giustamm.it, n. 3/2005.

⁶⁴ L. MARUOTTI, *I rapporti tra la pianificazione urbanistica ed il procedimento espropriativo, nella giurisprudenza costituzionale e nel testo unico sugli espropri*, in *Il diritto urbanistico in 50 anni di giurisprudenza della Corte costituzionale* (Acts of the Conference of Naples, 12th-13th of May 2006), edited by M.A. Sandulli, M.R. Spasiano and P. Stella Richter, Naples, 2007, 114.

⁶⁵ On this point, *ex multis*, Cons. St., Sez. V, 5th of October 2011, n. 5453, in www.giustizia-amministrativa.it; before, Sez. VI, 8th of March 2004, n. 1077, in *Dir. e giust.*, 2004, 42, with note of E. BELISARIO, *E alla fine il diritto di partecipazione prevalse sulle esigenze dell’Enel*.

⁶⁶ T.S.A.P., 29th of November 2012, n. 156, in *Giurisd. amm.*, 2012, III, 891.

⁶⁷ Posting the notice just on a single newspaper is sufficient but the newspaper must have a national and a local circulation, T.A.R. Lazio-Roma, Sez. II *ter*, 7th of February 2011, n. 1162, in www.giustizia-amministrativa.it; Sez. I, 14th of April 2009, n. 3789, in www.giustamm.it, n. 4/2009.

⁶⁸ Cons. St., Sez. IV, 15th of April 2013, n. 2070, 9th of February 2012, n. 691 e 27th of January 2012, nn. 407 e 408, in www.giustizia-amministrativa.it; Sez. VI, 13th of June 2011, n. 3561, *ibidem*, that considered a form of notice insufficient and not apt to describe appropriately which grounds are involved in the process because they

informed⁶⁹, therefore the omitted communication to the real owner who is not indicated in the cadastral register cannot be invalidating, but at the most, it can impede the phase of the eventual appeal⁷⁰. The recent jurisprudence states that the dispositions of the article 11 must be interpreted in relation to the purposes for which they have been considered by the legislator. It has judged, besides, as non-influential the fact that the communication has not been posted also on the web page of the administration and/ or they have been posted following the instructions of the clause 2 of the article 11 albeit the number of the owners was less than fifty⁷¹.

The participation is totally excluded for the approval of one of the preliminary projects of the infrastructure and of the productive interventions included in the art. 1, clause 1, of the “objective law” (now in the code of public contracts). In fact, they are considered strategic or relevant to relaunch the productive activities (clause 3)⁷².

The notice of the beginning of the process is, obviously, aimed at the expression of “observations that will be evaluated by the authority which carries out the eminent domain” (clause 3)⁷³.

lack in the indications of the cadastral units involved in the process of approval of the project and in the list of the companies that carry out the eminent domains.

⁶⁹ T.A.R. Abruzzo-Pescara, Sez. I, 13th of September 2012, n. 386, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁷⁰ T.A.R. Calabria-Catanzaro, Sez. II, 3rd of May 2011, n. 590, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Piemonte, Sez. II, 15th of April 2011, nn. 378 e 380, *ibidem*; T.A.R. Campania-Salerno, Sez. II, 21st of March 2011, n. 500, *ibidem*.

⁷¹ See Cons. St., Sez. IV, 29th of August 2013, n. 4315, in www.lexitalia.it, n. 9/2013.

⁷² T.A.R. Puglia-Lecce, Sez. I, 14th of April 2012, n. 663, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁷³ «According to the transparency rules and the good management rules, the Administration must decree why the area is appropriate for the public use, in order to go on with the declaration of public utility and with the eminent

Jurisprudence have specified that (as before in the light of the art. 14, clause 13, of the law n. 109 of 1994, now in the art. 12, clause 1, a), of the d.p.r. n.327 of 2001) the communication of the beginning of the process must precede the approval of the definitive project because this last is implicitly connected to the declaration of public utility⁷⁴.

b) editing and approval of the project of public work or of public utility

The participation of the private subject is allowed also in the approval of the definitive project, which is one of the project with which can be declared the public utility of the area.

During the redaction of the project, the art. 15 of the Unique Text, detaching from the articles 7 and 8 of the fundamental law of 1865, takes in consideration the participative necessities of the owner⁷⁵.

To this last and to the real person who uses the area must be notified the request to enter into the area, so they can present observations; the authority must consider these observation (clause 2).

domain»: L. MARUOTTI, *Art. 11*, in *L'espropriazione per pubblica utilità*, edited by F. Caringella, R. De Nictolis, G. De Marzo and L. Maruotti, 2nd ed., Milan, 2003, 142. In facts, the participation does have sense only if the administration that carries out the eminent domain takes in consideration with an adequate motivation the observations of the subjects: A. DI MARIO, *op. cit.*, 876. See, but, T.A.R. Umbria, 14th of February 2008, n. 78, in www.giustamm.it, n. 4/2008, according to the art. 21-octies, clause 2, l. n. 241/1990, the art. 11 must be considered not broken when the proposed and not evacuate observations have been proposed again, with a new notice, ex art. 16, and rejected by the director (with a note for the Commune)

⁷⁴ See, *ex plurimis*, T.A.R. Molise, Sez. I, 27th of December 2012, n. 785, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Puglia-Bari, Sez. I, 6th of December 2012, n. 2064, *ibidem*; T.A.R. Campania-Salerno, Sez. II, 3rd of December 2010, n. 13087, *ibidem*.

⁷⁵ L. MARUOTTI, *Art. 15*, in *L'espropriazione per pubblica utilità*, cit., 173.

They can also be present through a trusted person (clause 4).

The following art. 16 regulates the participation to the approval process of the definitive project, and it establishes besides, that the notice is communicated to the owner⁷⁶ with the same modalities of the art. 11 with reference to the obligation process of the eminent domain restriction⁷⁷.

This disposition is “characterized by a substantial review of the rules contained in the fundamental law and by the valorization of the necessities of participation”. The jurisprudence has noticed the necessity to establish the cross-examination before the phase of approval of the project, in order to improve the agreements between the authority and the owner, who can propose alternative solutions⁷⁸. From a certain point of view, this is the most important phase of participation because now “there is a project intended as a proposal , so it can be modifiable”. In this way the private subject has the possibility to influence concretely the choices of the administration⁷⁹.

⁷⁶ There is to say, “just to the owner of the area subject to the eminent domain”: T.A.R. Puglia-Bari, Sez. III, 17th of December 2008, n. 2891, in *Riv. giur. edil.*, 2009, 553.

⁷⁷ As in the case of the art. 11, the omitted communication of the beginning of the approval process of the definitive project to the real owner, different from the owner registered in the cadastral register, is not invalidating and it does not justify a tardive defense. In fact, the private subject has the obligation to verify the cadastral correspondences and the real juridical situation of the asset subject to eminent domain: Cons. St., Sez. IV, 27th of January 2012, n. 409, in www.giustizia-amministrativa.it, according to which, the cadastral owner who receives the notification, has the obligation to inform the real owner; see also T.A.R. Campania-Salerno, Sez. II, 10th of May 2010, n. 5912, *ibidem*; T.A.R. Lazio-Roma, Sez. I ter, 14th of April 2009, n. 3788, *ibidem*; T.A.R. Sicilia-Catania, Sez. III, 27th of March 2007, n. 540, *ibidem*; Cons. St., Sez. IV, 30th of November 2006, n. 7014, in *Giur. it.*, 2007, 2073.

⁷⁸ L. MARUOTTI, Art. 16, in *L'espropriazione per pubblica utilità*, cit., 180-183.

⁷⁹ S. GATTO COSTANTINO – P. SAVASTA, *op. cit.*, 925.

The omission of this communication (which cannot be absorbed by the communication of the beginning of the process of imposition of the eminent domain restriction, regulated by the previous art. 11⁸⁰, neither by the communication of the beginning of the process for the declaration of public utility of the area, ex art. 12, clause 1⁸¹, neither by the act which approved the definitive project, regulated by the art. 17⁸²), causes the illegitimacy of the followings acts of the process⁸³, included the eminent domain decree⁸⁴. In order to avoid the cancellation of the acts, under the art. 21-octies, clause 2, of the law n. 241 of 1990, it is necessary that the administration prove during the trial, that these acts, for their restricted nature, could not be different from those emanated⁸⁵.

Also in this case, the owner and every other interested person, can formulate observations. Before this was permitted until the approval of the project, but now, in the current text of the art. 16, clause 10, resulting from the modifications of the

⁸⁰ A. DI MARIO, *op. cit.*, 882. There is to say “it must have a double obligation of communication”, T.A.R. Calabria-Catanzaro, Sez. I, 15th of November 2011, n. 1370 and 5th of October 2009, n. 1016, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Puglia-Bari, Sez. III, 24th of June 2010, n. 2665, *ibidem*.

⁸¹ T.A.R. Toscana, Sez. III, 27th of November 2006, n. 6048, in www.giustamm.it, n. 12/2006.

⁸² T.A.R. Lazio-Latina, Sez. I, 9th of February 2007, n. 113, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁸³ Cons. St., Sez. III, 4th of June 2013, n. 3048, in *Guida al diritto*, 2013, 26, 85, with note of D. PONTE, *Dettati i criteri per quantificare il risarcimento dopo l’annullamento dell’esproprio illegittimo*; before, T.A.R. Toscana, Sez. III, 22th of April 2005, n. 1813, in www.giustamm.it, n. 5/2005, according to which, in lack of the communication ex art. 16 d.p.r. n. 327/2001, the eventual innovations of the known project edited during the definitive planning phase result illegitimate when they take distance from the previous planning hypothesis; T.A.R. Calabria-Catanzaro, Sez. I, 17th of September 2004, n. 1819, in www.giustamm.it, n. 9/2004.

⁸⁴ T.A.R. Veneto, Sez. II, 14th of February 2013, n. 211, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Calabria-Reggio Calabria, 22nd of March 2007, n. 243, in www.giustamm.it, n. 3/2007; T.A.R. Piemonte, Sez. I, 2nd of February 2005, n. 209, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁸⁵ T.A.R. Lazio-Roma, Sez. II, 5th of January 2010, n. 41, in www.giustizia-amministrativa.it.

decree n. 302 of 2002, we talk of “peremptory terms of 30 days from the communication or from the publication of the notice”, so the observations received after this terms will be considered inadmissible⁸⁶.

According to the clause 12, the administration should pronounce a reasoned statement⁸⁷, considering precisely “the prevalent interests and the reasons of this determination”⁸⁸.

However, the jurisprudence formed with reference to the obligation of evaluation regulated by the art. 10, b), of the law n. 241 of 1990 is too much tolerant towards public administrations. This last, actually, even if considers legitimate the procedure that does not imply evaluations of the privates’ contributions⁸⁹, excludes that the administration must rebut every argument used by the private subject, being sufficient a motivational development that justifies the reason of the missed adaptation of the administrative determination to the conclusions produced by the participant⁹⁰.

⁸⁶ See L. MARUOTTI, *op. ult. cit.*, 185.

⁸⁷ T.A.R. Sicilia-Catania, Sez. II, 7th of April 2008, n. 622, in www.giustizia-amministrativa.it, which notes how the total or partial acceptance of the observations can cause the modification of the project.

⁸⁸ L. MARUOTTI, *op. ult. cit.*, 186.

⁸⁹ See, *ex multis*, Cons. Stato, Sez. VI, 15th of July 1998, n. 1074, in *Cons. Stato*, 1998, I, 1190; more recent, T.A.R. Toscana, Sez. II, 6th of July 2011, n. 1149, in www.giustizia-amministrativa.it, which observes that, it is necessary to evaluate the citizens’ observations and these evaluations must be registered in the final procedure, just to honor the due process.

⁹⁰ Cons. St., Sez. VI, 6th of June 2011, n. 3354, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Toscana, Sez. III, 13th of May 2011, n. 845, *ibidem*.

It is a balanced orientation, but we cannot approve too tolerant attitudes⁹¹ that allow the administration to ignore totally the contribution of the private subject, making useless his/her participation⁹².

Moreover, only a more strict approach to the problem of the motivation of the conclusive measure, with regard to the contributions of the private, can value – according to the suggestions of the attentive doctrine⁹³ - the high quality participation. We mention the kind of participation that, based on a “reasonable presumption”, can influence the process’ result⁹⁴.

c) extension of terms and renewal of the declaration of public utility

There is necessity of guarantees during the cross-examination both when the terms (regulated by the declaration of public utility) within the decree of eminent domain must be emanated are extended (art. 13, clause 5, of the Unique Text) and when the same declaration (ineffective because of the expired terms) is renewed.

Even before that the institution was disciplined by the Unique Text, the jurisprudence had clarified that the extension of the terms of the declaration of public utility

⁹¹ It is an allusion to a part of jurisprudence that ignores that the previous administration had to mention the content of the participants’ observation: Cons. Giust. Amm. Reg. sic., 28th of September 1998, n. 533, in *Giust. amm. sic.*, 1998, 739 e in *Nuove autonomie*, 1999, 578, with note of F. SAITTA, *Partecipazione al procedimento amministrativo e motivazione del provvedimento*.

⁹² With reference to the art. 16 d.p.r. n. 327/2001, T.A.R. Campania-Napoli, Sez. IV, 27th of March 2007, n. 2857, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁹³ S. COGNETTI, *“Quantità” e “qualità” della partecipazione*, Milan, 2000, 87-88, it is not a case if the author finds in the art. 10, b), l. n. 241/1990 a very important rule, that, supports the jurisprudence’s interpretations that devalue the formal violations which do not orient in an alternative sense, the administrative choice (*ivi*, 75).

⁹⁴ F. SAITTA, *Garanzie partecipative*, cit., 330-331.

constitutes, as the same declaration, a discretionary, detrimental measure that can be appealed. For this reason it is illegitimate when it is not preceded by the communication of the beginning of the process⁹⁵. It is true that "the awareness of the principal procedure exempts the administration from the notice of the art. 7 of the law n. 241 of 7th of August of 1990, only if the sub procedures that belong to the process exist [...]. But the sub procedures of extension for the finalization of the public works and those for the compulsory purchase are not the same. In fact, they are considered as merely contingent: in this case the obligation exists if we consider that the extensions, procrastinating the subjection of the private beyond the ordinary terms, influence the property rights and the economic integrity rights which are constitutionally guaranteed"⁹⁶.

This orientation has been confirmed also after the introduction of the Unique Text, which does not consider expressly the participation to the relative sub procedure⁹⁷ because of the discretionary nature of the extension. Referring to this last, the "participation of the private is not useless but, on the contrary, it can be useful to highlight the existence of the exceptional requirements for the acceptance of the measure"⁹⁸.

⁹⁵ On this point, *ex plurimis*, Cons. St., Sez. IV, 18th of October 2002, n. 5755 e 19th of January 2000, n. 248, in www.giustizia-amministrativa.it e in *Urb. e app.*, 2000, 271, with note of F. CARINGELLA, *Al vaglio del Consiglio di Stato*, cit.; Sez. VI, 10th of October 2002, n. 5443, in *Riv. trim. app.*, 2004, 731, with note of F. DALLARI, *Ancora in tema di occupazione appropriativa*; on the same point, T.A.R. Sicilia-Palermo, Sez. II, 11th of October 2004, n. 2226, in www.giustamm.it, n. 10/2004; T.A.R. Emilia Romagna-Parma, 4th of December 2002, n. 877, in *Urb. e app.*, 2003, 466; T.A.R. Emilia Romagna-Bologna, Sez. I, 4th of July 2001, n. 958, in www.giustamm.it, n. 7/2001; T.A.R. Umbria, 4th of May 2000, n. 385, in *Rass. giur. umbra*, 2000, 875.

⁹⁶ Cons. St., Sez. IV, 16th of March 2001, n. 1578, in *Giur. it.*, 2001, 1501.

⁹⁷ As noted by A. DI MARIO, *La proroga dei termini di espropriazione tra vecchio e nuovo*, in *Urb. e app.*, 2010, 1449-1450.

⁹⁸ Cons. St., Sez. IV, 30th of June 2010, n. 4176, in *Urb. e app.*, 2010, 1448, with note of A. DI MARIO, *La proroga*, cit.; lastly, T.A.R. Lazio-Roma, Sez. I ter, 10th of December of 2013, n. 10615, in www.lexitalia.it, n. 12/2013.

Actually, a certain branch of the jurisprudence had sustained that the extension would intervene in a concluded procedure (from the point of view of the contents of the administrative action), so it should not be preceded by the communication of the beginning of the procedure. However, this can occur only after the realization of the works⁹⁹.

In this way, nevertheless, the participation to the choices made with the declaration of public utility get confused with the ones referring to the extension. These last, in fact, act in accordance with the missed respect of the terms¹⁰⁰.

The obligation to communicate the beginning of the process exists, *a fortiori*, if the public work has not been realized within the terms and the administration approves again the relative project also for the declaration of public utility; the renewal, certainly admissible, must be preceded by a new administrative procedure, which requires the same guarantees of participation established for the subjects who are involved in a process of eminent domain for the first time¹⁰¹.

It is clear that, if we recall the use of a discretionary authority in the mere procedure of terms' extension for the declaration of public utility, the discretionary nature appears more obvious when the administration must adopt a new declaration in replacement of the expired one. In this last hypothesis, motivating the public interest for the eminent domain and considering the modifications made¹⁰², the administration must open a new

⁹⁹ T.A.R. Sardegna, Sez. II, 23rd of September 2009, n. 1478, in www.giustamm.it, n. 10/2009.

¹⁰⁰ A. DI MARIO, *ibidem*.

¹⁰¹ On this point, *ex multis*, Cass. civ., Sez. un., 26th of April 2007, n. 10024, in *CED Cassazione*, 2007; Cons. St., Sez. IV, 24th of July 2003, n. 4239, in *Riv. giur. edil.*, 2004, 702, with note of A. MAFFETTONE, *Riapprovazione del progetto di opera pubblica: garanzie procedurali ed effettività della tutela dei privati*.

¹⁰² Cons. St., Sez. IV, 21st of November 2001, n. 5905, in www.giustizia-amministrativa.it.

preliminary investigation in order to acquire all the public interests involved and in order to satisfy the necessities of the subjects who suffer the eminent domain. The guarantees of these last, should be stronger than the guarantees recognized during the first declaration of public utility, because the subjects will demand for explanations. In fact, they have a threat of eminent domain on their assets, so they will expect meaningful and impressive reasons for the enduring public interest in the realization of the work¹⁰³.

Only if the renewal of the declaration of public utility has been accepted according to the law, the omitted communication of the beginning of the process cannot be considered invalidating “because in this case the contribution of the private would have been useless. In fact the authority acted in order to realize a program of works which approval has transformed *ex se* the property right of the privates in legitimate interest. According to the law, it could have not assumed any other conflicting determination”¹⁰⁴.

d) reiteration of eminent domain restriction

There is, besides, the old question of the reiteration of the expired restrictions of eminent domain, where we can note problems of guarantees.

Overlooking, for reasons of space, the difference between eminent domain restrictions and confirmatory restrictions¹⁰⁵, we note that the jurisprudence considers as

¹⁰³ A. MAFFETTONE, *op. cit.*, 708.

¹⁰⁴ T.A.R. Toscana, Sez. I, 15th of March 2012, n. 544 e 1st of September 2011, n. 1353, in www.giustamm.it, n. 4/2012 e in www.giustizia-amministrativa.it, referring to the art. 25 l. n. 210/1985, in the field of railway project.

¹⁰⁵ On this point, Cons. St., Sez. IV, 28th of December 2012, n. 6700, in *Urb. e app.*, 2013, 425, with note of G. SCIULLO, *La distinzione fra vincoli conformativi ed espropriativi negli strumenti urbanistici*; P. URBANI, *Le nuove frontiere del diritto urbanistico: potere conformativo e proprietà privata*, in www.astrid-online.it (2013), 17, according to which “if we analyze the branch of the jurisprudence referring to an area destined to a public or private green space, it is clear that the limit of the authority of the institution does not belong to the *ius aedificandi*”

admissible the reiteration of expired restrictions (today within the art. 9 of the Unique Text), “even if within the limits of an adequate and specific motivation about the lasting modernity of the prevision, comparing this last to the private interests”¹⁰⁶.

An adequate procedure is fundamental¹⁰⁷ because the administration must do a research relative to the single areas in order to consider the different public or private necessities. In fact, it should verify that the public interest is still present and it should verify if this interest can be satisfied in other ways. So, the administration must indicate the concrete initiative assumed or the initiative of next realization, and it must organize the fund for the payment of the allowance for eminent domain¹⁰⁸. Furthermore “the destination of the areas organized by the municipal administration would avoid the procedure that establishes (apart from the interventions of the subjects) the double verification of the

but to the possibility of the private to benefit from the asset (use value) also through economic initiatives not reserved just to the public authority (exchange value)”.

¹⁰⁶ Cons. St., Sez. IV, 21st of April 2010, n. 2262, in www.giustizia-amministrativa.it. For further indications, see V. SALAMONE, *I vincoli urbanistici preordinati all'espropriazione per pubblica utilità*, in www.giustizia-amministrativa.it (2010), § 6.

¹⁰⁷ Cons. St., Sez. IV, 11th of March 2013, n. 1465, in www.lexitalia.it, n. 3/2013.

¹⁰⁸ In case of reiteration of the restrictions, “a process of the verification of the lasting interest to the industrial development in relation with owners’ interest”, on this point, Corte cost., 20th of July 2007, n. 314, in *Corr. giur.*, 2008, 339, with note of L. MARZANO, *Incostituzionalità della legge-provvedimento che si traduca in una reiterazione non procedimentalizzata dei vincoli espropriativi*). However, according to G. SCIULLO, *op. ult. cit.*, 1165, “[t]he attention of the Constitutional Court focuses on the necessity that the reiteration must be preceded by a verification for the single areas according to the necessity of their renewal, and not on the formative *iter* of the act organizing the reiteration (at most we can consider that the reiteration is organized by the administrative act and not by the law)”. It is clear that, when we verify the necessity of an *ad hoc* procedure for the comparison of contrasting interests, the same procedure can not exist without the owners being informed. Cons. St., Sez. IV, 11th of March 2013, n. 1465, in www.lexitalia.it, n. 3/2013.

institution which program the land-use planning through the double moment of the adoption and the approval of the rule relative to the land-use planning”¹⁰⁹.

The motivation of the reiteration, properly requested by the jurisprudence, is not sufficient to guarantee the sense of democracy of the urban choice, which moves from the citizens’ participation to the process of reiteration of the restrictions¹¹⁰.

As consequence, the reiteration of an eminent domain restriction aimed at a specific intervention, is destined to influence a determined juridical position, and it must be preceded by the communication of the beginning of the process. This communication cannot be considered redundant even if it refers to a renewal process of a previous project of public work or of a project of declaration of public utility¹¹¹.

e) emergency occupancy

It is known that, the original text of the d.p.r. n. 327 of 2001 contemplated the temporary occupation (artt. 49 and 50) while the legislative decree n. 302 of 2002, in spite of the fact that the art. 22, clause 1, considered the possibility to emanate the eminent

¹⁰⁹ On this point Cons. St., Sez. IV, 7th of June 2012, n. 3365 (in *Urb. e app.*, 2012, 1156, with note of G. SCIULLO, *La reiterazione dei vincoli a contenuto espropriativo: conferme e novità per le garanzie dei destinatari*)

¹¹⁰ S. LICCIARDELLO, *I vincoli urbanistici*, in *Scritti in memoria di R. Marrama*, Naples, 2012, I, 588.

¹¹¹ Cons. St., Sez. IV, 9th of December 2010, n. 8688, in www.giustizia-amministrativa.it; Ad. plen., 24th of May 2007, n. 7, *ibidem*, according to which, “when the object is another type of reiteration of the eminent domain restrictions, even if these last are organized ‘en bloc’ o for a consistent part of the municipal area, and also in the case in which the communication of the beginning of the process is not requested (recalled in art. 9, clause 6, the relevance of the adoption and the approval of the urban instruments). The principles established in the art. 9, clause 4, underline the importance of the ‘necessity to satisfy the standards’” (according to the art. 9 of the Unique Text of construction, approved with d.P.R. n. 380 of 2001)”.

domain decree “without special researches and formalities” when the beginning of the works is urgent, has introduced again the institution of the emergency occupation aimed to the eminent domain (art. 22-*bis*).

This is not the right place to remove all doubts¹¹² of the new regulation of an institute that, even before the introduction of the unique text, had generated the interest of the doctrine. This last wanted to combine, in the field of the compulsory purchase, the State’s principles with the necessities of the social State¹¹³. The institute above-mentioned, had developed into “a surrogate of the eminent domain”¹¹⁴.

Limiting, also in this case, the close examination of the aspects of the procedure, it is necessary to remember that, in the previous configuration of 2001, there were not profiles of guarantees which could be dated after the occupation decree. Especially, the principle of the cross-examination was not respected and it was confined in the observations referring to the publication of the project¹¹⁵.

The current art. 22-*bis* of the Unique Text is clearly aimed to permit the administration to begin the works acquiring materially the asset before to emanate the eminent domain decree, *ergo* before to register the temporary allowance. So, in the public administration, this put behind the participation phase to a later moment¹¹⁶.

¹¹² See R. CONTI, *Il nuovo volto del t.u. espropriazione dopo il d.lgs. 302/2002*, in *Urb. e app.*, 2003, 253.

¹¹³ Reference to the dear F. PUGLIESE, *L'occupazione preliminare nel procedimento espropriativo*, Naples, 1984, 7-8.

¹¹⁴ See D. SORACE, *op. cit.*, 178.

¹¹⁵ F. PUGLIESE, *Occupazione nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, X, Turin, 1995, 269.

¹¹⁶ M. SGROI, *La disciplina del procedimento espropriativo tra empiria e rigore: la partecipazione dell'espropriato alla determinazione dell'indennità di esproprio*, in *Riv. giur. edil.*, 2011, 176-177.

The jurisprudence had justified the omission of the communication of the beginning of the occupation process because of the restricted nature of the process. In fact, the process was merely implementing of presupposed procedures¹¹⁷, and it was connected to the declaration of public utility¹¹⁸. The jurisprudence seems to receive the suggestions of the doctrine, which had stated as more urgent the art. 7 of the law n. 241 of 1990¹¹⁹, considering that the declaration of public utility and/or the acts of restriction of eminent domain do not imply necessarily the emanation of an occupation decree¹²⁰. In the more recent sentences, in fact, we can observe that the procedure of emergency occupation does not need *ex se* the previous communication of the beginning of the relative procedure. This communication is not requested in the art. 7, clause 1 of the law n. 241 of 1990 “when there are problems deriving from special necessities of promptness of the process”¹²¹.

Furthermore, the urgency that justifies the derogation to the participation principles could be considered in *re ipsa* in the case in which, in lack of the “special urgency, which does not consent, in relation with the nature of the works, the application of the disposition within clauses 1 and 2 of the art. 20”, this urgency must be taken in

¹¹⁷ Cons. St., Sez. IV, 31st of May 2007, n. 2874, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹¹⁸ T.A.R. Campania-Salerno, Sez. I, 19th of April 2007, n. 418, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹¹⁹ C. TAGLIANTI, *Occupazione d’urgenza preordinata all’esproprio*, in www.giustizia-amministrativa.it (2008), § 2.6.3.

¹²⁰ The more recent jurisprudence mentions the “intrinsic difference between procedure and measure of emergency occupation and between procedure and measure of eminent domain”: Cons. St., Sez. IV, 5th of September 2013, n. 4463, in www.giustamm.it, n. 9/2013.

¹²¹ See Cons. St., Sez. IV, 15th of July 2013, n. 3861, in www.lexitalia.it, n. 7-8/2013, with a comment of G. IUDICA, *Brevi note in tema di notifica di atti espropriativi*, *ivi*, n. 10/2013. Cons. St., Sez. V, 26th of September 2013, n. 4766, *ibidem*, it keeps stating that the communication is not compulsory because it is an act of mere implementation of the declaration of public utility.

consideration during the motivation of the measure¹²², the early occupation *ex art. 22-bis* must be considered precluded.

We can say the same for the other presuppositions in the clauses 2 of the articles 22-*bis*, in the presence of these articles a special motivation is not required¹²³.

This does not mean an authorization to make generic references to the urgency in the realization of the works regulated in the declaration of public utility. It is necessary, in fact, to motivate specifically the urgency to start the works, otherwise we risk to lose the character of the institute within the Unique Text¹²⁴.

f) determination of allowance for eminent domain

The participation of the owner is established also in the sub procedure aimed to the determination of the allowance for eminent domain. The owner must be “informed of the fact that he can supply all the useful elements in order to determine the value of the

¹²² T.A.R. Puglia-Lecce, Sez. I, 13th of April 2011, n. 682, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹²³ See T.A.R. Veneto, Sez. I, 21st of March 2006, n. 627, in www.giustizia-amministrativa.it (with a comment of R. CONTI, *L'occupazione d'urgenza ex art. 22 bis T.U.*, in *Giur. merito*, 2006, 1777 et seq.), according to which when the number of the subjects of the procedure of eminent domain is more than 50, it does not need a specific motivation in order to support the occupation measure, being implicit the requisite of the urgency.

¹²⁴ On this point, G.M. MARENGHI, *op. cit.*, 169-173, the author is aware of how his thesis collides with an orientation of the jurisprudence that is decisively the great majority.

area” (art. 17, clause 2 of the Unique Text); all this procedure is aimed to determine correctly the allowance for eminent domain and to facilitate the voluntary disposal¹²⁵.

According to the art. 20 the list of the assets subject to eminent domain must be notified to each owner, who, within 30 days, can present observations and register documents (clause 1). This kind of notification, which substitute the notification established before by the art. 24 of the fundamental law of 1865, is equitable to a real communication of the beginning of the process¹²⁶.

Besides, when the administration considers that it is appropriate¹²⁷, the owner can “specify [...] which is the value of the area” (clause 2): once again the objective is to facilitate a determination of the allowance in accord with the owners in order to avoid every possible legal argument¹²⁸.

The verification of the value of the area and the consequent determination of the temporary allowance for eminent domain, will be made by the authority with the necessary technical supports, only after the “evaluation of the subjects’ observations” (clause 3).

If the owner refuses the temporary allowance, he can use the process of evaluation and in case of affirmative answer he should indicate a trusted technician (art. 21,

¹²⁵ L. MARUOTTI, *Art. 17, in L'espropriazione per pubblica utilità*, cit., 191.

¹²⁶ R. DE NICTOLIS, *Art. 20, in L'espropriazione per pubblica utilità*, cit., 212.

¹²⁷ On this point, R. DE NICTOLIS, *op. cit.*, 212-213, according to the Author it is an incontestable reference, because the omission of this moment does not compromise the process. We can agree until a certain point, because the owner must have the possibility to prove the shortage of the data acquired in order to determine the value of the area and/or the insufficiency of the necessities of promptness of the process which is not compatible with the preliminary phase (*ivi*, 213).

¹²⁸ R. DE NICTOLIS, *ibidem*.

clause 1). If the owner does not answer promptly, the allowance will be determined, at the instance of the authority¹²⁹, by a commission established by the art. 41: in this way the beginning of the evaluation process would be communicated¹³⁰.

On the other hand, if the owner wants to use the evaluation process, the authority will nominate two technicians, including, possibly, the one nominated by the owner (clause 3). This appointment must be communicated to the owner, who, otherwise could not appeal to the President of the Tribunal in order to nominate a third technician. In fact, this is a “owner’s right” (clause 4)¹³¹.

Overlooking, once again for reasons of time, the specific problem of the release of the allowances¹³², there are some notation which deserves the hypothesis of the urgent determination of the temporary allowance, established in the art. 22, as substituted by the legislative decree n. 302 of 2002 and partially modified by the art. 2, clause 2, of the law n. 244 of 2007.

This disposition states that, when there is urgency and/ or other indications of law¹³³, the determination of the temporary allowance and the emanation and execution of

¹²⁹ The procedure established by the art. 41 cannot be activated by the owner, who can only participate in the determination of the temporary allowance: Cons. Giust. Amm. Reg. sic., 25 gennaio 2013, n. 46, in www.giustamm.it, n. 2/2013.

¹³⁰ Sharable suggestion of R. DE NICTOLIS, Art. 21, in *L'espropriazione per pubblica utilità*, cit., 257.

¹³¹ On this point, R. DE NICTOLIS, *op. ult. cit.*, 259, according to the Author the beginning of the evaluation process can be considered communicated through the invitation which is sent to the owner asking if he wants to use it or not, followed by his affirmative answer.

¹³² See the monograph of G. GRAZIOSI, *Lo svincolo delle indennità dormienti e il giusto procedimento espropriativo*, Padova, 2010.

¹³³ As for example, the presence of more than 50 subjects, situation in which reasons of special urgency are omitted: T.A.R. Lombardia-Milano, Sez. III, 13th of May 2011, n. 1235, in www.giustizia-amministrativa.it.

the decree of eminent domain must exist in absence of cross – examination. In fact, the authority to not apply the “disposition of the art. 20” and to proceed “without special researches or formalities” is translated in the omission of a series of guarantees of participation. Among these guarantees there is, *in primis*, the communication of the beginning of the sub procedure of determination of allowance¹³⁴.

A part of the formalities of participation above-mentioned, there is no need of other formalities for the emanation of the eminent domain decree. This explains the fact that, the participation of the private in the discretionary choices of the administration is sufficiently guaranteed by the articles 11 and 16¹³⁵.

We can observe, however, a model of the procedure that is characterized from a wide solicitation of the collaboration of the subject, whom participation to the phase of determination of the allowance for eminent domain – especially if we recognize the multi-functionality of the institute¹³⁶ – cannot be considered as a mere instruments of

¹³⁴ According to R. DE NICTOLIS, *Art. 22, in L'espropriazione per pubblica utilità*, cit., 283, it is possible, in presence of real urgency reasons, to omit also the communication of the beginning of the process aimed to the emanation of the eminent domain decree; but it should be a “more qualified urgency with respect to the urgency that can omit the only phase of the determination of the temporary allowance during the cross-examination with the owner”.

¹³⁵ L. MARUOTTI, *Art. 23, in L'espropriazione per pubblica utilità*, cit., 313.

¹³⁶ See F. SAITTA, *Gli artt. 7 e 8 della legge n. 241 del 1990 al vaglio della giurisprudenza: «contraddittorio» o «partecipazione»?*, in *Nuove autonomie*, 1995, 261 et seq., and F. FRACCHIA, *Manifestazioni di interesse del privato e procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 1996, 11 ss.. In jurisprudence, with reference to the eminent domain process, the double function of the participation of the subject is highlighted by T.A.R. Puglia-Lecce, Sez. I, 7th of July of 2010, n. 1696, in www.giustizia-amministrativa.it. The EU jurisprudence has contributed to the improvement of the citizens' rights - (G. MORBIDELLI, *Corte costituzionale e corti europee: la tutela dei diritti (dal punto di vista della Corte del Lussemburgo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 317-318, who refers to the right of “cross-examination”) –and it underlines the guarantees profile of the participation, recognizing a greater value when the administration has a wide margin of discretionary appreciation (G. PIZZANELLI, *Tutela della concorrenza e garanzia del giusto procedimento: il ruolo della Commissione come autorità antitrust e l'apertura del giudice*

prevention of the legal argument¹³⁷. The participation, in fact, can contribute also to the impartiality and to the good evolution of the administration¹³⁸.

g) execution of the eminent domain decree

Nor the phase of execution of the decree for eminent domain is immune from guarantees of participation.

The art. 24, clause 3, of the Unique Text states that the value of the asset and the report of inclusion must be edited during the cross-examination with the subject¹³⁹. Or, in the case in which this last is absent or is contrary, “with the presence of two witnesses who are not employees of the subject”. Also who has real or personal rights on the asset can participate to the operations.

comunitario alla responsabilità delle Istituzioni comunitarie ed alla risarcibilità del danno per cattivo uso di potere. Il caso Schneider, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2007, 1436). The difficulty of the EU jurisprudence to open a critical and collaborative dimension of the cross-examination is due to the fact that the “droit” and the “défense” have not merged into the due process yet (A. MASSERA, *I principi generali dell'azione amministrativa tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, in *Dir. amm.*, 2004, 734).

¹³⁷ See Cons. St., Sez. IV, 28th of January 2011, n. 676, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 425, according to which “the determination of the allowance” constitutes “only the beginning of the voluntary disposal of the asset”.

¹³⁸ M. SGROI, *op. cit.*, 170.

¹³⁹ In the past, the jurisprudence had specified that the communication of the advice notice of the survey must be made correctly in order to assure the effectiveness of the cross-examination. Cons. St., Ad. plen., 7th of May 1982, n. 8, in *Giur. it.*, 1983, III, 44.

These fulfillments are very important, if we consider that the value of the asset and the report of inclusion¹⁴⁰ (which are not substitutable with evidences supplied by the witnesses¹⁴¹) during the cross-examination with the owner represent that the administration is the owner of that asset. As consequence, the loss of the asset fall on the beneficiary and not on the owner. So, the beneficiary should prove, possibly, that the eminent domain process was not made¹⁴².

5. CONCLUSIVE REFLECTIONS: CAN THE PROCESS OF EMINENT DOMAIN BE CONSIDERED «DUE» TODAY?

Our research shows that the path towards a “due” process, even if slow and uncertain, has been almost completed.

The emanation of the Unique Text in 2001, considered inappropriate from who thought that the field of the compulsory purchase should be innovated, could not be sufficient to eliminate an obstacle for the owner to influence the choice of localization of the works and the area. In fact, in the previous system of the fundamental law of 1865 this choice corresponded to the declaration of public utility. The following affirmation of a general urban planning marked the difference between the moment of localization (general

¹⁴⁰ This means that «among the automatic effects of an eminent domain decree for public utility, we can not comprehend the property of the asset of a subject, nor the change in presence of the increasing of the benefit of the same asset. In this case, in fact, the subject of the eminent domain should state an act of insertion in the property of the asset», Cass. civ., Sez. II, 14th of November of 2013, n. 25594, in www.lexitalia.it, n. 11/2013.

¹⁴¹ Cass. civ., Sez. I, 18th of May 2012, n. 7930 and 3rd of May 2010, n. 10651, in *CED Cassazione*, 2012 e 2010.

¹⁴² Cass. civ., Sez. I, 11th of November 2010, n. 22913, 19th of January 2010, n. 790 e 31st of March 2008, n. 8384, in *Dir. e giust.*, 2010, 517, with note of M. ALESIO, *Immissione in possesso e insorgere dell'indennità di occupazione*; in *CED Cassazione*, 2010 and 2008.

town plan) and the moment of the real realization (detailed plan of execution). As a consequence, today the eminent domain is not the subject from which descend the urban structure and the realization of the public work, as it was in the 19th century¹⁴³. In other words, the connection between urban structure and eminent domain¹⁴⁴ made this last a mere implementation of predetermined choices in the field of territory management¹⁴⁵. So, the realization of the “due” process must face the fragility of the guarantees that the Italian system offers in the field of city planning¹⁴⁶.

The hypothesis, in the Unique Text, of an eminent domain process which has the participation principle¹⁴⁷ as cornerstone, means that, with some exceptions¹⁴⁸, the

¹⁴³ P. STELLA RICHTER, *Una iniziativa improvvida: il testo unico sulla espropriazione per pubblica utilità*, in *Foro amm.* – CdS, 2004, 975 et seq.

¹⁴⁴ References in A. CROSETTI, *Urbanistica ed espropriazione: un binomio per il governo del territorio*, in *Il governo del territorio* (Acts of the VI National Conference of the A.I.D.U. – Pescara, 29th-30th of November of 2002), edited by S. Civitarese Matteucci, E. Ferrari and P. Urbani, Milan, 2003, 309 et seq.

¹⁴⁵ On this point, V. CAPUTI JAMBRENGHI, *L'espropriazione per causa pubblica utilità e gli altri procedimenti ablatori*, in *Diritto amministrativo*, edited by L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco and F.G. Scoca, cit., 1148: “Public works must correspond to a urban order of the town plan. The connection between authority of eminent domain and urban planning is completed”.

¹⁴⁶ Recently, on this point, M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Turin, 2012, 305 et seq.

¹⁴⁷ M. SGROI, *op. cit.*, 166.

¹⁴⁸ It is a reference to the reintroduction of the urgency occupation, “which incorrect use had facilitated the formation of inconsistency habits with respect to the legality principle” (F.G. SCOCA, *Modalità di espropriazione e «rispetto» dei beni (immobili) privati*, in *Dir. amm.*, 2006, 542; on this point the author is critical G.M. MARENGHI, *op. cit.*, 168, according this reintroduction “has canceled the aim of the unique text to reinstate the guarantee process that does not allow the administration to realize the public work before the transfer of property”; more in general, the necessities of promptness in several cases keep obstructing the due process, M.T. SERRA, *La partecipazione nel procedimento di espropriazione per pubblica utilità*, in *Studi economico-giuridici in memoria di F. Ledda*, Turin, 2004, II, 1218), also to the lack of prevision of participation forms to the process of eminent

legislator has received the indications of the EU jurisprudence. The fundamental idea of this last, in fact, is that “the principle of respect of the private assets causes that their eminent domain complies the public interest’s necessities and a due and correct process”¹⁴⁹.

Some critical remark (as proof that the errors exist in the implementation of the laws and not in the laws¹⁵⁰) can be addressed to the officials and to the administrative jurisprudence.

The formers because develop with difficulty a culture about the participation, which is considered as an inconvenience. We have noted that, even before the law n. 241 of 1990, referring to the citizens’ participation in the process of formation of the town plan: “The observations are a weak instruments in the hand of citizens, for the administration instead, they are a useless fulfillment”¹⁵¹. It is not a case, in fact, that the presentation of the observations had brought to a new localization of the areas, and the subjects, convinced that their observations are useless, often prefer to not highlight the

domain (on this point, A. PORPORATO, *Il principio del giusto procedimento nell’espropriazione per pubblica utilità*, in *Dir. e proc. amm.*, 2009, 330-331, according to the Author the hypothesis of modalities of participation created along the lines of oral hearing or the public inquiry, could have limit the “information costs”), and first of all, to the acquisition remedying past irregularities.

¹⁴⁹ F.G. SCOCA, *op. ult. cit.*, 540-541.

¹⁵⁰ Someone attribute to our legislator the missed creation of a wider jurisdictional system (“the choices of the areas subject to the eminent domain correspond to discretionary decisions of the administration, which constitute appreciations of merit that are subtracted to the legitimate system of the administrative judge, except if they are invalidated by irrationality or unreasonableness”), Cons. St., Sez. IV, 30th of September 2013, n. 4872, in www.lexitalia.it, n. 10/2013), extended to the categories of the opportunities and of the utility of the eminent domain action of the administration, on the administrative choices influencing the property right, overshadowing the jurisdiction of merit in the litigations in the field of eminent domain. G.M. MARENGHI, *op. cit.*, 205-206.

¹⁵¹ G. SCIULLO, *Il fastidio della partecipazione*, in *Riv. giur. urb.*, 1989, 474.

faults of legitimacy that could appear during the procedural phase and that could be used in the process¹⁵².

We can observe some critical remark even in the administrative jurisprudence, because it has often allowed this procedure being too much permissive with the officials who are prone to ignore citizens' participation. From a certain point of view, in fact, this is graver: "It is not astonishing the fact that the administrator- politician is convinced to better interpret the EU interest, the astonishing fact is that the administrative judge does not contest it"¹⁵³. It is clear, however, that the capacity of the participation to influence the eminent domain process is directly proportional to the "degree of obligation of the attention of the authority and to the adequacy of the consideration of the citizens' reasons"¹⁵⁴. As a consequence, in order to fill the lack of a "normative prevision which recognizes the real importance of the citizens' observations in the decision procedure of the administration"¹⁵⁵, the jurisprudence should require from this last that every single observation is evaluated; the unilateral connotation of the eminent domain procedure will never diminish with a lack of consideration of the citizens' observations.

We should put an accent on the jurisprudence which keeps underestimating the formal faults since the law n. 241 of 1990, through no sharable interpretations of the art. 21-octies, clause 2, of the procedural law¹⁵⁶ and which weaken the guarantees of participation.

¹⁵² G. LEONE, *Espropriazione e principio della partecipazione*, in *Dir. e proc. amm.*, 2010, 418-419.

¹⁵³ G. SCIULLO, *ibidem*.

¹⁵⁴ M.T. SERRA, *op. cit.*, 1215-1216.

¹⁵⁵ G.M. MARENGHI, *op. cit.*, 93

¹⁵⁶ This is a rule subject of a strong debate, indications in P. LAZZARA, *Note in tema di vizi di forma e di procedimento di cui all'art. 21 octies, l. 241/90*, in *Scritti in memoria di R. Marrama*, cit., I, 521 et seq.

It would be useful to have a look at the EU jurisprudence, more receptive to the defense necessities of citizens. In fact, it uses to correct the infringement of citizens' rights if there is the possibility that because of the irregularities the procedure could have had a different result. This jurisprudence does not pretend from the citizen that sort of *probatio diabolica* referring to the participation required by the administrative judges, but it pretends a better defense in absence of procedural irregularities¹⁵⁷.

In this way, we can contribute to the path towards the "due" process of eminent domain and, more in general, we can contribute to the "good administration"¹⁵⁸, intended as "participatory" administration, which creates democratically its decision including the subject¹⁵⁹. In lack of this further effort we risk that the "due" process of

¹⁵⁷ On this point, Trib. U.E., Sez. I, 18th of June 2013, in T-404/08, Fluorsid S.p.A., ined.. Further jurisprudential information in G. PIZZANELLI, *op. cit.*, 1439 et seq.

¹⁵⁸ Recently, the due respect for the UE law on this point D.U. GALETTA, *Diritto ad una buona amministrazione e ruolo del nostro giudice amministrativo dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in *Dir. amm.*, 2010, 601 et seq., with reference to the right to a good administration stated by the art. 41 of the charter of fundamental rights of the European Union of Nice; S. FOÀ, *Giustizia amministrativa e pregiudizialità costituzionale comunitaria e internazionale*, cit., 10, 294 e s. According to a certain doctrine, furthermore, in some democratic and liberal system, the "right to a good administration" does not represent a rule nor a principle. It can represents a principle that was already expressed with other general or specific modalities : among these the principles of the due process and the principle of participation: L. PEGORARO, *Esiste un "diritto" a una buona amministrazione? (Osservazioni critiche preliminari sull' (ab)uso della parola "diritto")* (Report to the «Jornadas internacionales sobre el derecho a la buena administración y la ética pública» - Malaga, 21th-22th of January 2010), in *Ist. fed.*, 2010, 561-562. With reference to the guarantees of participation has been stated that the art. 21- octies, clause 2, law n. 241/1990 is in contrast with the art. 41 of the European Charter, even if there is the availability of the internal system to choice the sanction which must follow to the violation of the citizenship rights: M. TRIMARCHI, *L'art. 41 della Carta europea dei diritti fondamentali e la disciplina dell'attività amministrativa in Italia*, in *Dir. amm.*, 2011, 537 ss., spec. 556-560.

¹⁵⁹ For this acceptance of the principle, cfr. D. SORACE, *La buona amministrazione e la qualità della vita, nel 60° anniversario della Costituzione* (Report to the Conference on: «La Costituzione ha 60 anni: la qualità della vita sessant'anni dopo» - Ascoli Piceno, 14th of March 2008), in www.costituzionalismo.it, 8.

eminent domain could become another example of “imperfect utopia” recently illustrated by the acute doctrine¹⁶⁰, and as a consequence, it could not be “due” anymore¹⁶¹.

¹⁶⁰ A. ROMANO TASSONE, *Su diritto ed utopia: le “utopie imperfette” del giurista*, in *Scritti in memoria di R. Marrama*, cit., I, 887 et seq.

¹⁶¹ For an overview of the relevant Italian case law see the *Ius Publicum Reports and Documents, Construction, city planning and zoning - Espropriation/Taking Area*.

**LA GLOBALIZZAZIONE DEI CONTRATTI
DELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI**

REPORT ITALIA

(Dicembre 2013)

Prof.ssa Hilde CAROLI CASAVOLA

INDICE

**1. LA DISCIPLINA GLOBALE DEI CONTRATTI DELLE PUBBLICHE
AMMINISTRAZIONI**

1.1 Le regole del commercio internazionale

1.2 La disciplina dello sviluppo

*1.3 La disciplina della cooperazione transfrontaliera, degli investimenti e
anticorruzione*

2. COSTANTI E DIFFERENZE FRA I REGIMI EMERGENTI

**3. LE RECIPROCHE INTERAZIONI E GLI INNESTI DEL REGIME
GLOBALE CON LA DISCIPLINA NAZIONALE**

3.1 La discontinuità funzionale

3.2 Il concorso di regole nazionali e globali

3.3 I profili istituzionali

4. SITI DI INTERESSE

1. LA DISCIPLINA GLOBALE DEI CONTRATTI DELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI

I contratti delle pubbliche amministrazioni sono soggetti con sempre maggiore frequenza a regole e *standard* elaborati al di fuori dell'ambito nazionale.

Oltre quaranta complessi normativi globali sono stabiliti da organizzazioni, enti non statali e trattati internazionali. Tali complessi normativi hanno ad oggetto il commercio, lo sviluppo, la cooperazione, gli investimenti e il riciclaggio, e comportano, dunque, una globalizzazione della disciplina dei contratti con la pubblica amministrazione.

Nella pluralità dei regolatori sopranazionali si distinguono – per la rilevanza della propria attività – l'Organizzazione mondiale del commercio (Omc), con i suoi *panel* e il *Dispute Settlement Body* (Dsb), la Banca mondiale, con le interne *Sanctions Committees*, l'Ocse per la Convenzione sulla lotta alla corruzione dei funzionari pubblici stranieri nelle transazioni commerciali internazionali, il Centro internazionale per la risoluzione delle controversie in materia di investimenti internazionali (Cirdi; *International Centre for Settlement of Investment Disputes*) e il *Canadian International Trade Tribunal* (Citt). L'attività di tali organismi insieme a quella statale (sancita da accordi bilaterali e plurilaterali) caratterizza da oltre un decennio quella presente come « an era of unprecedented diffusion of sophisticated public procurement regimes on a global scale ».¹

¹ J.J. Schwartz, *On Globalization and Government Procurement*, in *Public Procurement. The Continuing Revolution*, S. Arrowsmith, M. Trybus (eds), Kluwer Law International, The Hague, 2003, 23 ss., spec. 44.

Per quali ragioni nascono e si affermano regole e *standard* globali? Quali caratteristiche distinguono questi complessi normativi dai regimi tradizionali? Quali ricadute ha la disciplina globale su quelle nazionali e, in particolare, sull'ordinamento italiano?

Le risposte a tali domande possono ricavarsi attraverso, innanzitutto, un'indagine sull'origine storica e sui differenti *background* culturali dei complessi regolativi in oggetto; in secondo luogo, l'esame in particolare delle regole e degli *standard* dettati dall'organismo o discendenti dall'atto regolativo; in terzo luogo, lo studio dei casi di concreta applicazione, delle pronunce degli organi di riesame e del sistema di *compliance*; infine, il confronto con il diritto nazionale, la valutazione della "tenuta" dell'impostazione tradizionale ivi accolta e la considerazione di analoghe esperienze settoriali di regolazione ultrastatale.

1.1 Le regole del commercio internazionale

L'"apertura" delle relazioni contrattuali dei pubblici poteri negli ultimi tre lustri si verifica per alcuni concorrenti motivi. Le amministrazioni e i soggetti pubblici sono sempre più spesso indotti a negoziare contratti con operatori stranieri dalla prospettiva di realizzare un vantaggio economico consistente, rispetto alle condizioni normalmente praticate dai soggetti interni all'ordinamento. Le aumentate possibilità di circolazione e di scambio delle merci e dei servizi, e il largo impiego di nuove tecnologie (informatiche, di comunicazione e altre) incentivano la ricerca di occasioni di profitto e di risparmio di costi anche da parte degli operatori economici di settori tradizionalmente oggetto di politiche stataliste o protezionistiche.

Nella globalizzazione o "internazionalizzazione" della disciplina dei contratti della pubblica amministrazione² un ruolo significativo è giocato dalla disciplina

² INTERNAZIONALIZZAZIONE E GLOBALIZZAZIONE DEI CONTRATTI: J.B. Auby, *L'internationalisation du droit des contrats publics*, in *Droit administratif*, agosto-settembre 2003, 5-10, e ID., *La globalisation, le droit et l'États*,

dell'Organizzazione mondiale del commercio-OMC. Nell'ambito di tale organizzazione l'impegno statunitense postbellico a favore dell'espansione della competitiva industria nazionale sui mercati stranieri (soprattutto quello europeo) determinò l'adozione del *Government Procurement Agreement-GPA* (nel 1994)³. Esso disciplina i contratti di importanza economica non marginale (superiori a c.d. soglie di valore) e di potenziale interesse per tutti gli operatori economici dei settori di attività amministrativa rilevanti.

Paris, Montchrestien, 2003, 37 ss.; J.I. Schwarz, *On Globalization and Government Procurement*, in *Public Procurement. The Continuing Revolution*, S. Arrowsmith, M. Trybus (eds), Kluwer Law International, The Hague, 2003, 23 ss.; nell'ambito degli studi internazionalistici, M. Weil, *Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier*, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1960, II, 101 ss., spec. 189 ss.; A. Reich, *International Public Procurement Law: The Evolution of International Regimes on Public Purchasing*, London, Kluwer Law International, 1999; si vd. inoltre P. Trepte, *Regulating procurement: understanding the ends and means of public procurement regulation*, Oxford - New York, Oxford University Press, 2004; H. Caroli Casavola, *L'internazionalizzazione della disciplina dei contratti delle pubbliche amministrazioni*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2006, 187-226; Id., *Internationalizing Public Procurement Law: Conflicting Global Standards for Public Procurement*, in *Global Jurist, Advances*, Vol. 6, n. 3, 2006, 1- 30; Id., *Global Rules for Public Procurement*, in *Droit comparé des Contrats Publics /Comparative Law on Public Contracts*, diretto da R. Noguellou, U. Stelkens, 1st Part, Bruxelles, Bruylant, 2010, 27-61; Id., *L'appalto pubblico e la globalizzazione*, in *Trattato dei contratti*, C. Franchini (ed), Torino, Utet, 2010, 63-105.

³ Più volte modificato, fino all'ultimo testo adottato nel dicembre 2011 (GPA/112, 16 dicembre 2011), l'Accordo è periodicamente aggiornato e adeguato ai moderni sviluppi tecnologici per favorire la maggior adesione degli stati ancora non firmatari (sono firmatari appena quattordici stati, oltre all'Ue e i suoi ventisette Stati membri).

SUL GPA: S. Arrowsmith, *Government Procurement in the WTO*, The Hague, Kluwer Law International, 2003; S. Arrowsmith, R. Anderson (eds), *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*, Oxford University Press, Oxford, 2011; M. Dischendorfer, *The Existence and Development of Multilateral Rules on Government Procurement under the Framework of the WTO*, in *Public Procurement Law Review*, 2000, n. 9, 1; S.J. Evenett, B.M. Hoekman, *The WTO And Government Procurement. Critical Perspectives on the Global Trading System and the WTO Series*, Edward Elgar, 2006; A. Gelbrich, *Regulation of Government Procurement within the WTO. Procurement Policies and Multilateral Trade Rules*, Paperback, 2008.

Il GPA è uno strumento strategico del diritto dell'economia internazionale per due motivi: mira a promuovere la più ampia concorrenza fra le imprese nelle procedure di conclusione dei contratti dei soggetti pubblici e assicura il rispetto di un nucleo di principi e garanzie procedurali basilari nelle attività contrattuali delle amministrazioni pubbliche, anche sub-statali, di paesi con tradizioni giuridiche molto diverse.

È fondato sulla regola del trattamento nazionale e non discriminatorio (art. III) e impone vincoli procedurali relativi, fra l'altro, alle specifiche tecniche, a requisiti generali di pubblicità, informazione, trasparenza e *openness* (accesso alle gare). In base ad essi, ogni operatore può presentare offerte (*open tendering*) o partecipare ad una selezione (*selective tendering*) per l'aggiudicazione, con la possibilità, solo in via eccezionale, per casi espressamente previsti, di negoziare il contratto in esclusiva o concorrendo con pochi offerenti preselezionati (*limited tendering*).

A seguito delle modifiche adottate nel 2011, l'Accordo annovera anche finalità di contrasto alla corruzione (vd. il richiamo alla convenzione ONU al VI considerando) e di promozione dell'integrità degli appalti come condizione di efficiente ed efficace gestione delle risorse pubbliche (art. IV, co. 4), estendendo ad essa i tradizionali obiettivi – essenzialmente economici – del criterio del *value for money*. Ciò rappresenta un *unicum* nel complesso degli accordi dell'OMC⁴.

Per la sua natura plurilaterale, il GPA si applica soltanto ai paesi firmatari e a condizione di «mutual reciprocity». L'accordo vincola, dunque, ciascun paese firmatario a rispettare le obbligazioni assunte nei confronti delle altre parti, a seguito di negoziazioni bilaterali. La misura delle obbligazioni reciprocamente assunte deve, tuttavia, essere equilibrata e non produrre posizioni contrattuali ineguali. Il valore economico delle offerte

⁴ R.D. Anderson, W.E. Kovacic e A.C. Müller, *Ensuring integrity and competition in public procurement markets: a dual challenge for good governance*, in *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*, cit., 681-718 ss.

reciproche fra i paesi negozianti è spesso stabilito con l'ausilio delle grandi società di consulenza internazionali.

Interventi regolatori nazionali di favore e di svantaggio per determinati gruppi di operatori economici, potenziali contraenti delle amministrazioni, si pongono in contrasto con le regole GPA.

Valgano, in proposito, due esempi fra le controversie sottoposte all'esame dei *Panel* dell'OMC. Il primo è quello dell'appalto per la costruzione di un sistema satellitare in Giappone. In tal caso, l'amministrazione aveva adottato *standard* tecnici favorevoli per le imprese giapponesi e che escludevano di fatto dal procedimento quelle straniere. Dato che il Paese aveva aderito al GPA, l'amministrazione giapponese ha poi assunto la decisione in applicazione delle regole sovranazionali. Il secondo esempio è offerto dalla legislazione del Massachusetts che, allo scopo di contrastare la violazione del divieto di lavoro forzato in Birmania (l'attuale Myanmar), stabiliva una penale per le imprese contraenti con la pubblica amministrazione, quando esse svolgessero attività economiche in Birmania. In questo caso, la legislazione nazionale è stata disapplicata dal giudice interno (la Corte suprema degli Stati Uniti) prima che sulla questione si pronunciasse il *Dispute Settlement Body* dell'OMC.

Tre sono i principali problemi connessi al GPA.

Il primo è la determinazione dell'ambito soggettivo di applicazione. Manca, infatti, una chiara definizione dei soggetti che possono sottrarsi alla disciplina e sono frequenti i rimandi dell'Accordo alle discipline nazionali (nell'individuare, ad esempio, la natura giuridica dell'appaltante). Ciò ha avuto effetti inattesi: enti non indicati negli allegati all'Accordo sono stati, ad esempio, ritenuti, dai Panel, soggetti alla sua applicazione in quanto "*associated*" ad un altro indicato nel GPA. Vale a dire quando l'ente partecipa della personalità giuridica dell'amministrazione inclusa nell'elenco e quando il primo agisce per conto del secondo (rapporto *principal-agent*). La scelta dell'ordinamento statale di

distinguere i soggetti giuridici è, in tal caso, ignorata alla stregua di un *escamotage* formale⁵.

Il secondo problema è che all'Accordo «mancano gli artigli». La misura di *compliance* alle regole sovranazionali risulta fortemente limitata da una serie di elementi strutturali: la capacità degli stati di incidere sull'ambito discrezionale di scelta dei contraenti delle amministrazioni; l'intrinseca problematicità di rimedi che operino retroattivamente, come la ripetizione delle somme legittimamente pagate all'appaltatore come corrispettivo della prestazione; l'esclusione di compensazioni finanziarie per i concorrenti ingiustamente esclusi dalle procedure già concluse, a causa della difficile valutazione economica; la scarsa pratica del ricorso ad un organo nazionale. Il meccanismo sovranazionale di risoluzione delle controversie è, inoltre, complesso, costoso e dagli esiti prevedibili.

Il maggior vantaggio dell'adesione all'Accordo è rappresentato, invece, dall'estensione di un nucleo di principi e di un minimo *standard* procedimentale ai contratti delle amministrazioni di Paesi ad ogni latitudine del globo, con tradizioni giuridiche e livelli di sviluppo economico molto diversi. La partecipazione al sistema di negoziazioni bilaterali (e di conseguenza, alle reciproche "concessioni" di apertura dei mercati nazionali) e la garanzia dell'applicazione di forme di tutela basilari – che discendono dall'incardinamento nel sistema OMC – sono condizioni favorevoli ad attrarre offerenti stranieri. In questa prospettiva va, altresì, inquadrata la distanza dal diritto UE⁶: il sistema

⁵ Caso *Korea Airport*, WT/DSB/M/84 del 19 giugno 2000, Relazione del Panel, par. 7.59.

⁶ Per una disamina approfondita del rapporto fra i due sistemi di regolazione degli appalti pubblici, H. Caroli Casavola, *The WTO and the EU: Exploring the Relationship between Public Procurement Regulatory Systems*, in *Global Administrative Law and EU Administrative Law*, E. Chiti e B.G. Mattarella (eds), Springer, 2011, 293-320; Id., *L'Omc, l'Ue e i contratti delle amministrazioni: il rapporto fra sistemi regolativi sovranazionali e globali*, in

OMC e l'adesione al GPA operano efficacemente a favore dell'adozione e dell'applicazione di quel nucleo essenziale di regole e *standard* procedurali e di tutela, pure riconosciuto dalla disciplina comunitaria, ben oltre i confini dell'Unione europea, negli ordinamenti nazionali di Paesi orientali e sudamericani con economie in forte sviluppo e crescenti opportunità commerciali nei settori d'attività pubblica.

Il GPA costituisce, inoltre, la principale fonte regolativa di riferimento di una cinquantina di accordi regionali (bilaterali o multilaterali) di libero commercio, stipulati fra paesi anche non confinanti, legati da comuni intenti politici, da interessi economici e/o da elementi di affinità culturale⁷. Di questi, venti recano una disciplina articolata della materia che se, per un verso, può non favorire – per i profili di differenziazione dal GPA – l'integrazione in un sistema globale, per l'altro, offre l'occasione di sperimentare soluzioni inedite, funzionali alla selezione e al progressivo consolidamento di una disciplina settoriale omogenea⁸. In particolare, con riferimento al Nafta va, infine, segnalata l' incisiva azione del Canadian International Trade Tribunal-CITT, un *independent quasi-judicial body*. Istituito nel 1994, tale organismo è stato il principale artefice di una radicale trasformazione del sistema e della politica degli appalti pubblici canadesi assicurando

Sistemi regolatori globali e diritto europeo, S. Battini, E. Chiti, G. Della Cananea, C. Franchini, B.G. Mattarella (eds), Milano, Giuffrè, 47-79.

⁷ Si pensi agli accordi fra le ex-colonie britanniche; su tale specifico significato dell'aggettivo "regionale", S. Cho, *Breaking the Barrier between Regionalism and Multilateralism: A New Perspective on Trade Regionalism*, in *Harvard International Law Journal*, 2000, 419 ss.

⁸ **ACCORDI REGIONALI E GPA**, R. Anderson, A.C. Müller, K. Osei-Lah, J. Pardo de León, P. Pellettier, *Government Procurement Provisions in Regional Trade Agreement A Stepping Stone to GPA Accession?*, in *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*, S. Arrowsmith, R. Anderson (eds), Oxford University Press, Oxford, 2011, 561-656.

effettiva tutela alle imprese nazionali e non, contro le decisioni adottate dalle autorità domestiche in violazione del GPA e del NAFTA⁹.

1.2. La disciplina dello sviluppo

Fra le istituzioni internazionali attive nella cooperazione allo sviluppo, la Banca mondiale ha elaborato nel tempo un corpo di regole autonomo sugli appalti delle pubbliche amministrazioni. Si tratta delle *Procurement Guidelines*¹⁰ adottate nel 1964 e applicate ai contratti collegati ai progetti di investimento in paesi cd. ad economia debole.

Tale regime, più volte modificato, riflette le caratteristiche dei progetti in prevalenza finanziati e lo stato evolutivo degli ordinamenti giuridici dei Paesi beneficiari. Se nel secolo scorso, infatti, l'Organizzazione puntava soprattutto su progetti infrastrutturali e industriali di larga scala, ora finanzia progetti sociali, di sviluppo rurale, di contrasto della povertà e su scala ridotta. Di conseguenza, il regime dei controlli che per questi ultimi in passato era

⁹ **SUL CITT:** A. Reich, *Government Procurement and Bid Challenging in Canada after Free Trade Agreement*, in *Canadian Business Law Journal*, vol. 18, 1991, 195-244; A. van Dyk, *Recent Changes in Canadian Government's Contracting Policy*, in *Public Procurement Law Review*, n. 7, 1998, 110; B. Ann, C. Allen, *Unintended Consequences: Procurement Policy and the Canadian International Trade Tribunal (Citt)*, in *Advancing Public Procurement: Practices, Innovation and Knowledge-sharing*, eds. G. Piga and K.V. Thai, PrAcademic Press, Boca Raton, 2007, 304.

¹⁰ **SULLE GUIDELINES FOR PROCUREMENT UNDER IBRD LOANS AND IDA CREDITS:** W. Debevoise, C. Yukins, *Assessing the World Bank's Proposed Revision of Its Procurement Guidelines*, in *The Government Contractor*, 2010, vol. 52, n. 21; M. de Castro Meireles, *The World Bank Procurement Regulations: A Critical Analysis of the Enforcement Mechanisms and of the Secondary Policies in Financed Projects*, University of Nottingham, 2006; R. Hunja, *Recent Revisions to the World Bank's Procurement and Consultants Selection Guidelines*, in *Public Procurement Law Review*, 1997, n. 6, 217; T. Tucker, *A Critical Analysis of the Procurement Procedures of the World Bank*, in S. Arrowsmith, A. Davies (eds), *Public Procurement: Global Revolution*, The Hague, Kluwer Law International, 1998, 139.

blando – trattandosi di un controllo preventivo non applicato a negozi giuridici di limitata consistenza economica – in anni recenti è cambiato: sono state introdotte misure più pervasive e soprattutto si sono intensificati i controlli successivi alla stipulazione dei contratti da parte delle autorità locali dei paesi finanziati.

Sebbene si tratti di *soft-law*, il regime risulta di fatto vincolante per le autorità appaltanti dei paesi finanziati. L'unica alternativa per questi è fra acconsentire a rispettare le *Guidelines* o vedersi negato il finanziamento.

Come il Gpa, le *Guidelines* individuano nella concorrenza un principio giuridico di fondamentale importanza per l'attività contrattuale delle amministrazioni. In alcuni casi, tuttavia, il regime regolativo avvantaggia le imprese dei Paesi che concorrono al finanziamento o quelle dei Paesi beneficiari, attraverso sistemi di preferenze¹¹. Sono questi i casi in cui la concorrenza incontra il limite degli obiettivi istituzionali della Banca mondiale¹².

Le regole dello sviluppo includono previsioni sulle specifiche tecniche, con preferenza per quelle internazionali, garanzie di trasparenza sia nella fase informativa pre-

¹¹ Sul principio di non discriminazione nelle *Guidelines*, F. Weiss, D. Kalogeras, *The Principle of Non-discrimination in Procurement for Development Assistance*, in *Public Procurement Law Review*, n. 1, 2005, 1-14. Sui "tied aid": G. Cataldi, *Gli aiuti c.d. «legati»: questioni aperte fra diritto allo sviluppo e obblighi internazionali ed europei in tema di concorrenza*, in *Problemi e tendenze del diritto internazionale dell'economia*, A. Ligustro, G. Sacerdoti (eds), cit., p. 3 ss.; con riferimento all'Omc, S. Arrowsmith, A. La Chimia, *Addressing Tied Aid. Towards a More Development-Oriented WTO?*, in *Journal of Int.al Economic Law*, 2009, n. 12, p. 707 ss.

¹² Il regime dettato dalle Linee guida è incentrato sulla regola dell'*International Competitive Bidding* -Icb (il metodo previsto alla parte II, parr. 2.1-2.68), mentre, in via di eccezione, fra gli *Other Methods of Procurement* (parte III, parr. 3.1-3.17) si annoverano la *National Competitive Bidding* -Ncb (par. 1.4), la *Limited International Bidding* -Lib (par. 3.2) e altre procedure ristrette, come nel caso del cd. *shopping* e *direct contracting*.

gara, in funzione di pubblicità e partecipazione¹³, sia nella procedura di aggiudicazione e successivamente, in funzione del pari trattamento. Sono altresì previste regole di condotta e di etica professionale in funzione anti-corruzione.

Manca, invece, un giudice indipendente o organismi centrali competenti a risolvere le controversie. I meccanismi di contestazione sono poco evoluti, limitati a forme di reclamo ad organi interni alla Banca e non comportano l'informazione né del direttore esecutivo competente per il paese membro, né di altre istituzioni internazionali erogatrici di finanziamenti allo sviluppo. La tutela da irregolarità e abusi non assegna ai concorrenti alle gare alcun ruolo attivo nel procedimento e consiste quasi esclusivamente nel sindacato giurisdizionale domestico. In paesi a economia debole, quest'ultimo può rappresentare una soluzione poco efficace a causa di situazioni di diffusa corruzione nazionale e finisce per diventare, comunque, una variante fondamentale nei calcoli degli investitori.

Non si danno garanzie generali di tutela cautelare e sanzioni economiche sono comminate – dal Department of Institutional Integrity – soltanto per i casi di frode, corruzione e collusione. In ordine a queste ultime si pone, peraltro, il problema della facile elusività attraverso modifiche del nome, della sede, della ragione sociale e altro. Scelte opportunistiche dello stesso tipo sono adottate anche dalle imprese multinazionali per avvantaggiarsi dei sistemi di preferenze nell'aggiudicazione di contratti delle amministrazioni dei paesi in via di sviluppo.

In tal senso, parametri e regole largamente condivisi – come quelli sottoscritti dagli oltre centotrenta paesi aderenti alla *Paris Declaration on Aid Effectiveness* – costituiscono lo strumento più efficace per favorire la convergenza degli ordinamenti nazionali e lo

¹³ **DIRITTO DELLO SVILUPPO E PRINCIPIO DI PARTECIPAZIONE:** I.D. Bunn, *The Right to Development and International Economic Law. Legal and Moral Dimensions*, Oxford, 2012; sul primo in generale, P. Dann, *Entwicklungsverwaltungsrecht*, Tubinga, 2011.

sviluppo di quelli meno evoluti verso il rispetto di un nucleo di principi fondamentali comuni al diritto dello sviluppo.

In questa prospettiva, la Banca mondiale ha di recente avviato (aprile 2012) un ampio programma di consultazioni pubbliche per la ridefinizione delle proprie procedure e la regolazione contrattuale¹⁴. L'iniziativa conferma, in definitiva, l'importanza del ruolo promotore di riforme interne dell'Organizzazione nei confronti dei paesi finanziariamente dipendenti dal sistema della cooperazione internazionale.

1.3 La disciplina della cooperazione transfrontaliera, degli investimenti e anticorruzione

Un folto gruppo di accordi e convenzioni sopranazionali è all'origine di un regime precipuamente qualificato dai rapporti economici transfrontalieri, di investimento e a rischio di corruzione internazionale.

I primi sono accordi per la tutela ambientale, relativi a fenomeni non localizzabili entro i confini statali (cambiamenti climatici, inondazioni e catastrofi naturali, altro). Dal rapporto di interdipendenza fra le collettività separate dal confine è in questi casi originata una proficua cooperazione regolativa: la Convenzione di Madrid del 1980¹⁵ ha costituito il

¹⁴ Si vedano i resoconti sul *Procurement Policy Review*, periodicamente pubblicati al sito <http://consultations.worldbank.org/consultation/procurement-policy-review-consultations>.

¹⁵ **LA COOPERAZIONE TRANSFRONTALIERA:** P.M. Dupuy, *La coopération régionale transfrontalière et le droit international*, in *A.F.D.I.*, vol. 23, 1977, 838; M. Perez Gonzales, *La coopération interregionale et sa possible couverture conventionnelle*, in Aa. Vv., *Le droit appliqué à la coopération interrégionale en Europe*, Parigi, 1995, 103; R. Seerden, *The public international law character of transfrontier agreements between decentralized*

framework di numerosi accordi conclusi alla fine del secolo scorso e nei primi anni Duemila¹⁶. Firmatari di tali accordi sono enti pubblici e privati infrastatali, privi della capacità di diritto internazionale¹⁷. Essi assumono la responsabilità anche finanziaria degli impegni derivanti dall'accordo, in via esclusiva; dunque, senza alcun coinvolgimento degli stati di appartenenza. Il regime dei contratti è in molti casi, un *mix* di discipline nazionali, sovranazionali e basilari misure procedurali (relative alla pubblicità e alla concorrenza delle procedure di aggiudicazione) ed ha nella disciplina convenzionale il suo confine naturale. Dipende da questa, fra l'altro, l'individuazione del giudice competente a decidere le controversie¹⁸.

Le tracce del fenomeno nel diritto pretorio sono comunque poche. Fra le più importanti, la pronuncia della Corte di giustizia sul caso *Secap*.¹⁹ Essa è valsa a definire i

authorities, in *Leiden J. Int'l L.*, n. 5, 1992, 187 ss.; M. Vidal, *Accountability and judicial review in the case of local transfrontier co-operation*, Global Administrative Law Seminar Working Paper, giugno 2006.

¹⁶ Se ne contano almeno undici, fra cui l'Accordo di Bayonne (fra Francia e Spagna, del 10 marzo 1995), quello di Karlsruhe (fra Francia, Germania, Lussemburgo e Svizzera, del 23 gennaio 1996), quello di Brussels (fra Francia e Belgio, del 16 settembre 2002), la Convenzione del Benelux (stipulata fra Lussemburgo, Olanda e Belgio, il 12 settembre 1986), l'accordo-quadro fra Italia e Austria (del 27 gennaio 1993), gli accordi di Isselburg-Anholt (fra Olanda e Germania, del 23 maggio 1991), di Roma (fra Italia e Francia, del 26 novembre 1993) e di Valencia (fra Spagna e Portogallo, dell'ottobre 2003), nonché gli accordi-quadro fra Italia e Svizzera (del 24 febbraio 1993), fra Finlandia e Russia (del 20 gennaio 1992) e fra la regione della Vallonia, la comunità belga di lingua tedesca, la regione del Nord-Reno Westfalia e del Palatinato del Reno (dell'8 marzo 1996).

¹⁷ S. Bariatti, *L'accordo nel sistema delle fonti e il diritto dei trattati*, in *Istituzioni di diritto internazionale*, S.M. Carbone, R. Luzzatto (eds), A. Santa Maria, 2^a ed., Torino, 2003, 82; G. Burdeau, *Les accords conclus entre autorités administratives ou organismes publics de pays différents*, in *Mélanges Reuters*, Paris, 1981, 103.

¹⁸ Si veda il caso *Tegos*, deciso dal Conseil d'Etat il 19 novembre 1999, sent. n. 183648.

¹⁹ C. giust. Ce 15 maggio 2008, *Secap e Santorso*, in causa C-147/06, proc. riun. C-147/06 e C-148/06. Fra le pronunce precedenti, C. giust. Ce *Commissione v. Irlanda*, 13 novembre 2007, in causa C-507/03, e C. giust. Ce 29 novembre 2007, in causa C-119/06.

caratteri di transfrontalità e certezza che rendono l'interesse pubblico all'aggiudicazione del contratto, meritevole di tutela per il diritto comunitario a prescindere dalla dimensione nazionale. Tali caratteri rappresentano, dunque, anche i limiti necessari al potere delle autorità sub-statali e locali di adottare regole contrattuali diverse da quelle nazionali. La denazionalizzazione dell'interesse pubblico fa il paio con la sua crescente de-localizzazione in funzione pro-concorrenziale. Le garanzie del diritto comunitario sono qui realizzate attraverso una giurisprudenza costituzionale particolarmente attenta all'apertura dei mercati nazionali²⁰.

Venendo ai rapporti internazionali di investimento, il regime risale alla Convenzione di Washington del 1965 e costituisce un sistema del tutto autonomo dagli ordinamenti nazionali²¹. Con i suoi quasi duemila accordi attuativi, si tratta del regime di gran lunga più rodato²². Tali accordi regolano i rapporti fra l'investitore straniero e lo Stato in cui l'investimento è realizzato (generalmente, stati in via di sviluppo). La Convenzione fornisce una copertura internazionale generale per tali accordi e attribuisce al Centro internazionale per il regolamento delle controversie da investimento (Cirdi o Tribunale Icsid) la competenza a decidere le dispute fra i contraenti. La relativa clausola fissa garanzie giuridiche sui rimedi e per le ipotesi di modifica della disciplina nazionale del paese in cui

²⁰ Sentt. C. cost. n. 207 del 2001 e n. 440 del 2006.

²¹ **CONVENZIONE DI WASHINGTON:** G. Sacerdoti, *La Convenzione di Washington del 1965 per la soluzione delle controversie fra Stati e nazionali di altri Stati in materia di investimenti*, in *Riv. dir. internaz. priv. process.*, 1969, 614 ss., A. Giardina, *La legge regolatrice dei contratti di investimento nel sistema ICSID*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n. 4, 1982, 677 ss.; P. Bernardini, *Le prime esperienze arbitrali del Centro internazionale per il regolamento delle controversie relative agli investimenti*, in *Riv. dir. internaz. priv. process.*, 1981, 29 ss., spec. 33.

²² **GIURISPRUDENZA ICSID:** L. Lankarani El-Zein, *Les contrats d'État à l'épreuve du droit international*, Bruxelles, 2001, e ivi B. Stern, *Préface*, IX ss.; più di recente, S. Schill, *Contracting with Foreigners: International Investment Law Implications*, in *Droit comparé des Contrats Publics - Comparative Law on Public Contracts*, R. Noguellou, U. Stelkens (eds), Brüssel, 2010, 63 ss.

l'investimento è realizzato. La distanza dal diritto internazionale si misura in rapporto al connubio di diritto nazionale e principi di diritto internazionale settoriali, valido per le fattispecie di mancata comune determinazione delle parti del diritto da applicare alle controversie²³. Le decisioni arbitrali del Tribunale divengono vincolanti in virtù e a seguito della comune determinazione delle parti dell'accordo. Le decisioni rilevanti nei rapporti con contraenti pubblici e disponibili attraverso i canali informatici rappresentano una minoranza²⁴ ed hanno perlopiù ad oggetto contratti di sviluppo economico e concessioni o contratti di pubblico servizio.

I problemi più ricorrenti posti all'attenzione del Tribunale concernono la determinazione della giurisdizione e l'ammissibilità della controversia. Il primo implica la definizione di *foreign investment* ("contratto di investimento estero o internazionale"): essa trova, nella giurisprudenza Icsid, interpretazione estensiva, includendo, fra l'altro, i diritti di natura economica derivanti da contratti di esecuzione di opere (decisione *Salini-Marocco*)²⁵. I giudici hanno elaborato, in proposito, un apposito *test*, fondato sulla valutazione di cinque parametri di rilevanza del contratto d'investimento internazionale ai fini della giurisdizione Icsid. Il secondo problema è collegato alla difficile distinzione fra vicende dell'accordo bilaterale e vicende del contratto. In rapporto ad esse, infatti, il soggetto pubblico può giocare un duplice ruolo: esercitare un potere sovrano o agire come un normale contraente. Ciò presenta significative ricadute sul piano della tutela del contraente privato in ipotesi, ad esempio, di contratti inclusivi di clausole recanti l'esclusiva giurisdizione amministrativa nazionale in ordine alle contestazioni sull'interpretazione e l'applicazione del contratto (decisione *Vivendi*). Su cosa sia un organismo pubblico, il

²³ K.V.S.K. Nathan, *Icsid Convention*, New York, 2000, 70 ss.

²⁴ La maggioranza dei casi controversi si conclude con un accordo conciliativo.

²⁵ Si vedano, inoltre, le decisioni *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, n. ARB/01/8 e 17 luglio 2003, in I.L.M., v. 42, 2003, 788, e *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, (*Stati Uniti d'America v. Italia*) in I.C.J. Reports 1989, 15, par. 73.

diritto sviluppato dall'Icsid evidenzia l'importanza del criterio della personalità giuridica e degli indici di autonomia. La clausola Icsid trova applicazione soprattutto nei casi di enti pubblici chiaramente indicati nel contratto d'investimento come enti distinti dallo Stato²⁶.

Il terzo set di regole sopranazionali (sui contratti con le amministrazioni) persegue l'obiettivo della lotta transnazionale alla corruzione dei funzionari pubblici. Si tratta di un regime derivato dalla Convenzione Ocse del 1997²⁷ e da ultimo accolto nel nuovo testo del GPA, tramite il riconoscimento del principio di contrasto della corruzione e prevenzione dei conflitti di interesse. In linea con la Convenzione, gli ordinamenti giuridici dei principali paesi esportatori puniscono come reato la corruzione dei funzionari pubblici stranieri. Si è in tal modo superata la "variante normativa" per cui alcuni stati non perseguivano o addirittura consentivano di dedurre dalle tasse le elargizioni delle imprese nazionali ai funzionari stranieri, giustificate come spese di intermediazione o "sponsorship" (per rispetto di tradizioni culturali locali del paese dell'appaltante) ed è, invece, esteso l'approccio statunitense al problema (si vd. *Foreign Corrupt Practices Act-Fcpa*). In base alla Convenzione, inoltre, il reato è imputabile anche a carico delle persone giuridiche. Per evitare sanzioni, alle imprese interessate a concludere contratti con enti pubblici è richiesta l'adozione di schemi organizzativi e procedure interne atte a garantire la prevenzione di condotte corruttive. Si tratta di oneri funzionali a realizzare un interesse pubblico

²⁶ In proposito prevale la tendenza ad interpretare restrittivamente l'ambito di applicazione soggettivo della clausola.

²⁷ **CONVENZIONE OCSE:** C.F. Corr, J. Lawler, *Damned If You Do, Damned If You Don't? The Oecd Convention and the Globalization of Anti-Bribery Measures*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, n. 32, 1999, 1249; B. Crutchfield George e al., *The 1998 OECD Convention: an Impetus for Worldwide Changes in Attitudes Toward Corruption in Business Transactions*, in *American Business Law Journal*, 2000, 485; N.M. Rubin, *A Convergence of 1996 and 1997 Global Efforts to Curb Corruption and Bribery in International Business Transactions: The Legal Implications of the Oecd Recommendations and Convention for the United States, Germany and Switzerland*, in *American University International Law Review*, 1998, n. 14, 257; G. Sacerdoti, *The 1997 Oecd Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*, in *International Business Law Journal*, 1999, n. 1, 3-17.

transnazionale – quello a un commercio internazionale non inquinato dalla corruzione (dei funzionari) – fondamentale per accrescere le occasioni di profitto degli operatori economici privati.

I giudici italiani hanno per la prima volta ravvisato tale fattispecie di reato e applicato l'istituto della responsabilità penale d'impresa nella decisione *Enelpower*²⁸. Tale pronuncia è valsa a riconoscere le norme sopranazionali immediatamente vincolanti e il giudice nazionale colui che ne assicura l'applicazione nei confronti di concorrenti stranieri. Gli interessi pubblici globali tutelati da tali regole si impongono agli operatori nazionali contraenti in conseguenza alla ratifica della Convenzione da parte degli Stati aderenti. Le differenze nell'attuazione nazionale non inficiano gli effetti vincolanti dell'atto sopranazionale. Spetta alle corti domestiche rendere effettivo il regime emergente, preservando il rapporto fra fonti giuridiche interne e internazionale.

Sul modello della Convenzione di Madrid, numerose iniziative regolative sono state promosse da varie organizzazioni internazionali (Onu, Oas) e hanno introdotto nella disciplina del personale pubblico addetto agli appalti, specifici principi anticorruzione e antiriciclaggio come quello di « integrity »²⁹.

²⁸ Ord. del giudice delle indagini preliminari del Tribunale di Milano, di applicazione di misura interdittiva, 28 aprile 2004, annotata da U. Draetta, *Prime sanzioni interdittive in Italia a carico di persone giuridiche per corruzione di pubblici ufficiali*, in *Dir. del comm. intern.*, 2004, 241-44, e commentata da L. Borlini, *La lotta alla corruzione internazionale: le Convenzioni dell'OCSE e delle NU, il caso Enelpower, la "tangentopoli" irachena*, in *Comunità intern.*, 2005, 75-95.

²⁹ Fra le altre, la Convenzione Inter-americana contro la corruzione, promossa dall'Organizzazione degli Stati americani (Oas, adottata il 29 marzo 1996), quella dell'Unione africana, sulla prevenzione e il contrasto alla corruzione (del 2002) e la *United Nations Convention Against Corruption-Uncac*, firmata a Merida, il 31 ottobre 2003.

2. COSTANTI E DIFFERENZE FRA I REGIMI EMERGENTI

Dall'esame dei quarantasei complessi normativi considerati emerge innanzitutto una novità rilevante: l'estensione considerevole del diritto dei contratti pubblici di derivazione ultrastatale.

Si tratta di un fenomeno recente, sviluppatosi soprattutto a cavallo fra i due secoli.

L'analisi sistematica delle regole e degli *standard* rilevanti evidenzia, inoltre, importanti costanti e varie differenze.

Fra le prime, innanzitutto, vi è che i complessi indicati, nel loro insieme, pongono rilevanti limiti al potere degli Stati di disciplinare la materia e di scegliere i contraenti delle amministrazioni. I dati sul volume dei contratti e il valore dei servizi interessati misurano il fenomeno nella sua realtà concreta ed evidenziano la rilevanza principalmente economica del potere in oggetto.

In secondo luogo, i complessi normativi globali discendono da atti consensuali. Per la maggior parte essi sono stati adottati in forme pattizie (accordi e convenzioni). Ciò rende i relativi regimi inclusivi, vale a dire aperti a tutti gli Stati, anche se non effettivamente parti. Accanto a vincoli di natura consensuale si registra anche il ricorso a strumenti di *soft law* (ad es. le raccomandazioni Ocse, le Linee-guida della Banca mondiale e i *Procurement Manuals* dell'Onu), manifestazione di una giuridicità più ampia di quella gerarchicamente

UNCAC: P. Neumann, *United Nations Procurement Regime*, Frankfurt, Lang, 2008; C.R. Yukins, *Integrating Integrity and Procurement: The United Nation Convention against Corruption and the Uncitral Model Procurement Law*, in *Public Contract Law Journal*, 2007.

ordinata della concezione positivista tradizionale³⁰. In tali casi, il peso delle posizioni degli enti coinvolti nei processi di elaborazione e di coloro che sono soggetti all'applicazione di tali discipline varia notevolmente e può essere talora del tutto nullo. Alcuni regimi sono, invece, dettati da accordi bilaterali. Si pone, pertanto, il problema di delimitare di volta in volta l'ambito soggettivo degli effetti delle regole globali.

In terzo luogo, sebbene volti a perseguire obiettivi diversi – dal commercio, alla cooperazione allo sviluppo, gli investimenti e l'anti-corruzione e riciclaggio –, i regimi considerati enunciano alcuni principi comuni: la concorrenza, la trasparenza, la pubblicità, l'imparzialità e la correttezza, il giusto procedimento.

Tali principi trovano applicazione in gradazione diversa secondo le finalità della disciplina. Un esempio è offerto dalle regole sulla qualificazione degli operatori concorrenti e sui presupposti di esclusione: più rigide (le prime) e minori (i secondi) nelle *Guidelines* (Bm) rispetto al GPA. Procedure competitive e aperte rivestono, infatti, per la Banca mondiale importanza relativa rispetto all'obiettivo principale della cooperazione allo sviluppo.

In quarto luogo, a fronte di un minimo comun denominatore di principi, gli atti da cui discendono i regimi considerati, pongono *standard* tecnici specifici. Il caso più significativo è rappresentato dalle deroghe alla non discriminazione e al pari trattamento dei concorrenti. Fra gli *standard* rilevanti, le specifiche tecniche hanno la caratteristica di costituire una parte del contratto generalmente predefinita dal complesso regolativo globale (cui il contratto è soggetto). Il rafforzamento del *favor* per quelle internazionali è, in tal senso, un'importante limitazione delle tendenze protezionistiche statali (alla base

³⁰ Sull'ampliamento della sfera della giuridicità, conseguente alla globalizzazione del diritto, si vedano le riflessioni di S. Cassese, *Eclissi o rinascita del diritto?*, e di G.U. Rescigno, *Pluralità di ordinamenti ed espansione della giuridicità*, in *Fine del diritto?*, P. Rossi (ed), Bologna, 2009, rispettivamente a 29 ss. e 81 ss.

dell'adozione di specifiche nazionali) accentuatesi in conseguenza della crisi economica degli ultimi anni³¹.

In quinto luogo, le disposizioni sostanziali e procedimentali che formano il *corpus* normativo di tali sistemi sono rivolte direttamente e producono effetti nei confronti dei cittadini e delle amministrazioni degli Stati interessati. Inoltre, l'attività posta in essere dagli organismi rilevanti – enti regolatori, comitati, funzionari pubblici, gruppi di esperti – ha natura essenzialmente amministrativa (dai procedimenti ai controlli), come pure gli strumenti impiegati nelle sue varie fasi (di regolazione, decisione e applicazione). Ciò, in particolare, apre la strada all'ipotesi della riconducibilità del fenomeno alle caratteristiche ritenute significative dalla riflessione giuridica maturata intorno al *Global administrative law*³². L'applicazione di tali complessi regolativi è riferibile ad un ambito denazionalizzato,

³¹ Su crisi economica e protezionismo commerciale, di recente, F. Erixon, R. Sally, *Trade, Globalisation and Emerging Protectionism Since the Crisis*, European Center for International Political Economy Working Paper n. 2, 2010, 8, e A. Krueger, *Protectionism and the crisis*, in *The Collapse of Global Trade, Murky Protectionism, and the Crisis: Recommendations for the G20*, R. Baldwin, S. Evenett (eds), London, Centre for Economic and Policy Research, 2009, 37. Su protezionismo e appalti pubblici, da ultimo, J. Linarelli, *Global Procurement Law in Times of Crisis: New Buy American Policies and Options in the WTO Legal System*, in *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*, cit., 773 ss., G.C. Hufbauer, J.J. Schott, *Buy American: Bad for Jobs, Worse for Reputation*, Peterson Institute for International Economics Policy Brief No. PB09-2 (2009), S.L. Schooner, C.R. Yukins, *Tempering "Buy American" in the Recovery Act - Steering Clear of a Trade War*, in *Government Contractor*, n. 10, 2009, 78, e Id., *Public Procurement: Focus on People, Value for Money and Systemic Integrity, not Protectionism*, in *The Collapse of Global Trade, Murky Protectionism, and the Crisis: Recommendations for the G20*, cit., 87-92.

³² L'inquadramento teorico del GAL si deve a S. Cassese, *Il diritto amministrativo globale: una introduzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, n. 3, 657, S. Cassese, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, Einaudi, 2009, 20-22, B. Kingsbury, N. Krisch e R. Stewart, *The Emergence of Global Administrative Law*, in *Law & Contemporary Problems*, 2005, vol. 68, n. 3/4, 15-61, spec. 20.

individuato a prescindere, dunque, dal territorio degli Stati. Essa, infine, si impone in molti casi anche contro la volontà degli Stati stessi, in virtù di meccanismi di *enforcement*.

Le differenze maggiori, d'altro canto, attengono soprattutto all'ambito applicativo e alle caratteristiche e all'efficacia di tali meccanismi. Quanto al primo, la fisionomia e il novero dei soggetti pubblici tenuti a rispettare le regole globali cambia secondo i complessi normativi: si pensi, in proposito, agli elenchi di autorità appaltanti tassativamente indicate negli allegati al GPA. Quanto alle seconde, in alcuni casi opera un giudice appositamente costituito (come il Tribunale Icsid e il *Dispute Settlement Body* dell'OMC), in altri, a rendere effettivi tali regimi provvedono le corti nazionali attraverso il sindacato interno (come per le *Guidelines* e nel caso *Enelpower*). Ancora, per le ipotesi di violazione, in alcuni casi sono previste tutele cautelari, sanzioni interdittive e diritti economici al risarcimento del danno; in altri, soltanto la restituzione dei fondi erogati (come nel caso della disciplina dello sviluppo). Di conseguenza, il fenomeno appare per questo profilo frammentario, disomogeneo e non privo di contraddizioni; in tutto simile, dunque, alla manifestazione di un paradigma nuovo, ad uno stadio evolutivo ancora iniziale.

3. LE RECIPROCHE INTERAZIONI E GLI INNESTI DEL REGIME GLOBALE CON LA DISCIPLINA NAZIONALE

In conseguenza alla diffusione e all'applicazione dei complessi normativi globali, la disciplina nazionale dei contratti delle pubbliche amministrazioni perde carattere di esclusività in ordine alla materia. L'impatto di questo diritto globale sugli ordinamenti nazionali si accresce nel tempo. Esso ha il merito di dettare una regolazione comune che permette – anche in virtù di una interpretazione omogenea e non più diversificata, come quella espressione del solo livello nazionale – l'estensione più ampia di principi rilevanti per il buon operato delle pubbliche amministrazioni, come la concorrenza o la trasparenza. Al contempo, è un diritto con margini di miglioramento ancora ampi.

L'apporto innovativo delle discipline domestiche è di vario segno: le regole incidono sulla modalità di ordinazione degli interessi, sul piano procedimentale, sulle forme degli atti, sui meccanismi.

3.1 La discontinuità funzionale

L'apporto innovativo del regime emergente consiste, innanzitutto, nel superamento della logica originaria del modello contrattuale nazionale. Nel nostro ordinamento, come in quello francese, la disciplina dell'evidenza pubblica e le disposizioni sulle gare erano contenute in leggi di contabilità. L'approccio normativo tradizionale perseguiva, dunque, l'obiettivo di riduzione della spesa pubblica. Si imponeva, in altri termini, l'esigenza di scegliere il contraente che offriva un prezzo più basso o la soluzione più efficace a buon prezzo.

Il diritto globale incide ora sui modelli nazionali apportando nuove esigenze, quali la tutela della concorrenza tra imprese di differente nazionalità, la promozione degli scambi commerciali, il sostegno allo sviluppo mondiale, gli investimenti internazionali e il contrasto alla corruzione. Si tratta di esigenze che uno stato non può da solo soddisfare. Occorre, invece, una concorrenza di attività di regolatori e operatori pubblici e privati diversi per nazionalità e altri caratteri (ad esempio il livello di governo).

Dalla moltiplicazione degli interessi rilevanti deriva che i poteri sono esercitati in modo discontinuo, per perseguire funzioni fra loro diverse. Il regime funzionale delle disposizioni sostanziali e procedimentali è – in altri termini – *multiple-interests*. Alcuni interessi richiedono di disapplicare norme nazionali incompatibili con quelle globali: è il caso, riferito al GPA, della rimozione dell'ostacolo al commercio internazionale della penale stabilita dell'ordinamento del Massachusetts a carico delle imprese contraenti con le amministrazioni quando esse abbiano anche interessi economici in Birmania. Altri interessi richiedono il contrario: come nel caso del *Third Fisheries Project*, un progetto per lo sviluppo del Bangladesh, finanziato dalla Banca mondiale, il cui *staff* ha dovuto disapplicare la procedura competitiva (*International Competitive Bidding*) e le regole di

qualificazione degli offerenti per raggiungere il *target* di beneficiari definito per l'intervento.

A livello globale, gli interessi nazionali risultano spesso frammentati, aggregandosi – secondo il caso – fra loro o con interessi di organismi sopranazionali e in contrasto con altri interessi nazionali. Accanto agli interessi economici “puri” si rafforzano progressivamente interessi ambientali, sociali, legati all’eguaglianza razziale e altri di carattere non-economico³³. Gli interessi pubblici e collettivi possono convergere o divergere da quelli privati. Questi ultimi, infine, seguono dinamiche volte a sfruttare i “differenziali di interesse”³⁴ che emergono dalla pluralità delle regolazioni globali dei contratti.

Nel complesso, l’attrazione verso il diritto globale crea negli ordinamenti nazionali effetti di relativa armonizzazione giuridica. Gli interessi transfrontalieri organizzati, ad esempio, risultano non completamente governabili da parte di un solo Stato. Essi determinano, dunque, un progressivo slittamento dei confini fisici della sovranità nazionale, finendo per incidere sull’ultimo baluardo della concezione tradizionale dello Stato, il territorio.

³³ Sugli interessi non economici rilevanti nella regolazione della materia: A. Blüthner, *The Global Compact and the WTO “Trade ands” – Implementing Universal Value in the Globalization Process*, in *WTO-Recht und Globalisierung*, M. Nettesheim, G. G. Sander (eds), Berlino, Duncker & Humblot, 2002, 313-334; C. McCrudden, *Buying Social Justice. Equality, Government Procurement & Legal Change*, Oxford University Press, 2007; D.W. Leebron, *Linkages*, in *The Boundaries of Wto*, in *American Journal of International Law*, 2002 (96), 5.

³⁴ Si veda S. Cassese, *L’arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, 607 ss., spec. 643 ss., mentre con riferimento ai *black holes* dei regimi globali, Id., *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, Einaudi, 2009, 143.

3.2 Il concorso di regole nazionali e globali

L'apporto innovativo del regime emergente consiste, in secondo luogo, nel superamento dell'ordinamento nazionale come punto di riferimento esclusivo della disciplina della materia.

Considerati unitariamente, diritto nazionale e diritto globale mostrano di non essere perfettamente integrati; essi piuttosto concorrono a definire una disciplina nuova, in cui interagiscono disposizioni di diversa provenienza.

Provenienza ultrastatale hanno perlopiù strumenti specifici, come gli *standards* tecnici e i requisiti di aggiudicazione. In ordine a tali aspetti, sono i regolatori globali a determinare il contenuto contrattuale e i criteri procedurali. Un esempio significativo è offerto dagli standard Iso, Cen e Astm, in materia ambientale, di sicurezza, di qualità gestionale e di responsabilità sociale³⁵: una consolidata giurisprudenza internazionale (Dsb dell'Omc)³⁶ e regole della Banca mondiale³⁷, dell'Ue³⁸, del Nafta e di vari accordi di libero

³⁵ **STANDARD ISO**: K. Tamm Hallström, *Organizing International Standardization: ISO and the IASC in Quest of Authority*, Cheltenham, 2004; Id., M. Boström, *Transnational Multi-stakeholder Standardization: Organizing Fragile Non-State Authority*, Cheltenham, Elgar, 2010; Roht-Arriaza, *Shifting the Point of Regulation: the International Organization for Standardization and Global Lawmaking on Trade and the Environment*, 22 *Ecology Law Quarterly*, 1995, 479 ss., spec. 486; su un caso specifico, A. Prakash, M. Potoski, *Racing to the Bottom? Trade, Environmental Governance, and ISO 14001*, in *American Journal of Political Science*, vol. 50, n. 2, aprile 2006, 351.

³⁶ Fra le controversie relative al GPA rileva il caso *Japan – Procurement of a Navigation Satellite*, WT/DS73. La vicenda è descritta da E. Clerc, *La mondialisation des marchés publics: bilan et perspectives de l'accord OMC sur les marchés publics*, in *Les marchés publics à l'aube du XXIe siècle*, Batselé et al., Bruxelles, 2000, 176-177.

³⁷ Fra gli altri, l'Iso 2859 e l'Iso 4074 si applicano agli appalti di attività di sminamento e delle forniture di prodotti sanitari (World Bank, *Landmine Clearance Projects: Task Manager's Guide*, 1° novembre 2003 (NWP 28070), e *Procurement of Health Sector Goods*, maggio 2000).

commercio pesano a favore della loro adozione nei contratti conclusi dalle amministrazioni come dai privati.

Gli stati sono spesso vincolati a non disporre diversamente e il potere discrezionale tradizionalmente riconosciuto alle amministrazioni nazionali viene eroso da limitazioni estranee al diritto interno.

In tal senso, la globalizzazione della disciplina dei contratti pubblici innesca un processo di omogeneizzazione dei contenuti giuridici a livello internazionale, con ricadute importanti sugli ordinamenti nazionali.

Così, nell'ordinamento italiano, il d.lgs. 13 aprile 2006, n. 163, Codice dei contratti pubblici, all'art. 18, esclude dall'ambito della propria applicazione i contratti «aggiudicati in base [...] alla particolare procedura di una organizzazione internazionale» (comma 1)³⁹. Ciò equivale a dire che, ai contratti aggiudicati in base ad uno degli indicati complessi normativi globali, non si applicano le previsioni del Codice con essi incompatibili; in tali casi, infatti, il primo recede dinanzi ai secondi.

In tutti gli altri casi, recepiti i principi fondamentali sanciti a livello globale, vale la determinazione del regolatore nazionale: un esempio è fornito dalla fase esecutiva dei

³⁸ Sulla politica europea di delega all'European Committee for Standardization-Cen e all'European Committee for Electrotechnical Standardization-Cenelec dell'elaborazione, ove necessario, di *standard* uniformi, H. Schepel, *The Constitution of Private Governance: Product Standards in the Regulation of Integrating Markets*, Oxford, 2005, 201.

³⁹ **CODICE DEGLI APPALTI:** C. Franchini (eds.), *I contratti di appalto pubblico*, Torino, UTET, 2010; C. Franchini (eds.), *I contratti con la pubblica amministrazione*, Torino, UTET, 2007, I e II, in P. Rescigno – E. Gabrielli (eds.), *Trattato dei contratti*, Torino, UTET, 2007; M. D'Alberti, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Diritto amministrativo*, 2008, 301 ss.; M. Clarich (eds.), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2010.

contratti, che, a differenza di quella dell'evidenza pubblica, ha una limitata regolazione ultrastatale e rimane, pertanto, soggetta in prevalenza a regole interne.

Il problema è che gli ordinamenti nazionali spesso resistono al vincolo di scopo derivante dal regime sopranazionale⁴⁰. In tali ipotesi, l'apporto innovativo può consistere in incidenze abbastanza impreviste, come quelle che riguardano alcuni dispositivi istituzionali (es. nel caso *Korea Airport*).

In definitiva, non soltanto il legislatore e le amministrazioni domestiche – nel loro operare – sono tenuti a rispettare oltre a quello nazionale ed europeo, anche il diritto globale, ma nei casi di controversie, in mancanza di un giudice sopranazionale competente a deciderle, spetta ai Tribunali nazionali rendere effettive le regole e gli *standard* globali (come nel menzionato caso *Enelpower*). A tal fine, questi ultimi non possono ignorare né gli atti da cui il diritto globale discende, né – quando si dia il caso – l'interpretazione fornita da organismi di *international adjudication*.

Tali organismi hanno ripetutamente mostrato la tendenza ad interpretare i complessi normativi esistenti non soltanto in termini ampliativi dell'ambito della propria giurisdizione, ma altresì in modo da desumerne o elaborare nuovi criteri e regole (come negli arbitrati Icsid e nella giurisprudenza del Citt).

3.3 I profili istituzionali

Nel fenomeno dei contratti convergono tutti gli aspetti significativi della globalizzazione del diritto: l'indebolimento relativo della sovranità degli stati,

⁴⁰ In ambito europeo, si veda l'analisi di G. Vesperini, *Il vincolo europeo sui diritti amministrativi nazionali*, Milano, Giuffrè, 2011.

l'ampliamento delle fonti, il carattere orizzontale e verticale dell'interazione fra i sistemi giuridici.

Tale interazione consiste, in prevalenza, nell'operare di nuove istituzioni giuridiche, organismi indipendenti, di natura giurisdizionale, quasi-giurisdizionale o amministrativa. A queste ultime l'esercizio della funzione di tutela degli interessi globali è attribuito quasi sempre in esclusiva, al fine di evitare il condizionamento da parte di attori nazionali e locali (si pensi al Ctt e ai rischi di "cattura" delle autorità con poteri decisionali in materia). I nuovi enti approntano gli strumenti pratici di valutazione comparativa, di individuazione dell'interesse o degli interessi meritevoli di tutela e ne perseguono la soddisfazione attraverso soluzioni amministrative rispettose delle regole globali e adeguate alle specificità nazionali. Operano, così, da *trait d'union* fra sistemi consolidati ed emergenti.

Sebbene manchi un unico centro ordinatore o un sistema di raccordo organico, esistono forme di frequente cooperazione fra le istituzioni globali e fra queste e gli organi giurisdizionali e amministrativi nazionali, che rispondono a logiche di azione collettiva⁴¹. Esse si traducono in rapporti di *deference* reciproca fra enti dotati di analoghe competenze ai vari livelli di governo (sopranazionale, statale e infrastatale), ovvero in contatti attraverso canali informali nella cerchia del personale dirigente. In applicazione delle Convenzioni Ocse e Onu sono, ad esempio, istituiti appositi uffici dell'amministrazione centrale degli Stati aderenti – come il Servizio anticorruzione e trasparenza (SeAT) del Ministero per la pubblica amministrazione e l'innovazione – che rappresentano i principali interlocutori nazionali delle organizzazioni internazionali e di quelle non governative interessate a

⁴¹ P.G. Cerny, *Globalization and the Changing Logic of Collective Action*, in *International Organization*, 1995, 49, n. 4, Autumn, 620, ora in J.A. Frieden, D.A. Lake (eds.), *International Political Economy: Perspectives on Global Power and Wealth*, London, Routledge, IV ed., 2000. Sulla *governance* nello spazio giuridico globale, S. Cassese, *The Global Polity. Global Dimensions of Democracy and the Rule of Law*, Global Law Press, Editorial Derecho Global, 2012.

monitorare i fenomeni rilevanti (quali Transparency International). È questo il caso di organismi di natura pubblica, talora dipendenti, spesso indipendenti dal governo. Negli accordi transfrontalieri si realizza e opera, invece, un vero e proprio *network* di soggetti pubblici e privati: si tratta di un complesso ibrido di organismi diversi per struttura e regolazione.

Si registrano, inoltre, interconnessioni operative non riconducibili ad alcuno specifico modello organizzativo (come la delegazione di poteri o la relazione *principal-agent*), che possono rappresentare lo stadio primordiale di un fenomeno complesso, originale e per gran parte spontaneamente improntato a dinamiche economiche.

In tale prospettiva emerge, infine, come l'impostazione pro-concorrenziale prevalente nel diritto globale confermi la sostanziale omogeneità dell'istituto del contratto nelle varie applicazioni operative e accentui, in definitiva, la tendenza al superamento degli ambiti tradizionali di riferimento negli ordinamenti interni, in particolare, la dicotomia tra diritto pubblico e diritto privato⁴².

⁴² Valga ad esempio la nozione di appalto pubblico, ampliata a ricomprendere «tutte le fattispecie attraverso le quali i soggetti pubblici si procurano utilità in via convenzionale, rivolgendosi al mercato, comprese quelle che hanno natura diversa dai rapporti che rientrano nel contratto di appalto privato di cui al codice civile» (C. Franchini, *Intervento*, Atti dell'incontro su *La globalizzazione dei contratti delle pubbliche amministrazioni*, Roma, 26 novembre 2012, dattiloscritto, 18).

DICOTOMIA DIRITTO PUBBLICO / DIRITTO PRIVATO: M. Freedland, J.B. Auby, *The Public Law/Private Law Divide: Une Entente Assez Cordiale?*, Oxford, 2006; P. van Ommeslaghe, *Le droit public existe-t-il?*, in *Le droit public survivra-t-il à sa contractualisation?*, Aa.Vv., Bruylant, Bruxelles, 2006, 15 ss.; M. Fromont, *L'évolution du droit des contrats de l'administration. Différences théoriques et convergences de fait*, in *Droit comparé des Contrats Publics - Comparative Law on Public Contracts*, R. Noguellou, U. Stelkens (eds), Bruylant, Bruxelles, 2010, 263 ss.; A. Benedetti, *I contratti della pubblica amministrazione fra specialità e diritto comune*, Torino, Giappichelli, 1999; G. Napolitano, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003; N. Symchowicz, *Droit public des montages contractuels complexes*, Paris, 2003.

4. SITI DI INTERESSE

www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_gpa_e.htm/ WTO Government Procurement Agreement

www.worldbank.org/html/opr/procure/ World Bank Procurement Guidelines

www.citt-tcce.gc.ca/ Canadian International Trade Tribunal International
<http://icsid.worldbank.org/> Centre for Settlement of Investment Disputes

www.oecd.org/ Organisation for Economic Co-operation and Development

www.oecd.org/daf/anti-bribery/oecdantibriberyconvention.htm/ Oecd Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions

www.bilaterals.org / Bilateral Trade Agreements

<http://rtais.wto.org/UI/PublicMaintainRTAHome.aspx/> Regional Trade Agreements Information System

www.unodc.org/unodc/crime_signatures_corruption/html/ United Nations Convention Against Corruption

www.avcp.it/ Autorità per la vigilanza sui Contratti pubblici

www.consip.it/ Consip S.p.A.

www.planpublicprocurement.org/main/ Procurement law academic network

www.contracts-publics.net/inhalte/home.asp/ Public contracts in legal globalization

PUBLIC PROCUREMENT AND GLOBALIZATION

ANNUAL REPORT – ITALY - 2013

(December 2013)

Prof. Hilde CAROLI CASAVOLA

INDEX

1. GLOBAL RULES ON PUBLIC PROCUREMENT

1.1 International trade rules (p. 3)

1.2 Aid development regime (p. 10)

*1.3 Trans-frontier cooperation, investment and anti-corruption regimes
(p. 13)*

2. CONVERGING AND CONFLICTING GLOBAL STANDARDS (p. 19)

**3. MUTUAL IMPACT AND INTERACTIONS BETWEEN GLOBAL AND NATIONAL
REGIMES (p. 22)**

3.1 Functional issues (p. 22)

3.2 The impact of global regimes on national legal orders (p. 25)

3.3 Institutional aspects (p. 27)

4. WEBSITES (p. 30)

1. GLOBAL RULES ON PUBLIC PROCUREMENT

During the last thirty years public procurement has been characterized by « an unprecedented diffusion of sophisticated (...) **regimes** on a global scale ».¹

More than forty supranational sets of rules have been established by a variety of international organizations, institutions and bodies exercising regulatory power over contracting.

Such rules and standards formulated outside a national context, primarily call upon international trade, development, cooperation, investment and money laundering. These sets of rules concur with domestic regulations to discipline the same issues. In this sense, economic and legal globalization caused increasing challenges in public procurement.

Among the supranational rules-setters, a prominent role is played by the World Trade Organization (WTO),² the World Bank³ and the Regional Development Banks, as well as the various States bound by formal bilateral and multilateral agreements, the Organization for Economic Co-operation and Development-OECD, the United Nations, the International Centre for Settlement of Investment Disputes-ICSID and the Canadian International Trade Tribunal-CITT. The regulatory activity of these global actors has a strong impact on national procurement systems.

Why do international organizations adopt global rules on public contracts? Which characteristics can be found in identifying these

¹ J.J. Schwartz, *On Globalization and Government Procurement*, in *Public Procurement. The Continuing Revolution*, S. Arrowsmith, M. Trybus (eds), Kluwer Law International, The Hague, 2003, 23 ff., esp. 44.

² The plurilateral agreement on government procurement (Government Procurement Agreement - the "GPA") was negotiated during the Tokyo Round (1979) and the Uruguay Round (1986-1994).

³ The World Bank is to be taken as the organization managing funds provided by the International Bank for Reconstruction and Development (IBRD) and the International Association for Development (IDA).

procurement regimes? And how these regimes impact on domestic legal order?

To answer these questions is useful to focus on a four steps analysis. First, an accurate survey of the historical origins and different cultural background of the single sets of rules already indicated⁴. Second, it is necessary to consider the specific rules and standards set by each organization and regulatory body. Third, by studying the concrete application and material results of the relevant dispute settlement and compliance systems. Finally, the national legal order has be overlooked to test the validity of the traditional approach and the analytical framework so far used, to explain the most recent transformations.

1.1 International trade rules

The opening of public contract sector to competition in the last three decades has been determined by several concurring factors.

Administrations and public authorities find increasingly convenient to negotiate contracts with foreign competitors that may offer goods and services at lower price than national ones. Technological developments (in transport systems, information and communications) and enlargement of free movement areas have significantly improved the opportunities for economic operators (including administrations) to avoid extra-costs and save consistent amounts of money even in traditional home-biased sectors, like public procurement.

Globalization or “internationalization”⁵ is mainly due to the ambitious initiative launched by the International Trade Organization in 1946: the

⁴ H. Caroli Casavola, *Internationalizing Public Procurement Law: Conflicting Global Standards for Public Procurement*, in *Global Jurist, Advances*, Vol. 6, n. 3, 2006, 1- 30.

⁵ **INTERNATIONALISATION AND GLOBALISATION OF PUBLIC PROCUREMENT** : J.B. Auby, *L'internationalisation du droit des contrats publics*, in *Droit administratif*, agoust- september 2003, p. 5-10, ID., *La globalisation, le droit et l'États*, Paris, Montchrestien, 2003, 37 ff.; J.I. Schwarz, *On Globalization and Government Procurement*, in *Public Procurement. The Continuing Revolution*, S. Arrowsmith, M. Trybus (eds), Kluwer Law International, The Hague, 2003, 23 ff.; under the International Law perspective, amongst

Agreement on Government Procurement⁶. It aimed to remove unnecessary barriers to national market access,⁷ including discriminatory treatment and restrictions of competition in the awarding procedures, often allowed by domestic contract law.⁸

Within the Organization, the United States devoted strong efforts to create a global public procurement market⁹ through the adoption of common tendering procedures. Such procedures are now set in the Government

others, M. Weil, *Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier*, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1960, II, 101 ff., esp. 189 ff.; A. Reich, *International Public Procurement Law: The Evolution of International Regimes on Public Purchasing*, London, Kluwer Law International, 1999; P. Trepte, *Regulating procurement: understanding the ends and means of public procurement regulation*, Oxford - New York, Oxford University Press, 2004; H. Caroli Casavola, *Global Rules for Public Procurement*, in *Droit comparé des Contrats Publics /Comparative Law on Public Contracts*, edited by R. Noguellou, U. Stelkens, 1st Part, Bruxelles, Bruylant, 2010, 27-61.

⁶ The Agreement on Government Procurement -AGP (see *supra*, n. 3) will enter into force only in 1981. The text of the plurilateral GPA, signed in 1994, has been recently revised (April 2012) in the view of extending its coverage. For a comprehensive analysis of the new text, S. Arrowsmith, *Government Procurement in WTO*, The Hague, 2003; on the last challenges, see the bibliography in the previous note.

⁷ M.G. Herander, *Discriminatory Government Procurement with a Content Requirement: its Protective Effects and Welfare Costs*, 1986, 14 *Atlantic Economic Journal*, p. 20; A. Mattoo, *The Government Procurement Agreement: Implications of Economic Theory*, 1996, 19 *The World Economy* p. 695; F. Trionfetti, *Home-biased Government Procurement and International Trade: Descriptive Statistics, Theory and Empirical Evidence*, in S. Arrowsmith, M. Trybus (editors), *Public Procurement. The Continuing Revolution*, cit., pp. 223-233.

⁸ S. Arrowsmith, *Public Procurement as an Instrument of Policy*, 1995, *Law Quarterly Review*, p. 235, and in a different perspective, C. McCrudden, *Buying Social Justice. Equality, Government Procurement & Legal Change*, Oxford University Press, 2007.

⁹ C.R. Yukins, S.L. Schooner, *Incrementalism. Eroding the Impediments to a Global Public Procurement Market*, in *Georgetown Journal of International Law*, 2007, vol. 38, pp. 529- 576, esp. p. 569 ff.

Procurement Agreement-GPA (1994)¹⁰. Enforcing transparency and free trade principles, as well as best value for money, common (international) technical standards and efficiency rules, the Agreement opened up to foreign competition rich domestic procurement markets, including the European internal market. Notably, it applied to substantial value contracts (above specific thresholds) of large potential interest among the sector economic operators.

The GPA represents a supranational trade law strategic tool under a twofold perspective. It enhances competition in public purchasing by forbidding discriminatory treatments, quotas and other restrictions in the procedure (that may prevent potential competitors from taking part) and it binds purchasing domestic authorities and administrations (central, regional, local or sub-national) of countries with different legal traditions, to a minimum set of fundamental principles, rules and standards with substantial and procedural nature.

Based on the rule of national and non-discriminatory treatment (art. III), the Agreement includes procedural provisions on technical specifications, general requirements on publicity for contract opportunities, transparency, participation and openness in the procurement process.

¹⁰ The recent revision of the GPA, finally adopted in December 2011 (GPA/112, December 16, 2011), brought the text of the Agreement up to date, amending several provisions, enhancing the use of electronic auctions and control electronic communications, strengthening transparency rules for selective suppliers in selective tendering and improving flexibility.

ON THE GPA: S. Arrowsmith, *Government Procurement in the WTO*, The Hague, Kluwer Law International, 2003; S. Arrowsmith, R. Anderson (eds), *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*, Oxford University Press, Oxford, 2011;

M. Dischendorfer, *The Existence and Development of Multilateral Rules on Government Procurement under the Framework of the WTO*, in *Public Procurement Law Review*, 2000,

n. 9, 1; S.J. Evenett, B.M. Hoekman, *The WTO And Government Procurement. Critical Perspectives on the Global Trading System and the WTO Series*, Edward Elgar, 2006; A. Gelbrich, *Regulation of Government Procurement within the WTO. Procurement Policies and Multilateral Trade Rules*, Paperback, 2008.

All interested suppliers may submit a tender (*open tendering procedure*) or be invited, if qualified (to satisfy the conditions for participation), to submit a tender (*selective tendering procedure*). A third procurement method is exceptional and provided only for a listed number of cases: in these cases, the procuring authority contacts the potential supplier or suppliers of its choice and may negotiate the contract conditions individually (*limited tendering*).¹¹

At the aim of consenting procuring authorities to adapt procedures to their needs, a certain degree of flexibility is given by providing that they use « methods such as » the three above indicated. In this way, each Party is allowed to introduce slightly different procedures and can evolve domestic procedures consistently with its specific circumstances and needs (i.e. encouraging greater use of electronic tools), under condition of respect of the GPA fundamental principles and rules (i.e. transparency, non- discrimination).

The revised text of the Agreement refers to a new requirement for procuring bodies: the need to conduct procurement in a transparent and impartial manner « that avoids conflicts of interests and prevents corrupt practices » (art. IV, co. 4) and to enhance integrity as a condition of efficient and effective resources management. These new objectives are highly innovative, as *unicum* in the context of WTO agreements¹².

The GPA is a plurilateral agreement, binding as such, only its signatories or State Parties on basis of « mutual reciprocity ». Each Party is bounded to the extent it has chosen in advance: mutual concessions between Parties are negotiated “at separate tables”, thereby producing and formalizing sector procurement markets. The circumstance that each ratifying Party defines and agrees GPA’s subjective and objective field of application separately makes it appear, in fact, a collection of bilateral agreements. Reciprocal concessions and the obligations extent anyway must

¹¹ Art. I, (l) (p) (g).

¹² R.D. Anderson, W.E. Kovacic e A.C. Müller, *Ensuring integrity and competition in public procurement markets: a dual challenge for good governance*, in *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*, cit., 681-718 ff.

be equal and balanced. During the negotiations, the economic value of the reciprocal concessions is often determined by consulting of top international audit firms.

Rules in favor of one Party, disadvantaging an interested supplier or suppliers are in conflict with GPA.

Meaningful examples can be drawn from two disputes submitted to WTO Panels. The first refers to the procurement of a navigation satellite conducted by Japanese authorities.¹³ In this case, the administration required, as condition for qualification, technical standards and specifications identified in a manner favorable for domestic firms only. Foreign suppliers were substantially prevented from competing and excluded from the awarding procedure. After the European Community requested the Dispute Settlement Body-DSB for consultations, the Japanese purchasing authority finally based its decision on GPA international standards. The second example is given by the domestic legislation of Massachusetts:¹⁴ to the aim of combating forced labour in Myanmar, this legislation provided a fee for suppliers (in contract with administrations) with economic interests in that Country. In this case, a domestic court, the Supreme Court of the United States, denied application to national provisions before the issue might arise in front of the WTO DSB.

The application of the GPA faces three main problems.

First, a sharp definition of the subjective sphere of application lacks in the Agreement. It is, in fact, unclear who is or may be excluded and the GPA leaves room to make national legislations referred by the State Parties to that regard (i.e., to identify the public or private nature of a procuring entity and its relationship with traditionally intended administrations). This fact had unexpected consequences: in several cases, entities not listed in the

¹³ WTO Case *Japan – Procurement of a Navigation Satellite* (WT/DS73), available at www.wto.org.

¹⁴ WTO Case *United States – Measures Affecting Government Procurement*, submitted by European Community (WT/DS88, GPA/D2/1, on June 26, 1997) and by Japan (WT/DS95/1, GPA/D3/1, on July 21, 1997).

GPA appendices were found by the Panel bound as « associated » to others explicitly named in it. This is the case of a ‘principal-agent’ relationship between the two bodies or a shared legal personality between them. At certain conditions, if national law provides such distinction, Panelists simply ignore it as a mere formal *escamotage* to avoid the GPA rules of application.¹⁵

A second issue refers to the effectiveness of the Agreement: it actually lacks “claws”. Compliance to supranational rules is highly limited by several structural aspects. These aspects include the possibility for State Parties to recognize discretionary powers in procurement procedures and policies as well as the impossibility to adopt retroacting remedies (i.e. the refunding of the amount lawfully paid to the supplier for the good or service). Further, to competitors unlawfully excluded from the awarding procedure, after its conclusion, only limited economic compensations maybe recognized. Intrinsic limits and jeopardized implications of using domestic legal remedies are also relevant in this sense. The WTO dispute resolution mechanism presents also some weak points: it is complex, expensive and with foreseeable results. Thus, it is worth using such mechanism only in relation to high economic value procurement.

The main positive outcome of the GPA is, on the other side, the spread up of a minimum set of principles, rules and standards (procedural and substantial) for contracts signed by administrations worldwide, with very different legal tradition and economic development. Granting basic rights and fundamental free trade principles (transparency, non-discrimination) to interested foreign suppliers, the WTO Agreement has great potential to perform as global regime.¹⁶

In this sense, the distance from the UE procurement system deserves consideration.¹⁷ The GPA and the WTO system act as driving force for the

¹⁵ WTO Case *Korea Airport*, WT/DSB/M/84 del 19 giugno 2000, Panel Report, par. 7.59.

¹⁶ As demonstrated by NAFTA and many other regional trade agreements modelled on GPA.

adoption and diffusion of that core of rules and standards shared by the EU too, far behind the European borders, in domestic legal orders of Asian, African and American countries with strong developing economies and increasing commercial opportunities for public sectors.

Further, to the GPA refer most of the fifty regional (bilateral o multilateral) trade agreements concerning, *inter alias*, public procurement.

These agreements bind State Parties sharing common economic interests and policies or with close cultural background.¹⁸ Twenty agreements provide a detailed discipline of the matter and introduce new solutions for the issues at stake. These solutions need to be tested in order to identify the best practices and consolidate one global model.¹⁹ In particular, an independent quasi-judicial body created in 1994, the above recalled

CITT, gives effective application to NAFTA in Canada. It gained the deference of internal judiciary bodies on the ground of its technical competence and impartiality. This Tribunal played a crucial role in the recent deep transformation of the domestic procurement system: it ensured to national and foreign firms effective protection against the decisions

¹⁷ For a detailed analysis of the relationship between the two procurement systems, see H. Caroli Casavola, *The WTO and the EU: Exploring the Relationship between Public Procurement Regulatory Systems*, in *Global Administrative Law and EU Administrative Law*, E. Chiti, B.G. Mattarella (eds), Springer, 2011, 293-320.

¹⁸ I.e. the agreements among ex-Commonwealth countries; on the specific meaning of “regional”, see S. Cho, *Breaking the Barrier between Regionalism and Multilateralism: A New Perspective on Trade Regionalism*, in *Harvard International Law Journal*, 2000, 419 ff.

¹⁹ **REGIONAL AGREEMENTS AND THE GPA**, R. Anderson, A.C. Müller, K. Osei-Lah, J. Pardo de León, P. Pellettier, *Government Procurement Provisions in Regional Trade Agreement A Stepping Stone to GPA Accession?*, in *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*, S. Arrowsmith, R. Anderson (eds), Oxford University Press, Oxford, 2011, 561-656.

adopted by domestic administration and public entities in breach of the GPA and the NAFTA²⁰.

1.2. Aid development regime

Amongst the international institutions of cooperation for development, the World Bank was one of the earliest adopting an autonomous body of procurement norms.

The Procurement Guidelines²¹ applied to contracts related to investment projects in countries with weak economies.²²

The original set of rules reflects the characteristics of the agricultural and industrial projects mostly financed and is generally adapted in coherence with national development policies and internal legal order. During the time, the Bank changed a great part of the Guidelines. An

²⁰ **ABOUT THE CITT:** A. Reich, *Government Procurement and Bid Challenging in Canada after Free Trade Agreement*, in *Canadian Business Law Journal*, vol. 18, 1991, 195-244;

A. van Dyk, *Recent Changes in Canadian Government's Contracting Policy*, in *Public Procurement Law Review*, n. 7, 1998, 110; B. Ann, C. Allen, *Unintended Consequences: Procurement Policy and the Canadian International Trade Tribunal (Citt)*, in *Advancing Public Procurement: Practices, Innovation and Knowledge-sharing*, eds. G. Piga and K.V. Thai, PrAcademic Press, Boca Raton, 2007, 304.

²¹ The Guidelines for Procurement under Ibrid Loans and Ida Credits date back to 1964 and were modified in 1965, 1974, 1975, 1985, 1994, 1999, 2004, 2006 and 2011 (available at www.worldbank.org/html/opr/procure).

²² **THE GUIDELINES FOR PROCUREMENT UNDER IBRD LOANS AND IDA CREDITS:** W. Debevoise, C. Yukins, *Assessing the World Bank's Proposed Revision of Its Procurement Guidelines*, in *The Government Contractor*, 2010, vol. 52, n. 21; M. de Castro Meireles, *The World Bank Procurement Regulations: A Critical Analysis of the Enforcement Mechanisms and of the Secondary Policies in Financed Projects*, University of Nottingham, 2006; R. Hunja, *Recent Revisions to the World Bank's Procurement and Consultants Selection Guidelines*, in *Public Procurement Law Review*, 1997, n. 6, 217; T. Tucker, *A Critical Analysis of the Procurement Procedures of the World Bank*, in S. Arrowsmith, A. Davies (eds), *Public Procurement: Global Revolution*, The Hague, Kluwer Law International, 1998, 139.

example refers to control mechanisms: in former time blander and applied before the execution, such mechanisms are now more strict and accurate. Furthermore, controls often applied after the national procuring authorities of the beneficiary countries signed the contracts.

In spite of the soft-law nature, the Guidelines apply to national administrations, local agencies and private firms as binding provisions. The beneficiary State commits itself (in the Loan Agreement) to make the Guidelines be observed by domestic administrations and agencies, as condition to be financed.

Like the GPA, the World Bank's Procurement Guidelines identify competition as fundamental juridical requirement for creating a public procurement market. In some cases, preferential treatment in favor of specific suppliers, based on their country of origin, is allowed.²³ In these cases competition meets the limit of the World Bank institutional goals.²⁴

The Guidelines provide procedural and substantial measures on technical specifications (with preference for internationally recognized ones), transparency and publicity before and after the award decision²⁵ and

²³ On the non-discrimination principle in the *Guidelines*, F. Weiss, D. Kalogeras, *The Principle of Non-discrimination in Procurement for Development Assistance*, in *Public Procurement Law Review*, n. 1, 2005, 1-14. On the "tied aid": G. Cataldi, *Gli aiuti c.d. «legati»: questioni aperte fra diritto allo sviluppo e obblighi internazionali ed europei in tema di concorrenza*, in *Problemi e tendenze del diritto internazionale dell'economia*, A. Ligustro, G. Sacerdoti (eds), cit., p. 3 ff.; with regard to the WTO, S. Arrowsmith, A. La Chimia, *Addressing Tied Aid. Towards a More Development-Oriented WTO?*, in *Journal of Int.al Economic Law*, 2009, n. 12, p. 707 ff.

²⁴ Concerning the procedural provisions, the focus of the World Bank Procurement Guidelines rules is on the *International Competitive Bidding -Icb* (part II, parr. 2.1-2.68). Only as exception, the *Other Methods of Procurement* (parte III, parr. 3.1-3.17) include the *National Competitive Bidding -Ncb* procedure (par. 1.4), the *Limited International Bidding -Lib* procedure (par. 3.2) and other limited procedures, as the so-called *shopping* and *direct contracting*.

²⁵ **ON DEVELOPMENT LAW AND PARTICIPATION PRINCIPLE:** I.D. Bunn, *The Right to Development and International Economic Law. Legal and Moral Dimensions*, Oxford, 2012; P. Dann, *Entwicklungsverwaltungsrecht*, Tübingen, 2011.

on impartial tendering methods. Anti-corruption measures are also crucial for granting procurement conducts related to Bank-financed project, consistent to the peculiar financing purposes.

Compared to the GPA, the World Bank Guidelines protection mechanisms are informal, non-judicial and less rigorous: it lacks an independent reviewing body or a central dispute settlement authority. Challenge procedures only partially evolved taking the limited form of an internal complaint. Information about complaints to the executive directors (competent for each State Party) or other international financing institutions within the system of development cooperation, is excluded. The WB Guidelines do not recognize any procedural active role to the interested suppliers (those excluded by the award decision) in order to facilitate protection against irregularities and abuses, and mere domestic judicial remedies are available. In less developed countries, the latter might be ineffective for instance because of situations of widespread and high judicial level corruption. Thus, domestic judicial system may represent a complex and decisive variable factor in foreign investors' evaluation.

There are no precautionary interim measures and economic sanctions apply – on the initiative of the Department of Institutional Integrity – only in case of fraud, corruption and collusion. To this regard, furthermore, the problem of compliance arises: firms, in fact, can easily change name, site, market activity and so avoid sanctions. Opportunistic choices are relevant for multinational operators too: they have interest in taking advantages from preference mechanisms in award procedures conducted by administrations of developing countries.

In this light, global rules and standards – as those adopted by more than hundred thirty signatories States of the Paris Declaration on Aid Effectiveness – constitute the most effective tool for promoting convergence among national legal orders and development of the less developed ones (through the common fundamental principles of development law).

In the same perspective, the World Bank has launched, from 2012 through 2015, a wide program of public consultation about the revision of

its own procedural and substantial procurement regulation.²⁶ The initiative underlines the increasing importance of promoting domestic reforms in the countries with economies highly dependent from the international cooperation system.

1.3 Trans-frontier cooperation, investment and anti-corruption regimes

Procurement relating to projects covered by trans-frontier co- operation, investment and anti-corruption agreements is subject sometime to peculiarly qualified supranational regimes.

The first group of agreements²⁷ often have environmental purpose and origin from extra-territorial or ultra-national phenomena (i.e. climate changes, floods, natural disasters). These circumstances make frontier communities interdependent, so that they have strong incentives to co- operate and set common rules. The Madrid Convention signed under the aegis of the Council of Europe in 1980 provides a general legal framework for collaborative relations between territorial (central or sub-national) entities of contiguous, ratifying States.²⁸ It constituted a model for a number of agreements adopted between the end of the last Century and the beginning of the Two Thousand.²⁹

²⁶ See the *Procurement Policy Review*, regularly published at <http://consultations.worldbank.org/consultation/procurement-policy-review-consultations>.

²⁷ **ON TRANS-FRONTIER CO-OPERATION:** P.M. Dupuy, *La coopération régionale transfrontalière et le droit international*, in *A.F.D.I.*, vol. 23, 1977, 838; M. Perez Gonzales, *La coopération interregionale et sa possible couverture conventionnelle*, in Aa. Vv., *Le droit appliqué à la coopération interrégionale en Europe*, Paris, 1995, 103 ; R. Seerden, *The public international law character of transfrontier agreements between decentralized authorities*, in *Leiden J. Int'l L.*, n. 5, 1992, 187 ff.; M. Vidal, *Accountability and judicial review in the case of local trans-frontier co-operation*, Global Administrative Law Seminar Working Paper, June 2006.

²⁸ It aims to promote «the conclusion of any agreements and arrangements (that may prove necessary for (its) purpose) with due regard to the different constitutional provisions of each Party» (article 1) in the European context.

These agreements are concluded by sub-national public authorities and private entities even if they lack international law responsibility.³⁰ In force of such agreements, they exclusively assume financial obligations and commitments, without any involvement of the belonging State. Contracts are often subject, in these cases, to a mix of domestic legislations, supranational rules and basic procedural guarantees (transparency and competition of the tendering procedure): consensual provisions define performances, powers and obligations, including the guarantee of a competent review body.³¹

Traces of this phenomenon in the jurisprudence are few. Among the most important decisions taken by the European Court of Justice, the one related to the *Secap* case deserves mention.³² This decision offers the

²⁹ Implementing the Madrid Convention, at least eleven agreements were signed: the Agreement of Bayonne between France and Spain (dated 10th March 1995), the one of Karlsruhe among France, Germany, Luxemburg and several Swiss cantons (dated 23rd January 1996), the Agreement of Brussels between France and Belgium (dated 16th September 2002), the Benelux Convention among Luxemburg, Holland and Belgium (12th September 1986), the framework Agreement between Italy and Austria (dated 27th January 1993), the Agreement of Isselburg-Anholt between Holland and Germany (dated 23rd May 1991), the Agreement of Rome between Italy and France (dated 26th November 1993), the Agreement of Valencia between Spain and Portugal (dated October 2003), the framework Agreement between Italy and Swiss (dated 24th February 1993), the one between Finland and Russia (dated 20th January 1992) and between the Region of Walloon, the German-speaking Belgian community, the North-Rein Westphalia and the Rein Palatinate (dated 8th March 1996).

³⁰ S. Bariatti, *L'accordo nel sistema delle fonti e il diritto dei trattati*, in *Istituzioni di diritto internazionale*, S.M. Carbone, R. Luzzatto (eds), A. Santa Maria, 2^a ed., Torino, 2003, 82; G. Burdeau, *Les accords conclus entre autorités administratives ou organismes publics de pays différents*, in *Mélanges Reuters*, Paris, 1981, 103.

³¹ See the *Tegos* decision, Conseil d'Etat, 9 novembre 1999, n. 183648.

³² European Court of Justice, *Secap and Santorso*, 15 May 2008, C-147/06 and C-148/06. Before, ECJ *Commission v. Ireland*, 13 November 2007, C-507/03, and ECJ C-119/06, 29 November 2007.

definition of “trans-frontier” and “certain” public interest that is crucial for identifying those conditions that, under European law, justify legal protection in the awarding procedure, regardless to national law. The so defined peculiar interest outlines, in other words, the necessary limits to the sub-national or local entities powers in regulating contracts in a manner different from national legislation. The de-nationalization (or de-statalization) of public interest matches the increasing de-localization following pro-competitive policies. In the Italian context, the Constitutional Court case-law, notably careful to open market conditions (at domestic level), has granted full application of EU law.³³

Turning to international investment regimes, the 1965 Washington Convention represents a fully autonomous system, separated from the national legal orders.³⁴ With almost two thousands bilateral investment treaties signed within its legal umbrella, it constitutes the longest running multilateral regime.³⁵ These treaties set up measures applicable in the relationship between foreign investors and States of investment (usually, developing States). The Convention gives a general legal framework to such treaties and establishes the arbitration proceedings administrated by the International Centre for Settlement of Investment Disputes (or ICSID Tribunal) as the only way to solve disputes between contractors, thus insulating foreign investors from the local legal, economic, monetary and tax system. The ICSID arbitration clause fixes peculiar legal guarantees on

³³ Corte costituzionale, decision n. 207 of 2001 and n. 440 of 2006.

³⁴ **ON THE WASHINGTON CONVENTION:** I. Shihata, A. Parra, *Applicable, Substantive Law in Disputes between States and Private Foreign Parties: The Case of Arbitration under the ICSID Convention*, in *ICSID Rev.*, 1994, 183 ff.

³⁵ **ON ICSID CASELAW:** L. Lankarani El-Zein, *Les contrats d’État à l’épreuve du droit international*, Bruxelles, 2001, and *ivi* B. Stern, *Préface*, IX ff.; more recently, S. Schill, *Contracting with Foreigners: International Investment Law Implications*, in *Droit comparé des Contrats Publics - Comparative Law on Public Contracts*, R. Noguellou, U. Stelkens (eds), Brüssel, 2010, 63 ff.

remedies and for cases of changes in the national foreign investment law. The distance from international law consists in the mix of national discipline and international law principles that apply in case of no-determination by the contractual parties of the applicable law.³⁶ The ICSID arbitral awards bind the parties in force of a common determination they previously expressed in the arbitration agreement. The ICSID arbitrations concerning public contractors and procurement, available on the official website are a small part of the whole.³⁷ The relevant awards have mostly economic development contracts, concessions or public service contracts as object.

In these cases, the Tribunal frequently deals with issues on its own arbitral jurisdiction (and limits) or on arbitrable disputes. The first requires the definition of the concept of foreign investment: in this sense, a trend favorable to an extensive interpretation is evident in the ICSID case-law. It includes also the economic rights deriving from procurement of works (decision *Salini-Marocco*).³⁸ To this regard, the ICSID Tribunal elaborated a peculiar test, based on the evaluation of five parameters of importance of the investment contract. About the second issue, the difficult distinction between facts concerning the bilateral treaty and facts related to the investment contract is relevant. In this regard public entities can play, in fact, a twofold role: they can act exercising sovereign powers or they can act as a private (contractor). The distinction has important implications in terms of protection of private parties in hypothesis of exclusive national administrative jurisdiction clauses on the interpretation and application of the contract (decision *Vivendi*). On the notion of public body, the legal personality criterion and the indexes of autonomy reserve great importance in the ICSID arbitration awards. In the Tribunal jurisdiction mainly fall the

³⁶ K.V.S.K. Nathan, *Icsid Convention*, New York, 2000, 70 ff.

³⁷ Most of the disputed cases end by conciliation.

³⁸ See also the ICSID decision *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, n. ARB/01/8, 17 July 2003, in I.L.M., v. 42, 2003, 788, and *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, (*United States of America v. Italy*) in *I.C.J. Reports* 1989, 15, par. 73.

cases of public entities explicitly indicated in the investment treaty as bodies separated by the State.³⁹

The third group of supranational rules on procurement aims at combating corruption of public officials at trans-national level. The OECD Convention of 1997⁴⁰ and more recently the revised text of the GPA recognize the same objective as general principle for open, competitive, fair and efficient public procurement markets. Following the Convention, the main exporting States introduced specific criminal provisions sanctioning bribery of foreign public officials in the national legal orders. Thus, an important step has been taken forward the harmonization of internal legislations, that in some cases even allowed to declare (without charge by fiscal authorities) the costs for presents given by domestic firms to foreign public officials, as “sponsorship” or “intermediation” expenses. The USA played a significant role in promoting a strong approach to the problem (see the *Foreign Corrupt Practices Act–Fcpa*). On basis of the Convention, liable for the crime will be held legal persons (corporate liability) as well as natural persons. To avoid the sanctions, interested firms are required to adopt and implement internal organizational schemes and compliance programs aimed at minimizing the risk of an offence being committed, especially by persons acting in a leading position. These corporate burdens

³⁹ With regard to the subjective field of application, the trend to interpret literally and strictly the contract is prevailing.

⁴⁰ **ON THE OECD CONVENTION:** C.F. Corr, J. Lawler, *Damned If You Do, Damned If You Don't? The Oecd Convention and the Globalization of Anti-Bribery Measures*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, n. 32, 1999, 1249; B. Crutchfield George e al., *The 1998 OECD Convention: an Impetus for Worldwide Changes in Attitudes Toward Corruption in Business Transactions*, in *American Business Law Journal*, 2000, 485; N.M. Rubin, *A Convergence of 1996 and 1997 Global Efforts to Curb Corruption and Bribery in International Business Transactions: The Legal Implications of the Oecd Recommendations and Convention for the United States, Germany and Switzerland*, in *American University International Law Review*, 1998, n. 14, 257; G. Sacerdoti, *The 1997 Oecd Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*, in *International Business Law Journal*, 1999, n. 1, 3-17.

are necessary to protect a trans-national public interest fundamental for increasing economic opportunities for private contractors.

For the first time, Italian judges found substantial evidence of the crime committed by a legal person (a foreign corporation) in the *Enelpower* case.⁴¹ The related decision considers the supranational rules directly binding and national judges mere executors *vis á vis* foreign competing parties. Following the adoption of the Convention by the States, protection of relevant global public interests affect individual citizens and interested contractors. The different national implementing legislations cannot limit or nullify the binding effects of the supranational regulation. Domestic courts are competent for the effectiveness of the emerging regime and for the coherence of internal and supranational rules.

On the model of the Madrid Convention, several regulatory initiatives have been launched by international organizations (i.e. ONU, OAS) aimed at introducing public officials disciplines consistent with procurement anti-corruption and integrity principles.⁴²

⁴¹ Decision of the Judge for preliminary investigations of the Tribunal of Milan, of disqualification from contracting with public administrations, 28th April 2004. See U. Draetta, *Prime sanzioni interdittive in Italia a carico di persone giuridiche per corruzione di pubblici ufficiali*, in *Dir. del comm. intern.*, 2004, 241-44, e commentata da L. Borlini, *La lotta alla corruzione internazionale: le Convenzioni dell'OCSE e delle NU, il caso Enelpower, la "tangentopoli" irachena*, in *Comunità intern.*, 2005, 75-95.

⁴² Among others, the Inter-American Convention against corruption, launched by the Organization of the American States-Oas and adopted on the 29th March 1996, the African Union Convention on preventing and combating corruption (9th July 2002) and the United Nations Convention Against Corruption-Uncac, signed in Merida, on the 31st October 2003.

ON UNCAC: P. Neumann, *United Nations Procurement Regime*, Frankfurt, Lang, 2008; C.R. Yukins, *Integrating Integrity and Procurement: The United Nation Convention against Corruption and the Uncitral Model Procurement Law*, in *Public Contract Law Journal*, 2007.

2. CONVERGING AND CONFLICTING GLOBAL STANDARDS

Studying forty-six sets of provisions, a relevant innovation becomes evident: the significant enhancing trend of supranational public procurement law. This is a recent phenomenon, dated between the two centuries.

The analytic consideration of the rules and standards of each set of norms shows important permanent features and several variable elements.

Among the first, all the relevant regimes concur in limiting State traditional exclusive powers on procurement. Data on contract financial amounts and service value size the phenomenon as one of the most prominent economic implications of the exercise of public power in legal globalization.

Second, procurement regulation at global level is mainly based on a structure of States' consent relationships. Most of the legal instruments providing global standards has pactual nature: consensual acts and voluntary rules. Thus, the relevant regimes are inclusive, that means are open to all interested States, even if not yet members (of the organizations) or parties (of agreements and conventions). Beside consensual bounds, in several cases soft-law acts, like rules of conduct (for example, Oecd recommendations, the World Bank Procurement Guidelines and the UN Procurement Manuals), also occur. These acts are formally not binding and must be expressly accepted by contractors, but the latter often depend on the connected financial support and, as a result, are bound by those measures.⁴³ In some cases, States or public authorities, agencies or administrations are involved in the exercise of supranational regulatory powers and bind themselves, private and public bodies to a certain degree. In other cases, regulation comes from bilateral agreements. Thus, the problem of

⁴³ On the concept of *Verrechtlichung* or the enhancing of the law sphere, as consequence of the legal globalization, see S. Cassese, *Eclissi o rinascita del diritto?*, and G.U. Rescigno, *Pluralità di ordinamenti ed espansione della giuridicità*, in *Fine del diritto?*, P. Rossi (ed.), Bologna, 2009, p. 29 ff. e 81 ff.

identifying case by case the subjective sphere of application of the global regimes arises.

Third, even if each set of rules pursues peculiar main aims – trade, cooperation for development, anti-corruption, environment and human right protection –, supranational procurement regimes affirm a core of common principles, including competition, transparency, publicity for contract opportunities, fairness and impartiality of the reviewing body, guarantees of due process.

Those principles apply by mean of different methods and in a flexible or rigid manner according to the competing purposes of the supranational institution or regulatory act. A good example is given by the rules on qualification and on conditions for exclusion: more rigid (the first) and few (the second) in the Guidelines than in the GPA. Open competition in World Bank procurement policy is, in fact, less important than cooperation for development.

Fourth, despite the minimum set of common principles, the single regulatory act of origin provides peculiar technical standards. A meaningful example can be drawn from the exceptions to non-discrimination and equal treatment of competing suppliers. Among the relevant standards, technical specifications are object of specific contract provisions and general clauses, defined as essential part of the applicable regime. The prevailing favor for international specifications notably limits the protectionist tendencies recently emerged in several States as consequence of the economic crisis.⁴⁴

⁴⁴ On the economic crisis and commercial protectionism, recently, F. Erixon, R. Sally, *Trade, Globalisation and Emerging Protectionism Since the Crisis*, European Center for International Political Economy Working Paper n. 2, 2010, 8, e A. Krueger, *Protectionism and the crisis*, in *The Collapse of Global Trade, Murky Protectionism, and the Crisis: Recommendations for the G20*, R. Baldwin, S. Evenett (eds), London, Centre for Economic and Policy Research, 2009, 37. On protectionism and public procurement, lastly, J. Linarelli, *Global Procurement Law in Times of Crisis: New Buy American Policies and Options in the WTO Legal System*, in *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*, cit., 773 ff., G.C. Hufbauer, J.J. Schott, *Buy American: Bad for Jobs, Worse for Reputation*, Peterson Institute for International Economics Policy Brief No. PB09-2 (2009), S.L. Schooner, C.R. Yukins, *Tempering “Buy American” in the Recovery*

Fifth, substantial and procedural provisions of these global sets of rules directly affect citizens and public entities of the State Parties and non-State Parties. Furthermore, the activity of the relevant institutions, organizations and bodies – rule-setters, committees, public officials, groups of experts – shows a prominent administrative nature (procedures, controls and other kind of activities), as well as the tool used at the various stage (rule-making, decision-making and execution). These features, in particular, are important in qualifying the emerging phenomena as a part of the Global

Administrative Law phenomena.⁴⁵ Global procurement regimes apply behind national barriers and States geographic borders, within a non-state legal sphere. Last, in many cases these regimes apply by enforcement mechanisms when State consent is lacking or even against national determinations.

The main differences, on the contrary, concern the field of application, the characteristics and effectiveness of the various enforcement methods. With regard to the first, the definition and the different range of public entities subject to the application varies according to the global regime: it is enough to consider the lists of procuring authorities that are part of the GPA, as included in its Appendices. Concerning the second, in several cases global regulatory regime creates its own remedial mechanisms and even an *ad hoc* review body (as the WTO Dispute Settlement Body or the ICSID arbitration Tribunal). In other cases, national courts and domestic agencies are competent to apply these regulations to settle disputes through the internal remedial system (as according to the Guidelines and for the

Act - Steering Clear of a Trade War, in *Government Contractor*, n. 10, 2009, 78, and ID., *Public Procurement: Focus on People, Value for Money and Systemic Integrity, not Protectionism*, in *The Collapse of Global Trade, Murky Protectionism, and the Crisis: Recommendations for the G20*, cit., 87-92.

⁴⁵ For the theoretical framework of GAL see S. Cassese, *Il diritto amministrativo globale: una introduzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, n. 3, 657, S. Cassese, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, Einaudi, 2009, 20-22, B. Kingsbury, N. Krisch, R. Stewart, *The Emergence of Global Administrative Law*, in *Law & Contemporary Problems*, 2005, vol. 68, n. 3/4, 15-61, esp. 20.

mentioned *Enelpower* case). Further, in hypothesis of violation, precautionary measures, disqualification (or ineligibility) sanctions and rights to economic damage compensation sometime are provided; other times, the mere repayment of given funds applies (as in the World Bank procurement discipline). In this sense, the global procurement regulatory phenomenon is fragmented, jeopardized and heterogeneous, showing considerable contradictions. Moreover, it can be understood as a new paradigm emerging from a complex development, only partially defined as an earlier evolutionary stage.

3. MUTUAL IMPACT AND INTERACTIONS BETWEEN GLOBAL AND NATIONAL REGIMES

The fast and large widespread of global procurement regulations stress the fact that traditional exclusive application of national disciplines to public sector contracts is definitely passed. With the time, global procurement regimes show an increasing impact on national legal systems. These regimes offer the advantage of a common set of rules and standards based on general principles of good administration, like competition, efficiency and transparency. At the same time, this emerging law appears to have room for significant improvement.

The innovations on domestic regulations are consistent: the emerging regimes challenge priorities amongst the relevant interests and have significant impact on procedures, types of regulatory acts and enforcement mechanisms.

3.1 Functional issues

The main innovation consists in updating the national procurement regulatory criteria. In the Italian legal order, for instance (like in the French one), traditionally public procurement discipline is a part of the public sector accounting system, ruled as such within the accounting laws. The normative approach to this matter thus pursued the scope of containing public resources expense for procurement. In other words, the need of

preferring the lowest price tenders or best-value-for-money offers notably prevailed.

Supranational regimes penetrate and have impact on national legislations by affirming and sometime introducing new public interests and policies, as foreign competition, international trade, economic cooperation for development, foreign investment protection, fighting corruption and money laundering. The emergence of new interests and policies partially is connected to problems of global scale, like reducing the burden on public budgets or leveling the playing field for international trade. To solve these problems cooperation among States, regulatory bodies, public and private entities is required.

Because of the multiple-interests nature of these regimes, relevant powers are exercised in order to realize different functions in different manner. In some cases, to satisfy global interests non-application of national conflicting rules is necessary: this is the case concerning Massachusetts internal legislation providing dis-favorable treatment of suppliers (contract part of the administrations) with economic interests in Burma. The ground for abrogation was that those rules violated the GPA and established an unnecessary barrier to international trade. Several other interests can be satisfy by means of assessments in the opposite sense: as for the Third Fisheries Project, a World Bank development project financed and realized in Bangladesh. The competent internal staff had to set aside the international

competitive bidding procedure, including qualification requirements, in order to reach the expected results in favor of a targeted social group.⁴⁶

National interests often appear fragmented at global level. Case by case, these interests converge or diverge depending on the interest-holders (national and supranational institutions and organizations) activities. The dominant regulatory model – the GPA – is mainly based on competition and serves the so-called “purity principle”, that is to say the establishment of a system that leaves minimum space to non-economic criteria in procurement

⁴⁶ On the World Bank Bangladesh Third Fisheries Project see H. Caroli Casavola, *Global Rules for Public Procurement*, in *Droit comparé des Contrats Publics /Comparative Law on Public Contracts*, cit., esp. p. 40 ff.

proceedings. Supranational regimes are, thus, essentially defined on basis of economic criteria, market dynamics and game strategies (such as comparative advantage, transaction costs, information asymmetries, best- value-for money, minimum value thresholds, incentive mechanisms).⁴⁷

Non-economic criteria, like social policy conditions,⁴⁸ often arise the problem of compatibility: in fact, those criteria imply to use procurement as a policy tool and new barriers to market access. Furthermore, general interests often converge or diverge from the private ones. Private individuals try, in fact, to exploit the mismatches (and black holes) between national and supranational or distinct supranational procurement regimes.⁴⁹

In this perspective, the attraction of national systems toward the global set of principles, rules and standards maybe the starting point for a future more structured sector legal harmonization.

⁴⁷ On the economic interests related to the regulation: A. Blüthner, *The Global Compact and the WTO "Trade ands" – Implementing Universal Value in the Globalization Process*, in *WTO-Recht und Globalisierung*, M. Nettesheim, G. G. Sander (eds), Berlino, Duncker & Humblot, 2002, 313-334; C. McCrudden, *Buying Social Justice. Equality, Government Procurement & Legal Change*, Oxford University Press, 2007; D.W. Leebron, *Linkages*, in *The Boundaries of Wto*, in *American Journal of International Law*, 2002 (96), 5.

⁴⁸ S. ARROWSMITH, *Horizontal Policy in Public Procurement: A Taxonomy*, in *Journal of Public Procurement*, 10 (2010), p. 149; C. MCCRUDDEN, *Buying Social Justice. Equality, Government Procurement & Legal Change*, Oxford University Press, 2007, ID., *International Economic Law and the Pursuit of Human Rights: A Framework for Discussion of the Legality of 'Selective Purchasing' Laws under the WTO Government Procurement Agreement*, in *Journal of International Economic Law*, 1999, p. 3-48. On the environmental interest, P. KUNZLIK (ed.), *The Environmental Performance of Public Procurement*, Oxford University Press, 2007.

⁴⁹ See S. Cassese, *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, 607 ff., esp. 643 ff.; on the *black holes* and global regimes, Id., *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, Einaudi, 2009, 143.

3.2 The impact of global regimes on the national legal order

A second innovative aspect is that State powers lost their traditional exclusive regulatory prerogative in public procurement. Thus, national legal order is no longer the exclusive juridical order for the relevant matter.

Together considered, national and global regimes show to be not yet completely consistent neither fully integrated; these regimes rather concur in defining a new regulatory framework. Within such framework, the emerging differently originated provisions interact and interplay.

At supranational level mostly tools of peculiar nature, like technical specifications or standards and award requirements, are defined. International organizations and hybrid private-public institutions usually set these tools and regulate contains and procedural criteria: the ISO,⁵⁰ CEN and ASTM standards, for instance, have prominent importance in environment, safety, quality management and social responsibility regulations. The WTO DSB case-law,⁵¹ the World Bank Procurement Guidelines,⁵² the EU law,⁵³ NAFTA and several free trade agreements facilitate the adoption of these technical standards in public contracts.

⁵⁰ **ON THE ISO STANDARD:** K. Tamm Hallström, *Organizing International Standardization: ISO and the IASC in Quest of Authority*, Cheltenham, 2004; Id., M. Boström, *Transnational Multi-stakeholder Standardization: Organizing Fragile Non-State Authority*, Cheltenham, Elgar, 2010; Roht-Arriaza, *Shifting the Point of Regulation: the International Organization for Standardization and Global Lawmaking on Trade and the Environment*, 22 *Ecology Law Quarterly*, 1995, 479 ff., esp. 486; for the analysis of a peculiar case, A. Prakash, M. Potoski, *Racing to the Bottom? Trade, Environmental Governance, and ISO 14001*, in *American Journal of Political Science*, vol. 50, n. 2, April 2006, 351.

⁵¹ See the GPA case *Japan – Procurement of a Navigation Satellite*, WT/DS73. An accurate analysis is given by E. Clerc, *La mondialisation des marchés publics: bilan et perspectives de l'accord OMC sur les marchés publics*, in *Les marchés publics à l'aube du XXIe siècle*, Batselé et al., Bruxelles, 2000, 176-177.

⁵² Among others, the standards Iso 2859 and Iso 4074 apply to landmine clearance and health sector procurements: World Bank, *Landmine Clearance Projects: Task Manager's*

States are often bound to implement the same standards in the domestic legal order. Thus, the margins of discretion traditionally reserved to procuring administrations are highly narrowed by supranational regimes.

In this light, procurement global regulations trigger a process of harmonization of legal contents at supranational level with a revolutionary impact on national laws.

In the Italian system, the Code on public contracts (law decree n. 163, adopted on 13th April 2006), at article 18, excludes from its field of application those « contracts awarded according to [...] a specific procedure set by an international organization » (para. 1).⁵⁴ This provision means that *vis á vis* supranational regulated procurement procedures the Code steps back and gives the first space.

In many other cases, national legislators are bound only to implement fundamental supranational procurement principles, being free to choose how to do it. An example can be found in the relevant global regimes: the execution phase almost always is excluded by the range of regulated contents. Thus, differently from awarding procedures, the discipline on procurement execution is almost exclusively domestic.

Guide, 1° November 2003 (NWP 28070) and *Procurement of Health Sector Goods*, May 2000.

⁵³ On the European Committee for Standardization-Cen, the European Committee for Electrotechnical Standardization-Cenelec, H. Schepel, *The Constitution of Private Governance: Product Standards in the Regulation of Integrating Markets*, Oxford, 2005, 201.

⁵⁴ **ON THE ITALIAN PROCUREMENT CODE:** C. Franchini (eds.), *I contratti di appalto pubblico*, Torino, UTET, 2010; C. Franchini (eds.), *I contratti con la pubblica amministrazione*, Torino, UTET, 2007, I e II, in P. Rescigno – E. Gabrielli (eds.), *Trattato dei contratti*, Torino, UTET, 2007; M. D'Alberti, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Diritto amministrativo*, 2008, 301 ff.; M. Clarich (eds.), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2010.

To this regard, the following problem deserves consideration: national legal systems often make a stand at supranational regulatory ties.⁵⁵ These hypothesis may result in quite unexpected consequences, as those relating several peculiar organizational provisions (as in the *Korea Airport* case).

Not only State legislators and domestic administrations, but also domestic Tribunals are bound to apply global rules and standards beside national and European law. In case of disputes, lacking a supranational judicial authority competent for settlement, it will belong in fact to these Tribunals to ensure the effectiveness of those rules and standards (as according to the *Enelpower* case). To this aim, national judges or other adjudicatory authorities can no longer ignore acts providing global regulations, neither – when it is the case – formal interpretations of those regulations given by supranational adjudicatory bodies.

The latters have often showed a twofold tendency. On one side, to extend their jurisdiction in the subject matter by interpreting key concepts, which are undetermined, opaque or vague in the regulations (such as “entity covered”, “value of the contract”). On the other, to prefer a substantial and creative approach, aimed at developing principles and specifying existing rules and criteria (like in the ICSID arbitral awards and the CITT case-law).

3.3 Institutional aspects

All the relevant aspects of legal globalization concur in the examined phenomenon: the re-definition of State traditional sovereign powers, an enhanced concept of law and types and number of normative acts, the horizontal (lateral opening of national legal orders and supranational regimes, law transfer) and the vertical dimension (self-contained regimes, national-global) of interaction among actors in the global space.⁵⁶

⁵⁵ Regard the European context, see G. Vesperini, *Il vincolo europeo sui diritti amministrativi nazionali*, Milano, Giuffrè, 2011.

⁵⁶ On the emerging phenomena of « mutual penetration and harmonization », develop through linkages and «mutual connections» among domestic, international and global laws (connecting regimes), as well as on the transfer of legal institutes, rules and standards takes place along vertical and horizontal lines, see S. Cassese, *The Globalization of Law*, cit.,

This interaction mainly consists in the institutional activity of a set of new national and supranational entities and independent sector bodies, with administrative, judicial or quasi-judicial nature. These emerging actors pursue the protection of global interests often in an exclusive way. The insulation of the given functions is based on the ground of the influence that national and local organized interests are likely to exercise in decision-making processes (consider, for instance, the risk for CITT to be “caught” by domestic actors). These new entities elaborate practical solutions for comparing and identifying emerging interests that deserve juridical protection. Furthermore, they grant interests satisfaction in coherence to (and by applying) global regulations, adapting those rules to national peculiarities. In other terms, they act as *trait d’union* among existing and emerging legal systems.

Even if a single coordination mechanism for all the specific methods and systems provided by the distinct supranational regimes (or a compendium of global standards for public procurement as the financial services one) lacks, cooperation and networking among global regulators and international institutions exist.⁵⁷ For instance, as collective action can be seen the deference relationship that authorities with corresponding competences acting at different political level (supranational, national and local) reciprocally reserve or the operating of informal network of experts and public managers. In this perspective, the OECD and UN anti-corruption Conventions required the creation of special bodies within national central administrations of the Member States – as the Italian Autorità nazionale anticorruzione e per la valutazione e la trasparenza delle amministrazioni

980; Id., *Administrative law without the State? The challenge of global regulation*, in “Journal of International Law and Politics”, v. 37 (2005), n. 4, pp. 663-694.

⁵⁷ P.G. Cerny, *Globalization and the Changing Logic of Collective Action*, in *International Organization*, 1995, 49, n. 4, Autumn, 620, now in J.A. Frieden, D.A. Lake (eds.), *International Political Economy: Perspectives on Global Power and Wealth*, London, Routledge, IV ed., 2000. On the governance of the global legal space, S. Cassese, *The Global Polity. Global Dimensions of Democracy and the Rule of Law*, Global Law Press, Editorial Derecho Global, 2012.

pubbliche (A.N.AC.)⁵⁸ of the Ministero per la semplificazione e la pubblica amministrazione –, in charge to provide all the necessary information on the relevant phenomenon to international organizations and interested parties (non-governative organizations like Transparency International). That is the case of public law entities, sometime dependent, often independent from national governments. On the opposite, trans-frontier cooperation agreements constitute public-private bodies networks: it is an hybrid mix of actors with different nature, organization, structure and law.

Functional interconnections not responding to any specific organizational model (like delegation of powers or principal-agent relationship) and that maybe understood as part of a complex, original and evolving phenomenon, spontaneously framed by prevailing economic logic, also exist.

In this light, the dominant pro-competitive approach of the emerging global procurement sphere outlines the importance and essential complexity of the contract as general institute and regulatory framework for multiple interest assessment, behind the blurring traditional public/private divide.⁵⁹

⁵⁸ Law 6th November 2012, n. 190, art. 1, para. 2, as modified by law 30th October 2013, n. 125, converting law-decree 31st August 2013, n. 101 (information about the Authority are available at www.anticorruzione.it).

⁵⁹ The evolution of the notion of public procurement in the ECJ and national caselaw offers a meaningful example to this regard (C. Franchini, *Intervento*, Atti dell'incontro su *La globalizzazione dei contratti delle pubbliche amministrazioni*, Rome, 26 November 2012, draft, 18).

ON THE TRADITIONAL DICOTOMY PUBLIC / PRIVATE LAW: M. Freedland, J.B. Auby, *The Public Law/Private Law Divide: Une Entente Assez Cordiale?*, Oxford, 2006, P. van Ommeslaghe, *Le droit public existe-t-il?*, in *Le droit public survivra-t-il à sa contractualisation?*, Aa.Vv., Bruylant, Bruxelles, 2006, 15 ff.; M. Fromont, *L'évolution du droit des contrats de l'administration. Differences théoriques et convergences de fait*, in *Droit comparé des Contrats Publics - Comparative Law on Public Contracts*, R. Noguellou, U. Stelkens (eds), Bruylant, Bruxelles, 2010, 263 ff.; A. Benedetti, *I contratti della pubblica amministrazione fra specialità e diritto comune*, Torino, Giappichelli, 1999; G. Napolitano, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003; N. Symchowicz, *Droit public des montages contractuels complexes*, Paris, 2003.

5. WEBSITES

www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_gpa_e.htm/ WTO Government Procurement Agreement

www.worldbank.org/html/opr/procure/ World Bank Procurement Guidelines

www.citt-tcce.gc.ca/ Canadian International Trade Tribunal International

<http://icsid.worldbank.org/> Centre for Settlement of Investment Disputes

www.oecd.org/ Organisation for Economic Co-operation and Development

www.oecd.org/daf/anti-bribery/oecdantibriberyconvention.htm/ Oecd Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions

www.bilaterals.org/ Bilateral Trade Agreements

<http://rtais.wto.org/UI/PublicMaintainRTAHome.aspx/> Regional Trade Agreements Information System

www.unodc.org/unodc/crime_signatures_corruption/html/ United Nations Convention Against Corruption

www.avcp.it/ Autorità per la vigilanza sui Contratti pubblici www.consip.it/ Consip S.p.A.

www.planpublicprocurement.org/main/ Procurement law academic network

www.contrats-publics.net/inhalte/home.asp/ Public contracts in legal globalization

FALLIMENTI DELLO STATO
E SUSSIDIARIETÀ INCLUSIVA DEL MERCATO
NEL GOVERNO DELLA SALUTE AI TEMPI DELLA CRISI
ECONOMICA
REPORT ANNUALE -2013 – ITALIA
(dicembre 2013)

Melania D'Angelosante

INDEX

- 1. PREMESSA: LA TENSIONE FRA CONTROLLO DELLA SPESA E CONCORRENZA IN SANITÀ**
- 2. GLI STRUMENTI DI CONTROLLO DELLA SPESA LIMITANO LA CONCORRENZA FRA OPERATORI E FRA SISTEMI SANITARI? QUALCHE RIFLESSIONE SUL RUOLO DEI L.E.A. NELLA ATTUAZIONE DEL FEDERALISMO FISCALE, DEL RIACCENTRAMENTO DELLE POLITICHE FINANZIARIE PER EFFETTO DELLA CRISI ECONOMICA, E DELLA RIFORMA COSTITUZIONALE SUL PAREGGIO DI BILANCIO**

3. GLI STRUMENTI DI PROMOZIONE DELLA CONCORRENZA FRA OPERATORI E FRA SISTEMI SANITARI INCIDONO SUL CONTENIMENTO DELLA SPESA? IL RUOLO DELLA LIBERTÀ DI SCELTA DEGLI UTENTI E DELLA SEPARAZIONE FRA OPERATORI

4. 'VISIONI' CONCLUSIVE

1. PREMESSA: LA TENSIONE FRA CONTROLLO DELLA SPESA E CONCORRENZA IN SANITÀ

Questo studio ha ad oggetto alcune riflessioni sulla tensione fra controllo della spesa e concorrenza in sanità.

Si tratta per la verità della sintesi di una ricerca svolta altrove in modo più approfondito¹. Ma qui il punto di osservazione sarà spostato sul ruolo dei livelli essenziali di assistenza sanitaria nella difficile attuazione (ancora in divenire o definitivamente soffocata?²) del federalismo fiscale, pure alla luce: a) delle possibili interferenze e dei possibili raccordi fra questa attuazione e il riaccentramento delle politiche finanziarie per

¹ Si v. M. D'ANGELOSANTE, *Strumenti di controllo della spesa e concorrenza nell'organizzazione del servizio sanitario in Italia*, Rimini, Maggioli, 2012.

² L'interrogativo è dovuto alla necessità di verificare la tenuta della riforma in senso federale del sistema di finanziamento degli enti territoriali rispetto alla tendenza al riaccentramento delle politiche finanziarie per effetto della crisi economica e rispetto alla introduzione in Costituzione del principio del pareggio di bilancio. Su questi profili si tornerà in seguito.

effetto della crisi economica; b) della riforma costituzionale sul pareggio di bilancio, a regime a decorrere dall'esercizio finanziario 2014.

Occorre in primo luogo chiarire perché si parta dall'assunto che ci sia una reciproca tensione fra controllo della spesa e concorrenza in sanità. Ciò richiede però, prima ancora, di precisare in che senso si parli qui di controllo della spesa e di concorrenza.

La spesa sanitaria cui si fa riferimento è quella che grava sui bilanci pubblici (inclusa quella prodotta dalle strutture private accreditate, per le prestazioni erogate con oneri a carico delle risorse pubbliche, appunto), con esclusione dunque di tutta la spesa privata. Gli strumenti di controllo della spesa su cui si concentrerà maggiormente l'attenzione sono però quelli che operano a livello, per così dire, 'macro-economico', tralasciando pertanto l'insieme delle misure adottabili a livello aziendale per il contenimento dei costi di gestione (prospettiva micro-economica).

La concorrenza cui si fa riferimento va invece intesa in una duplice accezione: a) la competizione fra operatori sanitari (finanziatori, gestori/acquirenti di prestazioni, erogatori) all'interno di un stesso sistema sanitario; b) la competizione fra sistemi sanitari (locali, regionali, nazionali, nel senso che a seguire meglio si chiarirà). Ora si può tornare alla accennata tensione fra controllo della spesa e concorrenza. L'idea che la stimolazione di condizioni di concorrenza fra gli operatori del settore potesse contribuire a migliorare la qualità dei servizi erogati al contempo riducendo la spesa ha ispirato in particolare alcune delle riforme che hanno interessato il sistema sanitario inglese³. Questo, come quelli italiano e spagnolo, che vi si sono ispirati, rappresenta il paradigma dei modelli c.d.

³ Per un approfondimento si v. S. NERI, *La regolazione dei sistemi sanitari in Italia e Gran Bretagna*, Milano, Franco Angeli, 2006; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La riforma del NHS inglese. Evoluzione o rivoluzione?*, in A. PIOGGIA A. – S. CIVITARESE MATTEUCCI – G. RACCA – M. DUGATO (a cura di), *I servizi sanitari: organizzazione, riforme e sostenibilità. Una prospettiva comparata*, Rimini, Maggioli, 2011; ID., *Quadrare il cerchio tra efficienza, qualità e accesso universale alla sanità. La riforma Tory del National Healthcare System inglese*, in *Munus*, n. 2, 2011, 381 ss.

‘universalistici’, che sono i più equi dal punto di vista soggettivo e oggettivo⁴, ma contemporaneamente anche quelli ove la spesa a carico dei bilanci pubblici è più elevata e difficile da controllare⁵. Ma le riforme che hanno interessato il *National Healthcare System* inglese hanno avuto fasi altalenanti e cicliche, ove si sono alternati interventi finalizzati a incentivare la competizione fra operatori (nella convinzione che questo potesse sia ridurre la spesa pubblica sia migliorare la qualità dei servizi erogati) e interventi di segno opposto (i quali venivano ad es. giustificati rilevando che una competizione troppo aggressiva e non attentamente ‘amministrata’ determinasse quanto meno l’aumento dei c.d. ‘costi di

⁴ L’equità dal punto di vista soggettivo è dovuta al fatto che i beneficiari delle prestazioni fruibili con oneri a carico del sistema pubblico siano tendenzialmente tutti i cittadini (ed è proprio a questo profilo che si riconduce il carattere universalistico del modello), senza limitazioni a specifiche categorie (come ad es. i lavoratori e i datori di lavoro e le loro famiglie, secondo i meccanismi che invece hanno caratterizzato e in parte ancora caratterizzano i sistemi c.d. ‘occupazionali’, quali quello tedesco o francese). L’equità dal punto di vista oggettivo è dovuta invece al fatto che i tipi di prestazioni fruibili con oneri a carico del sistema pubblico siano obiettivamente estesi e prevedano poche esclusioni (come ad es. alcune cure odontoiatriche o estetiche). Per un approfondimento sui sistemi sanitari a confronto si v. A. PIOGGIA – S. CIVITARESE MATTEUCCI – G. RACCA – M. DUGATO (a cura di), *I servizi sanitari: organizzazione, riforme e sostenibilità. Una prospettiva comparata*, cit.; F. TOTH, *Le politiche sanitarie – Modelli a confronto*, Bari, Laterza, 2009; ID., *Is there a Southern European Healthcare Model?*, in *West European Politics*, n. 33-2, 2010, 325 ss.; ID., *Le politiche sanitarie tra riforme e contro-riforme*, in *saluteinternazionale.info*, 2010; ID., *Le riforme sanitarie in Europa: tra continuità e cambiamento*, in *Riv. it. pol. pubb.*, n. 2, 2009, 69 ss.; E. JORIO, *Il percorso legislativo della riforma sanitaria di Barack H. Obama, prima che venga approvata dal Congresso USA*, in *www.astrid-online.it*, 2010.

⁵ Ad es. perché l’utenza tende a sovrastimare il proprio bisogno di prestazioni sanitarie, principalmente in ragione del fatto che non sia previsto il pagamento diretto e integrale, da parte del destinatario, del servizio di volta in volta fruito. I sistemi universalistici hanno però previsto due strumenti di controllo della spesa per arginare questo fenomeno. Il primo è quello del c.d. *gatekeeping*, in virtù del quale si può accedere all’assistenza specialistica od ospedaliera a fruizione programmata con oneri a carico del sistema pubblico solo dietro prescrizione del medico curante del richiedente, redatta sul formulario del servizio sanitario nazionale. Il secondo è quello dei *tickets*, i quali rappresentano una forma di compartecipazione degli utenti alla spesa per poter fruire delle stesse prestazioni (oltre che per l’acquisto di alcuni farmaci) con oneri a carico del sistema pubblico. Su questi profili si tornerà anche in seguito.

transazione', ossia delle spese generate dalla gestione dei rapporti, contrattuali e non, fra i vari operatori 'in conflitto')⁶.

A questa occorre aggiungere almeno altre due riflessioni. La prima riguarda la tendenza dei vari modelli di sistemi sanitari a convergere, ossia a mutuare da ciascuno degli altri quelle qualità che possano consentirgli di superare, anche solo parzialmente, le proprie debolezze. Tant'è che nessuno di essi si presenta in modo 'puro', ma possiede delle *caratteristiche prevalenti* (che gli consentono di essere ricondotto all'uno o all'altro modello) e poi delle *caratteristiche complementari* (mutuate da uno o più dei modelli cui non è riconducibile, appunto)⁷. La seconda riguarda il ruolo dell'Ue in questo quadro. È vero infatti che i moti di avvicinamento caratterizzano gli ordinamenti sanitari di tutti i Paesi, a prescindere dalla loro appartenenza all'Ue. Tuttavia per quelli comunitari la convergenza pare accelerata almeno in relazione a due profili, che a loro volta confluiscono nell'obiettivo comune di delineare un modello unico di 'Europa sociale'. Si registra infatti da qualche tempo, nella prospettiva comunitaria, una ulteriore doppia tensione. Questa, da un lato, a partire dall'integrazione europea dopo Maastricht (inizio degli anni Novanta del secolo scorso), con un *moto di tipo verticale* ha spinto verso l'allargamento delle politiche comunitarie oltre l'originario nucleo della realizzazione dell'unione economica e monetaria

⁶ Per un approfondimento si v. ancora v. S. NERI, *La regolazione dei sistemi sanitari in Italia e Gran Bretagna*, cit.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La riforma del NHS inglese. Evoluzione o rivoluzione?*, cit.; ID., *Quadrare il cerchio tra efficienza, qualità e accesso universale alla sanità. La riforma Tory del National Healthcare System inglese*, cit. Sul rapporto fra concorrenza e (possibile aumento della) spesa sanitaria nella prospettiva dell'ordinamento interno si v. invece C. Cost., 8 ottobre 2010, n. 289, in www.giurcost.org.

⁷ Per un approfondimento su questi profili si ancora v. A. PIOGGIA – S. CIVITARESE MATTEUCCI – G. RACCA – M. DUGATO (a cura di), *I servizi sanitari: organizzazione, riforme e sostenibilità. Una prospettiva comparata*, cit.; F. TOTH, *Le politiche sanitarie – Modelli a confronto*, cit.; ID., *Is there a Southern European Healthcare Model?*, cit.; ID., *Le politiche sanitarie tra riforme e contro-riforme*, cit.; ID., *Le riforme sanitarie in Europa: tra continuità e cambiamento*, cit.; E. JORIO, *Il percorso legislativo della riforma sanitaria di Barack H. Obama, prima che venga approvata dal Congresso USA*, cit. Si v. altresì M. D'ANGELOSANTE, *Strumenti di controllo della spesa e concorrenza nell'organizzazione del servizio sanitario in Italia*, cit.

(e dunque sotto alcuni profili anche a settori tradizionalmente esclusi, come la salute, l'istruzione, l'assistenza in genere).

Dall'altro lato, a partire dalla metà degli anni Duemila, con un *moto di tipo orizzontale* ha spinto invece verso il riconoscimento del carattere economico pure per le prestazioni di servizio sociale, e dunque ha spinto anche verso il riconoscimento della necessità di sottoporle in via generale alle regole comunitarie in materia di concorrenza e di mercato interno. L'intreccio di questi due profili ha contribuito, e tutt'ora sta contribuendo, alla edificazione di quello che viene definito 'modello sociale europeo'⁸. A partire da questo scenario nelle pagine successive si tenterà di rispondere ai seguenti interrogativi. Il primo riguarda l'incidenza degli strumenti di controllo della spesa (in una dimensione prevalentemente macroeconomica, come si è detto) sulla concorrenza fra operatori e fra sistemi sanitari: qui si farà riferimento prevalentemente all'ordinamento interno e al ruolo dei l.e.a. nella attuazione del federalismo fiscale, del riaccentramento delle politiche finanziarie per effetto della crisi economica, e della riforma costituzionale sul pareggio di bilancio. Il secondo riguarda invece l'incidenza delle azioni di promozione della concorrenza fra operatori e fra sistemi sanitari sul contenimento della spesa: qui si farà riferimento anche alla dimensione sovranazionale e in particolare al ruolo della libertà di scelta degli utenti (che rappresenta uno dei principali passaggi per aprire lo studio alla prospettiva internazionale), richiamando anche il ruolo della separazione fra finanziatori /

⁸ Sul modello sociale europeo si v.: S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Servizi sanitari, mercato e "modello sociale europeo"*, in A. PIOGGIA - M. DUGATO - G. RACCA - S. CIVITARESE MATTEUCCI (a cura di), *Oltre l'aziendalizzazione del servizio sanitario*, Milano, Franco Angeli, 2008; ID., *Servizi sanitari, mercato e «modello sociale europeo»*, in MCR, n. 1, 2009, 179 ss.; W. STREECK, *Il modello sociale europeo: dalla redistribuzione alla solidarietà competitiva*, in *Stato e Mercato*, n. 1, 2000, 3 ss.; A. KACZOROWSKA, *A Review of the Creation by the European Court of Justice of the Right to Effective and Speedy Medical Treatment and its Outcomes*, in *European Law Journal*, n. 12-3, 2006, 365 ss.; R. CAVALLA PERIN, *Crisis del Estado de bienestar. El papel del derecho administrativo*, in pubblicazione su <http://uspceu.es/pages/congresos/italo-espanol/presentacion.html>, 2012; J. HENRY - M. CHAUVIERE, *Quel statut pour les services sociaux dans l'union européenne? Arguments pour des services sociaux non économiques d'intérêt général*, in *Revue du droit sanitaire et social (RDSS)*, n. 6, 2011, 1043 ss.

gestori-acquirenti di prestazioni / erogatori (già considerato per tentare di rispondere al primo interrogativo).

Nella parte conclusiva si cercherà infine di immaginare le ricadute future delle tendenze rilevate e delle tesi sostenute, in particolare relazionando i possibili fallimenti (e successi) del mercato e dello Stato nella garanzia delle prestazioni sanitarie.

2. GLI STRUMENTI DI CONTROLLO DELLA SPESA LIMITANO LA CONCORRENZA FRA OPERATORI E FRA SISTEMI SANITARI? QUALCHE RIFLESSIONE SUL RUOLO DEI L.E.A. NELLA ATTUAZIONE DEL FEDERALISMO FISCALE, DEL RIACCENTRAMENTO DELLE POLITICHE FINANZIARIE PER EFFETTO DELLA CRISI ECONOMICA, E DELLA RIFORMA COSTITUZIONALE SUL PAREGGIO DI BILANCIO

Le azioni di contenimento della spesa sanitaria si rivolgono contemporaneamente al controllo della domanda (da una parte) e alla razionalizzazione dell'offerta e delle risorse strumentali (dall'altra)⁹. In Italia i principali strumenti di contenimento dei costi che incidono sul controllo domanda sono: a) la scelta delle prestazioni da porre a carico della fiscalità generale; b) l'applicazione del meccanismo del *gatekeeping* per l'accesso ai servizi dispensati dal sistema pubblico; c) la previsione dei *tickets* sanitari. Il sistema, in quanto universalistico, garantisce infatti in modo pressoché gratuito all'intera popolazione lo stesso tipo e la stessa quantità di prestazioni a valere sulla fiscalità generale. Ma alcune cure restano escluse da questo circuito come prestazioni *out of pocket* (si pensi a certi tipi di

⁹ Per i riferimenti normativi essenziali si v.: la l. 833/78, la l. 421/92 e il d. lgs. 502/92; il d. lgs. 517/93; la l. 724/94; la l. 549/95; la l. 662/96; la l. 449/97; la l. 419/98; il d. lgs. 112/98; il d. lgs. 517/99; la l. 133/99; il d. lgs. 229/99; il d. lgs. 56/00; il d.l. 347/01; il d. lgs. 288/03; la l. 311/04; la l. 266/05; il d.l. 159/07; il d.l. 98/11; il d.l. 52/12; il d.l. 95/12; il d.l. 174/12; il d.l. 158/12.

trattamenti odontoiatrici o estetici), e al loro approvvigionamento gli interessati devono provvedere acquistandole direttamente o usufruendo delle polizze volontarie eventualmente stipulate. La scelta delle prestazioni da includere fra quelle dispensate dal sistema pubblico riguarda in primo luogo la determinazione dei livelli essenziali di assistenza sanitaria da garantirsi su tutto il territorio nazionale (l.e.a.): spetta dunque allo Stato ai sensi dell'art. 117 c. 2 lett. m) Cost. e ha natura in buona parte politica, oltre che, prima ancora, etica. Le regioni possono però prevedere l'erogazione di livelli integrativi a carico dei propri bilanci¹⁰. È evidente che in ambedue i casi le possibili opzioni avranno una incidenza diretta sulla spesa sanitaria pubblica. E, ancora, l'accesso alle prestazioni specialistico/ospedaliere incluse è subordinato alla prescrizione del medico di base¹¹ compilata sul modulario del Servizio sanitario nazionale (fanno eccezione peraltro alcune cure, come quelle dell'emergenza-urgenza). Si tratta di un altro meccanismo di controllo della spesa che agisce sulla domanda, in particolare filtrandola: la domanda viene infatti verificata alla fonte (*gatekeeping*) per evitare la fruizione di cure non realmente necessarie. Vi si aggiunge poi uno strumento che opera più a valle, e che è funzionale sia a disincentivare le richieste superflue sia a determinare la compartecipazione degli utenti alla spesa (e quindi a contenerla, sia, per quanto possibile, evitandola, sia riducendo la sua incidenza sui bilanci pubblici una volta che la si sia ammessa): si tratta dei *tickets* sanitari, che i pazienti sono tenuti a corrispondere per la fruizione di molte prestazioni garantite dal sistema pubblico.

Si può ora passare al lato dell'offerta. I principali strumenti di contenimento della spesa che incidono sulla razionalizzazione dell'offerta e delle risorse strumentali a garantirla sono invece: il sistema dell'accreditamento istituzionale e degli accordi contrattuali (per la regolazione dell'accesso al mercato da parte degli erogatori interessati o

¹⁰ Si v., *ex multis*, Tar Lazio, Roma, sez. III *ter*, 26 maggio 2003, n. 4690, in www.giustizia-amministrativa.it; Tar Lazio, Roma, sez. III *ter*, 10 luglio 2002, n. 6252, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹¹ Presso le cui liste di assistiti gli utenti sono iscritti obbligatoriamente.

istituzionali)¹²; l'apposizione di tetti di spesa e di sistema per le prestazioni a carico delle finanze pubbliche¹³; la possibilità di avviare sperimentazioni gestionali per incrementare la qualità dell'offerta contemporaneamente captando finanziamenti privati¹⁴; i Piani di rientro

¹² Le strutture sanitarie, per poter fornire prestazioni con oneri a carico dei bilanci pubblici, devono infatti essere accreditate dall'amministrazione competente (quella regionale). L'accreditamento è però condizione necessaria ma non sufficiente, dovendo essere seguito da un accordo contrattuale fra la struttura e la stessa amministrazione: qui si definiscono i profili quanti/qualitativi delle cure erogabili a valere sulla fiscalità generale e, quel che più conta, si determinano i tetti di spesa superati i quali il rimborso potrebbe non essere garantito (o potrebbero applicarsi meccanismi di regressione tariffaria incidenti sui rimborsi in modo direttamente proporzionale all'entità dello sfioramento, o potrebbe procedersi alla revoca – totale o parziale – dell'accreditamento). Per un approfondimento sulle conseguenze dello sfioramento si v. G. Corso, *Pubblico e privato nel sistema sanitario*, in G. CORSO - P. MAGISTRELLI (a cura di), *Il diritto alla salute tra istituzioni e società civile*, Torino, Giappichelli, 2009, 17 ss., ed ivi ulteriori riferimenti giurisprudenziali; più specificamente sull'accreditamento: M. CONSITO, *Accreditamento e terzo settore*, Napoli, Jovene, 2009.

¹³ I tetti di spesa vengono definiti dall'amministrazione accreditante e dalla struttura accreditata sulla base dei fabbisogni individuati in sintonia con la pianificazione regionale vigente, ma in modo prevalentemente autoritativo nonostante la veste contrattuale (l'«accordo» è in sostanza la sola forma giuridica dell'atto, i cui contenuti vengono in buona parte decisi unilateralmente dall'amministrazione accreditante). Sono sempre determinati unilateralmente, ma in modo aggregato, i cd. «tetti di sistema»: sono tali ad es. quelli definiti dall'amministrazione regionale come limite per il ricorso complessivo agli erogatori privati in regime di accreditamento su base regionale o provinciale. Per un approfondimento si v. G. FERRARI, *Determinazione dell'aggregato provinciale di spesa per l'assistenza ospedaliera prestata da strutture private accreditate*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 4, 2011, 431 ss.; more specifically on accreditation: M. CONSITO, *Accreditamento e terzo settore*, cit. 63 e s.

¹⁴ Come la combinazione del meccanismo dell'accreditamento istituzionale e dei tetti tende evidentemente a contenere la spesa pubblica attraverso una razionalizzazione dell'offerta, così avviene anche per le sperimentazioni gestionali, che possono arricchire il paniere delle strutture ammesse a erogare prestazioni sanitarie con oneri a carico del sistema pubblico: a tal fine l'art. 9 bis del d. lgs. 502/92 (quale modificato prima dal d. lgs. 517/93, e poi dal d. lgs. 229/99) consente infatti ai soggetti privati di intraprendere partnership o di costituire società miste con quelli pubblici. L'avvio di progetti di questo tipo può quindi immettere capitali privati nel circuito del servizio sanitario nazionale, riducendo specularmente il fabbisogno di risorse pubbliche. Sulle sperimentazioni gestionali si v., *ex multis*, R. ROTIGLIANO, *Le società di sperimentazione gestionale nel quadro della tutela della concorrenza*, in G. CORSO - P. MAGISTRELLI (a cura di), *Il diritto alla salute tra istituzioni e società civile*, cit., 127 ss., ed ivi ulteriori riferimenti. Si v. inoltre C. DE VINCENTI - R. FINOCCHI GHERSI - A.

dai disavanzi sanitari, e i correlati poteri sostitutivi, nella forma del commissariamento, per l'ipotesi di violazione dei Piani (o di mancata garanzia dei l.e.a.)¹⁵; l'attuazione di politiche

TARDIOLA (a cura di), *La sanità in Italia. Organizzazione, governo, regolazione, mercato*, Bologna, il Mulino, 2010; S. CIVITARESE MATTEUCCI - M. DUGATO - A. PIOGGIA - G. RACCA (a cura di), *Oltre l'aziendalizzazione del servizio sanitario*, cit.; M. CONTICELLI, *Privato e pubblico nel servizio sanitario*, Milano, Giuffrè, 2012; M. D'ANGELOSANTE, *Strumenti di controllo della spesa e concorrenza nell'organizzazione del servizio sanitario in Italia*, cit.; G. CORSO - P. MAGISTRELLI (a cura di), *Il diritto alla salute tra istituzioni e società civile*, cit.; R. BALDUZZI (a cura di), *La sanità italiana tra livelli essenziali di assistenza, tutela della salute e progetto di devolution*, Milano, Giuffrè, 2004; C. BOTTARI, *Tutela della salute ed organizzazione sanitaria*, Torino, 2009; e in ciascuno ulteriori e ampi riferimenti bibliografici.

¹⁵ L'applicazione congiunta degli strumenti indicati ai punti che precedono non è riuscita infatti né a contenere né tantomeno a ridurre i disavanzi sanitari eccessivi nella misura ritenuta necessaria. Il c. 180 dell'articolo unico della legge finanziaria per l'anno 2005 (l. 311/04 ss.mm.ii.) ha pertanto previsto che, nelle ipotesi indicate ai cc. 174 (squilibrio finanziario e disavanzo di gestione) e 176 (mancato adempimento agli obblighi di cui al c. 173 - fra i quali ad es. quelli di programmazione - tale da comportare l'impossibilità di accedere ai finanziamenti statali integrativi), la regione interessata dovesse procedere a elaborare «un programma operativo di riorganizzazione, di riqualificazione o di potenziamento del Servizio sanitario regionale, di durata non superiore al triennio». Questo sarebbe dovuto avvenire facendo applicazione di un apposito accordo stipulato con i Ministri della salute e dell'economia. Ciò si è poi tradotto nell'intesa fra Stato e regioni sul contenimento dei costi (e in attuazione di questa previsione la prima intesa è stata conclusa il 23 marzo 2005), ai sensi dell'art. 8, c. 6, della l. 131/03. La disciplina dei Piani di rientro è stata in seguito integrata e perfezionata, anche per consentire la gestione delle situazioni non ancora sanate allo spirare del triennio (si v. l'intesa Stato-regioni del 23 maggio 2005; l'art. 1, c. 1 bis, del d.l. 23/07; l'art. 1, c. 2, del d.l. 154/08; l'art. 6 bis, c. 1, del d.l. 185/08; l'art. 4 del d.l. 159/07; gli artt. 5 e 6 del d. lgs. 68/11; il d.l. 23/07; l'art. 2, cc. 46 e 49, della l.f. per il 2008; il patto per la salute siglato nel 2006 fra i Ministeri della salute e dell'economia e le regioni e le province autonome; l'art. 11 del d.l. 78/10; l'art. 2, c. 77, della l. 191/09; il d.l. 95/12; l'art. 1, cc. 274 ss., della l. n. 266/05; l'art. 1, cc. 1 bis e 1 ter, del d.l. 206/06; l'art. 1, c. 796, lett. b, della l. 296/06; il Patto per la salute di cui all'intesa Stato-Regioni del 3 dicembre 2009; il d. lgs. 149/11; per un approfondimento si v. inoltre E. JORIO, *I Piani di rientro del debito sanitario ed i rischi della legislazione dell'emergenza*, in *San. pubb. e priv.*, n. 5, 2009, 13 ss.; M. MENEGUZZO - G. FIORANI, *I Piani regionali di rientro. Analisi dinamica sistemica*, in *Mecosan*, n. 68, 2008, 27 ss.; R. ARRIGONI, *La "manovra correttiva" dei conti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 11, 2010, 1179 ss.). La vigenza dei Piani comporta, di regola, la compressione dell'autonomia regionale sia sotto il profilo amministrativo sia sotto quello legislativo, con estensione anche alla autonomia di spesa (si v. C. Cost., 23 aprile 2010, n. 141, in www.giurcost.org). La loro inosservanza da parte delle regioni giustifica inoltre l'esercizio di poteri sostitutivi ex art. 120, c. 2, Cost. mediante

di revisione della spesa (*spending review*) per contenere i costi strumentali (cd. costi intermedi) delle strutture (ad es. in materia contrattuale)¹⁶; l'attuazione del federalismo fiscale, ma solo nei limiti e con il significato che meglio si chiariranno in seguito.

Gli strumenti del secondo tipo, ossia quelli finalizzati alla razionalizzazione dell'offerta, sono, come si vede, più numerosi e complessi. Tant'è che li si può classificare secondo diversi criteri. Ad es. distinguendo quelli strutturali (che incidono prevalentemente sulla organizzazione degli operatori, come avviene per le sperimentazioni gestionali) da quelli funzionali (che incidono invece soprattutto sulla attività degli operatori, come avviene per l'apposizione di tetti di spesa alle prestazioni erogabili con oneri a carico del sistema pubblico). O ancora distinguendo quelli ordinari (che operano 'a regime', come il sistema dell'accreditamento e degli accordi contrattuali) da quelli straordinari (che si

la nomina di un Commissario *ad acta* su iniziativa del Governo centrale (la stessa procedura può essere attivata in caso di mancata garanzia dei l.e.a., come si è accennato).

¹⁶ Più recentemente le misure anti-crisi orientate alla riduzione del debito pubblico (si v. ad es. il d.l. 52/12, conv. dalla l. 94/12, nonché il d.l. 95/12, conv. dalla l. 135/12) hanno prescritto una significativa *spending review* sui costi intermedi, ossia sui costi per le procedure di acquisto di beni e servizi in sanità. Queste misure si correlano non tanto alla straordinarietà dell'evento, quanto piuttosto alla necessità di adottare nuove regole ordinarie per l'esercizio di certe attività, in ragione della congiuntura economica sfavorevole e comunque per una gestione sana ed efficiente a prescindere dalla crisi (sul carattere ordinario, e non straordinario, della *spending review*, si v. ad es., R. PEREZ, *Prime osservazioni sulla spending review*, in www.astrid-online.it; per uno spaccato sul rapporto fra crisi economica e crisi dello Stato del benessere nell'ordinamento spagnolo si v. J. TORNOS MÀS, *Crisis del Estado de bienestar. El papel del derecho administrativo*, in <http://uspceu.es/pages/congresos/italo-espanol/presentacion.html>, 2012). Vi sono peraltro, nei provvedimenti recentemente adottati in materia di *spending review*, anche alcune norme destinate a trovare applicazione per un periodo limitato e per far fronte in via straordinaria ad esigenze impellenti ed immediate di abbattimento dei costi (si pensi a quelli che prevedono organi temporanei per dare avvio all'intera procedura di revisione). Queste misure hanno però anche una valenza funzionale, incidendo sulla disciplina delle attività, oltre che sulla organizzazione delle strutture. Tutte le azioni sin qui menzionate si correlano tanto alla riduzione ordinaria dei costi quanto alle politiche di rientro, rappresentandone anzi uno dei più significativi strumenti (in via generale sul rapporto fra *spending review*, allocazione delle risorse finanziarie e superamento del criterio della spesa storica si v. R. PEREZ, *La manovra d'estate, il patto interno di stabilità e la spesa sanitaria*, in www.astrid-online.it, 2008).

applicano invece in circostanze eccezionali, come i Piani di rientro o i Commissariamenti). O, infine, distinguendo quelli per la riduzione della spesa (come ancora i Piani di rientro o la *spending review* sui costi intermedi) da quelli per la ottimizzazione della spesa, per la ‘spesa buona’, a prescindere dal fatto che essa si riduca o meno in senso assoluto, ma privilegiando il profilo della ottimizzazione dell’uso delle risorse (come pare debba avvenire all’esito della attuazione *in itinere* della riforma sul federalismo fiscale, *infra*). Gli ultimi due profili, ossia la distinzione fra interventi ordinari e straordinari (da una parte) nonché fra interventi per la riduzione della spesa e per la promozione della ‘spesa buona’ (dall’altra), richiedono qualche ulteriore riflessione. Sul primo occorre chiarire che oggi la distinzione fra misure ordinarie e misure dell’emergenza si rivela sempre più complicata: perché le seconde sono quantitativamente e qualitativamente molto impattanti, tanto da ridurre spesso le altre ad uno stato di quiescenza del quale è difficile prevedere il superamento, nel *quando* ma anche nell’*an*. L’emergenza tende infatti a divenire perenne, endemica, al pari della crisi economico-finanziaria in atto. Si pensi alle ricorrenti e costantemente incalzanti deroghe alle sanzioni previste per la violazione dei Piani di rientro, o ancora ai numerosi patti in deroga all’applicazione di questa o quella disposizione fiscale. Qui si deve precisare che la riforma del finanziamento della sanità non si riduce alla sola attuazione ancora *in itinere* del ‘nuovo’ art. 119 Cost. (avviata con la legge delega n. 42 del 2009 e proseguita con il decreto legislativo n. 68 del 2011), ma ha i suoi antecedenti più immediati quanto meno nel decreto legge n. 56 del 2000 e nei correlati interventi successivi (che ben prima del 2009 avevano ad es. iniziato ad affiancare al concetto di *spesa storica* quello di *costo standard*): tuttavia, sin dall’inizio degli anni Duemila, appunto, le misure straordinarie sono state di tali peso e frequenza da aver determinato una confusione fra la disciplina ‘a regime’ e quella dell’emergenza. Questa tendenza non si è mai interrotta, ed anzi è stata aggravata dall’emergere e poi dal dilagare e dal consolidarsi della crisi economico-finanziaria. A partire dalla crisi agli interventi straordinari si sono infatti affiancati importanti interventi destinati a divenire strutturali, ordinari, pur se occasionati da eventi straordinari (primo fra tutti la crisi, appunto): si pensi alla riforma sulla introduzione del principio del pareggio di bilancio in Costituzione (legge costituzionale n. 1 del 2012, attuata con la legge n. 243 del 2012), realizzata in coerenza anche con il contenuto dell’accordo internazionale sul *Fiscal Compact*; ma si pensi, più in

generale, anche al tendenziale riaccentramento delle politiche finanziarie. Si tratta di riforme che sarà necessario coordinare con l'attuazione del federalismo fiscale, ma chiedendosi prima se questa sia ancora *in itinere* o se sia stata da esse definitivamente soffocata.

Per tentare di rispondere occorre passare all'altro profilo, ossia alla distinzione fra interventi per la riduzione della spesa e interventi per la promozione della 'spesa buona': al secondo tipo si può in particolare ricondurre la realizzazione del sistema di federalismo fiscale impostato dall'art. 119 Cost., per i seguenti motivi. Sulla base dell'art. 119 è stata emanata la legge delega 42/09, che si è provveduto ad attuare con una serie di decreti legislativi, fra i quali il d. lgs. 68/11 riguarda il finanziamento della sanità. Queste fonti prospettano l'uso dei l.e.a. come strumento di perequazione fiscale, ossia come mezzo per mitigare un federalismo che diversamente risulterebbe troppo competitivo e iniquo¹⁷. La

¹⁷ Per alcuni riferimenti bibliografici su federalismo fiscale e livelli essenziali delle prestazioni in sanità, si v., *ex multis*: A. MASSERA, *Uguaglianza e giustizia nel Welfare State*, in *Dir. amm.*, n. 1, 2009, 24.; R. BALDUZZI, *Equità ed efficienza nei livelli essenziali in sanità*, in G. CORSO - P. MAGISTRELLI (a cura di), *Il diritto alla salute tra istituzioni e società civile*, cit., 81 ss.; E. BALBONI, *Diritti sociali, sanità e prospettive del federalismo*, in G. CORSO - P. MAGISTRELLI (a cura di), *Il diritto alla salute tra istituzioni e società civile*, cit., 95 ss.; E. BORGONOV, *Verso il federalismo fiscale*, in *Mecosan*, n. 67, 2008, 3 ss.; C. TUBERTINI, *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni. Il caso della tutela della salute*, Bologna, BUP, 2008; A. BRANCASI, *Uguaglianze e disuguaglianze nell'assetto finanziario di una repubblica federale*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 922 ss.; C. PINELLI, *I livelli essenziali delle prestazioni e fabbisogni standard*, in www.astrid-online.it, 2011; C. PINELLI, *Sui "livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali" (art. 117, comma 2, lett. m) Cost.)*, in *Dir. pubbl.*, 2002; F. PALLANTE, *I diritti sociali tra federalismo e principio di uguaglianza sostanziale*, in *Dir. pubbl.*, n. 2, 2011, 258 ss.; G. DELLA CANANEA, *Autonomie e perequazione nell'art. 119 della Costituzione*, in *Idf*, 2005, 134 ss.; E. INNOCENTI, *Il finanziamento della spesa sanitaria nella recente giurisprudenza costituzionale: tra tutela della salute, coordinamento della finanza pubblica e (in)attuazione dell'art. 119 Cost.*, in *Le Regioni*, n. 3, 2008, 580 ss.; F. BASSANINI - G. MACCIOTTA, *I principi della delega per l'attuazione del federalismo fiscale – Commento all'art. 2 della legge n. 42 del 2009*, in www.astrid-online.it; F. SAITTO, *La legge delega sul "federalismo fiscale": i livelli essenziali delle prestazioni come misura economia dell'eguaglianza*, in *Giur. cost.*, n. 3, 2010, 2817 ss.; R. BIFULCO, *Osservazioni sulla legge n. 42 del 2009 in materia di federalismo fiscale*, in www.astrid-online.it; E. CARUSO - N. DIRINDIN, *Costi e fabbisogni standard nel settore sanitario: le ambiguità del decreto legislativo n. 68 del 2011*, in www.astrid-online.it, 2011; M. SICLARI, *Il "federalismo sanitario" (Appunti*

spinta all'autonomia finanziaria di entrata e di spesa delle regioni è infatti temperata dalla possibilità, per quelle che non riescano ad assicurare i l.e.a. nella misura corrispondente al fabbisogno standard, di attingere a un apposito fondo statale per la perequazione integrale di quanto occorrente: a) a erogare i l.e.a. in condizioni di qualità e appropriatezza (se essi non sono assicurati ma il bilancio regionale è in pareggio); b) oppure a raggiungere il pareggio di bilancio per la spesa sanitaria (se i l.e.a. sono assicurati ma il bilancio è negativo); c) o infine a conseguire ambedue gli obiettivi di cui alle lettere a) e b) (se i l.e.a. non sono assicurati e il bilancio è negativo). Occorre qui aprire una breve parentesi sul significato di *'fabbisogno standard'*. Questo, secondo quanto si desume d. lgs. 68 cit., rappresenta il prodotto fra i l.e.a. e i costi standard delle prestazioni rilevati nelle regioni virtuose, e dunque rappresenta, assieme ai costi standard, la grandezza che dovrebbe segnare il superamento del criterio della spesa storica per il finanziamento della sanità. Sono virtuose, sempre in base al d. lgs. 68, le regioni che non siano sottoposte ai Piani di rientro e che posseggano un bilancio in pareggio. Ma se quelle che rispondano ad ambedue questi requisiti non esistano nel numero indicato dal decreto, allora si può fare riferimento al parametro suppletivo del miglior risultato economico. L'individuazione e la scelta delle regioni virtuose sono i presupposti per determinare i costi standard delle prestazioni sanitarie, che debbono essere rilevati nelle regioni così scelte e poi moltiplicati per i livelli essenziali delle prestazioni da garantire in ciascuna regione, con una ponderazione realizzata in base a criteri demografici per classi di età¹⁸. Il tutto al fine consentire la quantificazione del *fabbisogno regionale standard* da finanziare.

preliminari), in www.astrid-online.it, 2011; F. TOSI, *Il federalismo fiscale a due anni dalla legge delega*, in www.astrid-online.it, 2011.

¹⁸ Sui limiti della generalizzazione, per le regioni non virtuose, dei parametri ricavati dall'analisi dei dati di quelle virtuose, si v. T.E. FROSINI, *The Gamble of Fiscal Federalism in Italy*, in *Italian Journal of Public Law*, n. 1, 2011, 138; G. LEONE, *Per un federalismo competitivo e solidale*, in *Idf*, n. 3-4, 2009, 538 ss.; G. MACCIOTTA *Semplificazione istituzionale e risorse finanziarie*, in F. BASSANINI - L. CASTELLI (a cura di), *Semplificare l'Italia*, Città di Castello, Passigli, 2008, 135 ss.; G. VIESTI, *Il federalismo difficile*, in *Il Mulino*, n. 5, 2010, 734 ss.; F. PUZZO, *Prime considerazioni intorno alla legge delega di attuazione dell'art. 119 della Costituzione*, in www.astrid-online.it, 2009; F. PAMMOLLI - N.C. SALERNO, *Alla ricerca di standard per la sanità federalista. Una proposta per l'attuazione della Legge n. 42-2009*, Fondazione Cerm, nota n. 1, 2010, in www.cermlab.it; ID., *Le differenze regionali nella governance della spesa sanitaria*, in www.astridonline.it, 2011;

Come si è detto l'introduzione di questi meccanismi porta oggi a chiedersi quale fisionomia essi finiranno per assumere alla luce della sopraggiunta riforma sulla introduzione del principio del pareggio di bilancio in Costituzione (in vigore a decorrere dall'esercizio finanziario 2014), oltre che alla luce delle numerose misure che hanno determinato e stanno determinando il riaccentramento delle politiche finanziarie per effetto della crisi economica. I tempi sono certamente prematuri per poter fornire una risposta esaustiva: tuttavia l'impressione complessiva che si trae dal raffronto fra le varie disposizioni è che l'autonomia non sarà in via di principio soffocata, ma diverrà un premio per le regioni che riescano a raggiungere determinati obiettivi. Obiettivi che, va detto, non sembrano poi così confliggenti rispetto a quelli prospettati dalle norme sull'attuazione del federalismo fiscale: lo si può prima di tutto evincere, ad esempio, dal fatto che il pareggio di bilancio rappresenti sia una delle condizioni preliminari per potere considerare una regione virtuosa ai sensi delle disposizioni di attuazione dell'art. 119 Cost. sia un principio ora consacrato espressamente in Costituzione soprattutto in conseguenza dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario. Non pare dunque che l'autonomia venga sacrificata sull'altare della crisi economica, poiché in effetti la seconda non dovrebbe comportare la rinuncia alla prima¹⁹.

A conclusioni in parte diverse si deve invece giungere quanto al rapporto fra autonomia e responsabilità delle autonomie territoriali, ma non in ragione della crisi economica, bensì alla luce del fatto che la regionalizzazione del Patto di stabilità evidenzia una asimmetria, in punto di responsabilità nella sua attuazione, fra il modo in cui lo Stato si relaziona all'Ue e il modo in cui vi si relazionano i livelli di governo substatali, con la conseguenza che viene al momento ostacolata l'instaurazione di un rapporto di reciproca

G. PITRUZZELLA, *Sanità e Regioni*, in *Le Regioni*, n. 6, 2009, 1177 ss. Cfr. G. MACCIOTTA, *La standardizzazione dei costi, dei fabbisogni e dei prelievi*, in www.astrid-online.it, 2011. Si v. inoltre il Piano sanitario nazionale 2011/13.

¹⁹ L. VANDELLI, *Relazione conclusiva all'incontro di Studio del Gruppo San Martino sul tema Un nuovo assetto Costituzionale per le autonomie?*, Bologna, Aula *Stabat Mater* dell'Archiginnasio, 8 novembre 2013.

funzionalità, appunto, fra l'autonomia e la responsabilità di questi livelli di governo di fronte all'Ue²⁰. Questo effetto si aggiunge a quelle che appaiono alcune carenze originarie della attuazione dell'art. 119, ossia il fatto che vi resti esclusa la finanza statale²¹, o ancora che parallelamente non vi si accompagni l'attuazione dell'art. 118²², o infine che non venga adeguatamente promossa l'autonomia nella accezione di massima valorizzazione delle diversità²³.

Fatte queste precisazioni, si può ad ogni modo ritenere che la manovra di attuazione del federalismo fiscale: a) tenda a incentivare, attraverso la predicata autonomia finanziaria di entrata e di spesa, la differenziazione dei sistemi sanitari in ambito regionale, essenzialmente sul versante dei modelli fiscali; b) tenda quindi a incentivare anche la responsabilizzazione finanziaria delle amministrazioni regionali quanto meno di fronte allo Stato.

A questi obiettivi possono però aggiungersi, quali ulteriori conseguenze: a) l'incentivo al livellamento al rialzo della qualità delle prestazioni dei sistemi regionali più inefficienti sino ad un certo comune denominatore, ritenuto irrinunciabile per la effettiva garanzia dei l.e.a.; b) l'incentivo alla spesa buona piuttosto che alla 'riduzione dei costi a tutti i costi' (dunque a prescindere da eventuali incrementi della spesa, i quali potrebbero anche prodursi, ad es. se si considera che nelle regioni i cui sistemi sanitari sono comunemente ritenuti più efficienti si spende anche di più che nelle altre, ma meglio); c) il

²⁰ Per un approfondimento si v. M. SALERNO, *Autonomia finanziaria regionale e vincoli europei di bilancio*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013.

²¹ V. CERULLI IRELLI, *Intervento all'incontro di Studio del Gruppo San Martino sul tema Un nuovo assetto Costituzionale per le autonomie?*, cit.

²² G.C. DE MARTIN, *Relazione all'incontro di Studio del Gruppo San Martino sul tema Un nuovo assetto Costituzionale per le autonomie?*, cit.

²³ R. BIN, *Relazione all'incontro di Studio del Gruppo San Martino sul tema Un nuovo assetto Costituzionale per le autonomie?*, cit.

disincentivo all'ulteriore miglioramento dei sistemi meno efficienti, una volta che essi abbiano raggiunto la soglia di ottimizzazione sostenuta dagli incentivi fiscali; d) il disincentivo all'ulteriore miglioramento dell'efficienza dei sistemi già virtuosi, che potrebbe gravare solo sui bilanci regionali, la cui autonomia di gestione deve oggi obiettivamente misurarsi coi principi e con le disposizioni che impongono la chiusura in pareggio.

Verrebbe quindi premiata l'inefficienza al di sotto di una certa soglia, e parallelamente verrebbe disincentivato il miglioramento oltre un determinato livello: il tutto in nome della necessità di condurre i Sistemi sanitari regionali ad una condizione paritaria di partenza (quanto alla garanzia quali-quantitativa dei l.e.a.) di fronte alla responsabilità ed alla capacità di migliorarsi ulteriormente. Responsabilità e capacità che però dovranno far leva esclusivamente sulle abilità e sulle risorse dei singoli ordinamenti regionali.

Questi effetti possono prodursi perché, come in parte già si è accennato, la riforma intende: a) rendere autosufficienti le regioni nelle attività di finanziamento dei propri sistemi sanitari, per il tramite della realizzazione dell'autonomia di entrata e di spesa; b) assicurare comunque una perequazione integrale, a gravare su un fondo statale, per la garanzia dei l.e.a. nelle regioni che non riescono ad erogarli secondo i parametri quali-quantitativi richiesti; c) superare, per la ripartizione delle risorse, il criterio della spesa storica, a vantaggio invece di quello dei fabbisogni standard.

Il rapporto fra l'attuazione del federalismo fiscale e il principio di concorrenza in sanità appare dunque in buona parte negativo, e solo in parte più ridotta positivo. Ma prima di tutto si deve tornare a precisare che qui gli eventuali 'competitori' interessati sarebbero i singoli sistemi regionali, piuttosto che gli operatori del sistema o dei sistemi. Ebbene, dall'esame dello scenario descritto si desume che gli effetti immediati potranno essere quello della riduzione della migrazione di pazienti fra diversi sistemi sanitari regionali e quello della incentivazione di una limitata competizione fra sistemi di *welfare* regionali, in punto di competizione fra sistemi di finanziamento del servizio sanitario.

Il primo effetto si presenta però come necessario, ricollegandosi al meccanismo indefettibile della perequazione integrale sui l.e.a. Il secondo si presenta invece come eventuale, ricollegandosi alla capacità delle singole regioni che abbiano raggiunto il ‘livello minimo di virtuosità’ di migliorarsi ulteriormente con oneri a carico dei propri bilanci. Ma occorre a questo punto cercare di rispondere anche all’altro interrogativo, lasciato in sospeso, ossia a quello sul rapporto fra gli altri strumenti di controllo della spesa sanitaria in prospettiva macroeconomica (cui sopra si è fatto riferimento) e il principio di concorrenza. Qui il concetto di competizione torna ad assumere la sua accezione più comune, di competizione fra operatori all’interno di un sistema (e non fra sistemi). Ebbene, si è già detto che in questo studio si fa riferimento al paniere delle prestazioni finanziate ricorrendo alla fiscalità generale, e non a quello dei servizi acquistati dagli utenti direttamente o usufruendo di assicurazioni private o di fondi integrativi.

Il secondo paniere (qui non rilevante, appunto) identifica il mercato che convenzionalmente (anche se con una certa approssimazione) si può definire ‘privato’: vi operano i singoli professionisti eroganti prestazioni sanitarie in regime di autonomia e le strutture sanitarie solo autorizzate²⁴ (e non anche accreditate), le quali possono fornire prestazioni di cura con oneri a carico dell’utente che le ha richieste. Le condizioni di concorrenzialità di questo mercato possono essere meglio garantite *a)* se i presupposti per il rilascio delle autorizzazioni sono trasparenti, adeguatamente predeterminati ed intellegibili, in modo tale da consentire di qualificare come vincolato il potere di rilascio; *b)* se le strutture solo autorizzate vengono preservate, attraverso una adeguata regolazione, dalla concorrenza che sul mercato ove esse operano possono esercitare gli erogatori ‘forti’ (essenzialmente gli erogatori necessari del sistema pubblico²⁵ o comunque quelli

²⁴ Il d. lgs. 502/92 ss.mm.ii. prevede peraltro due livelli di autorizzazione regionale: per la realizzazione della struttura sanitaria (in aggiunta al titolo edilizio comunale) e per l’esercizio dell’attività.

²⁵ Si pensi alle Aziende sanitarie locali, che sono enti strumentali regionali indefettibili del sistema e che nella maggior parte dei casi svolgono funzioni sia di gestione del servizio (ad es. attraverso l’organizzazione della rete delle strutture per l’assistenza sanitaria di base) sia di erogazione delle prestazioni di cura. Questo loro

accreditati) in termini di maggiore capacità di attirare gli utenti anche per la fruizione di prestazioni *out of pocket* (ossia non erogabili con oneri a carico del sistema pubblico, in ragione della loro natura) oppure *extra budget* (ossia erogate sforando i tetti di spesa, e dunque ponibili in tutto o in parte a carico diretto degli utenti o delle loro assicurazioni private).

Questo è il fenomeno dei c.d. ‘sussidi incrociati’, che si verifica quando un operatore tragga vantaggio dalla sua condizione di produttore di beni o di erogatore di servizi di tipo diverso o sottoposti a regimi disciplinari diversi, se e nella misura in cui tenda a sussidiare un settore della produzione o della attività con i risultati eventualmente migliori o le discipline eventualmente più vantaggiose riferibili ad altro settore della produzione o delle attività. Per la verità, nel panorama del sistema sanitario italiano (prospettiva unitaria) e al suo interno dei sistemi sanitari regionali (prospettiva differenziata), pure le condizioni sub *a)* e *b)* risultano spesso compromesse. La prima in quanto anche per il rilascio delle autorizzazioni si considerano talvolta esigenze di programmazione che evocano la contaminazione del potere di controllo con elementi di discrezionalità.

ruolo di acquirenti e al contempo di erogatrici di prestazioni sanitarie le può indurre, fra l’altro, a ricorrere, per l’approvvigionamento delle prestazioni, dapprima a se stesse (vale a dire ai propri presidi) e poi agli altri operatori. Per un approfondimento su questi profili si v. G. CORSO, *Pubblico e privato nel sistema sanitario*, cit., 17 ss., ed ivi riferimenti anche alla omologa posizione dell’Agcom. Fa eccezione il sistema lombardo, ove le Asl svolgono esclusivamente funzioni di gestione del servizio e di committenza, ossia di acquisto delle prestazioni sanitarie presso le strutture accreditate. Per un approfondimento sulla differenziazione dei modelli in ambito regionale si v., *ex multis*, Q. CAMERLENGO, *Le politiche sanitarie in Emilia-Romagna, Lazio, Lombardia, Toscana*, in L. VIOLINI (a cura di), *Sussidiarietà e decentramento*, Milano, 2003, 223 ss.; E. GRIGLIO, *L’esperienza della Lombardia: il ruolo della regione*, in C. DE VINCENTI - R. FINOCCHI GHERSI - A. TARDIOLA (a cura di), *La sanità in Italia. Organizzazione, governo, regolazione, mercato*, Bologna, il Mulino, 2010; B. PEZZINI, *Ventuno modelli sanitari? Quanta disuguaglianza possiamo accettare (e quanta disuguaglianza riusciamo a vedere). Il cosiddetto modello lombardo*, in R. BALDUZZI, *I servizi sanitari regionali tra autonomia e coerenza di sistema*, Milano, Giuffrè, 2005; S. NERI, *La regolazione dei sistemi sanitari in Italia e Gran Bretagna*, cit.

La seconda in quanto non esistono validi strumenti per evitare il fenomeno dei sussidi incrociati, se si esclude la disciplina dei tetti di spesa, che però vi può incidere in modo molto limitato. E comunque, anche in relazione a questo profilo, è significativo il fatto che normalmente lo sfioramento dei tetti determini solo degli abbattimenti tariffari nella fase del rimborso e/o la facoltà per l'erogatore di rifiutare la prestazione²⁶, oppure la revoca o la sospensione dell'accreditamento per le prestazioni erogate *extra budget*²⁷.

Fatte queste precisazioni, si può tornare al rapporto fra strumenti di controllo della spesa dal lato della domanda e dell'offerta (da una parte) e concorrenzialità del mercato delle prestazioni erogate con oneri a carico del sistema pubblico (dall'altra). Anche qui il secondo elemento (la concorrenzialità del mercato) risulta sensibilmente compromesso, in ragione: delle barriere all'ingresso degli utenti (*gatekeeping*); delle barriere all'ingresso degli erogatori (accreditamento); della natura discrezionale del potere necessario a consentire l'ingresso degli erogatori (accreditamento) e parallelamente del potere che può consentirne l'uscita (revoca o sospensione dell'accreditamento); della apposizione di tetti al volume delle prestazioni erogabili; della determinazione unilaterale (da parte del regolatore) del contenuto degli accordi contrattuali (aventi ad oggetto gli elementi qualitativi dell'offerta ammessa); del rapporto sbilanciato fra erogatori 'forti' del sistema (quelli necessari, come le Aziende sanitarie locali produttrici e le Aziende ospedaliere²⁸, ad esempio) ed erogatori privati.

²⁶ Sulla regressione tariffaria si v., *ex multis*: C. Conti, sezione centrale di controllo sulla gestione delle amministrazioni dello Stato, *Relazione sulla gestione delle risorse statali destinate alla riduzione strutturale del disavanzo del servizio sanitario nazionale*, approvata con delibera n. 22/09/G; si v. inoltre le ll.rr. della Puglia 26/06 e 4/03.

²⁷ Sulle altre misure per 'sanzionare' l'erogazione di prestazioni *extra budget* si v. C. Conti, sez. regionale di controllo per il Lazio, delibera 28 luglio 2009, n. 29.

²⁸ Le Aziende ospedaliere, presenti peraltro non in tutti i sistemi sanitari regionali, nascono dallo scorporo degli ospedali di maggiori dimensioni dalle Asl e hanno personalità giuridica di diritto pubblico. Svolgono attività di erogazione di prestazioni di cura, che eventualmente possono essere correlate anche alla

Nella prospettiva del rapporto fra gli erogatori risultano dunque più aderenti al principio di concorrenza i sistemi a forte separazione, come quello lombardo, ove alle Aziende sanitarie locali sono sottratti i compiti di produzione diretta, ossia di erogazione delle prestazioni di cura²⁹. E non invece i sistemi ove le Asl accumulano le funzioni di gestore e di produttore dei servizi, accentuando così il diverso peso dei produttori ‘forti’ rispetto a quelli ‘deboli’³⁰.

Anche il contingentamento che si determina in sede di programmazione causa una importante barriera all’ingresso da parte di nuovi erogatori, non tanto per la necessità che questi hanno di conseguire l’accreditamento, quanto piuttosto per la difficoltà di ottenerne il rilascio in un contesto ove il mercato è saturo e la spesa pubblica deve essere contenuta (pure attraverso la riduzione delle strutture di erogazione, per abbattere i loro costi di mantenimento e/o per evitare che alcune di esse risultino sottoutilizzate). Normalmente gli accreditamenti già rilasciati non sono infatti soggetti a scadenza, ma solo ad eventuali sospensione e/o revoca. E, pure quando delle ipotesi di scadenza siano previste, è possibile in linea di massima la reiterazione, la quale è valutata in via preferenziale rispetto ai nuovi

ricerca scientifica e alla didattica in ambito medico. Nel secondo caso l’Azienda si qualifica come Azienda ospedaliero-universitaria, in quanto vi partecipano anche gli Atenei ove sono attivati corsi di laurea delle classi mediche. Sulle difficoltà di attuazione del secondo modello e, in via più generale, sulla evoluzione della integrazione fra università e servizio sanitario si v., *ex multis*, G. FARES, *Il faticoso cammino dell’integrazione fra università e servizio sanitario*, in G. CORSO - P. MAGISTRELLI (a cura di), *Il diritto alla salute tra istituzioni e società civile*, cit., 105 ss., ed ivi ulteriori riferimenti. Sul ruolo delle Asl nella differenziazione dei modelli in ambito regionale si v. *supra* in nota.

²⁹ Sul modello separato si v. la l.r. della Lombardia 33/09. Per gli approfondimenti bibliografici si v. *supra* in nota.

³⁰ Sul modello integrato e/o misto si v., *ex multis*, le ll.rr. della Toscana nn. 40/05 e 51/09. Per gli approfondimenti bibliografici si v. *supra* in nota.

accessi³¹. Inoltre per rispondere alle esigenze di contenimento della spesa pubblica in sede di programmazione regionale si sceglie spesso di limitare il rilascio degli accreditamenti a strutture private, presupponendo che l'erogazione attraverso quelle pubbliche richieda l'impiego di minori risorse economiche³².

Altri elementi di limitazione della concorrenza del mercato delle prestazioni erogate con oneri a carico del sistema pubblico sono: il fatto che le strutture di erogazione possano essere sottoposte alla disciplina dei Piani di rientro dai disavanzi: ciò incide pesantemente sull'autonomia dell'intero Servizio sanitario regionale (Ssr), anche perché è possibile avviare procedure di commissariamento per l'ipotesi di mancato adeguamento ai parametri nei termini concordati; la *spending review* sui costi intermedi. Le misure indicate in questi ultimi due punti colpiscono peraltro tutte le strutture del Ssr, anche solo in modo indiretto. Colpiscono però direttamente e principalmente il gestore (pubblico) e le sue strutture di erogazione. I Piani di rientro e le procedure di commissariamento rispondono alla logica dell'emergenza dettata dalla necessità di ripianare i disavanzi sanitari eccessivi o di garantire i l.e.a. o altri bisogni essenziali. La *spending review* sui costi intermedi, che sicuramente si correla anche alle politiche di rientro rappresentandone uno dei più significativi strumenti, è invece collegata, come si è accennato, più che alla straordinarietà di un evento (il disavanzo oltre una certa soglia, ad esempio), alla necessità di adottare

³¹ Per un approfondimento su questo profilo e in via generale sul rapporto pubblico-privato in sanità, si v. M. CONTICELLI, *Privato e pubblico nel servizio sanitario*, cit.; M. CONTICELLI - F. GIGLIONI, *L'accredimento degli erogatori*, in C. DE VINCENTI - R. FINOCCHI GHERSI - A. TARDIOLA (a cura di), *La sanità in Italia. Organizzazione, governo, regolazione, mercato*, cit.; M. CONSITO, *Accreditamento e terzo settore*, cit.; ID., *L'accredimento come limite dell'appalto pubblico di servizi*, in A. PIOGGIA - M. DUGATO - G. RACCA - S. CIVITARESE MATTEUCCI (a cura di), *Oltre l'aziendalizzazione del servizio sanitario*, cit.; E. JORIO, *L'accredimento istituzionale e il ruolo del privato nell'organizzazione della salute*, in *Sanità pubb. e priv.*, n. 2, 2004; A. BATTISTELLA, *L'accredimento istituzionale: una scelta difficile*, in *Prosp. soc. e san.*, 2001, 1 ss.; G. CORSO, *Pubblico e privato nel sistema sanitario*, cit., 17 ss.

³² Sul contingentamento degli accreditamenti a strutture private si v. C. Cost., 8 ottobre 2010, n. 289, in www.giurcost.org.

nuove regole ordinarie per l'esercizio di certe attività. La crisi economica ne rappresenta dunque solo l'occasione: l'applicazione delle misure di *spending review* è infatti destinata a protrarsi anche dopo l'eventuale superamento della congiuntura finanziaria sfavorevole.

3. GLI STRUMENTI DI PROMOZIONE DELLA CONCORRENZA FRA OPERATORI E FRA SISTEMI SANITARI INCIDONO SUL CONTENIMENTO DELLA SPESA? IL RUOLO DELLA LIBERTÀ DI SCELTA DEGLI UTENTI E DELLA SEPARAZIONE FRA OPERATORI

Quanto appena rilevato induce dunque a rispondere negativamente all'interrogativo se il sistema sanitario italiano sia aperto o meno alla concorrenza. Ma questa conclusione, se intesa in senso assoluto, non sarebbe esatta. Vi sono infatti almeno tre gruppi di elementi in grado di controbilanciare, in punto di aderenza al mercato concorrenziale, fattori come ad es. la natura sostanzialmente concessoria dell'accreditamento istituzionale e l'assenza di procedure competitive in luogo dell'accreditamento. Si tratta: a) della separazione delle funzioni di finanziamento, di gestione e di erogazione delle prestazioni³³ (ove realizzata e se ben realizzata), collegata alla pluralità dal lato dell'offerta (ad ambedue questi profili si è fatto riferimento nel paragrafo precedente, cui si rinvia); b) dell'attuazione del federalismo fiscale (nei limiti e per le ragioni indicati sempre al paragrafo precedente, cui ancora si rinvia); c) della libertà di scelta degli utenti (fra erogatori e a certe condizioni fra sistemi).

³³ Come avviene nel modello lombardo, cui al par. 2 si è fatto riferimento.

Sul terzo profilo si intende ora soffermarsi, per aprire in seguito il discorso alla prospettiva sovranazionale, che della libertà di scelta rappresenta una delle dimensioni³⁴. La libertà di scelta degli utenti si articola a ben vedere su più livelli, e in senso sia orizzontale (dall'assistenza diretta a quella indiretta, *infra*) sia verticale (a partire dai sistemi sanitari locali e/o regionali per giungere sino a quelli nazionali, extracomunitari e comunitari).

Nella prospettiva 'orizzontale' occorre distinguere la scelta fra il sistema pubblico (nel senso sopra chiarito) e il sistema privato (cui appartengono ad es. le strutture solo autorizzate). Quest'ultimo a sua volta può restare privato, oppure può entrare occasionalmente a far parte di quello pubblico. Ciò accade quando i pazienti richiedano di poter accedere alle sue strutture (ad es. quelle solo autorizzate), ma nella forma dell'assistenza indiretta, ossia richiedendo il rimborso di quanto pagato per la fruizione della cura alla Asl e/o alla regione di residenza secondo le condizioni previste dalla legislazione regionale o, in via suppletiva, da quella statale. Questa distinzione si fonda sul presupposto che siano obiettivamente diversi il sistema delle prestazioni erogate con oneri a carico delle risorse finanziarie pubbliche rispetto a quello delle prestazioni remunerate direttamente dagli utenti o dalle loro assicurazioni, all'interno dello stesso sistema sanitario inteso invece in senso 'verticale', nella accezione che qui a seguire si chiarirà.

Nella prospettiva 'verticale' occorre distinguere la scelta fra erogatori dello stesso sistema dalla scelta fra erogatori di sistemi diversi, e pertanto, anche fra sistemi sanitari differenti. Da questo punto di vista sono diversi senz'altro i sistemi sanitari di Stati diversi (comunitari o meno). Ma, pur se con qualche limitazione, possono esserlo anche i Sistemi sanitari regionali all'interno del Servizio sanitario nazionale e, con limiti ancora maggiori, i Sistemi locali (corrispondenti geograficamente ai distretti di ciascuna Asl) all'interno di ogni Ssr. Fra questi poli si muovono fisicamente i pazienti, nell'esercizio della loro libertà

³⁴ Sul principio di libera scelta dei pazienti nel sistema delineato dal d.lgs. 502/92 ss.mm.ii. si v., *ex multis*, G. CORSO, *Pubblico e privato nel sistema sanitario*, cit., 31-33, ed ivi ulteriori riferimenti giurisprudenziali.

di scelta, appunto³⁵. La *mobilità infraregionale* (fra distretti di Asl della stessa regione) può essere dovuta alla scelta fra erogatori dello stesso Ssr, oppure alla scelta fra il sistema pubblico (cui appartengono evidentemente anche i privati accreditati) e quello privato. Nel primo caso gli oneri della migrazione restano a carico della Asl di residenza dell'utente (*mobilità passiva*), e vengono determinati sulla base dei tariffari vigenti. Nel secondo caso, se l'opzione ricade sul sistema privato senza la contestuale richiesta di assistenza in forma indiretta, restano a carico dell'utente. Se invece l'opzione ricade sul sistema pubblico o su quello privato secondo la formula dell'assistenza in via indiretta, gli oneri della migrazione restano ancora a carico della Asl di residenza dell'utente.

La *mobilità interregionale* può essere invece dovuta alla scelta fra erogatori di diversi Ssr, oppure ancora alla scelta fra il sistema pubblico e quello privato. Nel primo caso gli oneri della migrazione restano a carico della regione di residenza dell'utente (*mobilità passiva*), e sono determinati sulla base dei tariffari vigenti nella regione finanziatrice (sempre che le prestazioni rientrino fra quelle dispensate dal Ssr finanziatore³⁶). Nel secondo caso, se l'opzione ricade sul sistema privato senza la contestuale richiesta di assistenza in forma indiretta, restano a carico dell'utente. Se invece l'opzione ricade sul sistema pubblico o su quello privato secondo la formula dell'assistenza in via indiretta, gli oneri della migrazione restano ancora a carico della regione di residenza dell'utente.

Infine la *mobilità transfrontaliera/internazionale (extracomunitaria o intracomunitaria)* può essere dovuta alla scelta fra erogatori di diversi sistemi sanitari

³⁵ Per i riferimenti sulla mobilità infranazionale e sulla scelta fra l'assistenza finanziata autonomamente e quella a carico della fiscalità generale si v. *infra* in nota, nonché, in via più generale, la normativa essenziale di disciplina dell'intero sistema nazionale, indicata *supra* in nota. Per i riferimenti sulla mobilità transfrontaliera/internazionale, extracomunitaria e comunitaria, si v. *infra*.

³⁶ Le prestazioni garantite dai vari Ssr possono differenziarsi in ragione dei livelli integrativi di assistenza sanitaria eventualmente previsti in alcuni di essi e non in altri.

nazionali, oppure alla scelta fra il sistema pubblico e quello privato. Nel primo caso gli oneri della migrazione restano a carico del Paese di residenza dell'utente, e gravano sul bilancio regionale, a queste condizioni: a) eleggibilità della prestazione, autorizzazione e limiti quantitativi di rimborso, secondo quanto previsto dallo Stato di appartenenza dell'utente, per l'ipotesi di *migrazione extracomunitaria*³⁷; b) riconducibilità della prestazione a quelle dispensate dal sistema sanitario del Paese finanziatore, nei limiti della spesa che ivi occorrerebbe per erogare la cura, e previa autorizzazione del Paese finanziatore per le cure ospedaliere e specialistiche, nell'ipotesi di *migrazione intracomunitaria*³⁸.

In caso di scelta fra il sistema pubblico e quello privato, se l'opzione ricade sul secondo senza la contestuale richiesta di assistenza in forma indiretta, gli oneri della migrazione restano a carico dell'utente. Se l'opzione ricade sul sistema pubblico o su quello privato secondo la formula dell'assistenza in via indiretta, gli oneri della migrazione restano ancora a carico del Paese di residenza dell'utente, a gravare sul bilancio regionale. Si determina quindi, in ragione di tutti questi fattori, l'apertura di spazi per consentire una certa competizione fra sistemi (locali³⁹, regionali e nazionali), in specie all'interno

³⁷ Nell'evoluzione della normativa e della giurisprudenza che consentono di giungere a queste conclusioni gli snodi essenziali sono rappresentati dalle seguenti fonti: artt. 6, c. 1, e 37 della l. 833/78; art. 3, c. 5, della l. 595/85; art. 1, c. 9, del d.l. 382/89; d.m. Sanità del 3 novembre 1989; dd.mm. Sanità del 24 gennaio 1990 e del 30 agosto 1991; Corte cost., 16 luglio 1999, n. 309, in www.giurcost.org.

³⁸ Nell'evoluzione della normativa e della giurisprudenza che consentono di giungere a queste conclusioni gli snodi essenziali sono rappresentati dalle seguenti fonti: reg. Cee 1048/71; artt. 6, c. 1, e 37 della l. 833/78; Corte giust. Cee, 17 dicembre 1981, n. 279, in www.europa.eu; art. 3, c. 5, della l. 595/85; art. 1, c. 9, del d.l. 382/89; d.m. Sanità del 3 novembre 1989; dd.mm. Sanità del 24 gennaio 1990 e del 30 agosto 1991; Corte giust. Ce, 28 aprile 1998, n. 158, in www.europa.eu; Corte cost., 16 luglio 1999, n. 309, in www.giurcost.org; Corte. giust. Ue, grande sezione, 15 giugno 2010, n. 211; direttiva Ue n. 24/11.

³⁹ I sistemi locali sono quelli corrispondenti al distretto di ciascuna Asl. In questo quadro ogni utente può scegliere, in primo luogo: 1) se richiedere prestazioni di cura autofinanziandole direttamente o per il tramite delle polizze volontarie eventualmente stipulate (rivolgendosi a professionisti sanitari operanti in regime di

dell'Unione europea (con possibili riflessi in punto di confronto competitivo fra i sistemi stessi quanto al rapporto tra componente quali-quantitativa delle prestazioni erogate e modalità del loro finanziamento).

Quest'ultimo profilo, il cui significato fra breve meglio si chiarirà, si correla a sua volta alla circostanza che in via di principio anche i servizi sanitari siano riconducibili alla categoria dei servizi ordinari ai sensi del Trattato (art. 57 Tfu)⁴⁰, o, meglio ancora, alla categoria dei servizi di interesse economico generale ai sensi dell'art. 106 Tfu⁴¹. Ciò

autonomia o a strutture solo autorizzate); 2) oppure se usufruire di quelle rese disponibili dal sistema pubblico con oneri a carico della fiscalità generale. Nel secondo caso potrà a sua volta richiederle: a) a una delle strutture operanti nel distretto della Asl ove risiede; b) a una delle strutture operanti nel distretto di altra Asl, ma nella stessa regione; c) a una delle strutture operanti nel distretto di altra Asl, e di regione diversa; d) all'estero (con i limiti che in parte si sono già precisati e sui quali per altra parte si tornerà).

⁴⁰ Si v. S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Servizi sanitari, mercato e «modello sociale europeo»*, cit. Si v. inoltre C. Giust. Ce, 28 aprile 1998, n. 158, in www.europa.eu; cfr. C. Giust. Cee, 17 dicembre 1981, n. 279, in www.europa.eu; D. DA COSTA LEITE BORGES, *Making sense of human rights in the context of European Union health-care policy: individualist and communitarian views*, in *International Journal of Law in Context*, n. 7-3, 2011, 352 ss. Sul rapporto fra servizi ordinari ai sensi del Trattato, attività d'impresa e/o comunque attività prestate dietro retribuzione e attività economiche si v. inoltre, *ex multis*, C. Giust. Ce, 18 giugno 1998, n. 35, in *Corr. giur.*, n. 8, 1998, 962; C. Giust. Ce, 17 febbraio 1993, n. 159, in *Riv. it. dir. pubb. comunit.*, 1993, 894; C. Giust. Ce, 10 gennaio 2006, n. 222, in www.europa.eu, 2006; C. Giust. Ce, 24 ottobre 2002, n. 82, in *Dir. trasporti*, 2003, 895. Dall'esame della giurisprudenza comunitaria si desume peraltro l'esistenza di una certa petizione di principio, nel senso che, mentre da una parte sono considerate imprenditoriali le attività economiche, dall'altra sono considerate economiche le attività organizzate in forma di impresa. Si v. la Comunicazione della Commissione europea del 26 aprile 2006 sui servizi sociali di interesse generale, ed ivi riferimenti alla giurisprudenza comunitaria. Cfr. C. Giust. Ce, 10 gennaio 2006, n. 222, cit.; C. Giust. Ce, 18 giugno 1998, n. 35, cit.; C. Giust. Ce, 22 maggio 2003, n. 18, in www.europa.eu

⁴¹ Si v. le Comunicazioni della Commissione europea del 26 aprile 2006 sui servizi sociali di interesse generale e del 26 settembre 2006 sui servizi sanitari, oltre che il correlato Parere del Comitato economico e sociale del 15 giugno 2007. Per un approfondimento si v. inoltre C. Giust. Ce, 28 aprile 1998, n. 158, in www.europa.eu; cfr. C. Giust. Cee, 17 dicembre 1981, n. 279, in www.europa.eu; D. SORACE, *I servizi "pubblici" economici nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio del XXI secolo*, in *Dir. amm.*, n. 1, 2010, 1 ss.; F. MERUSI, *Lo schema della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in *Dir. amm.*, n. 2, 2010, 313 ss.; L.R. PERFETTI, *Servizi di interesse economico generale e pubblici servizi (sulla Comunicazione della*

ingenera, nella prospettiva comunitaria: a) la tendenza all'apertura dei servizi sanitari, in attuazione degli artt. 57 e 106 c. 1 Tfu, all'applicazione delle regole in materia di mercato interno (attraverso la garanzia delle libertà di circolazione, la tutela e la promozione della concorrenza, il divieto di aiuti di Stato alle imprese), se ciò non osti allo svolgimento della specifica missione di interesse generale loro affidata, come precisa l'art. 106 c. 2 Tfu; b) la tendenza all'incentivo, secondo certe regole e certi principi, della migrazione sanitaria di pazienti fra i Paesi dell'Ue.

Il fenomeno della migrazione sanitaria riguarda peraltro non solo la dimensione comunitaria, ma a ben vedere, come si è accennato, anche quella internazionale extracomunitaria e altresì quella infranazionale (ossia, nel secondo caso, la circolazione dei pazienti fra più 'sistemi' regionali e/o locali, oltre che la possibilità di scegliere fra l'assistenza diretta e quella indiretta⁴²). Questi moti vanno letti in una prospettiva che ne individui anche i possibili raccordi, cercando di rispondere quanto meno ai seguenti quesiti. a) In particolare occorre chiedersi se anche essi determinino una qualche forma concorrenza. b) E ancora occorre chiedersi di che tipo di competizione eventualmente si tratti, vale a dire se la si debba intendere in senso economico e/o sociale. c) E infine occorre domandarsi se la circolazione dei pazienti fra sistemi sia correlata a possibili condizioni di

Commissione europea relativa ai servizi di interesse generale del 20 settembre 2000), in *Riv. it. dir. pubb. comunit.*, n. 3-4, 2001, 479 ss.

⁴² Ossia fra il ricorso a prestazioni autofinanziate e il ricorso a cure finanziate con oneri a carico della fiscalità generale. Si parla però di assistenza indiretta quando le cure, pur essendo erogate dal sistema privato (ad es. dalle strutture solo autorizzate), potranno essere rimborsate dalla Asl e/o dalla regione di residenza dell'utente secondo le condizioni previste dalla legislazione regionale o, in via suppletiva, da quella statale, quando il paziente abbia inoltrato una apposita e motivata richiesta in questo senso. Per i riferimenti normativi essenziali si rinvia, oltre a quelli in precedenza già indicati in nota, anche ai seguenti: il d.l. 382/89; la l. 595/85 e i dd.mm. 3 novembre 1989, 24 gennaio 1990 e 30 agosto 1991; la l.p. di Bolzano 7/01, la l.r. del Friuli V. Giulia 12/94, le ll.rr. della Toscana 23/93 e 5/97, la l.r. delle Marche 50/94; le ll.rr. della Sicilia 5/09, 30/93, 42/96; la l.r. della Valle d'Aosta 25/96; il reg. Ue 1408/71, la dir. Ue 24/11.

State failures (ossia di incapacità dello Stato di assicurare ai cittadini prestazioni che si era fatto carico di garantire)⁴³.

Gli *State failures* sono un fenomeno opposto ai ben più noti *market failures*, i quali si realizzano quando il mercato non riesce da solo a produrre e a finanziare certi servizi di interesse generale, che pertanto gli vengono sottratti⁴⁴. Ciò rimanda alla linea di demarcazione fra le attività semplicemente ‘economiche’ e quelle ‘di interesse economico generale’, la quale a sua volta trae origine dalla circostanza che le seconde vengono garantite dalle autorità pubbliche anche quando il mercato non sia sufficientemente incentivato a provvedervi da solo (e si producano quindi condizioni di *market failures*, appunto)⁴⁵. Esse perseguono infatti più o meno direttamente obiettivi di interesse pubblico.

⁴³ Per un approfondimento sul rapporto fra *Welfare State* e *State failures* si v. A. MASSERA, *Uguaglianza e giustizia nel Welfare State*, in *Dir. amm.*, n. 1, 2009, 1 ss.

⁴⁴ Per un approfondimento si v., fra i contributi più recenti, R.L. HETZEL, *The great recession: market failure or policy failure?*, Cambridge University press, 2012; M. TIRELLI, *Politica economica e fallimenti del mercato*, Torino, Giappichelli, 2010.

⁴⁵ Per l'approfondimento del rapporto fra servizi di interesse generale e servizi di interesse economico generale si v., *ex multis*: D. SORACE, *I servizi «pubblici» economici nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio del XXI secolo*, in *Dir. amm.*, n. 1, 2010, 1 ss.; F. MERUSI, *Lo schema della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in *Dir. amm.*, n. 2, 2010, 313 ss.; L.R. PERFETTI, *Servizi di interesse economico generale e pubblici servizi (sulla Comunicazione della Commissione europea relativa ai servizi di interesse generale del 20 settembre 2000)*, in *Riv. it. dir. pubb. comunit.*, n. 3-4, 2001, 479 ss.; A. BRANCASI, *La tutela della concorrenza mediante il divieto di aiuti di Stato*, in *Dir. pubb.*, n. 1-2, 2010, 195 ss.; V. VISCO COMANDINI, *I servizi d'interesse economico generale e il loro finanziamento*, in www.astrid-online.it, 2009; G.L. TOSATO, *La disciplina comunitaria degli aiuti tra economia di mercato e interessi generali*, in www.astrid-online.it, 2009; L. BERTONAZZI - R. VILLATA, *Servizi di interesse economico generale*, in M.P. CHITI - G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Parte spec., IV, Milano, Giuffrè, 2007; G. CARTEI, *I servizi di interesse economico generale tra influsso dogmatico e regole di mercato*, in www.iisa.it; L. CERASO, *Il finanziamento dei servizi di interesse economico generale in un sistema di mercato concorrenziale*, in *Riv. it. dir. pubb. comunit.*, n. 1, 2008, 97 ss.; F. DONATI, *I servizi d'interesse economico generale: prospettive di evoluzione del modello regolatorio europeo*, in *Dir. un. eur.*, n. 1, 2010, 195 ss.; F. FERRARO, *Efficienza dei servizi di interesse economico generale*, in *Dir. pubb. comp. eur.*, n. 1, 2002.

Si giustifica pertanto, ai sensi dell'art. 106 Tfu, la deroga all'applicazione dello statuto della concorrenza, se strettamente necessaria alla tutela della specifica missione affidata a tali attività (e sempre che i gestori e/o gli erogatori siano in grado di soddisfare la domanda degli utenti). Ciò può avvenire ad es. attraverso la compensazione degli obblighi di servizio pubblico con azioni, anche fiscali, che non sono considerate aiuti di Stato (e dunque sono in ogni caso ammesse, a prescindere dal ricorso al regime derogatorio) nella misura in cui servano a compensare gli obblighi di servizio pubblico gravanti sull'operatore in ragione della natura dell'attività esercitata, e nella misura in cui rispondano allo stretto principio di proporzionalità⁴⁶. Ma occorre distinguere, fra le prestazioni sanitarie, le attività che richiedono un finanziamento esterno da quelle finanziate invece esclusivamente attraverso il ricorso al mercato (si pensi a tutte le prestazioni c.d. *out of pocket*, *supra*). Nel sistema sanitario italiano le prime sono tutte quelle a carico della fiscalità generale. La presenza di un finanziamento esterno è connaturale ad una certa distorsione della concorrenza, in via di principio giustificabile, però, ex art. 106, c. 2, Tfu. Questa distorsione può essere tanto più importante quanto più è importante la misura del finanziamento, a sua volta direttamente proporzionale all'entità degli obblighi di servizio pubblico eventualmente estranei alle dinamiche di mercato. Ma, come si è detto, si tratta di una forma di distorsione astrattamente giustificabile.

La distinzione fra le attività finanziate attraverso il ricorso al mercato (nel senso di *mercato puro*⁴⁷) e quelle finanziate attraverso il ricorso a risorse pubbliche è una

⁴⁶ Sugli aiuti di Stato si v., in via generale, gli artt. 106 e 107 Tfu, e il così detto Pacchetto Altmark, cui appartengono: la sentenza della C. Giust. Ce, 7 febbraio 2002, n. 28; la Decisione della Commissione europea 842/05; la Comunicazione della Commissione sugli aiuti di Stato concessi sotto forma di compensazione agli obblighi di servizio pubblico, adottata il 28 novembre 2005 per un periodo di efficacia di 6 anni.

⁴⁷ Si può convenzionalmente definire *mercato puro*, nell'ambito dei sistemi sanitari (*rectius*: di finanziamento della sanità), la condizione in cui la prestazione è acquistata con oneri a carico direttamente dell'utente. Questa condizione può innestarsi, con ampiezza minore o maggiore, in ciascuno dei sistemi sanitari esistenti (universalistico, occupazionale, delle assicurazioni private).

caratteristica del sistema italiano, e più in generale dei sistemi universalistici. Qui può tuttavia accadere che l'erogatore del servizio convogli i costi della propria azione prevalentemente sulle attività finanziate a carico dei bilanci pubblici, per alleggerire quelle remunerate solo con il ricorso al mercato. Si tratta di un fenomeno che richiama quello dei cd. 'sussidi incrociati'. La condotta del sussidio incrociato (che in questo caso risulterebbe interno alla stessa struttura e applicato fra attività da essa prestate secondo un diverso regime) può ad esempio essere propria dei soggetti accreditati, in particolare nella gestione del rapporto fra le prestazioni erogate *in budget* e quelle erogate *extra budget* (ossia fra prestazioni erogate in regime di accreditamento e prestazioni erogate sforando i tetti di spesa). Essa può inoltre riflettersi negativamente sulla posizione occupata dalle strutture autorizzate, che erogano invece prestazioni sanitarie acquistate dagli utenti di regola in regime di mercato puro o, più raramente, ricorrendo alla formula dell'assistenza indiretta. Nell'ipotesi descritta il mercato sarebbe lo stesso in senso oggettivo (quello dei servizi sanitari), e diverso con riferimento al regime giuridico delle prestazioni erogate.

Queste possibili derive sono state considerate e censurate dalla Commissione europea, la quale ha precisato che «la compensazione degli obblighi di servizio pubblico concessa per il funzionamento di un servizio di interesse economico generale, ma effettivamente utilizzata per operare su altri mercati, non è giustificata e costituisce dunque un aiuto di Stato incompatibile»⁴⁸. In questo caso la Commissione si riferisce proprio ai servizi di interesse economico generale, quasi a voler intendere che, anche in relazione a essi, l'ipotesi dei sussidi incrociati dovrebbe essere ricondotta al regime ordinario di cui all'art. 106, c. 1, Tfu (applicazione dello statuto della concorrenza), e non a quello speciale di cui al c. 2 (derogabilità dello statuto della concorrenza per ragioni di interesse generale e facendo applicazione comunque del principio di stretta proporzionalità).

⁴⁸ Sugli aiuti di Stato incompatibili con l'esercizio di servizi di interesse economico generale si v. ancora la Comunicazione della Commissione europea sugli aiuti di Stato concessi sotto forma di compensazione agli obblighi di servizio pubblico, adottata il 28 novembre 2005, sebbene per un periodo di efficacia di soli 6 anni.

Anche in questa prospettiva restano dunque più aderenti al principio di concorrenza i sistemi, nazionali o regionali, a forte separazione, ove le attività dei finanziatori sono meglio distinte da quelle dei fornitori⁴⁹. Spetta comunque agli Stati, per tornare al regime dei servizi di interesse economico generale, riempire di contenuti il significato della ‘missione’ che giustifica la deroga allo statuto della concorrenza⁵⁰ e, prima ancora, stabilire quali siano i servizi di interesse economico generale, indicandone le ragioni⁵¹. Anche il significato e le ricadute applicative di questa affermazione vanno tuttavia ricalibrati, poichè la garanzia dei diritti sociali non può dirsi oggi prerogativa esclusiva degli Stati. Vero è che si tratta di un settore che ha rappresentato e che in parte ancora rappresenta un terreno di espressione privilegiata della sovranità nazionale. Ma vero altresì che da qualche anno, come si è visto (*supra*), questo modello ha iniziato a mutare fisionomia in ragione del crescente interesse dei governi sovranazionali per le politiche sociali degli Stati. Sicchè, anche nella individuazione della ‘missione’ che giustifica la deroga allo statuto della concorrenza e, prima ancora, nella individuazione di quali siano i servizi di interesse

⁴⁹ Ciò si verifica ad es., fra i sistemi nazionali, in quelli ispirati al modulo delle assicurazioni sociali di malattia o delle assicurazioni private. Anche nei modelli universalistici si rinvencono però interventi che hanno introdotto elementi di separazione: ciò può desumersi, ad es., dall’esame dell’evoluzione del sistema sanitario britannico e di alcuni sistemi regionali italiani, come quello lombardo (*supra*).

⁵⁰ Sul ruolo degli Stati nella individuazione della ‘missione’ affidata ai servizi di interesse economico generale si v. l’art. 1, par. 2, c. 3, della direttiva Ce 126/03.

⁵¹ Sul ruolo degli Stati nella individuazione dei servizi di interesse economico generale si v. Tribunale di I grado Ce, 12 febbraio 2008, n. 289, in www.europa.eu.

economico generale fra quelli a ‘vocazione sociale’⁵², gli Stati non potranno più essere considerati sovrani assoluti delle proprie scelte⁵³.

Qui si può tornare agli *State failures*, in particolare ponendosi i seguenti interrogativi: a) può accadere che, soprattutto in un periodo di crisi economica, i pubblici poteri non ce la facciano da soli a produrre e a finanziare da soli certi servizi? b) E può dunque accadere che tali servizi finiscano per essere dati parzialmente ‘in pasto al mercato’? c) E, ancora, può accadere che questa eventualità, in specie quando si tratti di settori particolarmente sensibili connessi al concetto di *Welfare*, incentivi gli erogatori pubblici a trovare qualche soluzione per migliorare il rapporto fra il costo e la qualità delle prestazioni? d) E, infine, hanno senso oggi le preoccupazioni che questi interrogativi esprimono? Oppure l’avanzata del mercato è addirittura incentivata, e non solo dalla crisi economica? Un orientamento della Corte di giustizia⁵⁴ consente di agganciarsi subito agli ultimi di questi quesiti: secondo la Corte possono infatti contrastare con il principio di libera prestazione dei servizi nell’Ue (sancito dall’art. 56 Tfu) quelle misure che rendano la circolazione dei servizi tra Stati membri più difficile della prestazione degli stessi servizi all’interno di ogni singolo Stato comunitario. Pertanto la circostanza che la normativa nazionale non garantisca all’utente un livello di copertura altrettanto vantaggioso rispetto a quello dello Stato membro ospitante potrebbe rappresentare una restrizione alla libera prestazione dei servizi, poiché tenderebbe a disincentivare la migrazione sanitaria transfrontaliera/internazionale intracomunitaria dovuta a carenze dell’offerta del sistema sanitario di appartenenza dell’utente: ciò in quanto, se la

⁵² Sulla individuazione dei servizi di interesse economico generale fra quelli a ‘vocazione sociale’ cfr. Tribunale di I grado Ce, 12 febbraio 2008, cit.

⁵³ Ancora sul ruolo degli Stati nella individuazione della missione affidata ai servizi di interesse economico generale si v. il parere reso nel 2007 dal Comitato economico e sociale in merito alla Comunicazione della Commissione del 26 aprile 2006.

⁵⁴ Sul rapporto fra libera prestazione dei servizi nell’Ue e sistemi sanitari nazionali dei Paesi membri si v. Corte giust. Ue, grande sezione, 15 giugno 2010, n. 211.

prestazione non è contemplata fra quelle offerte dal sistema sanitario dello Stato di appartenenza, non sussistono i presupposti per ottenere da questo l'autorizzazione a fruirne nello Stato ospitante. Qui emerge un'anomalia. L'anomalia è in sostanza questa: per garantire il livello di concorrenza richiesto dall'ordinamento è necessario che i sistemi si livellino al rialzo, tendendo quanto più possibile a uniformarsi. Si parte dunque dal miglioramento dell'offerta per giungere ad assicurare un certo livello di competitività, mentre di regola si ritiene che il percorso sia inverso, vale a dire che sia la concorrenza a determinare il miglioramento dell'offerta. Ciò è a ben vedere dovuto al fatto che si stia discorrendo non della competizione fra operatori all'interno di un sistema, bensì della *competizione fra sistemi sanitari*. Ebbene, il significato e i contenuti di questa competizione sono del tutto peculiari.

Vero è che finalità di ogni competizione è il conseguimento di una utilità, sottratta dagli operatori del mercato rilevante ai propri competitori. In via di principio, dunque, se l'utilità viene intesa in senso economico, solo in una accezione limitata può parlarsi qui di competizione, visto che la migrazione avviene con oneri a carico del sistema di appartenenza, per prestazioni che esso garantisce e sulla base del costo o della tariffa ad esso riferibili. L'accezione limitata in cui avrebbe senso in questo caso parlare di concorrenza si correla al rapporto fra *mobilità passiva* e *mobilità attiva*, e in particolare ad alcune conseguenze negative della prima: vale a dire alla necessità, per il sistema di appartenenza, di farsi carico del costo della prestazione oltre che delle spese fisse per il mantenimento delle proprie strutture, che resterebbero *pro quota* sottoutilizzate. Se invece l'utilità viene intesa in senso sociale (ossia come capacità dello Stato di rispondere in modo soddisfacente ai bisogni dei propri cittadini), allora la competizione avrebbe ad oggetto il modo in cui i bisogni dei cittadini vengono finanziati, e quindi anche il modo in cui, attraverso le risorse disponibili, i pubblici poteri riescono a definire il paniere quanti-qualitativo dell'offerta. Si tratterebbe dunque di una competizione da intendersi in senso sociale, vale a dire fra sistemi di *welfare* e di *finanziamento del servizio*, innescata da fenomeni di inidoneità del sistema pubblico a rispondere alle esigenze della comunità amministrata (*State failures*, appunto). Il carattere sociale e non economico della competizione indotta può determinare però anche fenomeni di regressione nella resa dei competitori, oppure di stagnazione, in luogo della loro spinta al miglioramento. L'assenza delle sanzioni tipiche delle economie di mercato (*in primis* la perdita di profitto) può infatti indurre ciascun competitore a rinunciare al margine di

miglioramento suggerito dalle condotte emulative, facendolo confidare nella possibilità dell'utente di sopperire alle carenze dell'offerta rivolgendosi ad altro offerente⁵⁵.

Ambedue meccanismi (spinta al miglioramento o regressione) possono riguardare il rapporto fra sistemi sanitari in una dimensione sovranazionale. Ma possono riguardare anche il rapporto fra i vari sistemi sanitari regionali all'interno di quello nazionale. Le regioni (e gli Stati), da parte loro, dovrebbero comunque tendere a migliorare la qualità dei servizi erogati ai propri cittadini a prescindere dal fatto che ciò possa determinare una attrazione di pazienti sottraendoli ad altre regioni (o ad altri Stati). A questa prospettiva ben si collega, almeno in parte, l'attuazione del federalismo fiscale in materia sanitaria in Italia, che promuove un livellamento al rialzo della qualità dei Ssr sino a una certa soglia e a prescindere da logiche competitive o di mercato, mentre queste tornano ad essere protagoniste dell'ulteriore miglioramento oltre tale soglia (che infatti è destinato a gravare sui singoli bilanci regionali, e non sul fondo perequativo statale).

4. 'VISIONI' CONCLUSIVE

Si è visto che nel sistema sanitario italiano, e in una prospettiva macroeconomica, il rapporto fra strumenti di controllo della spesa sanitaria dal lato della domanda e dell'offerta e il principio di concorrenza è in buona parte negativo. E si è visto che esso può essere solo parzialmente migliorato adottando alcuni correttivi: ad es. in punto di conformazione del potere amministrativo strumentale a regolare l'accesso al mercato e il modo di permanervi e di operarvi; o ancora in punto di scelta di modelli ove sia garantito un certo livello di separazione fra le funzioni di finanziamento, di gestione e di erogazione dei servizi.

⁵⁵ Questa preoccupazione si rinviene ad es. nelle tesi di T.K. Hervey, *Mapping the Contours of European Union Health Law and Policy*, in *European Public Law*, n. 8, 2002, 69 ss.; e di D. Da Costa Leite Borges, *Making sense of human rights in the context of European Union health-care policy: individualist and communitarian views*, in *International Journal of Law in Context*, n. 7-3, 2011, 350.

Si è visto inoltre che in questo quadro un ruolo ancipite è svolto dalla attuazione del federalismo fiscale, anche nei suoi rapporti con la tendenza al riaccentramento delle politiche finanziarie per effetto della crisi economica e con la costituzionalizzazione del principio del pareggio di bilancio: ciò sia in ragione dei contenuti dell'art. 119 Cost. e delle norme attuative già adottate, sia in ragione del modo in cui la competizione vada intesa in questo caso, ossia essenzialmente come competizione fra sistemi sanitari almeno regionali, nel senso di competizione fra sistemi di *welfare* e dunque di finanziamento del servizio.

Questa dimensione si collega all'altro profilo, che è quello della incidenza degli strumenti di promozione della concorrenza fra operatori e fra sistemi sanitari sul contenimento della spesa. Qui si è visto, sempre nella prospettiva macroeconomica, che i principali di questi strumenti sono: a) oltre alla separazione delle funzioni di finanziamento, di gestione e di erogazione delle prestazioni (ove realizzata e se ben realizzata), collegata alla pluralità dal lato dell'offerta, b) e oltre alla attuazione del federalismo fiscale (nei limiti e per le ragioni indicati), c) anche, e soprattutto, la libertà di scelta degli utenti (fra erogatori e a certe condizioni fra sistemi).

La libertà di scelta, intesa in questi termini, ha consentito di estendere il raggio dell'analisi alla dimensione sovranazionale, e alla circolazione dei pazienti non solo fra sistemi regionali all'interno del sistema nazionale, ma pure fra sistemi nazionali. La disciplina e gli effetti di questa circolazione, oltre che il significato della competizione da essa innescata (da intendersi sempre prevalentemente come competizione fra sistemi sanitari, nel senso di competizione fra sistemi di *welfare* e dunque di finanziamento del servizio), hanno indotto e inducono a domandarsi se lo scenario descritto sia l'epifania, anche e soprattutto in ragione della crisi economica, di episodi di fallimenti dello Stato, ossia della incapacità dei pubblici poteri di rispondere adeguatamente a certi bisogni dei propri cittadini. Rispondere affermativamente vorrebbe dire rilevare un moto inverso rispetto a quello che, sulla base invece della convinzione che il mercato fosse inidoneo a garantire certe prestazioni, aveva indotto a sottrarre in tutto o in parte la disciplina della loro erogazione alle regole di concorrenza.

Si è visto altresì che nello scenario sin qui descritto la Corte di giustizia ha ritenuto che possono contrastare con il principio di libera prestazione dei servizi quelle misure che rendano la circolazione di questi tra gli Stati membri più difficile della prestazione degli stessi servizi all'interno di ogni singolo Stato comunitario. Pertanto la circostanza che la normativa nazionale non garantisca all'utente un livello di copertura altrettanto vantaggioso rispetto a quello dello Stato membro ospitante potrebbe rappresentare una restrizione alla libera prestazione dei servizi considerati, poiché tenderebbe a disincentivare la migrazione sanitaria transfrontaliera/internazionale intracomunitaria dovuta a carenze dell'offerta del sistema sanitario di appartenenza dell'utente: ciò in quanto, se la prestazione non è contemplata fra quelle offerte dal sistema sanitario dello Stato di appartenenza, non sussistono i presupposti per ottenere da questo l'autorizzazione a fruirne nello Stato ospitante.

Si è già detto che questo orientamento consente di rilevare una anomalia, in quanto, per garantire il livello di concorrenza richiesto dall'ordinamento, si richiede in sostanza che i sistemi si livellino al rialzo, tendendo quanto più possibile a uniformarsi. Si parte dunque dal miglioramento dell'offerta per giungere ad assicurare un certo grado di competitività, mentre di regola si ritiene che il percorso sia inverso, vale a dire che sia la concorrenza a determinare il miglioramento dell'offerta.

Si è però anche ipotizzato che l'anomalia sia dovuta al modo in cui deve essere sostanzialmente e prevalentemente intesa la competizione fra sistemi. Una competizione che, lo si ripete, avrebbe ad oggetto il modo in cui i bisogni dei cittadini vengono finanziati, e quindi anche il modo in cui, attraverso le risorse disponibili, i pubblici poteri riescono a definire il paniere quanti-qualitativo dell'offerta. Dunque una competizione in senso sociale innescata da fenomeni di fallimento dello Stato, cui possono ricondursi, come si è immaginato, esiti differenti: dalla spinta al miglioramento, alla stagnazione della *performance*, fino alla sua regressione, per le ragioni che si sono evidenziate.

Si tratta di ragioni e di esiti che, come pure si è visto, possono riguardare non solo la dimensione sovranazionale, ma anche quella regionale all'interno di quella nazionale. A questa prospettiva ben si collega, almeno in parte, l'attuazione del federalismo fiscale in materia sanitaria in Italia, che promuove un livellamento al rialzo della qualità dei Ssr sino a

una certa soglia e a prescindere da logiche competitive o di mercato, mentre queste tornano ad essere protagoniste dell'ulteriore miglioramento oltre tale soglia (che infatti è destinato a gravare sui singoli bilanci regionali, e non sul fondo perequativo statale).

Nello scenario sin qui definito il ricorso al mercato, nel senso e nei limiti chiariti, può quindi rivelarsi sussidiario rispetto a ipotesi di fallimenti dello Stato. Si tratterebbe però di una “*sussidiarietà inclusiva*”, solo strumentale a incentivare il miglioramento della *performance* del sistema pubblico e in sostanza riconducibile a esso. Dunque il riconoscimento del carattere economico alle prestazioni di servizio sociale, unito alla libertà di scelta e alla migrazione dei pazienti fra i sistemi sanitari, può indurre a una rilettura del ruolo del mercato in senso funzionale alla tutela dei diritti. Così, ad esempio, il diritto di ottenere cure all'estero (di una certa qualità ed entro certi limiti temporali) viene in ultima istanza vantato nei confronti del proprio sistema di appartenenza, e si fonda anche sull'art. 35 della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue.

Partendo dalla tutela di una libertà economica si tende così alla ‘costruzione’ di un diritto soggettivo di protezione sociale. Deve però riconoscersi che queste conclusioni esprimono una idea almeno in parte potenziale, ‘visionaria’, perché il fenomeno della migrazione sanitaria internazionale, a differenza di quello della migrazione infranazionale, risulta ancora quantitativamente poco rilevante. Ma le tendenze rilevate paiono contenere tutte le premesse per condurre, se incrociate con i necessari sviluppi empirici, alle ricadute future immaginate.

**STATE FAILURES
AND THE ‘INCLUSIVE SUBSIDIARITY’ OF THE MARKET
IN HEALTHCARE AT THE TIME OF THE ECONOMIC
RECESSION**

ANNUAL REPORT - 2013 - ITALY

(December 2013)

Melania D’Angelosante

INDEX

**1. INTRODUCTION: THE RELATIONSHIP BETWEEN SPENDING CONTROL
AND COMPETITION IN HEALTHCARE**

**2. DOES SPENDING CONTROL LIMIT THE COMPETITION BETWEEN
STAKEHOLDERS IN HEALTHCARE AND BETWEEN HEALTHCARE SYSTEMS? SOME
REFLECTIONS ABOUT THE ROLE OF THE BASIC LEVEL OF BENEFITS RELATED TO
HEALTHCARE IN ITS RELATIONSHIP WITH FISCAL FEDERALISM, WITH THE
RECENTRALIZATION OF FINANCIAL POLICIES DUE TO THE ECONOMIC
RECESSION, AND WITH THE CONSTITUTIONAL REFORM REGARDING THE BUDGET
BALANCE**

3. DOES THE COMPETITION BETWEEN STAKEHOLDERS IN HEALTHCARE AND BETWEEN HEALTHCARE SYSTEMS INFLUENCE SPENDING CONTROL? THE ROLE OF THE USER'S FREEDOM TO CHOOSE, AND THE SEPARATION BETWEEN STAKEHOLDERS IN HEALTHCARE

4. FINAL REMARKS

1. INTRODUCTION: THE RELATIONSHIP BETWEEN SPENDING CONTROL AND COMPETITION IN HEALTHCARE

This article contains some reflections on the relationship between spending control and competition in healthcare.

It is actually a synthesis of another, more detailed, study¹.

However, in this case the study will focus on a slightly different point of view, which is the role of the basic level of benefits related to healthcare in its difficult relationship with the carrying out of fiscal federalism (if it still exists?²), also in the light of: a) the possible relationship between this carrying out and the recentralization of financial policies due to the economic recession; b) the constitutional reform regarding the budget balance, applicable as from 2014.

¹ See M. D'ANGELOSANTE, *Strumenti di controllo della spesa e concorrenza nell'organizzazione del servizio sanitario in Italia*, Rimini, Maggioli, 2012.

² The question is due to the need to verify whether fiscal federalism is compatible with the recentralization of financial policies due to the economic recession and with the constitutional reform regarding the budget balance. This point will be better developed later.

It is first of all necessary to explain why we begin from the assumption that there is a double relationship, sometimes in conflict, between spending control and competition in healthcare.

However, before that, it is necessary to explain the meaning of the expressions spending control and competition as used in this essay.

The article refers to public spending (including that coming from private accredited healthcare trusts, but limited to those healthcare services which are covered by public financing). Moreover the ‘spending control’ mentioned in this essay is that kind of spending control related to a macro-economic perspective, and not that related to the tools which each healthcare trust can adopt to reduce (or control) its costs (the micro-economic perspective).

Furthermore the ‘competition’ mentioned in this article is a kind of competition with a double meaning: a) on the one hand, the competition between stakeholders (funders, buyers and/or providers of healthcare services) in each healthcare system; b) on the other hand, the competition between different healthcare systems (local, regional, national, with a meaning that will be specified later).

Now we can go back to the relationship between spending control and competition.

The idea that the promotion of competition between stakeholders of the healthcare system could be useful to improve the quality of the healthcare services and could also reduce spending has influenced some reforms of the National Healthcare System in the United Kingdom³. This system – like the Italian and Spanish ones, which have taken the

³ See S. NERI, *La regolazione dei sistemi sanitari in Italia e Gran Bretagna*, Milano, Franco Angeli, 2006; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La riforma del NHS inglese. Evoluzione o rivoluzione?*, in A. PIOGGIA A. – S. CIVITARESE MATTEUCCI – G. RACCA – M. DUGATO (a cura di), *I servizi sanitari: organizzazione*,

English NHS as a model – is the paradigm of the so called ‘universalistic healthcare systems’, which are the most equitable both from a subjective and from an objective point of view⁴, but are also those kinds of systems in which the public spending is higher and difficult to control⁵. However, in the UK the development of the reforms of the NHS has fluctuated, because sometimes they have pursued the goal of implementing the competition

reforme e sostenibilità. Una prospettiva comparata, Rimini, Maggioli, 2011; ID., *Quadrare il cerchio tra efficienza, qualità e accesso universale alla sanità. La riforma Tory del National Healthcare System inglese*, in *Munus*, n. 2, 2011, 381.

⁴ According to the subjective point of view, the equity is due to the very large number of recipients (all citizens) that can benefit from healthcare services funded by public spending (and this is the reason why these systems are defined as ‘universalistic’), without any limitation related to the need to belong to specific categories of citizens, such as workers or their families (as in German or French systems, in which healthcare services are funded mainly by social health insurance). According to the objective point of view, the equity is, on the contrary, due to the very large number of healthcare services covered by public financing which are provided for the recipients, and to the fact that there are fewer exclusions (such as some dental or aesthetic healthcare services). For a comparison between different healthcare systems, see A. PIOGGIA – S. CIVITARESE MATTEUCCI – G. RACCA – M. DUGATO (edited by), *I servizi sanitari: organizzazione, riforme e sostenibilità. Una prospettiva comparata*, quot.; F. TOTH, *Le politiche sanitarie – Modelli a confronto*, Bari, Laterza, 2009; ID., *Is there a Southern European Healthcare Model?*, in *West European Politics*, n. 33-2, 2010, 325; ID., *Le politiche sanitarie tra riforme e contro-riforme*, in *saluteinternazionale.info*, 2010; ID., *Le riforme sanitarie in Europa: tra continuità e cambiamento*, in *Riv. it. pol. pubb.*, n. 2, 2009, 69; E. JORIO, *Il percorso legislativo della riforma sanitaria di Barack H. Obama, prima che venga approvata dal Congresso USA*, in *www.astrid-online.it*, 2010.

⁵ One of the reasons is that users tend to overestimate their real need for healthcare services, first of all because they do not pay directly for them. The universalistic healthcare systems have, however, introduced some tools that can avoid this overestimation. The first one is the so called ‘gatekeeping’, according to which each citizen asking for non-urgent hospital or specialist healthcare services covered by public financing has to obtain a specific prescription from his primary care physician. The second is the so called ‘ticket’, which is a mechanism of cost-sharing, according to which each citizen asking for non-urgent hospital or specialist healthcare services (or some kind of medicines) covered by public financing has to pay a part (generally not very high) of their cost. This point will be better developed later.

between stakeholders in healthcare (believing that this kind of competition could reduce public spending and implement the quality of the healthcare services), while on other occasions they have pursued an opposite goal (after verifying that competition which was too strong and not well managed would give rise to the implementation of the so called ‘transaction costs’, which are those coming from the management of the contractual or non-contractual relationships between the stakeholders involved).

It is now necessary to add two more reflections.

The first one is related to the propensity of the different national healthcare systems to converge, so that each one tries to borrow features from the others in order to overcome its limits. And in fact neither of them can be considered ‘absolute’, because each one has many prevailing features (on the basis of which the system can be traced back to one of the existing models), but also some additional features (borrowed from one or more of the other models)⁶.

The second reflection is related to the role of the European Union in this framework. It is true, in fact, that each healthcare system has the propensity to borrow some features from the others, and that it happens even if the different systems concerned do not belong to one of the State Parties of the EU. However, if the different systems concerned belong to one of the State Parties of the EU, the propensity of these systems to converge

⁶ See A. PIOGGIA – S. CIVITARESE MATTEUCCI – G. RACCA – M. DUGATO (edited by), *I servizi sanitari: organizzazione, riforme e sostenibilità. Una prospettiva comparata*, quot.; F. TOTH, *Le politiche sanitarie – Modelli a confronto*, quot.; ID., *Is there a Southern European Healthcare Model?*, quot.; ID., *Le politiche sanitarie tra riforme e contro-riforme*, quot.; ID., *Le riforme sanitarie in Europa: tra continuità e cambiamento*, quot.; E. JORIO, *Il percorso legislativo della riforma sanitaria di Barack H. Obama, prima che venga approvata dal Congresso USA*, quot. See moreover M. D’ANGELOSANTE, *Strumenti di controllo della spesa e concorrenza nell’organizzazione del servizio sanitario in Italia*, quot.

seems to be accelerated for two reasons, related to the common aim of building a single model of ‘Social Europe’.

For some years now it has in fact been possible to find a further double propensity in the EU perspective.

On the one hand, this propensity, especially since the Maastricht Treaty (i.e. since the beginning of the 90’s), proceeding in a ‘vertical direction’, has determined the enlargement of community policies beyond the original core of the economic and monetary union (and so also to some policies that in the beginning were completely excluded from the competences of the European economic community, such as health, education, and welfare in general).

On the other hand, the above mentioned propensity, especially since 2006, proceeding in a ‘horizontal direction’, has determined that social services (including healthcare services) have sometimes been considered services of general economic interest and, as a consequence, subject to the rules contained in the Treaties regarding competition (unless the application of these rules hinders the particular task assigned to them). The combination of these two kinds of propensity is playing an important role in the building of the so called ‘European social model’⁷.

⁷ On the ‘European social model’ see: S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Servizi sanitari, mercato e “modello sociale europeo”*, in A. PIOGGIA - M. DUGATO - G. RACCA - S. CIVITARESE MATTEUCCI (edited by), *Oltre l’aziendalizzazione del servizio sanitario*, Milano, Franco Angeli, 2008; ID., *Servizi sanitari, mercato e «modello sociale europeo»*, in MCR, n. 1, 2009, 179; W. STREECK, *Il modello sociale europeo: dalla redistribuzione alla solidarietà competitiva*, in *Stato e Mercato*, n. 1, 2000, 3; A. KACZOROWSKA, *A Review of the Creation by the European Court of Justice of the Right to Effective and Speedy Medical Treatment and its Outcomes*, in *European Law Journal*, n. 12-3, 2006, 365; R. CAVALLO PERIN, *Crisis del Estado de bienestar. El papel del derecho administrativo*, in <http://uspceu.es/pages/congresos/italo-espanol/presentacion.html>, 2012; J. HENRY - M. CHAUVIERE, *Quel statut pour les services sociaux dans l’union européenne? Arguments pour des*

Starting from this framework in the next pages we will try to answer the following questions.

The first is about the effect of spending control (in a macro-economic perspective, as we have said) on the competition between stakeholders of the healthcare system (on the one hand) and between different healthcare systems (on the other hand): in this case we will speak mainly about a) the Italian legal system and the role of the basic level of benefits related to healthcare in the carrying out of fiscal federalism, b) the recentralization of financial policies due to the economic recession, c) and the constitutional reform regarding the budget balance.

The second question is about the effect of the actions adopted to promote competition between stakeholders of the healthcare system (on the one hand) and between different healthcare systems (on the other hand) on spending control: in this case we will also discuss the international perspective and mainly the role of the user's freedom to choose (which is one of the most important tools in order to open the study to an international perspective), with some references also to the role of the separation between funders, buyers and/or providers of healthcare services (already considered in answer to the first question).

Finally, in the last part of the article, we will try to imagine the future consequences of the propensities examined and the arguments supported, with a focus on the relationship between the possible market and State failures (or achievements) in healthcare.

services sociaux non économiques d'intérêt général, in *Revue du droit sanitaire et social* (RDSS), n. 6, 2011, 1043.

2. DOES SPENDING CONTROL LIMIT THE COMPETITION BETWEEN STAKEHOLDERS IN HEALTHCARE AND BETWEEN HEALTHCARE SYSTEMS? SOME REFLECTIONS ABOUT THE ROLE OF THE BASIC LEVEL OF BENEFITS RELATED TO HEALTHCARE IN ITS RELATIONSHIP WITH FISCAL FEDERALISM, WITH THE RECENTRALIZATION OF FINANCIAL POLICIES DUE TO THE ECONOMIC RECESSION, AND WITH THE CONSTITUTIONAL REFORM REGARDING THE BUDGET BALANCE

Spending control in healthcare consists mainly in controlling demand (on the one hand) and supply (on the other hand)⁸.

In Italy the main tools used for spending control with the aim of monitoring the demand are: a) the choice of services to be paid with public funds; b) the mechanism of the so called gatekeeping (according to which citizens asking for non-urgent hospital or specialist healthcare services which are covered by public financing have to obtain a specific prescription from their primary care physician); c) the use of the so called ‘ticket’, which is a mechanism of cost-sharing, according to which each citizen asking for non-

⁸ The most important legislative references are the following: law 833/78, l. 421/92 and delegated decree 502/92; d.d. 517/93; l. 724/94; l. 549/95; l. 662/96; l. 449/97; l. 419/98; d.d. 112/98; d.d. 517/99; l. 133/99; d.d. 229/99; il d.d. 56/00; law decree 347/01; d.d. 288/03; l. 311/04; l. 266/05; d.d. 159/07; l.d. 98/11; l.d. 52/12; l.d. 95/12; l.d. 174/12; l.d. 158/12.

urgent hospital or specialist healthcare services (or for some kind of medicines) covered by public financing has to pay for a part (generally not very high) of their cost.

The National Healthcare System, like the other universalistic models, guarantees to all citizens, almost completely free of charge, the same quality and quantity of healthcare services. However, some of them are not included in those covered by public financing: these are the so called out of pocket services (such as some dental or aesthetic healthcare services), and users must pay for them directly or through a private insurance policy, if they have one.

The choice of healthcare services which will be covered by public funds concerns first of all the determination of the basic level of benefits related to healthcare: so, according to art. 117 par. 2 lett. m) Const., it is a legislative competence of the State and is both a political and ethical choice. However regions can provide for additional levels of benefits related to healthcare covered by regional funds⁹. It is clear that the above mentioned choices can both influence public spending.

Moreover each citizen asking for non-urgent hospital or specialist healthcare services covered by public financing has to obtain a specific prescription from his primary care physician¹⁰ (except in some cases, such as urgent healthcare services). This is another tool used in spending control with the aim of monitoring market demand, and in particular filtering it: market demand is in fact verified at source (gatekeeping) in order to avoid users asking for healthcare services which are not really necessary.

⁹ See, *ex multis*, Tar Lazio, Roma, sez. III ter, may 26 2003, n. 4690, in www.giustizia-amministrativa.it; Tar Lazio, Roma, sez. III ter, July 10 2002, n. 6252, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁰ In fact, first of all, each citizen has to register on the list of a primary care physician.

This tool is reinforced by the so called tickets, which represent another mechanism of spending control applicable often as a result of gatekeeping, but with a double aim: on the one hand, the aim (common to gatekeeping) of avoiding users asking for healthcare services which are not really necessary; on the other hand, the aim of determining a cost-sharing system, according to which each citizen asking for non-urgent hospital or specialist healthcare services (or some kind of medicines) covered by public financing has to pay a part (generally not very high) of their cost.

At this point we can examine the controlling of market supply. The main tools used in spending control with the aim of monitoring market supply are the following: the mechanism based on institutional accreditation and contractual agreements (used to control the entry into the market of potential providers)¹¹; the introduction of spending limits for

¹¹ In order to benefit from public funds healthcare trusts need in fact to receive the so called accreditation from the competent authority (the region). However, even though accreditation is necessary, it is not sufficient, because after that the competent authority and the healthcare trust concerned have to sign a specific contractual agreement. The agreement provides the quantity and the quality of the healthcare services covered by public financing that the healthcare trust can supply and, if the limits established are exceeded and public funds cannot cover, fully or partially, the healthcare services provided, the accreditation could be overruled. The consequences of exceeding the spending limits are better described by G. Corso, *Pubblico e privato nel sistema sanitario*, in G. CORSO - P. MAGISTRELLI (edited by), *Il diritto alla salute tra istituzioni e società civile*, Torino, Giappichelli, 2009, 17, with many case law references; more specifically on accreditation: M. CONSITO, *Accreditamento e terzo settore*, Napoli, Jovene, 2009.

healthcare services covered by public financing¹²; the possibility of starting new forms of organization in healthcare (with the participation of public and private parties), in order to increase the quality of the services provided and at the same time raise private funds¹³; plans to eliminate the healthcare deficit, the violation of which (such as the failure to ensure basic level of benefits related to healthcare), gives the Government the power to act in

¹² The spending limits are determined by the region and the accredited healthcare trust concerned on the basis of the healthcare needs defined in accordance with the current regional planning. However, even though they are set through a contractual agreement between the above mentioned parties, the agreement is just the external form of the act, because its contents are determined mainly in a unilateral way by the region. A similar procedure (in the meaning of ‘unilateral’) is used to define the so called ‘system spending limits’, which refers to the quantity of accreditations that can be granted in the region or in the province as a whole. See G. FERRARI, *Determinazione dell’aggregato provinciale di spesa per l’assistenza ospedaliera prestata da strutture private accreditate*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 4, 2011, 431; M. CONSITO, *Accreditamento e terzo settore*, quot., 63.

¹³ We have said that institutional accreditation and the introduction of spending limits for healthcare services covered by public financing are useful tools for spending control through supply control. The same effects can be determined by the so called ‘management experimentations’, which are new forms of healthcare trust deriving from a possible partnership between a public and private party. They have been introduced for the first time by art. 9 bis of delegated decree 502/1992 (as amended by delegated decrees 517/93 and 229/99). In this case spending control is due mainly to the fact that the setting up of ‘management experimentations’ can introduce private capital into the National Healthcare System, so reducing significantly the need for public resources. Regarding ‘management experimentations’, see, ex multis, R. ROTIGLIANO, *Le società di sperimentazione gestionale nel quadro della tutela della concorrenza*, in G. CORSO - P. MAGISTRELLI (edited by), *Il diritto alla salute tra istituzioni e società civile*, quot., 12; C. DE VINCENTI - R. FINOCCHI GHERSI - A. TARDIOLA (edited by), *La sanità in Italia. Organizzazione, governo, regolazione, mercato*, Bologna, il Mulino, 2010; S. CIVITARESE MATTEUCCI - M. DUGATO - A. PIOGGIA - G. RACCA (edited by), *Oltre l’aziendalizzazione del servizio sanitario*, quot.; M. CONTICELLI, *Privato e pubblico nel servizio sanitario*, Milano, Giuffrè, 2012; M. D’ANGELOSANTE, *Strumenti di controllo della spesa e concorrenza nell’organizzazione del servizio sanitario in Italia*, quot.; G. CORSO - P. MAGISTRELLI (edited by), *Il diritto alla salute tra istituzioni e società civile*, quot.; R. BALDUZZI (edited by), *La sanità italiana tra livelli essenziali di assistenza, tutela della salute e progetto di devolution*, Milano, Giuffrè, 2004; C. BOTTARI, *Tutela della salute ed organizzazione sanitaria*, Torino, 2009.

substitution of the regions concerned¹⁴; the adoption of the policies of the spending review in healthcare, with the main aim of controlling the intermediate costs of healthcare trusts (such as costs related to public tenders)¹⁵; the implementation of fiscal federalism, but just with the limitations and meaning that will be better explained later.

¹⁴ The combined application of all the above mentioned tools has not been able, in fact, either to restrain or to reduce, in the necessary measure, the excessive healthcare deficit. So paragraph 180 of the only article of financial law n. 311/04 states that, in the cases provided in par. 174 (such as management of deficit) and 176 (non compliance with the duties disciplined in par. 173 – such as those related to planning – so that the possibility of using State additional financing is denied), the region concerned had the duty of draft and approving a plan, with a duration of no longer than three years, containing rules and programs about the reorganization, redevelopment and strengthening of regional healthcare service. In order to achieve this aim, the State and the regions signed an agreement on March 23 2005 concerning spending control, on the basis of the provisions contained in article 8, par. 6, l. 131/03. After that the discipline of the Plans to eliminate the healthcare deficit was supplemented and refined, mainly to allow the management of the deficit which had not yet been paid off on the expiry of the first three years (see, *ex multis*, the agreement between the State and region signed on March 23 2005; art. 1, p. 1 bis, l.d. 23/07; art. 1, p. 2, l.d. 154/08; art. 6 bis, p. 1, l.d. 185/08; art. 4, l.d. 159/07; art. 5 and 6, d.d. 68/11; l.d. 23/07; art. 2, par. 46 and 49, of the financial law for the year 2008; the Health Agreement signed in 2006 between the Ministers for Health and the Economy and the regions and autonomous provinces; art. 11, l.d. 78/10; art. 2, p. 77, l. 191/09; l.d. 95/12; art. 1, p. 274 and following, l. n. 266/05; art. 1, p. 1 bis and 1 ter, l.d. 206/06; art. 1, p. 796, lett. b, l. 296/06; the Health Agreement between the State and regions, signed on December 3 2009; d.d. 149/11; see, moreover; E. JORIO, *I Piani di rientro del debito sanitario ed i rischi della legislazione dell'emergenza*, in *San. pubb. e priv.*, n. 5, 2009, 13; M. MENEGUZZO - G. FIORANI, *I Piani regionali di rientro. Analisi dinamica sistemica*, in *Mecosan*, n. 68, 2008, 27; R. ARRIGONI, *La "manovra correttiva" dei conti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 11, 2010, 1179). The Plans to eliminate healthcare deficit normally determine a limitation of regional autonomy, both legislative and administrative, but also a limitation of regional autonomy regarding expenditure (see Const. Court, 23 April 2010, n. 141, in www.giurcost.org). The violation of the Plans by the regions concerned can moreover determine their substitution by the State government (according to art. 120, p. 2, Const.), through the nomination of a special commissioner (the same procedure can be applied if the basic level of benefits related to healthcare is not ensured).

¹⁵ More recently measures adopted against the economic recession and to reduce the public deficit (such as l.d. 52/12, confirmed by l. 94/12, and l.d. 95/12, confirmed by l. 135/12) have introduced an important spending review in healthcare, with the main aim of controlling the intermediate costs of the healthcare trusts

It is clear that the tools aimed at controlling supply are more numerous and complex. In fact they can be classified on the basis of different criteria. One of them is the distinction between structural measures (which mainly regard the organization of the stakeholders in healthcare: for example ‘management experimentations’) and functional measures (which on the contrary mainly regard the discipline of the activity of the stakeholders in healthcare: for example spending limits for healthcare services covered by public financing). Another one is the distinction between ordinary measures (which always apply: for example the mechanism based on institutional accreditation and contractual agreements) and extraordinary measures (which, on the contrary, apply just in some special cases: for example Plans to eliminate the healthcare deficit). Finally, a third one is the distinction between measures aimed at spending control (for example plans to eliminate the healthcare deficit and the policies of the spending review in healthcare) and those aimed at optimizing spending (even though the spending will not be reduced in absolute terms), so

(such as costs related to the contracts that they have signed to buy goods and no core services). These measures are mainly related to the need to adopt new ordinary rules to discipline certain activities in order to ensure that they are well managed. In other words, the economic recession represents just an opportunity for the adoption of these measures, but real aim goes beyond the need to cope with the crisis (regarding the ordinary, and not extraordinary, character of the above described spending review, see R. PEREZ, *Prime osservazioni sulla spending review*, in www.astrid-online.it; regarding the relationship between the economic recession and the crisis of the Welfare State in Spain see J. TORNOS MÀS, *Crisis del Estado de bienestar. El papel del derecho administrativo*, in <http://uspceu.es/pages/congresos/italo-espanol/presentacion.html>, 2012). However it is also possible to find, among the recent policies on spending review, some measures applicable for a limited period to cope with urgent needs for a reduction in public spending (such as measures regarding the creation of extraordinary organs). Moreover these measures also have a functional impact (reflecting on the discipline of the actions of the parties concerned), as well as a structural one (reflecting on their organization). Thus all the above mentioned actions are related both to the ordinary reduction in costs and the need to eliminate the healthcare deficit, and also represent one of the most important tools of this need (regarding the relationship between spending review, distribution of financial resources and the gradual phasing out of the criterion of the so called ‘past spending’ see R. PEREZ, *La manovra d’estate, il patto interno di stabilità e la spesa sanitaria*, in www.astrid-online.it, 2008).

preferring optimization in the use of resources (for example the implementation of fiscal federalism, if and when completed).

The distinction between ordinary and extraordinary measures (on the one hand) and measures aimed at spending control and at optimizing spending (on the other hand) requires further reflection. Regarding the first, it is necessary to make clear that the distinction between ordinary and extraordinary measures seems to be even more difficult, because as the extraordinary measures are quantitatively and qualitatively highly significant, the ordinary ones often seem to be dismissed. The emergency tends in fact to become permanent and endemic, like the ongoing economic and financial recession. Some examples of emergency becoming permanent are the frequent exceptions to the sanctions established for the violation of the Plans to eliminate the healthcare deficit, or the many agreements signed in derogation of some fiscal regulation. Here it is necessary to clarify that the reform regarding the financing of healthcare is made up not only of the implementation of fiscal federalism (starting with law 42/2009 and carrying on with d.d. 68/2011), but, first of all, also of l.d. 56/2000 and the subsequent measures related to it (which some years before 2009 began to use the concept of ‘standard cost’ in addition to the traditional notion of ‘past spending’): however, since the beginning of the new Century, as we have already noticed, the extraordinary measures have been so many and so frequent that it is difficult to distinguish them from the ordinary ones. This tendency has never stopped, and, on the contrary, it has been made worse by the economic recession. In fact, starting from the beginning of this recession, which began as an extraordinary event, important measures have been introduced, but with the aim of setting up ordinary tools for the governance of certain situations (such as the economic crisis) and to prevent them happening again. Some of these measures are the constitutional reform regarding the budget balance (const. law 1/2012, implemented by l. 243/2012), in accordance with the international Treaty about Fiscal compact; but, in a wider meaning, also all the measures regarding the recentralization of financial policies. These reforms, however, need to be coordinated with the implementation of fiscal federalism, but trying to understand, first of all, if this implementation is still ongoing or if it has been abandoned as a consequence of the above mentioned measures.

The answer may be found going back to the distinction between measures aimed at spending control and measures aimed at optimizing spending: in this perspective the implementation of fiscal federalism as requested by article 119 of the Italian Constitution could optimize spending, for the following reasons. On the basis of article 119 of the Italian Constitution, law n. 42/2009 was approved. In turn, law n. 42/2009 was implemented through some delegated decrees: one of them (d.d. 68/2011) contains provisions about healthcare financing. In all these sources the basic level of benefits related to healthcare are disciplined as a tool of fiscal equalization, in order to avoid the implementation of a kind of federalism which is too competitive and inequitable .

The financial autonomy of the regions is in fact balanced by the possibility, for those which are not able to ensure the basic level of benefits related to healthcare in the measure corresponding to the ‘standard need’, to draw from a State fund, in order to achieve all the financial resources necessary: a) to provide the basic level of benefits related to healthcare according to the quality and quantity standard required (if this basic level is not ensured, but the budget is balanced); b) or to reach the budget balance for the healthcare spending (if the basic level of benefits related to healthcare is ensured, but the budget is not balanced); c) or, finally, to achieve both the goals listed in the previous points (if the basic level of benefits related to healthcare is not ensured, and the budget is not balanced).inequitable¹⁶.

¹⁶ For some references about fiscal federalism and the basic level of benefits related to healthcare, see, ex multis: A. MASSERA, *Uguaglianza e giustizia nel Welfare State*, in *Dir. amm.*, n. 1, 2009, 24; R. BALDUZZI, *Equità ed efficienza nei livelli essenziali in sanità*, in G. CORSO - P. MAGISTRELLI (edited by), *Il diritto alla salute tra istituzioni e società civile*, quot., 81 ss.; E. BALBONI, *Diritti sociali, sanità e prospettive del federalismo*, in G. CORSO - P. MAGISTRELLI (edited by), *Il diritto alla salute tra istituzioni e società civile*, quot., 95; E. BORGONOV, *Verso il federalismo fiscale*, in *Mecosan*, n. 67, 2008, 3.; C. TUBERTINI, *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni. Il caso della tutela della salute*, Bologna, BUP, 2008; A. BRANCASI, *Uguaglianze e disuguaglianze nell’assetto finanziario di una repubblica federale*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 922; C. PINELLI, *I livelli essenziali delle prestazioni e fabbisogni standard*, in www.astrid-online.it,

The financial autonomy of the regions is in fact balanced by the possibility, for those which are not able to ensure the basic level of benefits related to healthcare in the measure corresponding to the ‘standard need’, to draw from a State fund, in order to achieve all the financial resources necessary: a) to provide the basic level of benefits related to healthcare according to the quality and quantity standard required (if this basic level is not ensured, but the budget is balanced); b) or to reach the budget balance for the healthcare spending (if the basic level of benefits related to healthcare is ensured, but the budget is not balanced); c) or, finally, to achieve both the goals listed in the previous points (if the basic level of benefits related to healthcare is not ensured, and the budget is not balanced).

However it is now necessary to say a little more about the concept of ‘standard need’. The ‘standard need’, according to delegated decree 68/2011, seems to be the result of multiplying the basic level of benefits related to healthcare by the standard costs of the healthcare services, as registered in the ‘virtuous’ regions: so the ‘standard need’ seems to represent, together with the ‘standard costs’, the parameter which should bring about the abandoning of the criterion of ‘past spending’ in the financing of healthcare. According to d.d. 68/2011, the ‘virtuous’ regions are those which have a balanced budget and are not

2011; C. PINELLI, *Sui “livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali”* (art. 117, comma 2, lett. m) Cost.), in *Dir. pubb.*, 2002; F. PALLANTE, *I diritti sociali tra federalismo e principio di uguaglianza sostanziale*, in *Dir. pubb.*, n. 2, 2011, 258; G. DELLA CANANEA, *Autonomie e perequazione nell’art. 119 della Costituzione*, in *Idf*, 2005, 134; E. INNOCENTI, *Il finanziamento della spesa sanitaria nella recente giurisprudenza costituzionale: tra tutela della salute, coordinamento della finanza pubblica e (in)attuazione dell’art. 119 Cost.*, in *Le Regioni*, n. 3, 2008, 580; F. BASSANINI - G. MACCIOTTA, *I principi della delega per l’attuazione del federalismo fiscale – Commento all’art. 2 della legge n. 42 del 2009*, in www.astrid-online.it; F. SAITTO, *La legge delega sul “federalismo fiscale”: i livelli essenziali delle prestazioni come misura economia dell’eguaglianza*, in *Giur. cost.*, n. 3, 2010, 2817; R. BIFULCO, *Osservazioni sulla legge n. 42 del 2009 in materia di federalismo fiscale*, in www.astrid-online.it; E. CARUSO - N. DIRINDIN, *Costi e fabbisogni standard nel settore sanitario: le ambiguità del decreto legislativo n. 68 del 2011*, in www.astrid-online.it, 2011; M. SICLARI, *Il “federalismo sanitario”* (Appunti preliminari), in www.astrid-online.it, 2011; F. TOSI, *Il federalismo fiscale a due anni dalla legge delega*, in www.astrid-online.it, 2011.

subject to the Plans to eliminate the healthcare deficit. However, if the regions responding to both these requisites do not exist in the number required by the above mentioned delegated decree, it is possible to apply the supplementary parameter of the best economic result. The identification and choice of the ‘virtuous’ regions are the preconditions to determine the standard costs of the healthcare services: first of all these costs have to be identified in the regions chosen with the above mentioned procedure, and then they have to be multiplied by the basic level of benefits related to healthcare to be ensured in each region, but adapting the result on the basis of the demographic characteristics of the regional population concerned¹⁷. The above mentioned procedure is aimed at the identification of the ‘regional standard need’ to be covered by public financing. As we have already said, the introduction of these mechanisms requires understanding if and how they will be influenced by the constitutional reform regarding the budget balance (applicable as from 2014) and by the many measures related to the recentralization of financial policies due to the economic recession. It is too soon to give a complete answer, but the interpretation of the many reforms which have recently been approved suggests that autonomy will not be abandoned, and that, on the contrary, it will become a kind of ‘prize’ for the regions which will be able to achieve certain goals. Furthermore these goals do not seem to be too different from those related to the reform about fiscal federalism: first of all

¹⁷ Regarding the limits related to the use, in the ‘non virtuous’ regions, of the data collected in the virtuous ones, see T.E. FROSINI, *The Gamble of Fiscal Federalism in Italy*, in *Italian Journal of Public Law*, n. 1, 2011, 138; G. LEONE, *Per un federalismo competitivo e solidale*, in *Idf*, n. 3-4, 2009, 538; G. MACCIOTTA *Semplificazione istituzionale e risorse finanziarie*, in F. BASSANINI - L. CASTELLI (edited by), *Semplificare l'Italia*, Città di Castello, Passigli, 2008, 135; G. VIESTI, *Il federalismo difficile*, in *Il Mulino*, n. 5, 2010, 734; F. PUZZO, *Prime considerazioni intorno alla legge delega di attuazione dell'art. 119 della Costituzione*, in www.astrid-online.it, 2009; F. PAMMOLLI - N.C. SALERNO, *Alla ricerca di standard per la sanità federalista. Una proposta per l'attuazione della Legge n. 42-2009*, Fondazione Cerm, note n. 1, 2010, in www.cermlab.it; ID., *Le differenze regionali nella governance della spesa sanitaria*, in www.astridonline.it, 2011; G. PITRUZZELLA, *Sanità e Regioni*, n. 6, 2009, 1177. Cfr. G. MACCIOTTA, *La standardizzazione dei costi, dei fabbisogni e dei prelievi*, in www.astrid-online.it, 2011. See, moreover, the Health National Plan 2011/13.

this conclusion can be reached, for example, by thinking of the double role of the budget balance, which represents both a precondition to consider a region ‘virtuous’ according to the fiscal federalism reform and a principle now established in the Constitution above all as a consequence of constraints coming from the EU legal order. So it does not seem that autonomy is going to be sacrificed in the name of the economic recession: in other words, the recession should not lead to the waiver of autonomy¹⁸.

Something different can be said regarding the relationship between autonomy and liability of regional-local government. However, in this case, this is due not to the economic recession, but to the fact that in the regionalization and implementation of the stability Pact there is an imbalance between the State/EU relationship (on the one hand) and the regional-local government/EU relationship (on the other hand). The consequence is that, at the moment, the autonomy of regional-local government does not seem to correspond to the liability of regions and subregional levels of government towards the European union¹⁹. This effect is added to those elements which seem to be primary weaknesses of the implementation of art. 119 of the Constitution, i.e.: a) the fact that it does not deal with the State fiscal system²⁰; b) the fact that it does not deal with the implementation of art. 118 of

¹⁸ L. VANDELLI, *Conclusive Report at the Convention of the San Martino Group, Un nuovo assetto Costituzionale per le autonomie?*, Bologna, Aula Stabat Mater - Archiginnasio, November 8 2013.

¹⁹ See M. SALERNO, *Autonomia finanziaria regionale e vincoli europei di bilancio*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013.

²⁰ V. CERULLI IRELLI, *Report at the Convention of the San Martino Group, Un nuovo assetto Costituzionale per le autonomie?*, quot.

the Constitution²¹; c) the fact that it does not promote in the right way the autonomy of regional and local government in the meaning of the widest development of diversities²².

After these clarifications, it is now possible to affirm that the implementation of fiscal federalism: a) tends to stimulate, through the financial autonomy mentioned in the reform, the diversification of the regional healthcare systems, mainly with regard to their fiscal systems; b) thus also tends to stimulate the financial liability of the regions, at least towards the State.

However it is possible to add the following further effects to these goals: a) the incentive to improve, up to a common standard which is considered essential to ensure the basic level of benefits related to healthcare, the quality of the healthcare services provided by the most inefficient regional systems; b) the incentive to optimize spending and not to reduce it in absolute terms (even though spending could increase, because in the most efficient regional systems public spending is often higher than in the others, but resources are used in a better way); c) the disincentive to further improve the quality of the less efficient regional systems, whether and when they have reached the level of optimization funded by fiscal incentives; d) the disincentive to further improve the quality of the already efficient regional systems, because this further implementation can be funded only by regional budgets, whose present autonomy also depends on principles and dispositions regarding budget balance.

So it seems that inefficiency below a certain level is rewarded, and that at the same time the implementation of efficiency over a certain level is discouraged: these effects are

²¹ G.C. DE MARTIN, *Report at the Convention of the San Martino Group, Un nuovo assetto Costituzionale per le autonomie?*, quot.

²² R. BIN, *Report at the Convention of the San Martino Group, Un nuovo assetto Costituzionale per le autonomie?*, quot.

both motivated by the aim of leading all the regional healthcare systems to the same initial condition (in the meaning of their capacity to ensure certain quantity and quality of basic level of benefits related to healthcare), starting from which they will have the responsibility and the opportunity to implement their efficiency more. However, as we have already noticed, these responsibilities and opportunities will depend only on the skills and the financial resources of each regional system. These effects can be produced because, as we have said, the reform aims at: a) making the regions self-sufficient in the financing of their healthcare systems, through the effective implementation of their financial autonomy; b) ensuring however a complete fiscal equalization, covered by a State fund, to guarantee the basic level of benefits related to healthcare in the regions which are not able to provide it with the quantity and quality standard required; c) replacing the criterion of ‘past spending’ with the parameter of the ‘standard need’ in the distribution of financial resources.

So the relationship between the implementation of fiscal federalism and competition in healthcare seems to be mainly negative, and only partially positive. First of all, however, it is necessary to clarify again that in this case the possible competitors involved are the regional healthcare systems, more than the stakeholders of each system. Furthermore the exam of the above mentioned framework suggests that its first effects could be a reduction in the moving of patients between different regional healthcare systems and the implementation of a soft form of competition among regional welfare systems, in the meaning of competition between financial systems in healthcare. The first effect is necessary, because it is linked to the essential mechanism of the complete fiscal equalization to ensure the basic level of benefits related to healthcare. On the contrary the second effect is only possible (and not necessary), because it is related to the ability of each region which has achieved the ‘minimum level of efficiency’ to further improve this efficiency using its own financial resources. However, it is now necessary to try to also answer to the question left pending, which is the one regarding the relationship between competition and the other tools used for spending control in healthcare according to a macroeconomic perspective. Here the concept of competition is used with its most common meaning, which refers to the competition between the stakeholders operating in a system (and not between systems).

We have already noticed that this article refers only to public spending (including that coming from private accredited healthcare trusts, but limited to those healthcare services which are covered by public financing). Private spending (to which this essay does not refer) identifies that kind of market which is commonly defined as ‘private’: the stakeholders of this market are the professionals providing healthcare services autonomously and the healthcare trusts (only authorized²³, and not accredited), which can provide healthcare services covered directly by the financial resources of the users that have requested them. The level of competition of this kind of market can be better ensured: a) if the requirements to provide the authorizations are transparent, predetermined and clear, so that the administrative power implied for their release can be considered ‘bound’; b) if the healthcare trusts (only authorized and not accredited), are protected, through an appropriate regulation, from competition exercised by the strongest stakeholders in the market concerned (i.e. the necessary providers of the healthcare system covered by public financing²⁴ or, in any case, the accredited ones); these stakeholders have in fact a higher

²³ Delegated decree 502/92 provides, however, two levels of regional authorization: the first one is necessary to build hospitals (in addition to the building permit granted by the competent Municipality); the second is necessary to provide the healthcare services concerned.

²⁴ This is for example the case of the district health authorities, which are necessary regional institutions and often have a double competence, consisting both in the organization of the local healthcare system and in provision of healthcare services. The above mentioned double role (of buyers and providers of healthcare services) can, however, induce them to ask for healthcare services first of all from themselves (i.e. from their hospitals) and then from the other stakeholders. See G. CORSO, *Pubblico e privato nel sistema sanitario*, quot., 17. The system in force in the Lombardy region is different: here the District health authorities have only the role of buyers (and not of providers) of healthcare services from the accredited trusts. So they have only a competence consisting in the organization of the local healthcare system. For a comparison between different regional healthcare systems, see Q. CAMERLENGO, *Le politiche sanitarie in Emilia-Romagna, Lazio, Lombardia, Toscana*, in L. VIOLINI (edited by), *Sussidiarietà e decentramento*, Milano, 2003, 223; E. GRIGLIO, *L’esperienza della Lombardia: il ruolo della regione*, in C. DE VINCENTI - R. FINOCCHI GHERSI - A. TARDIOLA (edited by), *La sanità in Italia. Organizzazione, governo, regolazione, mercato*, Bologna, il Mulino, 2010; B. PEZZINI, *Ventuno modelli sanitari? Quanta disuguaglianza possiamo accettare (e quanta*

capacity to attract patients, even when the healthcare services are paid directly by the patients themselves (the so called out of pocket services) or are provided after the exceeding of the spending limits (the so called extra budget services, which have to be paid for directly by the patients themselves). This is the case of the so called ‘cross subsidies’, which occur when a stakeholder benefits from its position as producer of goods or provider of services of different kinds or subject to different regulations, if it tends to support a part of its production or its activity with the better performances or the more useful regulations applicable to another part of its production or of its activity. However, in the National healthcare system (unitary perspective) and in the regional healthcare ones (differentiated perspective), also the conditions described in the above mentioned points a) and b) often seem to be prejudiced: a) the first one because, in order to provide authorizations, planning needs are often considered, thus giving the idea that the administrative power implied for their release can be considered at least in part discretionary; b) the second one because there are no useful tools to avoid ‘cross subsidies’, with the exception of spending limits for healthcare services, which, however, can reduce the above mentioned effect in a very limited manner.

Moreover it is necessary to clarify that the exceeding of the spending limits generally causes only some cuts in the tariffs that the region have to pay the providers, and/or the possibility, for the providers, of refusing the provision of the so called extra budget services²⁵, or the withdrawal or the suspension of the accreditation for the healthcare

disuguaglianza riusciamo a vedere). Il cosiddetto modello lombardo, in R. BALDUZZI, I servizi sanitari regionali tra autonomia e coerenza di sistema, Milano, Giuffrè, 2005; S. NERI, La regolazione dei sistemi sanitari in Italia e Gran Bretagna, quot.

²⁵ Regarding the cuts in the tariffs that the regions have to pay the providers see, ex multis: C. Conti, sezione centrale di controllo sulla gestione delle amministrazioni dello Stato, Relazione sulla gestione delle risorse statali destinate alla riduzione strutturale del disavanzo del servizio sanitario nazionale, adopted with resolution n. 22/09/G; see moreover the laws of the Puglia region 26/06 and 4/03.

services provided extra budget²⁶. After these clarifications, it is now possible to go back to the relationship between spending control regarding demand and supply (on the one hand) and competition in the market of healthcare services covered by public financing (on the other hand).

Also in this case the second element (competition in the market of healthcare services covered by public financing) is significantly prejudiced, if we think of: the tools to control and limit the fruition by the patients of the healthcare services covered by public financing (such as gatekeeping); the tools to control and limit the entering of the providers in the market concerned (such as accreditation); the discretionary nature of the administrative power implied for the release of the accreditation and for its withdrawal or suspension; the introduction of spending limits for healthcare services covered by public financing; the unilateral determination (by the public regulator) of the content of the contractual agreements (regarding the quantity and the quality of the healthcare services which the accredited stakeholders can provide); the imbalanced relationship between the private providers and the ‘strong’ stakeholders (i.e. those providers which are necessary in the healthcare system covered by public financing, such as the district health authorities directly providing healthcare services and the public healthcare trusts which have been separated from them as autonomous subjects²⁷).

²⁶ Regarding the other measures to ‘punish’ the provision of the so called extra budget healthcare services, see C. Conti, sez. regionale di controllo per il Lazio, resolution adopted on July 28 2009, n. 29.

²⁷ The public healthcare trusts which have been separated from the District health authorities as autonomous subjects are, however, not present in all the regional healthcare systems and have a public legal personality. They provide healthcare services, which can also be linked to medical scientific research and didactics. In the second case these kinds of healthcare trust are also university institutions, because the medicine universities also participate in them. Regarding the difficulties related to the adoption and execution of the second model, and, in a more general perspective, regarding the evolution of the integration between university and healthcare services, see, *ex multis*, G. FARES, *Il faticoso cammino dell’integrazione fra università e servizio*

In the perspective of the relationship between providers, the healthcare systems like those in force in Lombardy (where the District health authorities have only the role of buyers - and not of providers - of healthcare services from the accredited trusts) thus seem nearest to a condition of real competition²⁸. On the contrary, the systems in which the District health authorities have a double role (of buyers and providers of healthcare services) stress the different influence exercised in the market concerned by the ‘strong’ and the ‘weak’ providers²⁹.

Also the restraints emerging in the planning phase determine a relevant control and limit of the entering of providers in the market concerned, not only due to the necessity to obtain accreditation, but also – and mainly – because it is difficult to obtain accreditation in a framework in which the market is full of stakeholders and public spending has to be limited (also reducing the providers of the healthcare services, in order to low their management costs and/or to prevent the existing healthcare providers from remaining underexploited). In fact usually the accreditations granted are not subject to an expiry, but just to possible suspension and/or withdrawal. And, even when some cases of expiry are foreseen, usually the reiteration of accreditation is admitted, because reiteration is normally preferred to a new provision³⁰. Moreover, in the perspective of spending control starting

sanitario, in G. CORSO - P. MAGISTRELLI (edited by), *Il diritto alla salute tra istituzioni e società civile*, quot., 105 ss., and there other references. Regarding the role of the District health authorities in the different regional healthcare systems, see *supra*.

²⁸ Regarding this model, see the Lombardy law 33/09. See more over *supra*.

²⁹ Regarding this model, see the Lombardy law 33/09. See more over *supra*.

³⁰ Regarding this aspect and generally the relationship between public and private stakeholders in healthcare, see M. CONTICELLI, *Privato e pubblico nel servizio sanitario*, quot.; M. CONSITO, *Accreditamento e terzo settore*, quot.; M. CONTICELLI - F. GIGLIONI, *L'accreditamento degli erogatori*, in C. DE VINCENTI - R. FINOCCHI GHERSI - A. TARDIOLA (edited by), *La sanità in Italia. Organizzazione, governo, regolazione*,

from regional healthcare planning, often the release of accreditation to private providers is limited, assuming that the provision of healthcare services by public stakeholders requires using less financial resources³¹.

Some tools limiting competition between stakeholders in the market of healthcare services covered by public financing are the following: the possibility of applying the Plans to eliminate the healthcare deficit to the providers: this possibility significantly limits the autonomy of each regional healthcare system, also because, if the Plans are not observed, the central Government can intervene in substitution of the regions concerned, the spending review to control the intermediate costs of healthcare trusts. The measures listed in the last two points regard however all the institutions / organizations / providers of each regional healthcare system, albeit in an indirect way. However they mainly and directly concern public institutions / organizations / providers of regional healthcare systems. The above mentioned Plans to eliminate the healthcare deficit and the consequent power of the central Government to intervene in substitution of the regions concerned reflect the emergency need to eliminate the excessive healthcare deficit or to ensure the basic level of benefits related to healthcare or other essential needs. The spending review to control the intermediate costs of healthcare trusts, which is surely one of the most important measures to eliminate the healthcare deficit, is, however, mainly a consequence of the aim of setting up new ordinary tools for the governance of certain situations, more than the extraordinary nature of other situations (such as the healthcare deficit exceeding a certain limit). So the

mercato, quot.; M. CONSITO, *L'accreditamento come limite dell'appalto pubblico di servizi*, in A. PIOGGIA - M. DUGATO - G. RACCA - S. CIVITARESE MATTEUCCI (edited by), *Oltre l'aziendalizzazione del servizio sanitario*, *quot.*; E. JORIO, *L'accreditamento istituzionale e il ruolo del privato nell'organizzazione della salute*, in *Sanità pubb. e priv.*, n. 2, 2004; A. BATTISTELLA, *L'accreditamento istituzionale: una scelta difficile*, in *Prosp. soc. e san.*, 2001, 1; G. CORSO, *Pubblico e privato nel sistema sanitario*, *quot.*, 17.

³¹ Regarding the restraints in the releasing of accreditation to private stakeholders, see C. Cost., October 8 2010, n. 289, in www.giurcost.org.

economic recession only represents the opportunity for the adoption of the above mentioned measures. In fact they are destined to be applied even after the recession has been overcome.

3. DOES THE COMPETITION BETWEEN STAKEHOLDERS IN HEALTHCARE AND BETWEEN HEALTHCARE SYSTEMS INFLUENCE SPENDING CONTROL? THE ROLE OF THE USER'S FREEDOM TO CHOOSE, AND THE SEPARATION BETWEEN STAKEHOLDERS IN HEALTHCARE

What we have just pointed out should thus suggest that the National healthcare system is not open to real competition. However, this conclusion does not seem to be right in an absolute meaning. There are in fact at least three groups of elements able to counterbalance some other factors in contrast with the concept of competition (namely the discretionary nature of accreditation and the absence of competitive procedures in substitution of accreditation). They are: a) the separation of the financing, organization and provision of healthcare services (if done properly), which is linked to the plurality of the providers (we have already spoken about both these aspects in the previous paragraph); b) the implementation of fiscal federalism (with the limits and for the reasons that we have already explained in the previous paragraph); c) the user's freedom to choose between different providers, on the one hand, and in some cases between different systems, on the other hand.

It is now necessary to say a little more about the last point, also with the aim of opening this study to the supranational perspective, which represents one of the dimensions of the user's freedom to choose. The user's freedom to choose consists of different levels, both in a horizontal (from direct assistance to indirect one, as we will try to clarify later) and in a vertical meaning (starting from the local healthcare systems and then going to the national ones, both in the EU and outside the EU). In the horizontal perspective it is necessary to distinguish between the choice of the public system (in the meaning clarified above) and the choice of the private one (to which only authorized providers / institutions /

organizations belong). The private system, in turn, can remain private, or can at times become a part of the public system. This happens when the patients ask for healthcare services provided by the private system, but at the same time ask the competent District health authority or region (on the basis of the conditions provided by the regional legislation or the State one in its absence) for the reimbursement of what they have directly paid to use the service. This distinction is based on the diversity between the system of healthcare services covered by public financing and the system of healthcare services covered directly by the users or their insurance, in the framework of the same healthcare system considered, on the contrary, in a vertical dimension, in the meaning that we are going to clarify. In the 'vertical' perspective it is necessary to distinguish the choice between providers of the same system and the choice between providers of different systems, and thus also between different systems. From this point of view the healthcare systems of different States (in the EU or outside) are undoubtedly different. However, although with some limits, also the regional healthcare systems of the State can be considered different from each other and, albeit, with further limitations, the local healthcare systems (corresponding to the area of every District health authority) existing in each regional healthcare system can be considered different too. The patients move physically between these poles, exercising of their freedom to choose. The intraregional mobility (between District health authorities within the same region) can be due to the choice between providers of the same regional healthcare system, or to the choice between the private and public system (to which also the accredited providers belong). In the first case the mobility is covered by the District health authority in which the patient concerned resides (passive mobility), and the related costs are determined on the basis of the current tariffs. In the second case, if the choice falls on the private system without involving any request for indirect assistance, the mobility is covered directly by the patient concerned. On the contrary, if the choice falls on the private system but according to the model of the indirect assistance, the mobility is covered again by the District health authority in which the patient concerned resides. Conversely interregional mobility can be due to the choice between providers belonging to different regional healthcare systems, or to the choice between the public and the private system.

In the first case the mobility is covered by the region in which the patient concerned resides (passive mobility), on the basis of the current tariffs in this region (and on the condition that the healthcare services required belong to those covered by the regional healthcare system concerned). In the second case, if the choice falls on the private system without involving any request for indirect assistance, the mobility is covered directly by the patient concerned. On the contrary, if the choice falls on the public system or on the private one but according to the model of indirect assistance, the mobility is covered again by the region in which the patient concerned resides. Finally, international mobility (in the EU or outside) can be caused by the choice between providers belonging to different national healthcare systems, or to the choice between the public and private systems.

In the first case the mobility is covered by the State in which the patient concerned resides, and is funded more exactly from regional budgets, if the following conditions are observed: a) in cases of international mobility outside the EU the healthcare service concerned has to belong to those healthcare services listed by the State where the patient resides, from which the patient can choose those he wishes to use in another National healthcare system; moreover the healthcare system to which the patient belongs has to authorize this kind of mobility, and the repayment has to observe the specific limits set by the healthcare system to which the user belongs ; b) in cases of international mobility in the EU the healthcare service concerned has to belong to those healthcare services covered by public financing in the State where the patient resides; moreover the healthcare system to which the patient belongs has to authorize this kind of mobility, whether he needs specialized or hospital care, and the repayment has to observe the limits of the cost of the service in the healthcare system to which the user belongs. Now we can go on to the choice between the private and public healthcare systems: a) if the choice falls on the first one without involving any request for indirect assistance, the mobility is covered directly by the patient concerned; b) on the contrary, if the choice falls on the public system or on the private one but according to the model of indirect assistance, the mobility is covered again by the region in which the patient concerned resides.

All the above mentioned aspects could determine a certain competition between different healthcare systems (at local , regional and national level), especially in the EU, and this competition could in turn regard the quantity, quality and financing procedure of the healthcare services guaranteed by each system. This aspect, which will be clarified later, is in turn related to the fact that normally also the healthcare services can be considered ordinary ‘services’ in the meaning proposed by art. 57 Tfeu , or, even better, services of general economic interest in the meaning proposed by art. 106 Tfeu .

It determines, in the EU perspective: a) the tendency to apply the rules regarding the internal market to healthcare services, as established by articles 57 and 106 p. 1 Tfeu (ensuring the free movement of goods, persons, services and capitals, protecting and improving competition, prohibiting State aid), in so far as the application of such rules does not obstruct the performance, in law or in fact, of the particular tasks assigned to them (such as established by art. 106 p. 2 Tfeu); b) the tendency to favour, in accordance with certain rules and principles, the mobility of patients between the EU Countries.

However the mobility of patients regards not only the EU dimension, but also, as we have said, the international non-EU one and the infranational one (i.e., in the second case, the mobility of patients between regional or local healthcare systems, in addition to the possibility of choosing between direct and indirect assistance). It is now necessary to say a little more about the above mentioned migrations of patients and, to understand the possible relationship between each kind of migration, trying at least to answer the following questions. a) It is first of all necessary to understand whether they determine some kind of competition. b) Moreover it is necessary to understand what kind of competition it is, whether it has an economic or ‘social’ meaning. c) And finally it is necessary to understand whether the mobility of patients between healthcare systems is related to possible conditions of State failures (i.e. the inability of the State to provide its citizens with services and benefits which it has the duty to guarantee). State failures are the contrary of the better known market failures, which happen when the market is not self-sufficient to produce and finance some services of general interest, which, as a consequence, are removed from it .

This comparison reminds us of the difference between economic services and services of general economic interest: this difference is based on the fact that the latter are provided by public authorities even when the market is not sufficiently encouraged to guarantee them itself (and thus market failures occur) . In fact the services/activities of the second kind pursue goals of general/public interest. Thus a derogation from the discipline regarding competition is admitted, as established by art. 106 Tfeu, if it is strictly necessary to protect the particular tasks assigned to the activities/services concerned (as long as the providers are able to meet the demand of the users). This can happen, for example, by compensating the stakeholders' obligations which are determined by the public/general interest in the activities/services they provide: in this case the compensation may also entail the adoption of fiscal measures, which are not considered State aid, and hence are admitted, if they are necessary to compensate the stakeholders' obligations which are determined by the public/general interest in the activities/services they provide, but only as long as these measures conform fully to the principle of proportionality .

However it is necessary to distinguish the healthcare services requiring public financing from those which, on the contrary, are covered only by private market rules (such as all the healthcare services known as out of pocket services, *supra*). In the Italian system the healthcare services of the first kind are those covered by public financing. The existence of this form of financing (public financing), which is different from the financing provided only by private market rules, naturally determines a certain distortion of competition, which is, however, admitted, as established by art. 106 p. 2 Tfeu. This distortion is directly related to the amount of public financing, which in turn depends directly on the extent of the possible obligations determined by the public/general interest in the activities/services concerned and which is different from the financing provided only by private market rules. However, as we have said, this form of distortion can be admitted only in the form established by art. 106 p. 2 Tfeu.

The difference between the healthcare services covered by private financing (in 'absolute' market conditions) and those covered by public financing characterizes the Italian healthcare system and, more generally, universalistic healthcare systems. However,

it is possible that in these systems the provider of the service tries to move the costs of his activity mainly to the part of the activity covered by public financing, with the aim of removing them from the services covered by private financing. It is a phenomenon which reminds us of the above mentioned 'cross subsidies'. The 'cross subsidy' (which in this case would be internal to the same entity and applied in the relationship between activities exercised by this entity according to different regulations) could for example be used by the accredited healthcare trusts, mainly in managing the relationship between the healthcare services provided observing the spending limits and those provided exceeding them. Furthermore the 'cross subsidy' can prejudice the role of the healthcare trusts which are only authorized (and not accredited) in the market concerned, mainly because they provide healthcare services paid directly by the patients and rarely resort to indirect assistance. In this case we refer to a single kind of market if such a market is considered on the basis of the services/goods exchanged in it (healthcare services), and different kinds of market if such markets are considered on the basis of the discipline applicable to the services provided.

These possible consequences have been considered and censured by the European Commission, which has clarified that the compensation of obligations related to a general/public service, if granted for the provision of services of general economic interest, but essentially used to act in other markets, is a kind of State aid which is not admitted . In this case the European Commission refers just to services of general economic interest, and it seems to assume that, also for this kind of activity, the 'cross subsidies' should be traced back to the ordinary discipline contained in art. 106 p. 1 Tfeu (application of the rules about competition), and not to the special discipline contained in art. 106 p. 2 (possible derogation of the rules about competition for reasons of general interest fully observing, however, the principle of proportionality). Also in this perspective the national or regional healthcare systems like those in force in Lombardy (where the District health authorities have only the role of buyers - and not of providers - of healthcare services from the accredited trusts) seem nearest to a condition of real competition.

However, going back to services of general economic interest, we can say that it is a duty of each State to clarify in which particular cases the rules about competition can be derogated and, first of all, to establish what the services of general economic interest are, giving reasons for this choice. Also the meaning and the practical consequences of this assertion need, however, to be clarified, because at the moment the providing of social services is not an exclusive competence of the States. It is, however, true that they represent a field which has been and in part is still closely related to the idea of National sovereignty: but, as we have already said (*supra*), it is also true that, for some years, this model has begun to change, mainly because the supranational governments have increased their interest in the social policies of the States.

Thus, also in the activity aimed at finding the reasons useful for the derogation of the rules about competition and, first of all, in the activity aimed at identifying which social services are services of general economic interest too, probably it will no longer be possible to consider the States absolutely autonomous in taking their decisions. Now it is possible to go back to the State failures, trying mainly to answer the following questions: a) is it possible that, especially at the time of the economic recession, public authorities do not have the capacity to provide and finance certain services/activities (of general interest) on their own? b) and is it possible, as a consequence, that these services/activities are thus left, even partially, to the market? c) And, moreover, could the above mentioned possibility, especially when very important activities/services related to the concept of Welfare State are involved, encourage public providers to find some solution to improve the relationship between the price/cost and quality of the services of general interest? d) And, finally, is it useful nowadays to ask and try to answer the above mentioned questions? Or, on the contrary, is the advancing of the market encouraged, and not only by the economic recession?

A decision of the European Court of Justice allows us to go back to the last two questions: in fact, according to the Court, those measures which make the free movement of services between the member States more difficult than the provision of the same services in each member State can be considered in contrast with the principle of free movement of

services in the EU (as established in art. 56 Tfeu). As a consequence, the fact that the National healthcare system in which the patient concerned resides does not guarantee him a set of healthcare services covered by public financing of quantity and kind at least corresponding to those existing in other member States, may represent a hindrance to the free movement of (healthcare) services, as it seems to discourage the mobility of patients between the EU member States because of deficiencies in the quantity and kind of the healthcare services covered by public financing in the State where the patient resides: in fact, if the healthcare service that the patient wishes to use in another member State is not listed among those covered by public financing in the State where the patient resides, it is not possible for him to obtain authorization from his State to use the same service in another member State.

At this point, however, an anomaly emerges. It is essentially the following: in order to guarantee the level of competition required, it is necessary that the healthcare systems improve their performance, to reach a common uniform standard. The starting point seems, as a consequence, to be the improving of supply, as a tool to ensure a certain level of competition; even though it is usually considered that this relationship should be inverted, namely the starting point should be competition as a tool for improving the quality and quantity of supply. The above mentioned condition can in turn be considered a consequence of the fact that in this case the competition between healthcare systems, and not between different stakeholders in the same healthcare system, is involved. In fact the meaning and the features of this kind of competition are quite peculiar. It is true that the main aim of each kind of competition is the achievement of some benefit, which the stakeholders involved try to subtract from their competitors. Thus, if the above mentioned benefit is considered in an economic point of view, competition plays a limited role, because the migration is reimbursed by the State in which the patients reside, applying the tariffs established in this State and only to finance healthcare services covered by public financing in the same State. The limited role played in this case by competition is linked to the relationship between passive and active mobility of the patients: in fact, when passive mobility occurs, the National healthcare system to which the patient belongs has to cover not only the service received by the user in other National healthcare systems, but also the

management costs of the healthcare trusts which remain underexploited as a consequence of this kind of mobility.

On the contrary, if the above mentioned benefit is considered in a social meaning, i.e. as the capacity of the State to meet in an acceptable manner the needs of its citizens, competition would refer to the financing system adopted to cover these needs, and thus also to the way in which, first of all considering the resources available, the public authorities can identify the quantity and quality of supply. It would be, thus, a kind of competition having a social meaning, and existing between welfare State systems (on the one hand) and systems adopted to finance the services granted by the welfare State systems concerned (on the other hand): this kind of competition is determined, in other words, by the inability of the States to meet the needs of their citizens (State failures). The social nature of the competition concerned can, however, also cause the worsening or the stagnation of the performances of the competitors, instead of their improvement. In fact, when the sanctions characterizing the private markets (first of all the loss of profits) are absent, each competitor could give up trying to improve his performance by imitating the other competitors, since he knows very well that the user will simply ask another supplier for the services he is unable to provide. The worsening, stagnation or improvement in the performances of the stakeholders involved can regard the relationship between healthcare system in an international dimension. However, they can also regard the relationship between the regional healthcare systems in the same National healthcare system. The regions (and the States) should, in any case, try to improve the quality of the services provided for their citizens irrespective of the possibility of attracting new patients from other regions (or other States).

The implementation of fiscal federalism regarding healthcare in Italy is, at least in part, related to the above mentioned perspective, because it promotes the improvement of the quality of regional healthcare systems up to a common standard and irrespective of the rules governing competition, while these rules, on the contrary, apply in the event of further improvement of the regional healthcare systems concerned (in fact this further

improvement can be funded only by regional budgets and not by the State equalization fund).

4. CONCLUSIVE REMARKS

We have seen that in the Italian healthcare system, according to a macroeconomic perspective, the relationship between spending control (regarding demand and supply) and competition is mainly negative.

And we have also seen that this relationship can only be partially improved if some corrective measures are adopted: like the nature of administrative power (which should be ‘bound’ and not discretionary) used for the release of accreditations or authorizations, or for their withdrawal or suspension; and the separation between funders, buyers and/or providers of healthcare services. Furthermore we have seen that, in this framework, a double role is played by the implementation of fiscal federalism, both in the light of its relationship with the recentralization of financial policies as a consequence of the economic recession, and the constitutional reform regarding the budget balance. This is caused mainly: a) by the contents of art. 119 Const. (and of l. 42/09 and d.d. 68/11); b) by the meaning of competition, which in the above mentioned case must be regarded in a social dimension, as competition between healthcare systems (at least regional), and thus between welfare State systems and financial systems in healthcare. This dimension is related to another aspect, which is the influence of the competition between stakeholders in healthcare and between healthcare systems on spending control.

We have also seen that, in the macroeconomic perspective, the main tools aimed at promoting competition between stakeholders in healthcare and between healthcare systems are the following: a) not only the separation of the financing, organization and provision of healthcare services (if done properly), which is linked to the plurality of the providers, b) and not only the implementation of fiscal federalism (with the limits and for the reasons we

have already explained in the previous paragraphs), c) but also, and above all, the user's freedom to choose (between providers and in some cases between healthcare systems).

The user's freedom to choose, considered in the above mentioned meaning, was the tool used to open this study also to the international perspective, and especially to the mobility of patients non only between regional healthcare systems belonging to the same National healthcare system, but also between National healthcare systems. As we have seen, the discipline and effects of this mobility, and the kind of competition which it determines (in the meaning of competition between healthcare systems and thus between welfare and financial systems in healthcare) suggest the following question: is the above mentioned framework a consequence, also (and above all) in the light of the economic recession, of possible conditions of State failures (in the meaning of inability of the State to provide its citizens with services and benefits which it has the duty to guarantee)? A positive answer would mean that a new tendency is now emerging: this tendency is the exact opposite of the one which, as the market was unable to provide certain services, determined the removing of such services from the market.

We have also seen that, in this framework, the European Court of Justice deemed that the measures making the free movement of services between the member States more difficult than the provision of the same services in each member State can be considered in contrast with the principle of free movement of services in the EU. As a consequence, the fact that the national regulation does not guarantee the patient a set of healthcare services covered by public financing of quantity and kind at least corresponding to those existing in other member States may represent a hindrance to the free movement of (healthcare) services, as it seems aimed at discouraging the mobility of patients between the EU member States because of deficiencies in the quantity and kind of healthcare services covered by public financing in the State where the patient resides. In fact, if the healthcare service that the patient wishes to use in another member State is not listed among those covered by public financing in the State where the patient resides, it is not possible for him to obtain authorization from his State to use the same service in another member State.

We have already said that at this point, however, an anomaly emerges, because, in order to guarantee the level of competition required, it is necessary for healthcare systems to improve their performance, to reach a common uniform standard. The starting point seems, as a consequence, to be the improving of supply, as a tool to ensure a certain level of competition; even though it is usually considered that this relationship should be inverted, namely the starting point should be competition as a tool for improving the quality and quantity of supply. However, we have also supposed that this anomaly is due to the way in which competition between healthcare systems should be mainly and substantially interpreted. This is in fact a kind of competition that, as we have said, regards the way in which the needs of the citizens are covered, and thus also the way in which, through the resources available, the public authorities can identify the quantity and kind of supply. It would be, thus, a kind of competition having a social meaning, and determined by some forms of State failures, which in turn can cause, as we have supposed and for the reasons we have already pointed out, different effects: like the improvement, stagnation or worsening of the performances of competitors.

These are the reasons and effects which, as we have said, can regard not only the international dimension, but also the regional one in the framework of the national dimension. This perspective is related, at least partially, to the implementation of fiscal federalism in healthcare in Italy, which promotes the improvement of the quality of the regional healthcare systems to reach a common essential standard, irrespective of the rules governing competition: these rules, on the contrary, apply in the event of further improvement in the regional healthcare systems concerned (in fact this further improvement can be funded only by regional budgets and not by the State equalization fund). In this framework the market, in the meaning and with the limits clarified above, can be ‘subsidiary’ to possible State failures. The subsidiarity involved in this case would be, however, an “inclusive subsidiarity”, because it would mainly be aimed at improving the performances of the public system. Thus it is possible to believe that the market can also be considered a tool to protect some rights. This new role of the market is mainly a consequence of the following elements: a) the fact that social services (including healthcare services) have sometimes been considered services of general economic interest; b) the

user's freedom to choose; c) the mobility of patients between healthcare systems. As a consequence, for example, the right to use certain healthcare services abroad is recognized by the healthcare systems to which the patient belongs, and is also based on art. 35 of the Charter of Fundamental Rights of the EU. The protection of a social right seems thus to start from the protection of economic freedom.

These conclusions, however, express an idea which is, at least in part, just 'visionary', because the mobility of patients at an international level, unlike mobility at a national level, is at the moment still of little importance. The trends observed, however, seem to have all the elements useful for determining, together with the necessary developments, the future consequences that we have imagined.

**LE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE STATALE: “SOCIETÀ –
IMPRESE” ED ENTI PUBBLICI IN FORMA SOCIETARIA.
PROFILI DI DISCIPLINA APPLICABILE.**

REPORT ANNUALE 2013 – ITALIA

(Settembre 2013)

Maria Grazia DELLA SCALA

INDEX

1. **PREMESSA**
2. **L’AZIONARIATO STATALE E LE PRIVATIZZAZIONI**
3. **GLI ENTI PUBBLICI IN FORMA SOCIETARIA**
4. **I “POTERI SPECIALI” DELLO STATO NELLE SOCIETÀ PRIVATIZZATE E IL
CONTRASTO CON IL DIRITTO EUROPEO**
5. **I “POTERI RISERVATI” DI NOMINA E REVOCA DEI MEMBRI DEGLI ORGANI
SOCIALI SECONDO LE DISPOSIZIONI DEL CODICE CIVILE, E LA C.D. “POISON
PILL”**
6. **I LIMITI DI OPERATIVITÀ DELLO SPOILS SYSTEM**
7. **RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI DELLE S.P.A. IN MANO PUBBLICA E
PROFILI DI GIURISDIZIONE**
8. **I CONTROLLI SULLA GESTIONE FINANZIARIA**
9. **L’ACCESSO ALL’IMPIEGO E LA REGOLA DEL CONCORSO**
10. **LO STATO – AZIONISTA TRA “PRIVILEGI” E LIMITI ALLA COSTITUZIONE O
PARTECIPAZIONE IN SOCIETÀ PER AZIONI**
11. **LE ULTERIORI NORME “ASIMMETRICHE” RIFERITE ALLO STATO -
AZIONISTA: VINCOLI A TUTELA DELLE “FINANZE PUBBLICHE” E NORME DI
“MORALIZZAZIONE”**

12. SOCIETÀ PUBBLICHE E ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA

1. PREMESSA

L'attuale disciplina delle società per azioni a partecipazione statale presenta un quadro complesso, condizionato anzitutto dall'eterogeneità delle figure riconducibili a tale ampia categoria. Il che si traduce in sistemi di regolazione differenziati, principalmente in ragione della natura delle società partecipate, e svela il fondamentale intento, da un lato, di delineare momenti di equilibrio tra "Stato" e "mercato", tra l'esigenza di preservare l'imprenditoria pubblica come strumento di politiche economiche e sociali e l'imperativo del rispetto della concorrenza e del principio della parità tra imprese pubbliche e private; d'altro lato, emerge lo scopo di consentire alle amministrazioni di avvalersi di forme più agili rispetto ai modelli organizzativi tradizionali, quale appunto la struttura societaria, per l'esercizio di pubbliche funzioni ma anche di attività strumentali¹, senza che siano perciò

¹ Per la distinzione già nell'ambito dell'attività d'impresa svolta da enti pubblici economici tra pura attività economica e attività funzionalizzata, v. già: ALB. ROMANO, *La concessione di un pubblico servizio*, in AA. VV., *La concessione di pubblico servizio*, a cura di G. Pericu - A. Romano - V. Spagnuolo Vigorita, Giuffrè, Milano, 1995, 11 e cfr. R. CAVALLO PERIN, *Comuni e province nella gestione dei servizi pubblici locali*, Napoli, 1993, 21 ss., 39 ss. Sulle diverse figure di società pubbliche, v. il quadro recentemente tratteggiato da V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011, 30-33, e 35 ss. e tra i molti altri contributi, cfr. F. G. SCOCA, *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, in *Dir. econ.*, 2005, 239 ss., G. NAPOLITANO, *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, in *Riv. soc.*, 2006, 5-6, 999, M. CLARICH, *Società di mercato e quasi-amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2009, 2, 253 ss., ID., *Le società partecipate dallo Stato e dagli enti locali fra diritto pubblico e diritto privato*, in F. Guerrero (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010, 1 ss., M.P. CHITI, *Carenza della disciplina delle società pubbliche e linee direttrici per un riordino*, in www.astrid-online.it, C. IBBA, *Le società a partecipazione pubblica: tipologie e discipline*, in C. Ibba, M. C. Malaguti, A. Mazzoni (a cura di), *Le "società pubbliche"*, Torino, 2011, 1 ss., A. MASSERA, *Le società pubbliche: principi di riordino del quadro giuridico. Osservazioni in margine al rapporto Assonime*, su www.astrid-online.it. V. ora le attente considerazioni di M. DUGATO, *Le società a partecipazione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.* n. 7/2013, 855 ss. Con particolare riguardo alle società di gestione dei servizi pubblici locali: E. SCOTTI, *Servizi pubblici locali*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg., 2013, F. LUCIANI, *"Pubblico" e "privato" nella gestione dei servizi economici locali in forma societaria*, su www.giustamm.it.

traditi i principi costituzionali e istituzionali riferiti all’“amministrazione” e le immanenti esigenze di garanzia che alla medesima ineriscono².

Tali fondamentali esigenze giustificano, specie negli ultimi anni, il proliferare di discipline riferite alle società in mano pubblica e tra queste, alle società statali, in cui, da un lato, si segnala la linea di tendenza, specie in ragione dell’influenza del diritto europeo, nel senso di una omogeneizzazione delle s.p.a. pubbliche alla disciplina societaria generale; per altro verso, affiorano numerose norme specificamente riferite al socio pubblico e alle società da questo partecipate, in distonia, tuttavia spesso solo apparente, con il percorso di sviluppo sopra descritto³. Accanto, compaiono le numerose discipline “singolari” riferite a quelle che oggi vengono piuttosto pacificamente qualificate come “società - enti pubblici”⁴.

Di tale orizzonte normativo e dei maggiori problemi da questo emergenti si tenterà di tratteggiare, senza pretese di esaustività, un quadro di sintesi, concentrando l’attenzione sulle “società-impresa” a partecipazione statale operante nel mercato, senza trascurare,

² Parla di “arcipelago” delle “società in mano pubblica”, ritenendo tale formula “del tutto generica e assolutamente non tipizzante” G. MORBIDELLI, *I controlli sulle società a partecipazione pubblica* in A. Predieri (a cura di), *Controlli societari e governo dell’impresa*, Torino, 1999, 99 ss., ora in ID., *Scritti di diritto pubblico dell’economia*, Torino, 2001, 257 ss.

³ Tra i recenti contributi generali in materia, si possono segnalare: M. CAMMELLI - M. DUGATO (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, 2008, F. SANTONASTASO, *Le società di diritto speciale*, Torino, 2009, F. GUERRERA (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010, C. IBBA, M. C. MALAGUTI, A. MAZZONI (a cura di), *Le “società pubbliche”*, cit., F. FIMMANÒ (a cura di), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, Milano, 2011.

⁴ Per cui v. infra, § 3.

ragionando “per differenza”, il fenomeno delle società di origine legale deputate all’esercizio di funzioni pubbliche⁵.

2. L’AZIONARIATO STATALE E LE PRIVATIZZAZIONI.

L’attuale assetto dell’azionariato statale è esito di una lunga e nota evoluzione, di cui meritano almeno un cenno le linee fondamentali, dalle quali l’odierna disciplina deriva e che costituisce fonte delle principali elaborazioni teoriche intorno alla società in mano pubblica.

L’immagine dello Stato diretto attore nel mercato e delle società a partecipazione statale risale, in Italia, agli inizi dello scorso secolo.

Nel corso dell’Ottocento, l’ideologia liberista si era invero tradotta nell’essenziale protezione della proprietà privata e delle libertà individuali, mentre all’indomani dell’unificazione del 1861 si era mirato a rafforzare l’acquisita unità nazionale anche attraverso l’implementazione di un mercato integrato, adottandosi misure di protezionismo verso l’esterno e, allo stesso tempo, confidandosi sulle spontanee forze dell’attività economica privata. Se non era del tutto sconosciuta l’immagine dell’impresa pubblica si trattava ancora di un fenomeno piuttosto isolato⁶.

⁵ Per la distinzione tra “società di mercato” e “quasi amministrazioni”, cfr. Corte cost. 1 agosto 2008 n. 326, su www.giurcost.org, Id., 8 maggio 2009 n. 148, ivi, in generale, il rapporto dell’Assonime, pubblicato nel 2008: *“Principi di riordino del quadro giuridico delle società pubbliche”*, su www.assonime.it, e il recente Dossier *“Le società a partecipazione pubblica”* – Camera dei Deputati, XVI legislatura, Documenti e Ricerche, su www.documenti.camera.it, oltre alla dottrina citata alle note precedenti.

⁶ Il pensiero corre anzitutto alla Cassa Depositi e Prestiti, istituita nel 1863. Cfr. S. CASSESE, *La “vecchia” costituzione economica*, in S. Cassese (a cura di), *La nuova costituzione economica*, V ed., Roma - Bari, 2012.

Agli albori del XX secolo, la prospettiva inizia a mutare e si moltiplicano figure di imprese pubbliche in forma di società partecipata, dal settore dei servizi pubblici a quello creditizio⁷, avviandosi quella che sarebbe stata chiamata una perdurante “alleanza” tra capitali pubblici e privati⁸ ma in assenza di qualsivoglia intento di dirigismo pubblico in campo economico⁹.

L'intervento statale attraverso la diretta assunzione dell'attività d'impresa si sarebbe fatto, tuttavia, naturalmente più intenso nelle fasi post-belliche e delle grandi crisi economiche. È, in particolare, dalla crisi del 1929, che investendo il settore industriale, e minacciando un grave coinvolgimento del sistema bancario, prende inizio la costruzione del nostro particolare modello di azionariato statale, articolato per “gruppi pubblici” facenti capo ad appositi enti economici con funzione di *holdings*, c.d. “enti di gestione” delle quote sociali detenute dallo Stato; capofila ne sarebbe stato l'Istituto per la Ricostruzione Industriale.

Questa figura ha appunto dato avvio al fenomeno noto, come “sistema IRI”, quindi come “sistema delle partecipazioni statali”, frutto della componente “razionalizzatrice” propria dell'ordinamento fascista¹⁰ ma sopravvissuto a quest'ultimo e ritenuto

⁷ Si rinvia, per una puntuale ricostruzione di questi passaggi al noto studio di M. S. GIANNINI, *Le imprese pubbliche in Italia*, in *Riv. soc.*, 1958, f. 2, ora in *Scritti*, Vol. IV, 1955-1962, Milano, 2004, 360 ss.

⁸ F. GARGANO e G. VALERIO, *Memoria sulla società per azioni* (1843), in *Riv. soc.*, 1970, 682, e ora in A. MIGNOLI (a cura di), *La società per azioni. Problemi-letture-testimonianze*, Milano, 2002, II, 892 ss.

⁹ S. CASSESE, *Loc. ult. cit.*

¹⁰ Per le origini del sistema e l'inquadramento dell'IRI nell'ordinamento corporativo, cfr. il fondamentale studio di F. MERUSI, *Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, Milano, 1977, 1 ss.

sostanzialmente compatibile con i principi dell'“economia mista” enunciati della Costituzione repubblicana¹¹.

L'IRI, sorto (1933) con scopi temporanei ed emergenziali e al quale venivano anzitutto conferite le partecipazioni delle banche in imprese in situazione di difficoltà per tentarne il risanamento, quindi cederle nuovamente a privati, divenne, dal 1937, un ente stabile, protagonista del rilancio dell'economia, specie negli anni Cinquanta e Sessanta, avendo progressivamente esteso i suoi settori di intervento¹². Fu quindi affiancato, nei decenni successivi, da altri enti di gestione, quali l'ENI, l'EFIM, l'EGAM, l'EAGC, l'ENEL; facevano poi capo agli enti di gestione società finanziarie di settore, dirette titolari delle partecipazioni nelle società per azioni operative¹³.

Gli enti di gestione erano enti pubblici economici, chiamati ad agire secondo “criteri di economicità”¹⁴, con l'obiettivo della remunerazione dei fattori della produzione

¹¹ Il riferimento è all'art. 41 della Costituzione. In dottrina, cfr., per tutti: G. MORBIDELLI, voce *Iniziativa economica privata*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1989, 1, G. GUARINO, *Pubblico e privato nella economia. La sovranità tra Costituzione e istituzioni comunitarie*, in *Quad. cost.*, 1992, G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quad. cost.*, 1992, 1, 7 ss. Più di recente: A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007, 22. Per un'attenta ricostruzione della giurisprudenza costituzionale sull'art. 41 Cost., cfr. M. RAMAJOLI, *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 della Costituzione*, Relazione al Convegno AIPDA «Il diritto amministrativo nella giurisprudenza della Corte costituzionale», 27-28 settembre 2007, Bologna, in *Dir. amm.*, 2008, 1, 121 ss.

¹² A. ARMANI - F. A. ROVERSI MONACO, *Le partecipazioni statali. Un'analisi critica*, Milano, 1977, 17 ss.

¹³ Si pensi, ad es., tra le società finanziarie dell'IRI, nacquero nel 1936 la Finmare, nel 1937 la Finsider e la STET, nel dopoguerra Finmeccanica, Fincantieri, Finelettrica. Sul sistema delle partecipazioni statali, per tutti: S. CASSESE, *Partecipazioni statali ed enti di gestione*, Milano, 1962.

¹⁴ Sul “criterio di economicità” anche richiamato dalla L. n. 1586/1956, cfr., ex multis, A. ARMANI - F. A. ROVERSI MONACO, *Le partecipazioni statali*, cit., 68 e la recente sintesi di M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2012, 86 ss.

ma senza fini lucrativi, rispondendo agli indirizzi elaborati, a scopi d'interesse generale, da comitati interministeriali, CIPI e CIPE. Al vertice, il sistema si sarebbe completato con la previsione, quale indirizzo e guida del complesso delle imprese pubbliche e in mano pubblica, così organizzato¹⁵, di un Ministero *ad hoc*, il Ministero delle partecipazioni statali¹⁶, rimasto operante fino al 1993¹⁷.

Era sottesa l'idea che le società partecipate non mutassero la propria natura in ragione della proprietà pubblica di una parte del capitale e che gli atti di indirizzo trovassero un naturale limite nella vocazione imprenditoriale degli enti economici cui erano diretti¹⁸.

Accanto alle imprese inserite nel "sistema delle partecipazioni statali" operavano numerosi altri enti pubblici economici, fino a far descrivere lo Stato come un grande imprenditore inserito, anche in tale veste, in ogni aspetto della vita economica del Paese¹⁹.

L'eccessiva ingerenza della "politica" nelle decisioni d'impresa, il progressivo trasformarsi della gestione delle partecipazioni in prassi "assistenzialistica", di ausilio altresì a imprese prive di ogni possibilità di risanamento, l'impiego nell'insieme poco

¹⁵ Su queste dinamiche: F. MERUSI, *Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, cit., *passim*.

¹⁶ Istituito con legge 22 dicembre 1956, n. 1589.

¹⁷ Il Ministero delle partecipazioni statali venne soppresso, appunto nel 1993, a seguito di referendum abrogativo, della legge istitutiva.

¹⁸ Cfr. N. IRTI, *Dall'ente pubblico economico alla s.p.a. (profili storico-giuridici)*, in AA. VV., *Le privatizzazioni in Italia*, a cura di P. MARCHETTI, Milano, 1995, 366, G. MARASÀ, *Le società senza scopo di lucro*, Milano, 1988, 377, e v. la Relazione al Codice civile (n. 998).

¹⁹ V. CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica*, in C. Pinelli, T. Treu (a cura di), *La costituzione economica: Italia, Europa, Bologna*, 2010, 127 ss.

oculato delle risorse, con conseguente ingente peso dei menzionati “gruppi” sul debito statale, avrebbero finito tuttavia per collidere, oltre che con i principi sovranazionali a tutela della concorrenza e del mercato e con il divieto di aiuti di Stato, con i vincoli europei alle finanze pubbliche e, in particolare, con il relativo irrigidimento dovuto alla prospettiva della unione doganale nel 1992 e il passaggio alla moneta unica, secondo quanto stabilito con il Trattato di Maastricht²⁰.

Ciò, unitamente a un’ideologia, progressivamente diffusasi in tutto il mondo, di neoliberalismo e *favor* per il *laissez faire*, ha determinato, dunque, dall’inizio degli anni Novanta, l’avvio delle privatizzazioni: privatizzazioni, anzitutto “formali”, per cui gli enti pubblici, a partire da quelli economici, tra cui quelli di gestione delle partecipazioni statali, sono stati trasformati in s.p.a.²¹ o in altri enti di diritto privato²²; e privatizzazioni “sostanziali”, laddove, con specifico riguardo alle società, è stata venduta oltre la metà del pacchetto azionario detenuto dallo Stato²³.

²⁰ V. Ministero del Tesoro, del Bilancio e della Programmazione Economica, *Libro Bianco sulle Privatizzazioni*, 2001, su www.dt.tesoro.it, 13-15 e cfr. M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013, 349.

²¹ Cfr. come primi provvedimenti, il d.l. 5 dicembre 1991 n. 386, conv. in l. 29 gennaio 1992 n. 35 ma, soprattutto, il successivo d.l. 11 luglio 1992 n. 333, conv. in l. 8 agosto 1992 n. 359, con cui le privatizzazioni prendono il vero e definitivo avvio.

²² Di rilievo è la l. delega n. 59/97, che ha prescritto la “trasformazione in associazioni o in persone giuridiche di diritto privato di enti che non svolgono funzioni o servizi di rilevante interesse pubblico”, e i cui decreti delegati hanno determinato il sorgere di enti *ex lege* formalmente privati.

²³ Cfr. Corte Cost., 28 dicembre 1993 n. 466, in *Foro amm.*, 1995, 298. In dottrina, per tutti: M. CLARICH, *Privatizzazioni e trasformazioni in atto nell’amministrazione italiana*, in *Dir. amm.* 1995, 519 ss., M. CLARICH – A. PISANESCHI, *Privatizzazioni (ad vocem)*, in *Dig. Disc. Pubbl. Agg.* 2000, Torino, 432 ss., R. GAROFOLI, *Le privatizzazioni degli enti dell’economia. Profili giuridici*, Milano, 1998, M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica. Il caso delle s.p.a. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome statali*, Torino, 1997, M. SANINO, *Le privatizzazioni*, Roma, 1997, E. FRENI, *Le privatizzazioni*, in S. Cassese (a cura di), *La nuova costituzione economica*, cit., 239 ss.

Se dunque, nei decenni passati, poteva dirsi che l'estensione in Italia dello "Stato – imprenditore" aveva dimensioni note solo a paesi socialisti²⁴, la politica di questi anni ha comportato senz'altro una riduzione consistente della relativa presenza nel mercato, ma, in realtà, senza alcuna apparente prospettiva di definitivo tramonto dello "Stato - azionista", essendo il profilo di maggior rilevanza, più che la semplice sua riduzione da un punto di vista quantitativo, il forzoso mutamento "qualitativo" delle logiche che presiedono all'attività imprenditoriale pubblica.

Attualmente, lo "Stato - azionista" si trova impersonato, essenzialmente, dal Ministero dell'economia e delle finanze. A quest'ultimo sono state invero progressivamente conferite quasi tutte le partecipazioni azionarie dello Stato²⁵ e pure in relazione alle residuali partecipazioni di titolarità di dicasteri diversi, il medesimo opera tendenzialmente come "co-gestore" o "co-determinatore" degli indirizzi sulla relativa azione²⁶.

Per lo più, il medesimo non si atteggia tuttavia come azionista "diretto" nelle "società imprese", spesso partecipate da società istituite o esito di trasformazioni *ex lege*, "enti pubblici strumentali", per lo svolgimento di compiti d'interesse generale e per la concreta attuazione, anche attraverso l'esercizio dei diritti del socio, di specifiche politiche economiche²⁷.

²⁴ A. MAZZONI, *Limiti legali alle partecipazioni societarie di enti pubblici e obblighi correlati di dismissione: misure contingenti o scelta di sistema?* in C. Ibba, M. C. Malaguti, A. Mazzoni (a cura di), *Le società "pubbliche"*, cit., 57 ss.

²⁵ Per le attuali partecipazioni detenute dal Ministero dell'Economia e delle Finanze, cfr. www.mef.gov.it.

²⁶ Si pensi, ad es., a Difesa servizi s.p.a., società "legale" "*in house*" del Ministero della difesa, avente ad oggetto la prestazione di servizi e l'espletamento di attività strumentali e di supporto tecnico-amministrativo, di cui all'art. 535 dlgs. 15 marzo 2010, n. 66: "Codice dell'ordinamento militare.

²⁷ Cfr., tra i più rilevanti esempi, Cassa Depositi e Prestiti s.p.a., trasformata in s.p.a. dall'art. 5 del dlgs. 263/2003, conv. in L. n. 326/2003, le cui funzioni sono state recentemente ridefinite dal co. 8 bis, dal d.l. 31 marzo 2011, n.

Sono, dunque, queste ultime società a tradurre gli indirizzi ricevuti in concrete scelte di mercato; l'interesse dalle medesime curato, specificato da tali atti d'indirizzo, viene ad emergere così come l'"interesse pubblico" da relazionare con lo scopo di lucro proprio della società per azioni operativa²⁸.

Dunque, parlando di "Stato - azionista", si comprende anche l'insieme di queste figure, che, pur con significative divergenze, rievocano in qualche modo i vecchi "enti di gestione".

A seguito delle privatizzazioni sostanziali, ma spesso solo formali, in una con la nuova istituzione di soggetti organizzati in forma di s.p.a., dunque, il Ministero dell'economia e delle finanze spicca ancora come imprenditore e azionista di non marginale rilievo.

Ad ogni modo, le attuali discipline sulla partecipazione azionaria statale limitano l'assunzione della qualità di azionista al "rilevante interesse nazionale" presentato dalle imprese partecipate, e al trovarsi, queste ultime, in "equilibrio finanziario", patrimoniale ed economico, al manifestare le medesime serie "prospettive di redditività"²⁹. È evidente l'obiettivo di evitare che si riproponga uno "Stato - erogatore" dietro la figura

34, conv. in L. 26 maggio 2011, n. 75. Cfr., ancora, ad es., l'Agenzia per l'attrazione degli investimenti (Invitalia) s.p.a., originariamente regolata dall'art. 1 del dlgs. n. 1/1999 e ridisegnata dalla L. 296/2006 (L. finanziaria 2007), art. 1, co. 460.

²⁸ Per la rilevanza di tali indirizzi solo "a monte", nel rapporto organo politico – società destinataria: V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, cit., 65. Ritiene tale tipo di influenza più penetrante di quella esercitata attraverso i tradizionali poteri di indirizzo e vigilanza: G. P. ROSSI, *Gli enti pubblici*, Bologna, 1991, 182; cfr. anche M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica*, cit., 124-125.

²⁹ Cfr. l'art. 7, del d.l. 31 marzo 2011 n. 34 che inserisce nell'art. 5 del d.l. 269/2003, conv. in L. n. 326/2003, di trasformazione della Cassa Deposizioni e Prestiti in s.p.a., il co. 8 bis. Cfr. anche, ad es., l'art. 1, co 2 del dlgs. n.1/99, come modificato dall'articolo 1 del dlgs. 14 gennaio 2000, n. 3, con riguardo a Invitalia s.p.a.

dell'azionista, dovendo il socio pubblico operare nel rispetto delle regole della concorrenza e del mercato, comportandosi, pur nel perseguimento di obiettivi di lungo periodo d'interesse generale, secondo gli imperativi europei, come un comune "imprenditore avveduto"³⁰.

3. GLI ENTI PUBBLICI IN FORMA SOCIETARIA.

A fianco delle "società in mano pubblica", ampiamente diffuse già nello scorso secolo, sono venute moltiplicandosi negli ultimi anni, società per azioni appositamente costituite *ex lege* per il perseguimento di interessi generali o per l'esercizio di attività strumentali, ovvero in esito a trasformazioni formali di preesistenti enti pubblici, essenzialmente economici³¹.

Si tratta di soggetti che conoscono una "disciplina singolare" fortemente derogatoria rispetto a quella generale delle s.p.a. posta dal codice civile, dando luogo, a enti societari istituiti coattivamente o in base a un'autorizzazione espressa del legislatore³², con

³⁰ Su questo aspetto, cfr. V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Gli aiuti di stato nel diritto comunitario vivente*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1998, 6, 1259 ss., P. LAZZARA, *La pubblica amministrazione come imprenditore privato*, in Atti del Convegno AIDPA 30 settembre-1 ottobre 2011, *L'atto autoritativo: convergenze e divergenze tra ordinamenti*, Napoli, 2012, passim, F. GHELARDUCCI - M. CAPANTINI, *Gli aiuti di Stato e il "principio dell'investitore privato" negli orientamenti della Commissione e nella giurisprudenza comunitaria*, in *www.astrid-online.it*, M. G. DELLA SCALA, *Società per azioni e Stato imprenditore*, Napoli, 2012, 234 ss.

³¹ Si pensi, tra i molti esempi di società costituite *ex lege* per il perseguimento di interessi pubblici, secondo un disegno derogatorio rispetto alla disciplina codicistica e tale da connotarne la natura "strumentale" rispetto all'amministrazione statale, alle società Italia Lavoro s.p.a., Arcus s.p.a., Invitalia s.p.a., Consip s.p.a., Equitalia s.p.a., Coni Servizi s.p.a., Simest s.p.s., ecc.; tra quelle derivanti dalle privatizzazioni di preesistenti enti pubblici: Enav s.p.a., Eur s.p.a., Anas s.p.a., Cassa Depositi e Prestiti s.p.a., Sace s.p.a., ecc.

³² Cfr. P. PIZZA, *Società di diritto singolare: rassegna 1999-2003*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 4, 372 ss.

soci pubblici “necessari” e partecipazioni “incredibili”, definizione legale del capitale, dell’oggetto sociale, della sede e della denominazione, spesso meccanismi extrassembleari di nomina degli organi sociali, in genere peculiarità nell’esercizio dei diritti dell’azionista da parte del socio/i pubblico/i e sottoposizione ad atti esterni di indirizzo, talvolta espresso riferimento ai poteri di controllo della Corte dei Conti nelle forme del controllo sulla gestione degli enti pubblici o indicazione della facoltà della s.p.a. di avvalersi del patrocinio dell’Avvocatura dello Stato³³.

Si tratta di figure non sconosciute alla legislazione statale³⁴ ma anche regionale³⁵ preesistente e, in realtà, già diffuse in modo significativo negli anni Settanta e che hanno dato occasione a studi importanti, anche se, nello scorso secolo, non numerosi³⁶. La

³³ Per un’esposizione di queste discipline, cfr. P. PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Milano, 2007, G. GRÜNER, *Enti pubblici a struttura di S.p.A. Contributo allo studio delle «legali» in mano pubblica di rilievo nazionale*, Torino, 2009. Per un fenomeno simile che ha riguardato enti costituiti nelle forme di cui al libro I del codice civile: S. DE GÖTZEN, *Le “fondazioni legali” tra diritto amministrativo e diritto privato*, Milano, 2011. In termini generali, da ultimo: D. MARRAMA, *Soggetti “legali” e autonomia privata. Sui limiti dei poteri legislativi e dell’interpretazione*, Torino, 2012.

³⁴ Il caso più emblematico è quello della società Agecontrol s.p.a., che lo stesso legislatore ha espressamente qualificato “società con personalità giuridica di diritto pubblico”, costituita ex art. 18 l. n. 887/1984, in attuazione dell’art. 1 del reg. CE 2262/1984, con funzioni pubbliche di controllo in materia di aiuti alla produzione dell’olio di oliva, le cui funzioni sono state precisate dal d.l. 701/1986 e ridisegnate dal dlgs. n. 419/1999, estendendosi al complesso dei controlli sul mercato ortofrutticolo, per essere ancora riviste dalla legislazione successiva.

³⁵ Il riferimento è anzitutto alle “società finanziarie regionali”, per cui cfr. G. SANVITI, *Società finanziarie regionali*, in Enc. Giur. Trecc., Milano, Giuffrè, XXIX, 1993, A. PREDIERI, *Le società finanziarie regionali*, Giuffrè, Milano, 1972, 16, 30 ss., E. BUGLIONE, *Le finanziarie regionali pubbliche*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1975, 172.

³⁶ Si segnalano senz’altri i rilevanti contributi di C. IBBA, *Le società “legali”*, Torino, 1992 e già, sulle incerte figure delle “imprese” di origine legale a fini pubblici: G. ARENA, *Le società commerciali pubbliche*, Milano, 1942.

giurisprudenza, ai fini della relativa disciplina ha ad ogni modo, a lungo, in nome di un certo formalismo, liquidato agevolmente ogni questione sistematico - ricostruttiva ascrivendo rilievo assorbente alla forma organizzativa, ritenendo in sostanza ogni s.p.a. un ente privato e la disciplina societaria operante per ogni aspetto non espressamente disciplinato dalla legislazione singolare riguardante la specifica società³⁷.

Negli ultimi due decenni i dibattiti e le incertezze intorno a tali particolari figure hanno ampiamente coinvolto il discorso giuridico, alimentato dal loro costante moltiplicarsi nel diritto positivo. Se si è conosciuta una certa resistenza ad ammettere la “sostanza pubblicistica” degli enti in esame o, comunque, la rilevanza preponderante di quest’ultima ai fini della ricostruzione della complessiva disciplina applicabile, si è vista nel tempo progressivamente riconosciuta, ad opera della dottrina prevalente, quindi della giurisprudenza, una certa “neutralità” della forma organizzativa societaria³⁸.

Nella dottrina amministrativistica in particolare, sulla scorta dei più rilevanti studi sulla nozione di “ente strumentale”, si è dato particolare risalto agli elementi normativi che disegnano forme di collegamento tra “società legale” e amministrazione statale, quali “indici di pubblicità”, quindi della relativa “funzionalizzazione” a fini d’interesse pubblico³⁹, e che ne consentono la qualificazione in termini, appunto, di “ente pubblico

³⁷ Così si muove, ad es., il ragionamento delle Sezioni Unite della Cassazione ai fini del riconoscimento della natura privata di Agip s.p.a. Cfr. Cass. Sez. Un., 26 aprile 1940 n. 1337, in Foro amm., 1940, II, 97, che disattende la diversa conclusione del Consiglio di Stato espressa nella pronuncia 19 gennaio 1938 n. 33, ora in *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 2001, 235 ss. Non si esclude, in realtà, astrattamente, la configurabilità di enti pubblici in forma societaria ma si rinviene in quest’ultima una “presunzione” della natura giuridica privata.

³⁸ Cfr., ad es., Cons. St., Sez. VI, 7 settembre 2002 n. 4711, in Riv. Corte Conti, 2002, 5, 224.

³⁹ Per il rilievo della funzionalizzazione ai fini della pubblicità del soggetto, per tutti: ALB. ROMANO, *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo*, in AA. VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, I, 145 ss., 152-156.

strumentale⁴⁰, sia pur organizzato in forma privatistica⁴¹. Si tratta di un indirizzo che ha trovato significativi momenti di emersione, non da ultimo, nella giurisprudenza della Corte costituzionale⁴².

Secondo una diversa prospettiva, è piuttosto considerata l'entità delle deroghe al diritto societario comune al fine di apprezzarne la distanza dal "tipo" generale "s.p.a." e di qualificare o meno la società considerata come "vera" società per azioni⁴³.

Sembra trattarsi, tuttavia, di prospettive in buona misura complementari nella misura in cui, a fini qualificatori e di regolazione, una volta rilevata la portata della "specialità" della società rispetto al "tipo generale", occorre evidentemente valutarne la

⁴⁰ Per importanti elaborazioni della nozione: V. OTTAVIANO, *Considerazioni sugli enti pubblici strumentali*, Padova, 1959, ora in *Scritti giuridici*, Milano, 1992, III, 429 ss., G. MIELE, *La distinzione tra ente pubblico e privato*, in *Studi in memoria di R. Ferrara*, Milano, 1943, ora in *Scritti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1987, 365 ss.

⁴¹ Sia consentito rinviare a M. G. DELLA SCALA, *Le società legali pubbliche*, in *Dir. amm.*, 2005, 2, 391 ss.

⁴² Cfr. anzitutto, la nota pronuncia della Corte Cost. 19 dicembre 2003 n. 363, in *Foro amm.* – *CdS*, 2003, 3566, in cui si considera "ente strumentale" dello Stato Italia Lavoro s.p.a., sulla base, tra l'altro, della considerazione che la stessa è "una speciale società per azioni a capitale interamente pubblico", che il Ministro del tesoro esercita i diritti dell'azionista su direttiva del Presidente del Consiglio e d'intesa con il Ministro del lavoro e delle politiche sociali, che i compiti svolti da tale società - non liberamente determinabili da quest'ultima - sono individuati in base alla normativa precedentemente citata, e consistono, essenzialmente, nella prestazione di servizi finalizzati alla promozione dell'occupazione - e specialmente dei lavori socialmente utili come strumento di politica attiva del lavoro - sull'intero territorio nazionale, con particolare riguardo alle situazioni più svantaggiate».

⁴³ Per una sintesi delle diverse posizioni, v. P. PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare*, cit., 308 ss.

“sostanza” e la *ratio* onde poter ascrivere la società stessa alla “amministrazione” in senso soggettivo⁴⁴.

Ad ogni modo, si trova oggi pacificamente affermato che la natura di una società in mano pubblica va apprezzata sulla base del criterio della “pubblicità sostanziale”, guardando alle sue modalità di costituzione, ai profili organizzativi, alla natura dell’attività svolta, al fine perseguito⁴⁵.

Al di là di quanto stabilito dalle singole discipline singolari, dunque, la natura giuridica del soggetto organizzato in forma di s.p.a. rileva oggi pacificamente ai fini, ad esempio, delle modalità del controllo della Corte dei Conti, del regime della responsabilità degli amministratori; forse della natura giuridica degli atti di selezione del personale ai fini dell’accesso all’impiego; dell’estensione della disciplina sull’accesso ai documenti amministrativi, e, più in Generale, delle possibilità di applicazione della legge Generale sul procedimento amministrativo, n. 241/1990, solo per citare alcune ipotesi problematiche.

Anche il legislatore ha, infine, sia pur non sempre in modo organico e pienamente coerente, recepito e alimentato questa progressiva estensione del diritto amministrativo a dispetto della privatizzazione delle forme giuridiche, in nome di una visione “sostanzialistica” dei fenomeni e della necessità, comunemente invocata, che i moduli privati nell’organizzazione pubblica non si risolvano in elusione dei principi costituzionali e istituzionali e delle fondamentali garanzie che, nel nostro sistema, sono connesse all’“amministrazione” e all’“esercizio della funzione”⁴⁶.

⁴⁴ R. GAROFOLI, *Le privatizzazioni degli enti dell’economia*. Profili giuridici, cit., 381, M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica*, cit., 103. Ragiona attraverso il “superamento della personalità giuridica”: F. GOISIS, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica*, Milano, 2004, 247.

⁴⁵ Cons. St., Sez. VI, 11 gennaio 2013 n. 122, su www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁶ Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, cit., 30 ss.

Di questo si darà conto nei paragrafi che seguono.

4. I “POTERI SPECIALI” DELLO STATO NELLE SOCIETÀ PRIVATIZZATE E IL CONTRASTO CON IL DIRITTO EUROPEO.

Nel percorso della progressiva “despecializzazione” della disciplina della società a partecipazione statale, si segnala senz’altro l’evoluzione della c.d. “*golden share*”.

La privatizzazione sostanziale degli enti pubblici economici è stata, invero, condizionata, in alcuni casi, essenzialmente nei settori dei servizi pubblici in via di liberalizzazione e nei settori strategici per la comunità nazionale, dall’inserimento negli statuti delle società derivanti dalla relativa trasformazione, di “poteri speciali” in favore dello Stato - azionista.

L’art. 2 del d.l. 31 maggio 1994, n. 332 ha disposto, che tra le società operanti nel settore della difesa, dei trasporti, delle telecomunicazioni, delle fonti di energia e degli altri pubblici servizi, avrebbero, dovuto essere individuate «con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, adottato su proposta del Ministro del tesoro, d’intesa con i Ministri del bilancio e della programmazione economica e dell’industria, del commercio e dell’artigianato, nonché con i Ministri competenti per settore, previa comunicazione alle competenti commissioni parlamentari», quelle nei cui statuti, «prima di ogni atto idoneo a determinarne la perdita del controllo», avrebbe dovuto essere introdotta, con deliberazione dell’assemblea straordinaria, una clausola attributiva al Ministro del tesoro della titolarità di uno o più dei “poteri speciali” previsti: “gradimento” per l’assunzione di partecipazioni rilevanti, “gradimento” alla conclusione di patti o accordi relativi all’esercizio del diritto di voto o all’acquisto o trasferimento di azioni, nel caso in cui vi fosse stata rappresentata almeno la ventesima parte del capitale sociale costituito da azioni con diritto di voto nell’assemblea ordinaria (...); “veto” all’adozione delle delibere di scioglimento della società, di trasferimento dell’azienda, di fusione, di scissione, di trasferimento della sede sociale all’estero, di cambiamento dell’oggetto sociale, di modifica dello statuto, idonee a sopprimere o modificare i predetti poteri; «nomina» di «almeno un amministratore o di un

numero di amministratori non superiore ad un quarto dei membri del consiglio e di un sindaco».

Si tratta del riconoscimento, nell'atto organizzativo fondamentale delle s.p.a., di poteri "esorbitanti" e derogatori rispetto al diritto societario comune in favore dell'ente pubblico azionista, in realtà non formalmente incorporati in alcun titolo⁴⁷.

Nei Trattati europei si trova, tuttavia, enunciata, oltre il principio della "neutralità" dell'ordinamento sovranazionale rispetto alla titolarità del capitale delle imprese, potendo legittimamente operare nel mercato sia imprese private che pubbliche⁴⁸, la regola della "parità" tra le medesime⁴⁹ con obbligo per gli Stati di riduzione dei "regimi speciali", diffusi nei diversi ordinamenti, recanti regole di privilegio in favore dello "Stato - imprenditore" e dello "Stato - azionista"⁵⁰.

A tale stregua, le istituzioni europee hanno censurato *golden shares*, e "poteri speciali", ritenuti idonei a infrangere le "regole auree" del mercato unico, le libertà economiche enunciate dai Trattati: in particolare "il diritto di stabilimento" e la "libera

⁴⁷ Cfr. P. LAZZARA, *Libera circolazione dei capitali e "golden share"*, in *Foro amm. CdS*, 2002, 1607 ss

⁴⁸ Cfr. l'art. 345 TFUE (ex articolo 295 del TCE), secondo cui, appunto: "i trattati lasciano del tutto del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri".

⁴⁹ Cfr. anche l'art. 106 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (ex articolo 86 del TCE) e, per gli enti creditizi, gli artt. 123, 124.

⁵⁰ Cfr. anche dir. CE n. 2006/111, del 16 novembre 2006 "relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche e alla trasparenza finanziaria all'interno di talune imprese", che sostituisce, la dir. CE. n. 723/80, già più volte modificata. Il 5° "considerando" enuncia: "in virtù del trattato, la Commissione ha il dovere di accertarsi che gli Stati membri non concedano alle imprese, sia pubbliche che private, aiuti incompatibili con il mercato comune".

circolazione dei capitali”⁵¹. Si è pertanto ravvisata la contrarietà ai suddetti principi del “mercato unico”, dei particolari poteri consistenti in potestà autorizzatorie e di consenso preventivo rispetto ad alcune operazioni riguardanti la vita della società privatizzata e la relativa gestione, riservate alle “pubbliche autorità” (anche attraverso l’intermediazione di enti strumentali); ora perché finalizzati alla tutela d’interessi non conformi alle deroghe ammesse dallo stesso Trattato, ora perché ancorate a presupposti solo genericamente indicati e sproporzionati rispetto agli obiettivi perseguiti⁵². Tali considerazioni sono state dunque estese altresì ai poteri di veto e di opposizione⁵³, sebbene considerati meno pervasivi rispetto a quelli esercitabili *ex ante*.

⁵¹ Cfr. anzitutto l’art. 26 del testo consolidato del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea (ex articolo 14 del TCE), e l’art. 63, co. 1, del Trattato (ex articolo 56 del TCE). Nella prima libertà rientra, secondo un’interpretazione consolidata, la capacità di un cittadino di uno Stato membro di acquisire quote di capitale di società stabilita in altro Stato membro in misura tale da “conferirgli una sicura influenza sulle decisioni” della medesima e “da consentirgli di indirizzarne l’attività”; la seconda, comprende la facoltà di operare “investimenti diretti” idonei a riflettersi in una “partecipazione” effettiva “alla gestione dell’impresa o al suo controllo”. Cfr. per tutte: Corte Giust. CE, Sez. I, 10 novembre 2011 n. 212, C-212-09, Com. Eu. C. Rep. Portoghese, in www.eur-lex.europa.eu. Tali libertà, sono per il diritto europeo sacrificabili solo in ragione di “interessi fondamentali” e attraverso misure idonee, proporzionate e non discriminatorie. Cfr. art. 65 del TFUE (ex articolo 58 del TCE), che riconosce il diritto degli Stati membri: (...) di prendere tutte le misure necessarie per impedire le violazioni della legislazione e delle regolamentazioni nazionali (...), o di stabilire procedure per la dichiarazione dei movimenti di capitali a scopo di informazione amministrativa o statistica, o di adottare misure giustificate da motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza, ammettendosi altresì “restrizioni in materia di diritto di stabilimento compatibili con i trattati”, purché non consistenti in dissimulate discriminazioni. In questo senso: Corte Giust. CE, 13 maggio 2003 n. 98, C-98/01, Com. C. Regno Unito di Gran Bretagna, in www.eur-lex.europa.eu, Corte Giust. CE, 28 settembre 2006 n. 282, C-282/04 e C-283/04, Com. C. Paesi Bassi, in www.eur-lex.europa.eu, caso in cui si rileva l’assenza di ogni condizione che giustifichi l’esercizio dei “diritti speciali”.

⁵² Ex multis: Corte Giust. CE, Sez. I, 8 luglio 2010 n. 171, C-171/08, Com. Ce C. Rep. Portogh., in www.eur-lex.europa.eu.

⁵³ Cfr., ad es., Corte Giust. CE, Sez. III, 26 marzo 2009 n. 326, C-326/07, *Comm. Ce C. Rep. it.*, in www.eur-lex.europa.eu, v. già Corte Giust. CE, 23 maggio 2000, C-58/99, *Com. Ce C. Rep. It, ibidem*. Cfr. ancora, ad es., Corte Giust. CE, Sez. I, 11 novembre 2010 n. 543, *Com. Ce C. Rep. Portogh.*, in www.eur-lex.europa.eu, sulla

D'altra parte, sembra indifferente che tali "poteri" trovino espressione in clausole statutarie⁵⁴. Rileva unicamente la "specialità" della posizione dell'azionista pubblico rispetto al diritto comune, idonea a dissuadere imprenditori e investitori dall'acquisire partecipazione d'influenza o "di portafoglio"⁵⁵.

La previsione di cui alla L. n. 448/1999 (legge finanziaria per il 2000), che pur aveva, con differenza rispetto alle originarie norme, subordinato l'inserimento dei suddetti poteri negli statuti, "in forma e misura idonee e proporzionali", alla necessità di tutela di "rilevanti e imprescindibili motivi di interesse pubblico, riguardanti essenzialmente la "sicurezza pubblica", la "sanità pubblica", la "difesa", non ha impedito la condanna della Corte di Giustizia, poiché tardiva rispetto al termine assegnato per far venir meno il contestato inadempimento⁵⁶. Si è censurato, dunque, il menzionato, d.l. n. 332/1994 perché i poteri speciali ivi previsti erano giudicati appunto idonei a conferire allo Stato italiano un "potenziale potere di discriminazione" utilizzabile "in modo arbitrario".

La disciplina è stata quindi modificata dall'art. 4, co. 228 della L. n. 24 dicembre 2003, n. 350 (legge finanziaria per il 2004). I "poteri speciali" di "gradimento" sono stati sostanzialmente trasformati in poteri di "opposizione" *ex post*; il "veto" avrebbe dovuto essere "debitamente motivato in relazione al concreto pregiudizio arrecato agli interessi vitali dello Stato", la "nomina" avrebbe potuto riguardare solo un amministratore senza

società Electricidade de Portugal SA. Cfr. T. AJELLO, *Le golden shares nell'ordinamento comunitario: certezza del diritto, tutela dell'affidamento degli investitori e "pregiudiziale" nei confronti dei soggetti pubblici*, in *Dir. unione eur.*, 2007, 4, 815 ss.

⁵⁴ *Ex multis*: Corte Giust. CE, Sez. I, 10 novembre 2011 n. 212, C-212/09, *Com. Eu. C., Rep. Portogh.*, in *eur-lex.europa.eu*.

⁵⁵ Particolarmente significativa è la pronuncia Corte Giust. CE, 13 maggio 2003 n. 98, C-98/01, in *www.eur-lex.europa.eu*, nella causa Commissione c. Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord.

⁵⁶ Corte Giust. CE, 23 maggio 2000 n. 58 C-58/99, in *Giur. it.*, 2000, 1657.

diritto di voto. Il d.p.c.m. 10.6.2004, condizionava, poi, l'esercizio dei medesimi a "gravi ed effettivi pericoli" di pregiudizio di beni essenziali, quali la sicurezza negli approvvigionamenti energetici, gli obblighi di servizio pubblico, la sicurezza di reti e impianti, la difesa nazionale e la sicurezza militare.

Nemmeno tali rettifiche sono apparse alle istituzioni sovranazionali tali da far ritenere superati i profili di contrasto con l'ordinamento europeo. La Commissione avviava così, nel 2009, una nuova procedura d'infrazione (n. 2009/2255), a seguito della quale l'art. 3, co. 2, del d.l. 15 marzo 2012, n. 21, conv. in L. 11 maggio 2012, n. 56, ha, infine, disposto la cessazione di efficacia delle predette norme dalla data di entrata in vigore dei nuovi decreti del presidente del Consiglio dei Ministri, ai quali è demandato di individuare le imprese necessitanti i "poteri speciali" (art. 1 d.l. cit.).

Tali decreti sono oggi chiamati a identificare *"le attività di rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale, ivi incluse le attività strategiche chiave", in relazione alle quali (...) possono essere esercitate le seguenti attribuzioni, subordinatamente alla ricorrenza di una "minaccia (effettiva) di grave pregiudizio per gli interessi essenziali della difesa e della sicurezza nazionale"*: "a) imposizione di specifiche condizioni relative alla sicurezza degli approvvigionamenti, alla sicurezza delle informazioni, ai trasferimenti tecnologici, al controllo delle esportazioni nel caso di acquisto, a qualsiasi titolo, di partecipazioni in imprese che svolgono attività di *rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale*"; "b) veto all'adozione di delibere dell'assemblea o degli organi di amministrazione dell'impresa, aventi ad oggetto la fusione o la scissione della società, il trasferimento dell'azienda o di rami di essa o di società controllate, il trasferimento all'estero della sede sociale, il mutamento dell'oggetto sociale, lo scioglimento della società, la modifica di clausole statutarie eventualmente adottate ai sensi dell'articolo 2351, terzo comma, del codice civile ovvero introdotte ai sensi dell'articolo 3, comma 1, del decreto-legge 31 maggio 1994, n. 332" e s.m., "le cessioni di diritti reali o di utilizzo relative a beni materiali o immateriali o l'assunzione di vincoli che ne condizionino l'impiego"; c) opposizione all'acquisto, a qualsiasi titolo, di partecipazioni da parte di un soggetto diverso dallo Stato italiano, enti pubblici italiani o soggetti da questi controllati, "qualora l'acquirente venga a detenere, direttamente o indirettamente, anche

attraverso acquisizioni successive, per interposta persona o tramite soggetti altrimenti collegati, un livello della partecipazione al capitale con diritto di voto in grado di compromettere nel caso specifico *gli interessi della difesa e della sicurezza nazionale*” (...).⁵⁷

Con ciò sembrano in effetti venute meno le distonie del nostro sistema rispetto ai vincoli dell’ordinamento europeo, che tollera deroghe limitatissime al diritto societario comune, purché ancorate appunto a “circostanze specifiche e obiettive” quale la “minaccia effettiva e sufficientemente grave ad uno degli interessi fondamentali della collettività”.⁵⁸ Eppure, mentre si attenua fortemente la specialità di alcune imprese pubbliche rispetto al diritto societario comune, sembra contestualmente emergere la non “transitorietà” delle esigenze che giustificano la presenza di alcuni, limitati poteri “speciali” in capo allo Stato, in quanto strettamente connessi alle sue prerogative sovrane.

Quanto alla natura giuridica dei suddetti “poteri speciali” e degli atti in cui i medesimi si esprimono, nonostante alcune posizioni di segno contrario, sembra oggi

⁵⁷ Per l’attuazione di tali previsioni, v. d.p.c.m. 30 Novembre 2012 n. 253 “Regolamento recante individuazione delle attività di rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale, a norma del decreto-legge 15 marzo 2012, n. 21, convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 11 maggio 2012, n. 56”.

⁵⁸ Potrebbero rientrare tra le finalità “consentite”, integranti “motivi di pubblica sicurezza”, ad es., l’esigenza di garantire la sicurezza della disponibilità della rete di energia e di approvvigionamenti petroliferi, o della rete di telecomunicazioni “in caso di crisi, di guerra o di terrorismo”. *Ex multis*: Corte Giust. CE, 14 marzo 2000, C-54/99, *Association Eglise de Scientologie de Paris e altro C. Rep. Francia*, su www.eur-lex.europa.eu, Id., 4 giugno 2002 n. 483, C-483/99, *Com. Ce C. Rep. Franc.*, ivi, Id., Sez. III, 26 marzo 2009 n. 326, C-326/07, *Com. Ce C. Rep. it., cit. e cfr. Comunicazione della Commissione relativa ad alcuni aspetti giuridici attinenti agli investimenti intracomunitari* (97/C 220/06), in G.U. CE n. C 220, 19 luglio 1997. Non potrebbero, invece, certamente giustificare restrizioni, ad es., la necessità di “evitare un’eventuale perturbazione al mercato dei capitali” e di salvaguardare le condizioni della “concorrenza”: Id., 4 giugno 2002 n. 367, C-367/98, *Com. Ce C. Rep. Portogh.*, ivi, Corte Giust. CE, Sez. I, 8 luglio 2010 n. 171, C-171/08, *Com. Ce C. Rep. Portogh.*, in www.eur-lex.europa.eu.

pacifico che la stessa sia pubblicistica⁵⁹, con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo⁶⁰.

D'altra parte ogni problema di giurisdizione appare oggi risolto a monte dal legislatore, laddove ha deferito le relative controversie alla giurisdizione esclusiva del G.A.

L'art. 3, del d.l. n. 21/2012 ha, infatti, anche dettato norme processuali che integrano e modificano il d.lgs. 2 luglio 2010 n. 104 (Codice del processo amministrativo), finalizzate appunto a estendere la giurisdizione esclusiva del G.A. alle controversie relative all'esercizio dei poteri speciali inerenti alle attività di rilevanza strategica nei settori della difesa e della sicurezza nazionale e nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni⁶¹; - estendere la competenza funzionale inderogabile del Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sede di Roma alle controversie relative all'esercizio dei poteri speciali sopra descritti⁶²; - applicare il rito abbreviato ex art. 119 c.p.a. a provvedimenti adottati nell'esercizio dei suddetti poteri speciali⁶³.

⁵⁹ V. anche le considerazioni espresse dalla Corte europea: Corte Giust. CE, 13 maggio 2003 n. 98, C-98/01, in www.eur-lex.europa.eu.

⁶⁰ Cfr. Cons. St., ad. plen., 3 giugno 2011 n. 10, in *Foro amm.* – CdS, 2011, 6, 1842, e v. Corte cost., 10 febbraio 1997 n. 29, in *Giur. cost.*, 1997, 233.

⁶¹ Cfr. il nuovo art. 133 c.p.a., co. z *quinquies*.

⁶² Cfr. il nuovo art. 135 c.p.a.

⁶³ Cfr. il nuovo art. 119 c.p.a.

5. I “POTERI RISERVATI” DI NOMINA E REVOCA DEI MEMBRI DEGLI ORGANI SOCIALI SECONDO LE DISPOSIZIONI DEL CODICE CIVILE, E LA C.D. “POISON PILL”.

Il sistema di regolazione delle società a partecipazione statale in generale, è da sempre oggetto di dibattito nell’ordinamento italiano, benché l’iniziale scelta del nostro legislatore sia apparsa chiaramente quella di non dettare, per esse prescrizioni particolari, essendo sottoposte, secondo il codice civile, allo stesso trattamento delle s.p.a. private, di diritto comune, ivi compresa l’esposizione a fallimento⁶⁴. Il che sembrava indicare una precisa scelta nel senso di voler preservare l’identità della s.p.a. come ente squisitamente privatistico, anche ove “in mano pubblica”, limitando al massimo le particolarità di disciplina.

Tale ricostruzione era poi facilitata, nella lunga fase del “sistema delle partecipazioni statali” dall’atteggiarsi dell’azionariato pubblico in termini di partecipazioni detenute da enti pubblici con vocazione economica e non direttamente dallo Stato attraverso un proprio Ministero, per cui i poteri pubblicistici di indirizzo erano diretti, in linea di principio, agli enti di gestione, e configurati come obiettivi di “risultato”, mentre le *holdings* pubbliche potevano esercitare la propria influenza sulle società partecipate unicamente secondo i comuni meccanismi del diritto societario.

Si conosceva, tuttavia, già nell’originaria versione del c.c., e a prescindere dalle sopra menzionate norme emergenti dai fenomeni di privatizzazione, una regolazione in parte derogatoria rispetto alla disciplina societaria generale in materia di nomina extrassembleare dei membri degli organi sociali. L’art. 2458 c.c. disponeva che quando lo Stato o gli altri enti pubblici avessero partecipazioni in una s.p.a., lo statuto avrebbe potuto ad essi conferire la facoltà di nominare uno o più amministratori o sindaci, revocabili solo dagli stessi enti che li avevano nominati, avendo, comunque, gli stessi diritti e obblighi di

⁶⁴ L’art. 2221 del codice civile sottrae invero a fallimento gli “enti pubblici”, e non le società a partecipazione pubblica.

quelli nominati dall'assemblea⁶⁵. Peraltro, simile previsione poteva riguardare anche società prive di partecipazione azionaria pubblica (art. 2459 c.c.).

Ancora di maggiore impatto ai fini delle possibili deroghe al diritto comune, appariva, poi, il riconoscimento di "società d'interesse nazionale" (art. 2461 c.c.), per le quali si disponeva l'applicabilità della disciplina generale della s.p.a. "compatibilmente con le leggi speciali che stabiliscono per tali società una particolare disciplina circa la gestione sociale, la trasferibilità delle azioni, il diritto di voto e la nomina di amministratori e sindaci e dei dirigenti". Si ammetteva così, l'esistenza di società, appunto, "di diritto speciale", peraltro affiancate, nella concreta esperienza di diritto positivo, dalle, già ricordate, numerose società "di diritto singolare".

Secondo una parte del pensiero giuridico, la nomina extrassembleare degli amministratori e sindaci da parte dello Stato, secondo le ricordate previsioni codicistiche, si sarebbe tradotta nell'esercizio di poteri di diritto privato⁶⁶. Altri, viceversa, declinavano i medesimi in senso pubblicistico, riconoscendo all'atto di nomina (e a quello di revoca) la natura di provvedimento amministrativo⁶⁷. Qualcuno, infine, distingueva tra i casi di società

⁶⁵ L'art. 2460 del c.c. disponeva, che quando uno o più sindaci sono nominati dallo Stato, il presidente del collegio sindacale dovesse essere scelto tra uno di essi.

⁶⁶ Cfr. R. URSI, *Riflessioni sulla governance delle società in mano pubblica*, in *Dir. amm.*, 2004, 747 ss., A. MALTONI, M. PALMIERI, *I poteri di nomina e revoca in via diretta degli enti pubblici nelle società per azioni ex art. 2449 c.c.*; in *Dir. amm.*, 2009, 2, 267 ss. Parla di "diritto privato speciale", da ultimo: V. DONATIVI, *La nomina pubblica alle cariche sociali*, cit., 243.

⁶⁷ F. A. ROVERSI MONACO, *Revoca e responsabilità dell'amministratore nominato dallo Stato*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, I, 258 ss., G. VERUCCI, *La revoca dell'amministratore nominato dallo Stato o da enti pubblici*, in *Riv. dir. comm.*, 1965, II, 35 ss. In giurisprudenza, cfr., ad es. Cass. 15 luglio 1982 n. 4139 in *Giur. comm.*, 1983, II, 509.

partecipata dallo Stato e di società priva di partecipazione pubblica, ravvisando la natura pubblicistica dei suddetti atti solo nel secondo caso⁶⁸.

La giurisprudenza avrebbe in prevalenza negato natura provvedimentale agli atti “esterni” di nomina e revoca dei membri degli organi sociali da parte dello Stato ai sensi delle norme in esame, inquadrandosi la suddetta disciplina nella categoria del “diritto privato speciale della P.A.”, con ogni conseguenza in termini di giurisdizione⁶⁹. Si afferma che la società per azioni con partecipazione pubblica non muta per ciò solo la sua natura di soggetto di diritto privato; il rapporto tra società ed ente pubblico è inteso come «di assoluta autonomia», nella misura in cui è inibito a quest’ultimo incidere unilateralmente sulle vicende societarie esercitando poteri autoritativi potendo operare esclusivamente con

⁶⁸ A. SCOGNAMIGLIO, *Sulla revoca dell'amministratore nominato dallo Stato o da enti pubblici ex art. 2458 c.c.*, cit.

⁶⁹ Per la distinzione tra “norme di relazione” che regolano i rapporti tra tutti i soggetti dell’ordinamento e “norme di azione” che disciplinano l’esercizio dei poteri della P.A. (o, secondo diversa nomenclatura, a protezione di interessi legittimi) ai fini del riparto della giurisdizione tra Giudice ordinario e giudice amministrativo, cfr., Cass. Sez. Un. 4 luglio 1949 n. 1657, est. Ferrara, in *Foro it.*, 1949, I, c. 926 ss. Per l’accoglimento dell’idea dei due diversi ordini di norme riferite all’amministrazione, ancora, ex multis: Cass. Sez. Un., 8 maggio 1980 n. 3024, in *Riv. giur. ed.*, 1980, I, 544, Cass. Sez. Un., 11 aprile 1981 n. 2113, in *Giust. civ.*, 1981, I, 2008, Cass. Sez. Un., 4 marzo 1983 n. 1622, in *Rass. avv. Stato*, 1983, I, 315, Cass., Sez. Un., 11 luglio 1984 n. 4056, in *Giust. civ. Mass.*, 1984, fasc. 7, Cass. Sez. Un., 6 ottobre 1988 n. 5395, in *Giust. civ. Mass.*, 1988, fasc. 10, Cass. Sez. Un., 3 aprile 1989 n. 1590, in *Foro it.*, 1989, I, 3145, Cass. Sez. Un., 10 aprile 1992 n. 4411, in *Foro it.*, 1992, I, 2671, Cass. Sez. Un., 11 novembre 1994 n. 9418, in *Giust. civ. Mass.*, 1994, fasc. 11, Cons. St., sez. IV, 5 ottobre 2004 n. 6489, in *Foro it.*, 2006, 4, III, 201, TAR Roma, Lazio, sez. I, 24 aprile 2007 n. 3623, in *Foro amm. TAR*, 2007, 4, 1340, Cons. St., sez. VI, 8 settembre 2009 n. 5266, in *Foro amm. CdS*, 2009, 9, 2080, Cons. St., ad. plen., 24 maggio 2007 n. 8, in *Foro amm. CdS*, 2007, 5, Cons. St., ad. plen., 22 ottobre 2007 n. 12, su www.giustizia-amministrativa.it, Cons. St., sez. IV, 24 febbraio 2011 n. 1239, Ibidem. Cfr., sul tradizionale riparto della giurisdizione basato sulla situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio diritto soggettivo – giurisdizione ordinaria/potere della PA- giurisdizione amministrativa, con l’importante deroga della giurisdizione esclusiva del G.A., per tutti: ALB. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975, ID., *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa dopo la legge n.205 del 2000* (Epitaffio per un sistema), in *Dir. proc. amm.*, 2001,

gli strumenti previsti dal diritto societario, attraverso i membri di nomina pubblica presenti negli organi della società⁷⁰. Si intende il potere di nomina degli amministratori di società mista a capitale pubblico maggioritario attribuito agli enti pubblici nella loro semplice qualità di soci; di qui il riconoscimento della giurisdizione del giudice ordinario sulle controversie relative ai suddetti atti di nomina o di revoca⁷¹.

Le censure delle istituzioni europee ai regimi speciali in favore dello Stato e degli enti pubblici, non hanno, in realtà, risparmiato neanche i generali poteri “riservati” di nomina di membri degli organi sociali, anzitutto degli amministratori, quali quelli da noi disciplinati dalle menzionate norme del codice civile, manifestandosi anch’essi, per quanto dall’incidenza apparentemente più limitata rispetto alla *golden share*, restrizioni alle libertà economiche e deviazioni dal principio, presente anche nelle discipline europee di armonizzazione del diritto delle società, della “parità di trattamento degli azionisti”⁷².

Non è risultato influente che previsioni simili fossero inserite nella disciplina del diritto societario, essendo volte ad attribuire poteri o diritti non riconoscibili ai comuni

⁷⁰ Cass., Sez. Un., 15 aprile 2005, n. 7799, in *Foro it.*, 2005, I, 2726.

⁷¹ Cfr., ad es., Cons. St., Sez. V, 13 giugno 2003, n. 3346, in *Foro amm.* - CdS, 2003, 1894.

⁷² Cfr. art. 42 della seconda direttiva CEE di armonizzazione del diritto societario n. 77/91; stante la previsione di diverse categorie di azioni, tuttavia, il principio si traduce nella “parità di trattamento” degli azionisti titolari della stessa categoria. Cfr. G. OPPO, *Diritto delle società e attuazione della 2a direttiva CEE. Il decreto di attuazione in Italia. Rilievi sistematici*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, I, 565 ss., ora in *Scritti giuridici, II, Diritto delle società*, Padova, 1992, 440 ss., e v. F. SANTONASTASO, *Dalla “golden share” alla “poison pill”: evoluzione o involuzione del sistema? Da una prima lettura del 381°- 384° comma dell’art. 1 l. 23 dicembre 2005 n. 266*, in *Giur. comm.*, 2006, 3, 383 ss., F. GOISIS, *La natura delle società a partecipazione pubblica tra interventi della Corte europea di giustizia e del legislatore nazionale*, in “poison pill”: *evoluzione o involuzione del sistema? Da una prima lettura del 381°- 384° comma dell’art. 1 l. 23 dicembre 2005 n. 266*, in *Giur. comm.*, 2006, 3, 383 ss., F. GOISIS, *La natura delle società a partecipazione pubblica tra interventi della Corte europea di giustizia e del legislatore nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, 1, 396.

azionisti; né che trovassero diretto fondamento in clausole statutarie, stante la difficoltà di modificarle e la possibilità per lo Stato e gli altri enti pubblici di conservare comunque, attraverso le stesse, “legami economici durevoli e diretti” con l’impresa stessa. La Corte di Giust. CE, con pronuncia della Sez. I, del 6 dicembre 2007⁷³, ha quindi censurato la disciplina italiana anche laddove consentiva appunto poteri di nomina “diretta” ai sensi dell’art. 2449 c.c. svincolati dall’entità dalla partecipazione al capitale, che avrebbero consentito allo Stato (e agli altri enti pubblici) di partecipare al consiglio di amministrazione «con maggior rilievo rispetto a quanto sarebbe ad esso normalmente concesso nella sua qualità di azionista». A tal fine, si è considerato l’art. 2449 sia *ex se*, sia cumulato con i poteri ancora spettanti all’ente pubblico ai sensi del d.l. n. 332/1994, in contrasto con l’art. 56 TCE. Si osservava come, sebbene tale diritto di “nomina riservata” non fosse “immutabile” una volta inserito nello statuto, potendo essere rimosso attraverso una modificazione di quest’ultimo, l’ente pubblico godeva, in ogni caso, di una “protezione relativamente intensa”, potendo “trarre profitto dalla garanzia di continuità di cui beneficia lo statuto della società per azioni”, emendabile solo attraverso la delibera di una “maggioranza qualificata” degli azionisti⁷⁴.

Tali considerazioni riguardano, a ben vedere, essenzialmente società miste, svolgenti, almeno nella loro attitudine astratta, attività d’impresa. Sono queste figure,

⁷³ C-463/04 e C-464/04, *Ass. azionariato diffuso Soc. AEM C. Com. Milano*, in www.eur-lex.europa.eu, relativa alla società AEM del comune di Milano, operante nel settore dei servizi pubblici di distribuzione del gas e dell’energia elettrica.

⁷⁴ Così, per poter mutare lo statuto, sarebbe occorso, per l’operatore privato, un “investimento ben al di là” di quello che, diversamente e secondo la comune disciplina del diritto societario, gli avrebbe consentito di partecipare, in modo influente, alla società interessata. Cfr. ad es., *ex multis*: Corte Giust. CE, Sez. I, 11 novembre 2010 n. 543, C-543/08, *Com. Ce C. Rep. Portogh.*, in www.eur-lex.europa.eu, sulla società Electricidade de Portugal SA, e Id., 10 novembre 2011, C-212/09, *Com. Eu C. Rep. Portogh.*, *Ibidem*.

invero, che necessitano di una “parificazione” con gli enti squisitamente privati in nome dell’ossequio dei principi europei e “globali” a tutela del mercato⁷⁵.

L’esperienza della *golden share* e dei poteri speciali, soprattutto nelle società derivanti dalle privatizzazioni, ha rappresentato, dunque, un’occasione per l’uniformazione del nostro “diritto privato delle società”, inteso come comprensivo della disciplina delle “società - impresa” in mano pubblica. Mentre l’art. 2450, che riportava dopo la riforma del diritto societario⁷⁶ il vecchio art. 2459, è stato abrogato⁷⁷, l’art. 2449 del codice civile, che riproduceva integralmente il testo del vecchio articolo 2458 c.c.⁷⁸, è stato, quindi, anch’esso, come la disciplina dei poteri inseribili negli statuti di alcune società privatizzate, riscritto. Il medesimo, nella formulazione derivante dalle modifiche apportate dall’art. 13, co. 1 della l. 25 febbraio 2008 n. 34, distingue, peraltro, secondo quello che sarebbe divenuto un *leitmotiv* della normativa delle società pubbliche negli ultimi anni, tra “s.p.a. non quotate” e “s.p.a. quotate in mercati regolamentati”. Per le prime si rende il diritto di nomina proporzionale alla quota del capitale posseduta; per le seconde si ha una più netto avvicinamento alla disciplina societaria generale⁷⁹. Non ogni dubbio circa l’idoneità di tale

⁷⁵ Per una chiara distinzione, a questi fini, tra società totalmente pubbliche, deputate allo svolgimento di compiti pubblici, e società miste, v. *OECD, Accountability and Transparency. A Guide for State Ownership*, 2010, in partic. p. 12 e 24.

⁷⁶ D.lgs. n. 6 del 17 gennaio 2003 in attuazione della legge delega 3 ottobre 2001, n. 366.

⁷⁷ A seguito della procedura d’infrazione avviata verso l’Italia (n. 2006/2014) (n. 2006/2014) per violazione degli artt. 56 e 43 del trattato dall’art. 3 del d.l. 15 febbraio 2007, n. 10 (Disposizioni volte a dare attuazione agli obblighi comunitari e internazionali), conv., con modif., in L. 6 aprile 2007, n. 46, con effetto a decorrere dal 16 febbraio 2007.

⁷⁸ Veniva tuttavia aggiunto al testo previgente un quarto comma, in cui si enunciava: “Sono salve le disposizioni delle leggi speciali”.

⁷⁹ Per le prime, si enuncia: “1. Se lo Stato o gli enti pubblici hanno partecipazioni in una società per azioni che non fa ricorso al mercato del capitale di rischio, lo statuto può ad essi conferire la facoltà di nominare un numero

quadro normativo a realizzare l'effettiva "parità" tra azionista pubblico e privato, appare con ciò fugato. Con particolare riguardo alle società non quotate, non si manca invero di rilevare come l'attuale art. 2449 c.c. rendendo appunto il diritto di nomina, e non il semplice diritto di voto, proporzionale alla partecipazione, riserverebbe tuttora al socio pubblico un "potere superiore a quello normalmente esercitabile in assemblea"⁸⁰.

Una disciplina "transitoria" è stata poi introdotta dai commi 381-382 dell'art. 1 della L. 23 dicembre 2005 (legge finanziaria per il 2006), secondo cui per favorire i processi di privatizzazione e la diffusione dell'investimento azionario, gli statuti delle società nelle quali lo Stato detiene una partecipazione rilevante possono prevedere l'emissione di *strumenti finanziari partecipativi*, ai sensi dell'art. 2346, sesto comma, c.c., ovvero *creare categorie di azioni*, ai sensi dell'art. 2348 del codice civile, «anche a seguito di conversione di parte delle azioni esistenti, che attribuiscono all'assemblea speciale dei relativi titolari il diritto di richiedere l'emissione, a favore dei medesimi, di nuove azioni, anche al valore nominale, o di nuovi strumenti finanziari partecipativi muniti di diritti di

di amministratori e sindaci, ovvero componenti del consiglio di sorveglianza, proporzionale alla partecipazione al capitale sociale. 2. Gli amministratori e i sindaci o i componenti del consiglio di sorveglianza nominati a norma del primo comma possono essere revocati soltanto dagli enti che li hanno nominati. Essi hanno i diritti e gli obblighi dei membri nominati dall'assemblea. Gli amministratori non possono essere nominati per un periodo superiore a tre esercizi e scadono alla data dell'assemblea convocata per l'approvazione del bilancio relativo all'ultimo esercizio della loro carica. 3. I sindaci, ovvero i componenti del consiglio di sorveglianza, restano in carica per tre esercizi e scadono alla data dell'assemblea convocata per l'approvazione del bilancio relativo al terzo esercizio della loro carica". Alle società che fanno ricorso al capitale di rischio si applica il diritto societario comune, ma il consiglio di amministrazione "può altresì proporre all'assemblea, che delibera con le maggioranze previste per l'assemblea ordinaria, che i diritti amministrativi previsti dallo statuto a favore dello Stato o degli enti pubblici siano rappresentati da una particolare categoria di azioni. A tal fine, è in ogni caso necessario il consenso dello Stato o dell'ente pubblico a favore del quale i diritti amministrativi sono previsti".

⁸⁰ Cfr. ad es. C. IBBA, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 6 ss. Per articolate considerazioni sulla portata applicativa dell'attuale art. 2449, anche alla luce del diritto europeo: A. MALTONI, M. PALMIERI, *I poteri di nomina e di revoca in via diretta degli enti pubblici nelle società per azioni ex art. 2449 c.c.*, cit.

voto nell'assemblea ordinaria e straordinaria, nella misura determinata dallo statuto, anche in relazione alla quota di capitale detenuta all'atto dell'attribuzione del diritto».⁸¹

Si parla, in proposito, di *poison pills* e di norme che, sia pur in nome della tutela di fondamentali interessi nazionali, si manifesterebbero espressione di una persistente "opacità", potenzialmente in contraddizione con l'"interesse generale europeo".⁸²

Diverso è il discorso laddove la società partecipata assuma più marcatamente tratti pubblicistici, fino ad assumere natura di "ente pubblico strumentale"⁸³, laddove, come anticipato, nel diritto positivo compaiono frequenti disposizioni di deroga, in materia di nomina degli organi sociali, rispetto al diritto societario comune, tali da assumere il rilievo

⁸¹ Si aggiunge: «Gli strumenti finanziari e le azioni che attribuiscono i diritti qui previsti possono essere emessi a titolo gratuito a favore di tutti gli azionisti ovvero, a pagamento, a favore di uno o più azionisti, individuati anche in base all'ammontare della partecipazione detenuta (...). I medesimi, poi, godono di un diritto limitato di partecipazione agli utili o alla suddivisione dell'attivo residuo in sede di liquidazione e la relativa emissione può essere fatta in deroga all'articolo 2441 c.c.». Si dispone, inoltre, che «Le deliberazioni dell'assemblea che creano le categorie di azioni o di strumenti finanziari di cui al comma 381, nonché quelle di cui al comma 384, non danno diritto al recesso».

⁸² Cfr. F. SANTONASTASO, *Dalla "golden share" alla "poison pill": evoluzione o involuzione del sistema? Da una prima lettura del 381°-384° comma dell'art. 1 l. 23 dicembre 2005, n. 266*, in *Giur. comm.*, 2006, 3, 383 ss., con riferimento a G. ROSSI, *Capitalismo opaco*, Bari-Roma, Laterza, 2005, in particolare 35 ss. Per alcuni rilievi critici, v. anche S. VANONI, *Le società miste quotate in mercati regolamentati (dalla "golden share" ai fondi sovrani*, in AA. VV., *Le società "pubbliche"* (a cura di C. Ibba, M. C. Malaguti, A. Mazzoni), cit., 187 ss. Cfr. ancora I. DEMURO, *L'incompatibilità con il diritto comunitario nella nomina diretta ex art. 2449 c.c.*, in *Giur. comm.*, 2008, II, 581 ss., F. GHEZZI, M. VENTORUZZO, *La nuova disciplina delle partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici nel capital delle società per azioni*, in *Riv. soc.*, 2008, 703 ss., C. PECORARO, *Privatizzazione dei diritti speciali e dell'ente pubblico nelle s.p.a.: il nuovo art. 2449 c.c.*, in *Riv. soc.*, 2009, 947 ss.

⁸³ Per tale riconoscimento, ci si limita a richiamare la già ricordata pronuncia Corte cost. 19 dicembre 2003 n. 363, cit., in materia di "organizzazione dello Stato", relativa a Italia Lavoro s.p.a.

di “indici” di pubblicità del soggetto, più che d’illegittime deviazioni dall’ordinamento generale⁸⁴.

Attenta dottrina osserva, invero, in proposito, come l’analisi e l’interpretazione delle norme sulla nomina e sulla revoca non possano essere oggi condotte in via astratta, stante la multiformità delle società pubbliche, riconducibili a modelli differenziati. L’esame deve essere operato guardando in primo luogo se l’“interesse pubblico” sia stato introdotto nello schema societario, potendo le suesposte conclusioni essere appunto ribaltate con riguardo alle società nelle quali al socio pubblico sia appunto consentito perseguire “direttamente” le proprie finalità istituzionali⁸⁵.

Così anche in giurisprudenza ormai si riconosce che nelle società sostanzialmente pubbliche e deputate al perseguimento di scopi d’interesse generale, nonché usualmente disegnate secondo uno schema organizzativo che le pone in rapporto di strumentalità rispetto ad un’amministrazione territoriale, che si esprime in primo luogo attraverso sistemi di nomina dei membri degli organi sociali (in cui è palese che la PA “nominante” interviene come “autorità” e non come semplice socio), l’atto di nomina, così come quello di revoca, assumono natura di provvedimenti amministrativi con conseguente giurisdizione del “giudice naturale” del corretto esercizio della pubblica funzione, ovvero del giudice amministrativo⁸⁶.

⁸⁴ V. supra, § 3.

⁸⁵ Cfr. M. CAMMELLI - M. DUGATO, *Lo studio delle società a partecipazione pubblica: la pluralità dei tipi e le regole del diritto privato. Una premessa metodologica e sostanziale*, in M. Cammelli - M. Dugato (a cura di), *Le società “pubbliche”*, cit., 1 ss., 2-3.

⁸⁶ Cfr. ad es., di recente, TAR Lazio, Latina, Sez. I, 9 gennaio 2013 n. 17, in *Diritto & Giustizia*, 2013, 11, Cons. St., Sez. VI, 11 gennaio 2013 n. 122, su www.giustizia-amministrativa.it, a proposito della società Istituto Luce Cinecittà (in realtà s.r.l. ma rispetto alla quale vengono svolte considerazioni serenamente estendibili alle s.p.a. “pubbliche”).

Si giunge, infine ad affermare, che nel caso di società “anomale” sottoposte a particolari poteri pubblicistici di indirizzo, persino quando la nomina, come la revoca, si realizzi attraverso un atto che formalmente si atteggia come delibera assembleare, e tuttavia sia da questi poteri condizionata se non “necessitata”, la giurisdizione amministrativa sarebbe in ogni caso giustificata dalla natura certamente amministrativa della stessa direttiva e dallo stretto legame di consequenzialità tra la medesima e la successiva delibera, in genere qualificabile come atto meramente esecutivo. Si riconosce, in tal caso, l’effetto immediatamente “caducatorio” dell’atto d’indirizzo sulla decisione susseguente, dunque, l’interesse a ricorrere avverso la prima davanti al G.A.⁸⁷

6. I LIMITI DI OPERATIVITÀ DELLO SPOIL SYSTEM.

In tema di norme speciali relative ai poteri di nomina e revoca degli amministratori di società pubbliche, non può, infine, essere trascurata la problematica previsione di cui all’art. 6, della L. 15 luglio 2002, n. 145, “Disposizioni per il riordino della dirigenza statale e per favorire lo scambio di esperienze e l’interazione tra pubblico e privato”, che estende il meccanismo del c.d. *spoils system*, agli incarichi conferiti dagli enti pubblici presso enti, società e agenzie.

In linea generale, si dispone che «1. Le nomine degli organi di vertice e dei componenti dei consigli di amministrazione o degli organi equiparati degli enti pubblici, delle società controllate o partecipate dallo Stato, delle agenzie o di altri organismi comunque denominati, conferite dal Governo o dai Ministri nei sei mesi antecedenti la scadenza naturale della legislatura, computata con decorrenza dalla data della prima

⁸⁷ TAR Lazio – Roma, Sez. III, 16 novembre 2007 n. 11271, in *Foro amm.* TAR, 2007, 11, 3494, sul famoso “caso Petroni”.

riunione delle Camere, o nel mese antecedente lo scioglimento anticipato di entrambe le Camere, possono essere confermate, revocate, modificate o rinnovate entro sei mesi dal voto sulla fiducia al Governo. Decorso tale termine gli incarichi per i quali non si sia provveduto si intendono confermati fino alla loro naturale scadenza (...)».

La specifica finalità della suddetta previsione, impone di apprezzare e delimitare con cura il relativo ambito applicativo, rilevando, non tanto l'esistenza di un potere governativo di nomina, né la fonte attributiva del potere stesso ma unicamente la relativa funzionalità ad assicurare l'indirizzo politico-amministrativo perseguito dal Governo neo-insediato⁸⁸.

Con ciò si restringe fortemente il campo delle società per azioni ai cui amministratori può trovare applicazione il "sistema delle spoglie", al quale, dunque, certamente non appartengono le società partecipate in generale e nemmeno le società in mano pubblica o totalmente pubbliche ma le sole che svolgono attività di sicuro rilievo pubblicistico e che si connotano per una posizione strumentale rispetto all'amministrazione statale e alle relative politiche, evidenziata, ad esempio, da particolari meccanismi di finanziamento e dalla sottoposizione a speciali poteri di indirizzo⁸⁹.

Risulta poi chiarito, per le società a partecipazione statale, che il potere attribuito è di natura pubblicistica e che l'atto di esercizio di tale potere è di "alta amministrazione",

⁸⁸ Cons. St., Sez. VI, 22 novembre 2010 n. 8123, in *Foro amm.* – CdS, 2010, 11, 2462. In termini generali, valgono poi i limiti e temperamenti derivanti al meccanismo dello *spoils system* dai diversi interventi della Corte costituzionale, riassunti in Corte cost., 24 febbraio 2010 n. 81, su www.giucost.org. Cfr. A. ANGIULI, *Le società in mano pubblica come organizzazione*, in AA. VV., *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, Napoli, 2010, 157 ss. Sullo *spoils system* in generale, *ex multis*: S. BATTINI, *Dirigenza pubblica*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, Giuffrè, vol. III, p. 1859-1867, C. PINELLI, *L'avallo del sistema delle spoglie, ovvero la vanificazione dell'art. 97 cost.*, in *Giur. cost.* 2006, 3, 2357, G. D'ALESSIO (a cura di), *L'amministrazione come professione. I dirigenti pubblici tra spoils system e servizio ai cittadini*, Bologna, 2008.

⁸⁹ Cfr. Cons. St., Sez. VI 22 novembre 2010 n. 8123, cit.

essendo appunto in “funzione di collegamento tra indirizzo politico e attività amministrativa”, e, caratterizzato da ampia discrezionalità. In relazione a quest’ultimo la posizione del privato, componente l’organo di vertice interessato, non potrebbe essere che d’interesse legittimo con conseguente radicamento della giurisdizione amministrativa ove sia impugnato⁹⁰.

D’altra parte, anche qualora la società rientri tra quelle cui la suddetta disciplina può trovare applicazione, è necessario in ogni caso che quest’ultima risulti rigorosamente circoscritta alle ipotesi *ivi* contemplate. Pertanto, la giurisdizione amministrativa sull’eventuale impugnazione dell’atto di alta amministrazione non attrae la controversia avente ad oggetto la delibera di revoca dei consiglieri di amministrazione formulata dall’assemblea della società partecipata, ai sensi dello statuto, con atto distinto da quello di nomina o revoca adottato dall’ente pubblico. Diversamente si smentirebbe *la ratio* stessa della istituzione di una società di diritto privato, pur volta al perseguimento di finalità di interesse pubblico, negandosi l’autonomia negoziale propria di tale soggettività giuridica⁹¹.

7. RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI DELLE S.P.A. IN MANO PUBBLICA E PROFILI DI GIURISDIZIONE.

Secondo l’art. 28 della Costituzione italiana, «i funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti. In tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici». Ai sensi dell’art. 103 della Costituzione «La Corte dei Conti ha giurisdizione nelle materie di contabilità pubblica e nelle altre

⁹⁰ Cons. St., Sez. VI, 2 marzo 2011 n. 1305, in *Foro amm.* – CdS, 2011, 3, 943. Per la diversità dell’ipotesi in cui vi sia una decadenza disposta *ex lege*, cfr. Cons. St., Sez. V, 5 dicembre 2012 n. 6237, in *Foro amm.* - CdS, 2012, 12, 3244.

⁹¹ Cons. St., Sez. VI, 2 marzo 2011 n. 1305, cit. anche ricordata da TAR Campania, Napoli, Sez. I, 23 novembre 2011 n. 5510, in *Foro amm.* – TAR, 2011, 11, 3562.

specificate dalla legge». Già l'art. 13 del r.d. 12 luglio 1934 n. 1214 (Testo Unico delle leggi sulla Corte dei Conti) prevedeva, tra le relative attribuzioni, riprendendo i contenuti del r.d. n. 2440/1923 (Nuove disposizioni sull'amministrazione e sulla contabilità generale dello Stato) la giurisdizione «sulle responsabilità per danni arrecati all'erario da pubblici funzionari, retribuiti dallo Stato, nell'esercizio delle loro funzioni»; disciplina quindi sviluppata dal d.p.r. 10 gennaio 1957 n. 3 (Testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato).

Da tempo è riconosciuta, dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, la competenza della Corte dei Conti a conoscere, oltre che della responsabilità di funzionari e dipendenti delle amministrazioni territoriali, della responsabilità di amministratori e dipendenti degli enti pubblici non economici, ancorandosi la nozione di "contabilità pubblica" alla natura pubblica del soggetto al quale l'agente sia legato da un rapporto di servizio; e alla natura parimenti pubblica del denaro o del bene oggetto della gestione nell'ambito della quale si è verificato l'evento generatore della responsabilità⁹².

Con la L. 14 gennaio 1994 n. 20 la responsabilità amministrativa e la giurisdizione del giudice contabile hanno conosciuto una precisazione e un'estensione, disponendosi che la Corte dei Conti giudica sulla responsabilità amministrativa degli amministratori e dipendenti pubblici anche quando il danno sia stato cagionato ad amministrazioni ed enti pubblici diversi da quelli di appartenenza (art.1).

Nella sua ampia formulazione sono stati ritenuti ricompresi gli "enti pubblici economici", mentre l'ammissione della giurisdizione della Corte dei Conti sulla responsabilità amministrativa "extracontrattuale"- cioè verso un soggetto diverso da quello al quale l'autore della condotta è legato da un rapporto di servizio - rifluisce in una nuova concezione della stessa responsabilità "contrattuale" ritenendosi ormai inclusa nel suo

⁹² Cass. civ. Sez. Un., 22 dicembre 2003 n. 19667, in *Giur. it.*, 2004, 1830, con riferimento anche alla risalente pronuncia, sempre delle Sezioni Unite, n. 363/1969.

ambito la responsabilità per i danni prodotti dall'amministratore o dipendente dell'ente pubblico economico all'ente di appartenenza. D'altra parte, il moltiplicarsi, a seguito di privatizzazioni, ma anche di "esternalizzazioni"⁹³ e dell'istituzione per legge di società pubbliche per l'esercizio di compiti d'interesse generale, hanno condotto all'evoluzione della nozione di "pubblica amministrazione"⁹⁴, riconoscendosi attività amministrativa anche in quella svolta in forme privatistiche e da enti economici⁹⁵, e altresì, in certi casi, da soggetti strutturati in forma societaria potendosi così qualificare i relativi dipendenti come pubblici funzionari o incaricati di pubblico servizio⁹⁶.

Ciò ogniqualvolta tra l'ente territoriale e la società di diritto privato intercorra un rapporto di strumentalità, se non organizzativa, tale da far configurare la seconda addirittura come *longa manus* della prima, almeno "funzionale", inserendosi la medesima nell'iter procedimentale dell'ente pubblico, come "compartecipe dell'attività a fini pubblici di

⁹³ Ovvero dell'affidamento di compiti pubblici a soggetti "esterni" all'amministrazione. Per un'analisi del fenomeno, cfr., per tutti, F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa*, Padova, 2000, in partic. 227 ss., P. CHIRULLI, *Autonomia pubblica e diritto privato nell'amministrazione. Dalla specialità del soggetto alla rilevanza della funzione*, Bologna, 2005, A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, 2005

⁹⁴ Per considerazioni generali sul fenomeno, cfr. M. CAMMELLI, *La pubblica amministrazione. Cosa è, cosa fa e come è cambiata la pubblica amministrazione*, Bologna, 2004, in partic. 93 ss. Con particolare riguardo al regime della responsabilità degli amministratori, V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Azione ordinaria di responsabilità ed azione di responsabilità amministrativa in materia di società in mano pubblica. L'esigenza di tutela degli interessi pubblici*, in AA. VV., *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile ad un decennio dalle riforme*, Atti del LI Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione, Milano, 2006, R. URSI, *Verso la giurisdizione esclusiva del giudice contabile: la responsabilità erariale degli amministratori delle imprese pubbliche*, in *Foro amm.* – CdS, 2004, 3, 693.

⁹⁵ Cass. Sez. Un., 22 dicembre 2003 n. 19667, cit.

⁹⁶ Cass. Sez. Un., 22 dicembre 2003 n. 19667, cit.

quest'ultimo"⁹⁷. La giurisprudenza successiva, soprattutto della Corte dei Conti, ha quindi allargato molto le maglie della responsabilità amministrativa e i confini della propria cognizione⁹⁸.

L'art. 16 bis del d.l. 31 dicembre 2007 n. 248, come convertito, con modificazioni, nella legge 28 febbraio 2008 n. 31, è quindi intervenuto a disciplinare direttamente, in parte, la materia in esame, sancendo la sottoposizione della responsabilità degli amministratori e dipendenti di società con azioni quotate in mercati regolamentati, con partecipazione anche indiretta dello Stato o di altre amministrazioni o di enti pubblici inferiore al 50 per cento, nonché per le loro controllate (...) ⁹⁹, al diritto civile, con devoluzione delle relative controversie al giudice ordinario.

Quanto alle regole applicabili negli altri casi, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno chiarito il principio secondo cui alla Corte dei Conti potrebbe essere riconosciuta la giurisdizione laddove l'amministratore o membro dell'organo di controllo

⁹⁷ La prima rilevante pronuncia che apre questo nuovo indirizzo è: Cass. Sez. Un., 26 febbraio 2004 n. 3899, in *Foro it.*, 2005, I, 2675, sulla società SO.GE.MI, istituita dal Comune di Milano e dal medesimo partecipata in misura maggioritaria.

⁹⁸ Cfr., ampiamente, M. ANTONIOLI, *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione contabile*, Milano, 2008. Per recenti considerazioni critiche: M. CLARICH, *Le società partecipate dallo Stato e dagli enti locali fra diritto pubblico e diritto privato*, cit., 1 ss. e v. le considerazioni di L. TORCHIA, *La responsabilità amministrativa per le società in partecipazione pubblica*, Relazione al Convegno Assonime-LUISS, "Le società pubbliche tra Stato e mercato: alcune proposte di razionalizzazione della disciplina" Roma, 13 maggio 2009, su www.assonime.it.

⁹⁹ Di tali disposizioni era comunque esclusa l'applicabilità ai giudizi in corso alla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto. Per un commento alla disciplina, cfr. G. CAIA, *La giurisdizione della Corte dei Conti nel sistema amministrativo e della contabilità pubblica*, in www.giustamm.it, 2008, 2. Sul dibattito della dottrina e le ultime posizioni della giurisprudenza: L. TORCHIA, *Società pubbliche e responsabilità amministrativa: un nuovo equilibrio*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 3, 323 ss., F. CINTIOLI, *Disciplina pubblicistica e corporate governance delle società partecipate da enti pubblici*, in F. Guerrera (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 143 ss.

della società partecipata abbia, con la sua condotta illecita, recato *direttamente* danno all'ente pubblico socio. Tipico esempio di questa ipotesi sarebbe il "danno all'immagine", oggi disciplinato dall'art. 17, co. 30 *ter* della l. n. 102/2009¹⁰⁰. Diversamente, l'azione diretta a reagire contro il danno prodotto al patrimonio della comune società partecipata non potrebbe che rispondere alle regole codicistiche, non essendo ravvisabile alcun rapporto di servizio tra l'ente pubblico socio e l'amministratore della società, né un danno qualificabile come "danno erariale"; all'applicazione delle regole ordinarie si accompagna naturalmente il riconoscimento della giurisdizione civile¹⁰¹.

Se tale discorso trova conferma nella giurisprudenza successiva per la generalità delle società in mano pubblica, si fa necessariamente, ancora una volta, salva la specificità di quelle società a partecipazione pubblica, il cui statuto sia soggetto "a regole legali *sui generis*"¹⁰². Ogniquale, dunque, la s.p.a. abbia natura sostanzialmente pubblica, nonostante la forma organizzativa privatistica, andrebbe qualificato come erariale il danno cagionato dai suoi agenti e dagli agenti degli enti pubblici azionisti, con conseguente loro assoggettabilità all'azione di responsabilità amministrativa davanti al giudice contabile¹⁰³.

¹⁰⁰ Sulla cui portata cfr. Corte Conti reg. Lombardia, Sez. giurisd., 20 ottobre 2009, n. 641, in *Ragiusan*, 2011, 321-322, 82. In termini generali, sul danno all'immagine della PA, cfr. già Cass. Sez. Un., sent. 25 giugno 1997 n. 5668, in *Foro it.*, 1997, I, 2872; più di recente, ancora, *ex multis*: Cass. Sez. Un., 20 giugno 2007 n. 14297 in *Foro amm.* - CdS, 2007, 10, 2738, Corte Conti, Sez. III, 14 dicembre 2011, n. 861, Red. Giuffrè, 2011.

Cfr., *ex multis*, Cass. Sez. Un. 22 giugno 2010 n. 16287, su www.dejure.giuffre.it, Cass. Sez. Un. 15 gennaio 2010 n. 521, *Ibidem*. Più di recente, v. Corte Conti, Sez. II, 14 marzo 2012 n. 228, in *Riv. Corte Conti*, 2012, 1-2, 202.

¹⁰¹ Cass. Sez. Un., 19 dicembre 2009 n. 26806, in *Foro amm.* - CdS, 2010, 1, 59. Cfr. anche TAR Campania,

¹⁰² Cass. Sez. Un., 22 dicembre 2009 n. 27092, in *Foro amm.* - CdS, 2010, 1, 67.

¹⁰³ Cass. Sez. Un., 22 dicembre 2009 n. 27092, cit.

Anche a questi fini rileva, dunque, la distinzione tra “società - imprese in mano statale” e “società-enti pubblici”.

8. I CONTROLLI SULLA GESTIONE FINANZIARIA.

L’art. 100, co. 2, della Costituzione dispone che «La Corte dei Conti esercita il controllo preventivo di legittimità sugli atti del Governo, e anche quello successivo sulla gestione del bilancio dello Stato. Partecipa, nei casi e nelle forme stabiliti dalla legge, al controllo sulla gestione finanziaria degli enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria. Riferisce direttamente alle Camere sul risultato del riscontro eseguito».

Con ciò il ruolo della Corte dei Conti, che la Carta fondamentale vuole organo indipendente, si pone in funzione degli interessi dello “Stato - comunità”¹⁰⁴ ed è momento di chiusura del circuito democratico, nella misura in cui la Corte stessa riferisce all’organo rappresentativo¹⁰⁵.

Tale norma ha trovato attuazione nella L. n. 259 del 1958 che, istituendo a tal fine un’apposita sezione della Corte, regola due diversi tipi di controllo: quello sulle gestioni finanziarie degli enti cui lo Stato contribuisce in via ordinaria; quello sulla gestione finanziaria degli enti pubblici ai quali l’Amministrazione dello Stato o un’azienda autonoma statale contribuisce con apporto al patrimonio in capitale o servizi o beni ovvero mediante concessione di garanzia finanziaria. Ai fini del primo tipo di controllo, gli enti

¹⁰⁴ Per questa definizione, ex multis: Corte cost., 24 febbraio 2010 n. 57, in *Foro amm.* – Cds, 2010, 5, 974.

¹⁰⁵ Per il sistema dei controlli in generale e quelli esercitati dalla corte dei Conti in particolare: G. D’AURIA, *I controlli*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, 2003, T. II, 1343 ss.

«debbono far pervenire alla Corte dei conti i conti consuntivi ed i bilanci di esercizio col relativo conto dei profitti e delle perdite corredati dalle relazioni dei rispettivi organi amministrativi e di revisione (...)»¹⁰⁶.

Diversamente, il controllo sugli “enti pubblici” è esercitato da un magistrato della Corte dei Conti stessa, nominato dal Presidente, che assiste alle sedute degli organi di amministrazione e di revisione (art. 12)¹⁰⁷.

Se tale ultima previsione ha trovato pacifica applicazione agli enti pubblici economici, dubbi circa le corrette modalità del controllo sono sorte a seguito delle relative privatizzazioni formali le quali hanno dato origine a società “anomale”¹⁰⁸.

¹⁰⁶ «Qualora la Corte dei Conti ritenga insufficienti, ai fini del controllo, gli elementi ad essa pervenuti in base alle disposizioni degli artt. 4 e 5, può chiedere agli enti controllati ed ai Ministeri competenti informazioni, notizie, atti e documenti concernenti le gestioni finanziarie» (art. 6).

¹⁰⁷ La disciplina dei controlli “sulla gestione” delle amministrazioni da parte della Corte dei Conti è stata quindi arricchita dalla L. 14 gennaio 1994 n. 20, che disciplina il controllo successivo sulla gestione del bilancio e del patrimonio delle P.A., al fine della verifica della legittimità e regolarità delle stesse e dell’accertamento, anche in base all’esito di altri controlli, della rispondenza dei risultati dell’attività amministrativa agli obiettivi stabiliti dalla legge. Come sottolineato dalla stessa Corte costituzionale, che ha riconosciuto pienamente legittime tali previsioni, tale legge, «intervenendo sulla configurazione tradizionale delle competenze della Corte dei Conti (...), ne ha modificato ambito e contenuto, con il triplice effetto di assoggettare ad esse tutte le amministrazioni pubbliche, di ridurre, nel contempo, l’area del controllo preventivo di legittimità e di conferire un primario rilievo al controllo sulla gestione, avente per oggetto, non già i singoli atti ma l’attività amministrativa considerata nel suo concreto e complessivo svolgimento». Il fondamento delle nuove competenze, ad ogni modo, non è individuato nell’art. 100 Cost., co. 2 ma, piuttosto negli artt. 97 Cost. (buon andamento degli uffici), 28 Cost. (responsabilità dei funzionari), 81 Cost. (equilibrio di bilancio) e 119 Cost. (coordinamento della finanza pubblica). Cfr. Corte cost., 30 dicembre 1997 n. 470, in *Giur. cost.*, 1997, f. 6.

¹⁰⁸ Per tutti: M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica*, cit.

Ciò ha offerto occasione alla Corte costituzionale per pronunciarsi sul punto, in sede di conflitto di attribuzione, con la nota sentenza n. 466/1993, specificamente riferita al tipo di controllo da esercitarsi sulle società IRI, ENI, INA, ENEL, derivanti appunto dalla trasformazione *ex lege* degli omonimi enti economici.

Si tratta di un passaggio fondamentale nell'evoluzione del nostro ordinamento, nel senso di un deciso superamento del pregiudizio della natura necessariamente privata dell'ente organizzato in forma societaria¹⁰⁹ nella misura in cui, tenuto conto della titolarità del capitale azionario delle suddette s.p.a., del loro rimanere concessionarie *ex lege* dei compiti già spettanti agli enti pubblici trasformati, del particolare regime dell'esercizio dei diritti dell'azionista pubblico (spettanti al Ministro del tesoro, ma previa intesa con altri Ministri, ai sensi art. 15, terzo comma, decreto legge n. 333 del 1992), della disciplina dei patti sociali, dei poteri speciali, delle clausole di gradimento, delle modifiche statutarie, dei quorum deliberativi nelle assemblee, dei limiti al possesso di quote azionarie da parte dei terzi acquirenti, del vincolo che i ricavi derivanti dalla cessione dei cespiti da dismettere siano destinati alla riduzione del debito pubblico, si ammette che la semplice trasformazione della veste giuridica degli enti non è sufficiente a mutarne la natura e a far venir meno il controllo sulla gestione finanziaria nelle forme tradizionali. Importante è il riconoscimento che la stessa dicotomia tra ente pubblico e società di diritto privato è andata stemperandosi, a fronte dell'impiego crescente dello strumento della società per azioni per il perseguimento di finalità di interesse pubblico (...) e dalla necessaria considerazione degli aspetti "sostanziali" dei fenomeni giuridici imposta dal diritto europeo.

Si è così determinata la distinzione, ai fini del controllo in esame, tra società a partecipazione statale e "società" "speciali", fondamentalmente assimilabili agli enti

¹⁰⁹ Tra i primi commenti, cfr. R. ARRIGONI, *Privatizzazione degli enti di gestione e controllo della Corte dei Conti: le ragioni di un conflitto*, in *Riv. amm. rep. It.*, 452 ss., R. PERNA, *Privatizzazione formale/sostanziale e controllo della Corte dei Conti*, in *Foro it.*, III, 1993, III, 285 ss., M. RAMAJOLI, *Il controllo della Corte dei Conti sugli enti pubblici economici trasformati in società per azioni*, in *Dir. amm.*, 1995, 2, 203.

pubblici, dovendo nel secondo caso essere invitato il magistrato della Corte dei Conti a presiedere alle sedute degli organi sociali.

Pertanto, dunque, mentre la Corte dovrebbe progressivamente dismettere il controllo di cui all'art. 12 l. cit., in favore del solo "controllo documentale", nei confronti delle società private o privatizzate anche "sostanzialmente", mentre lo mantiene saldamente per quella moltitudine di società che, in quanto dalla "necessaria esistenza in vita", palesemente "strumentali" rispetto all'amministrazione statale e istituzionalmente deputate all'esercizio di compiti pubblici, risultano riconducibili alla nozione di "ente pubblico"¹¹⁰, solo talvolta sulla base di espresse previsioni legislative o statutarie¹¹¹, più spesso appunto, guardando all'effettiva natura dell'ente controllato.

¹¹⁰ Per alcuni casi di controllo effettuato ai sensi del menzionato art. 12 su enti organizzati in forma societaria, cfr., *ex multis*, Corte dei Conti, Sez. contr. enti, determinazione n. 120/2012, su www.corteconti.it, sulla società MEFOP s.p.a., Società per lo sviluppo del mercato dei fondi pensione; determinazione n. 92/2012, *ivi*, sulla società Arcus s.p.a., Società per lo sviluppo dell'arte, della cultura e dello spettacolo; determinazione n. 103/2012, su Coni Servizi s.p.a.; determinazione n. 104/2012, *ivi*, sull'Ente Nazionale di Assistenza al Volo, ENAV s.p.a.; determinazione n. 60/2013, *ivi*, sulla società Expo 2015 s.p.a.; determinazione n. 67/2013, *ivi*, sulla società Sace s.p.a.; determinazione n. 71/2013, *ivi*, sulla società Ferrovie dello Stato Italiane s.p.a.; determinazione n. 44/2013, *ivi*, sul Gestore dei Servizi Energetici s.p.a.; determinazione n. 20/2013, sulla SIMEST, Società Italiana per le Imprese all'Estero, s.p.a.; determinazione n. 36/2013, *ivi*, su ANAS s.p.a.; determinazione n. 33/2013, *ivi*, sulla CONSAP - Concessionaria Servizi Assicurativi Pubblici s.p.a.; determinazione n. 31/2013, *ivi*, su Cinecittà Luce s.p.a.; determinazione n. 21/2013, *ivi*, sulla Società Gestione Impianti Nucleari (SO.G.I.N. S.p.A.); determinazione n. 19/2013, *ivi*, su Poste Italiane s.p.a.; determinazione n. 15/2013, *ivi*, su INVITALIA - Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa s.p.a.; determinazione n. 11/2013, *ivi*, sulla SOGESID s.p.a.; determinazione n. 1/2013, *ivi*, su FINTECNA s.p.a.; con riferimento a società diverse dalle s.p.a., v. ad. es., determinazione n. 40/2013, *ivi*, su CIRA - Centro Italiano Ricerche Aerospaziali S.C.p.A.; determinazione n. 51/2013, *ivi*, su Sicot "Sistemi di consulenza per il Tesoro" s.r.l.

¹¹¹ Solo a titolo di esempio, si ricordano l'art. 2 della legge 16 ottobre 2003, n. 291, con cui l'Arcus s.p.a. è stata sottoposta al Controllo della Corte dei Conti ex art. 12 cit., e l'art. 8, co. 10 del d.l. 8 luglio 2002, n. 138, convertito, con modificazioni, in legge 8 agosto 2002, n. 178, che sottopone Coni Servizi s.p.a. al medesimo tipo di controllo.

9. L'ACCESSO ALL'IMPIEGO E LA REGOLA DEL CONCORSO.

Il moltiplicarsi delle figure di società in mano pubblica e, soprattutto, delle società *ex lege* deputate all'esercizio di pubbliche funzioni, ha reso urgente il quesito, in ragione del pericolo di elusione delle garanzie costituzionali riferite all'"amministrazione", della necessità che queste ultime selezionino il proprio personale mediante concorso pubblico, secondo quanto imposto alle P.A. dall'art. 97, co. 3 della Carta fondamentale.

La risposta, in prima battuta, è sembrata negativa, specie alla luce della tradizionale giurisprudenza, già ferma nell'escludere la necessità del concorso per l'assunzione dei dipendenti da parte di enti pubblici economici. Qualora questi ultimi, in autolimitazione, avessero deciso di selezionarli attraverso un confronto comparativo, si riteneva trattarsi di un "concorso privato" i cui atti sarebbero stati conoscibili dal giudice ordinario¹¹².

Se l'estensione di simile soluzione alle società di diritto comune partecipate o controllate dallo Stato o da altre amministrazioni territoriali non suscitava problemi di sorta, trattandosi pacificamente di soggetti di natura privatistica, operanti, quindi, in regime di autonomia privata, e sottoposti al rischio di mercato, la conclusione è ben meno pacifica per quelle società alle quali la giurisprudenza riconosce ormai la natura di "enti pubblici strumentali".

¹¹² Cfr., *ex multis*, Cass. Sez. Un., 2 novembre 1979 n. 5688, in *Foro it.*, 1979, I, 2548 ss., Cass. Sez. Un., 29 marzo 1989 n. 1538, in *Giust. civ.*, Mass., 1989, fasc. 3, Id., 29 maggio 1990 n. 4989, in *Giust. civ.*, Mass. 1990, fasc. 5, Id., 6 maggio 1996 v. 4187, in *Giust. civ.*, Mass., 1996, 671, e, di recente, Id., 17 aprile 2007 n. 9095, in *Giust. civ.*, Mass., 2007, 4, anche ricordate da G. GRUNER, *Enti pubblici a struttura di S.p.A. Contributo allo studio delle società «legali» in mano pubblica di rilievo nazionale*, Torino, 2009, 286 n. 93.

In questo dibattito, si sono inserite, in anni recenti, le norme di cui all'art. 18 del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito in L. 6 agosto 2008, n. 133. - Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria, che, rubricato "Reclutamento del personale delle società pubbliche", prevede che (co.1) le società che gestiscono servizi pubblici locali a totale partecipazione pubblica adottino, «con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di cui al comma 3 dell'articolo 35 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165¹¹³ ».

«Le altre società a partecipazione pubblica totale o di controllo» sono invece chiamate ad adottare, «con propri provvedimenti, criteri per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi, anche di derivazione comunitaria, di trasparenza, pubblicità e imparzialità» (co. 2).

Sono escluse da questa "disciplina speciale" delle società in mano pubblica le società quotate su mercati regolamentati¹¹⁴.

¹¹³ Ai sensi del quale: «Le procedure di reclutamento nelle pubbliche amministrazioni si conformano ai seguenti principi: a) adeguata pubblicità della selezione e modalità di svolgimento che garantiscano l'imparzialità e assicurino economicità e celerità di espletamento, ricorrendo, ove è opportuno, all'ausilio di sistemi automatizzati, diretti anche a realizzare forme di preselezione (1); b) adozione di meccanismi oggettivi e trasparenti, idonei a verificare il possesso dei requisiti attitudinali e professionali richiesti in relazione alla posizione da ricoprire; c) rispetto delle pari opportunità tra lavoratrici e lavoratori; d) decentramento delle procedure di reclutamento; e) composizione delle commissioni esclusivamente con esperti di provata competenza nelle materie di concorso, scelti tra funzionari delle amministrazioni, docenti ed estranei alle medesime, che non siano componenti dell'organo di direzione politica dell'amministrazione, che non ricoprano cariche politiche e che non siano rappresentanti sindacali o designati dalle confederazioni ed organizzazioni sindacali o dalle associazioni professionali».

¹¹⁴ Con riferimento alle società statali, si prevede ancora che (co. 2 bis) "Le disposizioni che stabiliscono, a carico delle amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, divieti o limitazioni alle assunzioni di personale si applicano, in relazione al regime previsto per l'amministrazione controllante, anche alle società che svolgano funzioni volte a soddisfare esigenze di interesse

Non è chiaro, nella lettera della legge, se tutte le società contemplate debbano comunque porre in essere “concorsi pubblici” per l’assunzione del personale, se debbano procedere attraverso selezioni private, o se vi sia una certa differenziazione al loro interno; in particolare in che misura si debba distinguere tra le società contemplate dal co. 1 e dal co. 2 dell’art. 18 cit., ovvero se anche nell’ambito delle società di cui al co. 2 sia possibile operare distinzioni.

La giurisprudenza, dopo alcune prime incertezze, sembra essersi consolidata nel senso di un persistente pregiudizio della natura privata dell’ente organizzato in forma societaria, o comunque della non indifferenza di tale forma organizzativa ai fini dell’applicazione delle discipline pubblicistiche. Dunque, in stretto ossequio alla lettera della norma, mentre si mantiene la soluzione tradizionale per gli enti pubblici economici¹¹⁵, si riconosce all’art. 18 cit. natura unicamente sostanziale, impregiudicate le questioni di giurisdizione¹¹⁶.

Pertanto, ferma la natura pubblicistica degli atti di selezione del personale delle società che gestiscono servizi pubblici locali e la conseguente giurisdizione del giudice amministrativo, per le altre società in mano pubblica, si offre una soluzione articolata secondo il criterio dei modi di svolgimento della relativa attività.

generale aventi carattere non industriale ne' commerciale, ovvero che svolgono attività nei confronti della pubblica amministrazione a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) ai sensi del comma 5 dell'articolo 1 della legge 30 dicembre 2004, n. 311. Le predette società adeguano inoltre le proprie politiche di personale alle disposizioni vigenti per le amministrazioni controllanti in materia di contenimento degli oneri contrattuali e delle altre voci di natura retributiva o indennitaria e per consulenze (...). Sulla ratio di contenimento della spesa pubblica delle norme in esame: Tribunale di Milano, 30 luglio 2010, in *Riv. critica dir. lav.*, 2010, 3, 786

¹¹⁵ Cfr. TAR Calabria - Reggio Calabria, Sez. I, 17 aprile 2012 n. 282, in *Foro amm.* - TAR, 2012, 4, 1417.

¹¹⁶ Cass., Sez. Un., 22 dicembre 2011 n. 28330, in *Foro amm.* - CdS, 2012, 1, 31.

Il pubblico concorso s'imporrebbe alle sole s.p.a. titolari di poteri autoritativi, a fronte delle quali siano quindi configurabili situazioni giuridiche soggettive di "interesse legittimo". Ne conseguirebbe naturalmente, e con solo riferimento a queste ipotesi, la giurisdizione del giudice amministrativo sugli atti di selezione del personale¹¹⁷.

In realtà, alla stregua di tali orientamenti, si può dire introdotto un "regime speciale", sia pur di diritto privato, per la generalità delle società in mano pubblica, in apparente distonia rispetto alla loro progressiva "despecializzazione", determinata anzitutto dall'imporsi dell'ordinamento europeo, mentre si stempera qui la distinzione ai fini di disciplina, che nell'ordinamento sembra delinearsi sempre più nettamente, tra società in mano pubblica e società autenticamente "pubbliche", ovvero assimilabili alle P.A. in senso soggettivo.

10. LO STATO – AZIONISTA TRA "PRIVILEGI" E LIMITI ALLA COSTITUZIONE O PARTECIPAZIONE IN SOCIETÀ PER AZIONI.

Se il percorso sin qui descritto indica, in linea di principio, la tendenza a una progressiva "de-specializzazione" della disciplina delle società in mano statale e una più marcata distinzione, sia pur non sempre organicamente e sistematicamente delineata, tra "società – imprese di mercato" e "s.p.a – enti pubblici", si moltiplicano, nella legislazione più recente, norme specificamente riferite alle società in mano pubblica, tuttavia raramente dirette a disegnare regimi di privilegio in favore dello Stato azionista, più spesso volte a limitare e condizionare la presenza pubblica sul mercato, in una logica di *favor* della concorrenza ma, soprattutto, nell'intento di contenere i costi connessi all'utilizzo

¹¹⁷ Cfr., Cass. Sez. Un., 22 dicembre 2011 n. 28330, cit; Cons. St., Sez. V, 4 dicembre 2012 n. 6178, in *Foro amm.* - *CdS*, 2012, 3241. Per un'applicazione dell'art. 18 del d.l. 112/08 cit., ai fini del merito della controversia, v. Cass. Civ., Sez. VI, 9 marzo n. 3831, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 3, 311, Cfr. anche, Corte Cost., 3 marzo 2011 n. 68, in *Giur. cost.*, 2011, 2, 1053.

indiscriminato dello strumento societario e di introdurre una certa “moralizzazione” nella *governance* delle s.p.a. pubbliche¹¹⁸.

Nel primo senso può ricordarsi la norma di cui all’art. 19, co. 4 del d.l. n. 78/2009 che ha espressamente escluso lo Stato (ma non gli altri enti pubblici) dall’ambito di applicazione dell’art. 2497 c.c., il quale, a seguito della riforma del diritto societario, ha previsto, nell’ambito della nuova disciplina dei “gruppi”, la responsabilità dell’ente capogruppo per attività di “direzione e coordinamento”¹¹⁹.

Nella seconda direzione campeggiano le previsioni di cui all’art. 3, co. 27 della l. n. 244/2007, “Limiti alla costituzione e alla partecipazione pubblica a società”, secondo cui: «Al fine di tutelare la concorrenza e il mercato, le amministrazioni di cui all’articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, non possono costituire società

¹¹⁸ Sul punto cfr. G. URBANO, *Le società a partecipazione pubblica tra tutela della concorrenza, moralizzazione e amministrativizzazione*, su www.amministrazioneincammino.it, 2012, 9.

¹¹⁹ L’art. 2497 c.c. recita: “1. Le società o gli enti che, esercitando attività di direzione e coordinamento di società, agiscono nell’interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime, sono direttamente responsabili nei confronti dei soci di queste per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, nonché nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all’integrità del patrimonio della società. Non vi è responsabilità quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell’attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette. 2. Risponde in solido chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio. 3. Il socio ed il creditore sociale possono agire contro la società o l’ente che esercita l’attività di direzione e coordinamento, solo se non sono stati soddisfatti dalla società soggetta alla attività di direzione e coordinamento. 4. Nel caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria di società soggetta ad altrui direzione e coordinamento, l’azione spettante ai creditori di questa è esercitata dal curatore o dal commissario liquidatore o dal commissario straordinario. Secondo l’art. 19 del d.l. 1° luglio 2009, n. 78, convertito in l. 3 agosto 2009, n. 102, il comma si interpreta nel senso che «per enti si intendono i soggetti giuridici collettivi, *diversi dallo Stato*, che detengono la partecipazione sociale nell’ambito della propria attività imprenditoriale ovvero per finalità di natura economica o finanziaria».

aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società¹²⁰». Secondo una previsione comune nella recente disciplina “limitativa” in materia di società pubbliche, l’art. 3, co. 27 non trova applicazione con riferimento alle società emittenti strumenti finanziari quotati in mercati regolamentati¹²¹.

L’assunzione di nuove partecipazioni o il mantenimento di quelle esistenti devono essere specificamente autorizzati dall’organo competente (per lo Stato, dal Presidente del consiglio dei Ministri su proposta del Ministero competente per materia, di concerto con il ministero dell’economia e delle finanze), con «delibera motivata in ordine alla sussistenza dei presupposti previsti dalla legge¹²²»; delibera che deve essere inviata alla Corte dei Conti.

Si tratta di norme che pongono importanti interrogativi di ordine sistematico mettendo in discussione soluzioni che potevano dirsi ormai definitivamente acquisite.

¹²⁰ Peraltro, «È sempre ammessa la costituzione di società che producono servizi di interesse generale e che forniscono servizi di committenza o di centrali di committenza a livello regionale a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all’articolo 3, comma 25, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e l’assunzione di partecipazioni in tali società da parte delle amministrazioni di cui all’articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nell’ambito dei rispettivi livelli di competenza». Per la necessaria lettura restrittiva della norma, nel senso di escludere forme organizzative diverse da quella societaria, quali associazioni o fondazioni: Corte Conti reg. Friuli Venezia Giulia, Sez. contr., 23 dicembre 2011, n. 344, in *Riv. Corte Conti*, 2010, 6, 81. Diverso è l’ambito applicativo dell’art. 13 del d.l. 223/2006, c.d. “decreto Bersani” che ha posto pesanti limiti alla costituzione e partecipazione a società interamente pubbliche o miste da parte delle amministrazioni regionali e locali.

¹²¹ Art. 3, co. 32-ter, l. cit.

¹²² V. le attuali versioni dei commi 28 e 28 bis dell’art. 3 cit. Il co. 29, poi, disciplina il termine per la cessione delle partecipazioni vietate. Sulla sua natura ordinatoria, cfr., *ex multis*, TAR Sardegna - Cagliari, Sez. I, 5 aprile 2013 n. 269, in *Foro amm.* - TAR, 2013, 4, 1403.

L'istituzione o l'assunzione di partecipazioni in società di diritto comune è, invero, diffusamente riconosciuta espressione della capacità generale, o di diritto privato, dello "Stato – amministrazione"¹²³.

Da tempo ormai, sembra in effetti superata la risalente impostazione diretta a ravvisare in capo alle P.A. una "capacità giuridica limitata" suscettibile di esprimersi solo sulla base di una specifica previsione normativa e nella necessaria aderenza ai fini istituzionali d'interesse pubblico; si riconosce, viceversa, la capacità giuridica generale degli enti pubblici¹²⁴.

Ciò conduce a non ravvisare astratti limiti alla partecipazione degli enti pubblici a società di capitali e, in particolare, a società per azioni¹²⁵, anche in assenza di espresse norme autorizzative, secondo una prospettiva che, già fatta propria da discipline risalenti¹²⁶, appare chiaramente abbracciata dal nostro codice civile¹²⁷.

¹²³ Su cui è essenziale il contributo di G. PERICU, *Note in tema di attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, in partic. 189.

¹²⁴ Su questi profili, di recente: S. VALAGUZZA, *Società miste a partecipazione comunale. Ammissibilità e ambiti*, Milano, 2012, in partic. 60 ss. Il problema dell'incidenza del vincolo finalistico sull'attività privatistica dell'amministrazione è in prevalenza risolto piuttosto, in termini di "autonomia", e tuttavia con posizioni differenti secondo gli autori. Per una sintesi delle diverse posizioni: M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996, in partic. 26 ss. e rel. note. Sul concetto di "autonomia" della PA: ALB. ROMANO, *Autonomia nel diritto pubblico*, in *Dig. disc. pubbl.*, II, 1987, 30 ss. e cfr. ID., *Relazione di sintesi*, in S. Raimondi, R. Ursi (a cura di), *Fondazioni e attività amministrativa*, Atti del Convegno - Palermo, 13 maggio 2005, Torino, 2006.

¹²⁵ Cfr., ad es., S. D'ALBERGO, *Le partecipazioni statali*, Milano, 1957, 22.

¹²⁶ Cfr. l'art. 149 del r.d. n. 383/1934, T.U. delle leggi comunali e provinciali, in cui si dava per presupposto che gli enti territoriali potessero acquistare e vendere azioni industriali.

¹²⁷ Cfr., ad es., l'art. 2449 c.c., di cui si dirà più oltre.

Così, in giurisprudenza, si riconosce ormai pacificamente che la capacità negoziale degli enti territoriali, compresa quella di costituire società per azioni, ha carattere generale¹²⁸.

Se qualcuno è portato a ritenere che la disposizione citata comporti un ritorno all'idea della "capacità limitata" o *speciale* degli enti pubblici almeno con riferimento alla titolarità di partecipazioni societarie¹²⁹, mentre altri, più cautamente ammette che l'idea della "capacità generale" esce piuttosto "soffocata" dai molti recenti divieti in materia di società pubbliche¹³⁰, la norma non sembra, in realtà, condurre ad alcuna alterazione delle soluzioni acquisite in ordine alla capacità dell'ente pubblico. La violazione delle prescrizioni in esame sembra insuscettibile di configurare un immediato vizio nel negozio di costituzione della società o di acquisto delle azioni, atteggiandosi queste, più che come norme dell'ordinamento generale o "norme di relazione", come vincolo, nei confronti dei soggetti pubblici stessi ad adeguare i propri comportamenti ai principi e criteri direttivi ivi enunciati¹³¹.

¹²⁸ Cfr. Cons. St., Sez. V, 14 dicembre 1988 n. 818, in *Foro Amm.*, 1988, fasc. 12.

¹²⁹ Cfr., ad es., A MAZZONI, *Limiti legali alle partecipazioni societarie di enti pubblici e obblighi correlati di dismissione: misure contingenti o scelta di sistema?* in AA. VV., *Le società "pubbliche"*, a cura di C. Ibba, M. C. Malaguti, A. Mazzoni, cit., 57 ss., in partic. 98 ss.

¹³⁰ F. LUCIANI, *"Pubblico" e "privato" nella gestione dei servizi economici locali in forma societaria*, su www.giustamm.it.

¹³¹ Per questa distinzione tra diverse categorie di norme riferite alla P.A.: ALB. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975, 134 ss., ID., *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici*, in *Dir. amm.*, 1999, 1, 111 ss.

Dunque, le medesime sembrano inquadrabili nell’“ordinamento dell’amministrazione”¹³² essendo direttamente rivolte a soggetti pubblici e rispondenti a fini d’interesse generale. Più propriamente, come correttamente messo in luce dalla giurisprudenza recente, l’art. 3 cit. risponderebbe all’intento di assicurare, più che la tutela della concorrenza “*che di per sé lo strumento dell’impresa pubblica non potrebbe pregiudicare*”, “*per garantire, in coerenza con l’esigenza di rispettare il principio di legalità, il perseguimento dell’interesse pubblico, ponendosi un chiaro limite all’esercizio dell’attività d’impresa pubblica rappresentato dalla funzionalizzazione al perseguimento anche dell’interesse pubblico*”¹³³.

La giurisprudenza riconosce la natura amministrativa degli “atti unilaterali prodromici alla vicenda societaria, con cui un ente pubblico delibera di costituire una società, o di parteciparvi, o di procedere a un atto modificativo o estintivo della società medesima”, con conseguente giurisdizione amministrativa sui medesimi: giurisdizione

¹³² Con particolare riguardo alle norme di disciplina della costituzione e partecipazione degli enti pubblici locali a società per azioni: R. CAVALLO PERIN, *Comuni e province nella gestione dei servizi pubblici*, cit., in partic. 112 ss. e, in termini generali, *ex multis*: TAR Umbria – Perugia, Sez. I, 28 agosto 2012 n. 335, in *Foro amm.* - TAR, 2012, 7-8, 2305.

¹³³ Cons. St., Sez. VI, 20 marzo 2012 n. 1574, in www.giustizia-amministrativa.it; analogamente: TAR Cagliari Sardegna, Sez. I, 5 aprile 2013 n. 269, in *Foro amm.* - TAR, 2013, 4, 1403, Corte Conti, Reg. Lombardia, Sez. contr., 17 giugno 2010 n. 675, in *Riv. Corte Conti*, 2010, 3, 98. Cfr. ancora Cons. St., Sez. III, 11 marzo 2011 n. 1572, su www.giustizia-amministrativa.it, e Cons. St., Ad. plen., 3 giugno 2011 n. 10, in *Foro amm.* - CdS, 2011, 6, 1842, che sembra escludere dalle possibilità dell’ente pubblico la partecipazione a società-imprese a capitale misto operanti sul mercato in regime di libera concorrenza, così portando alle estreme conseguenze l’acquisita distinzione tra “società di mercato” e società “quasi - amministrazioni”. Per la possibilità del terzo di esercitare l’azione avverso l’inerzia dell’amministrazione ai sensi dell’art. 117 c.p.a. v. ancora, TAR Cagliari Sardegna, Sez. I, 5 aprile 2013 n. 269, in *Foro amm.* - TAR, 2013, 4, 1403, secondo cui, ad ogni modo, “non si ravvisa alcun obbligo in capo alla stessa P.A. in presenza di una generica istanza volta alla dismissione di partecipazioni societarie, non essendo coercibile, per iniziativa di soggetti terzi, l’attivazione di procedimenti quali quelli individuati dai commi da 27 a 29 dell’art. 3, l. n. 244 del 24 dicembre 2007 se non in presenza di una precisa situazione legittimante (...)”.

generale di legittimità ove non si tratti di casi specificamente ricondotti alla giurisdizione esclusiva. A tal fine, la disciplina dei contratti pubblici è assunta come modello generale dell'attività negoziale delle amministrazioni¹³⁴.

La scelta, da parte di un ente pubblico, di costituire o partecipare a una società, è qualificata come “scelta organizzativa discrezionale” logicamente e cronologicamente distinta dal negozio societario che ne costituisce attuazione e che radica una diversa giurisdizione rispetto a quella prevista per quest'ultimo¹³⁵.

L'art. 3, co. 27 e ss. della l. n. 244/2007 cit., si riferirebbe ad apprezzamenti di natura pubblicistica, il cui annullamento determinerebbe invalidità derivata del negozio privatistico connesso, conoscibile in sede di giurisdizione ordinaria.

È evidente come tali restrizioni non trovino margini di applicazione per le società istituite o derivanti da trasformazioni *ex lege*, quindi alle s.p.a. – legali, enti strumentali per l'esercizio di pubbliche funzioni, essendo ogni scelta circa l'opportunità o necessità della relativa esistenza compiuta a monte dal legislatore e non affidata alla discrezionalità dell'autorità amministrativa.

¹³⁴ Cons. st., Ad. plen., 3 giugno 2011 n. 10, in *Foro amm.* – *CdS*, 2011, 6, 1842.

¹³⁵ Cons. st., Ad. plen., 3 giugno 2011 n. 10, cit. Per la riconduzione della menzionata normativa, ai fini del riparto Stato - regioni, piuttosto che alla “materia” dell’“organizzazione amministrativa”: Corte cost., 8 maggio 2009 n. 148, cit.; in modo simile: TAR Puglia, Bari, Sez. I, 17 maggio 2010 n. 1898, su www.giustizia-amministrativa.it.

11. LE ULTERIORI NORME “ASIMMETRICHE” RIFERITE ALLO STATO- AZIONISTA: VINCOLI A TUTELA DELLE “FINANZE PUBBLICHE” E NORME DI “MORALIZZAZIONE”.

Molte altre sono le norme speciali che, nelle discipline più recenti, si riferiscono alle società in mano pubblica e, tra queste alle società statali.

Le medesime hanno ambiti applicativi diversi anche se comunemente non riguardano le società quotate e rispondono principalmente alla *ratio*, già più volte evidenziata nelle pagine precedenti, del contenimento della spesa pubblica legata al moltiplicarsi delle relative figure, irrigidendo la disciplina della *governance* e incrementando la trasparenza della relativa gestione.

In estrema sintesi, si possono segnalare le norme volte a razionalizzare gli organi sociali, riducendo il numero dei relativi componenti e i relativi compensi¹³⁶, imponendo un

¹³⁶ Con particolare riguardo alla *governance* societaria, tra le molte disposizioni di questi ultimi anni, si può ricordare il co. 465 dell'art. unico della legge 27 dicembre 2006, n. 296, che ha demandato al Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con gli altri ministri competenti, di emanare un atto d'indirizzo “volto, ove necessario, al contenimento del numero dei componenti dei consigli di amministrazione delle società non quotate partecipate dal Ministero dell'economia e delle finanze e rispettive società controllate e collegate, al fine di rendere la composizione dei predetti consigli coerente con l'oggetto sociale delle società”. Ancora, contiene un'espressa disciplina della *governance* interna delle società pubbliche, al precipuo fine di una riduzione delle spese per il relativo funzionamento, l'art. 3 della l. n. 244/2007, co. 12, appunto rubricato “*Riduzione dei componenti degli organi societari delle società controllate da amministrazioni pubbliche*”, facendo “salvo quanto previsto da altre leggi”, ha disposto, per gli statuti delle società non quotate, direttamente o indirettamente controllate dallo Stato ai sensi dell'articolo 2359, primo comma, numero 1), del codice civile specifici vincoli relativi al numero massimo dei componenti degli organi di amministrazione e alla riduzione dei relativi compensi; alla previsione di deleghe operative al Presidente e alla tendenziale eliminazione della figura del vicepresidente (salvo che come sostituto del Presidente, senza compensi aggiuntivi); alla disciplina generale delle deleghe; al sistema dei controlli interni, con divieto, in ogni caso, della corresponsione di gettoni di presenza ai componenti degli organi sociali.

decremento degli organi interni di consulenza e proposta¹³⁷, o, ancora, scongiurando il conflitto d'interessi attraverso l'espresso divieto di copertura del ruolo di amministratore in società controllanti e controllate¹³⁸.

Nella logica della "moralizzazione" della gestione delle società pubbliche e del doveroso adeguamento ai principi della concorrenza e del mercato e della rispondenza del contegno dello "Stato - imprenditore" ai modi di operare del comune attore di mercato, si collegano, poi, le discipline degli organi sociali agli esiti economici delle precedenti gestioni¹³⁹.

Dunque, l'art. 6, co. 5 del d.l. n. 78/2010, con solo riferimento agli enti pubblici, anche economici, e agli *organismi pubblici, anche con personalità giuridica di diritto privato*, ha disposto che i medesimi "provvedono all'adeguamento dei rispettivi statuti" al fine di assicurare che, a decorrere dal primo rinnovo successivo alla data di entrata in vigore del decreto "gli organi di amministrazione e quelli di controllo, ove non già costituiti in forma monocratica, nonché il collegio dei revisori, siano costituiti da un numero non superiore, rispettivamente, a cinque e a tre componenti", collegando al mancato adeguamento la responsabilità erariale. Ancora, si ricorda, il d.l. 6 luglio 2012 n. 95, conv. in legge 7 agosto 2012, n. 135: "Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini" c.d. "*spending review*", che ha il primario obiettivo di ridurre fortemente le società pubbliche svolgenti attività "strumentale" nei cfr. alla P.A., e di limitare il c.d. in *house providing*, e pone alcune norme generali in materia di società a totale partecipazione pubblica, anche statale, ancora nella logica della riduzione del numero dei membri degli organi sociali, della razionalizzazione della relativa composizione e dell'"alleggerimento" dei costi di funzionamento, irrigidendone la disciplina.

¹³⁷ Cfr. il co. 12-bis dell'art. 3 L. n. 244/2007, che, appunto, ha limitato la costituzione di comitati con funzioni consultive o di proposta.

¹³⁸ Cfr. art.3, co. 14 L. n. 244/2007, cit.

¹³⁹ Cfr. il comma 734 dell'art. 1 della legge 27 dicembre 2006, n. 296 secondo cui "Non può essere nominato amministratore di ente, istituzione, azienda pubblica, società a totale o parziale capitale pubblico chi, avendo ricoperto nei cinque anni precedenti incarichi analoghi, abbia chiuso in perdita tre esercizi consecutivi". Per una interpretazione "autentica", cfr. l'articolo 3, comma 32 bis, della legge 24 dicembre 2007, n. 244.

Non mancano, poi, disposizioni, che incidono sull'attività – essenzialmente l'attività contrattuale – delle società pubbliche, imponendo sistemi di acquisizione che garantiscano limitati livelli di spesa¹⁴⁰.

Sono, infine, certamente da apprezzare quelle discipline che, nel crisma della doverosa trasparenza nella costituzione, partecipazione e gestione delle amministrazioni a società per azioni, hanno finalmente imposto, rivolgendosi esclusivamente agli azionisti pubblici, gli enti e gli organismi pubblici pubblicino sul loro sito informazioni dettagliate

¹⁴⁰ Si può a tale fine segnalare, ad es., al co. 15 dell'art. 3 della l. n. 244/2007, che ha imposto alle società pubbliche, per la fornitura di beni e servizi, parametri di qualità e di prezzo rapportati a quelli messi a disposizione delle pubbliche amministrazioni dalla Consip s.p.a., motivando espressamente le ragioni dell'eventuale scostamento da tali parametri, con particolare riguardo ai casi in cui le società stesse siano soggette alla normativa comunitaria sugli appalti pubblici. Infine, merita menzione l'art. 2 del d.l. 7 maggio 2012, n. 52, conv. in l. 16 luglio 2012, n. 94, secondo cui, a fini di razionalizzazione e di coordinamento della finanza pubblica, nonché di tutela della concorrenza, il PCM, su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze e del Ministro per i rapporti con il Parlamento, può nominare un Commissario straordinario con il compito "di definire il livello di spesa per acquisti di beni e servizi, per voci di costo, delle amministrazioni pubbliche". "Tra le amministrazioni pubbliche sono incluse tutte le amministrazioni, autorità, anche indipendenti, organismi, uffici, agenzie o soggetti pubblici comunque denominati e gli enti locali, nonché le società a totale partecipazione pubblica diretta e indiretta e le società non quotate controllate da soggetti pubblici nonché, limitatamente alla spesa sanitaria, le amministrazioni regionali commissariate per la redazione e l'attuazione del piano di rientro dal disavanzo sanitario. Alle società a totale partecipazione pubblica e alle loro controllate che gestiscono servizi d'interesse generale su tutto il territorio nazionale tale disciplina si applica qualora abbiano registrato perdite negli ultimi tre esercizi". Come norme "penalizzanti" le cattive gestioni, v. anche, ad es., l'art. 6 co. 19, d.l. 31 maggio 2010 n. 78, conv. in l. 30 luglio 2010, n. 122 - Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica ("manovra economica 1 - decreto anticrisi"), in cui si prevede che: "al fine del perseguimento di una maggiore efficienza delle società pubbliche, tenuto conto dei principi nazionali e comunitari in termini di economicità e di concorrenza, le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196, non possono, salvo quanto previsto dall'art. 2447 codice civile, effettuare aumenti di capitale, trasferimenti straordinari, aperture di credito, né rilasciare garanzie a favore delle società partecipate *non quotate* che abbiano registrato, per tre esercizi consecutivi, perdite di esercizio ovvero che abbiano utilizzato riserve disponibili per il ripianamento di perdite anche infrannuali".

su tutte le partecipazioni societarie detenute, anche indirette e minoritarie, e sui collegamenti esistenti tra le società partecipate e l'ente partecipante ¹⁴¹.

Si tratta di una congerie di regole spesso di difficile lettura sistematica, succedutesi in un breve arco di tempo e certamente bisognose di una adeguata sistematizzazione. Nondimeno, questo “diritto speciale” sembra trovare immanente giustificazione in indeclinabili esigenze di ordine, come più volte evidenziato, essenzialmente economico ma anche in istanze democratiche e di più ampia *accountability* del complesso sistema delle *State Owned Enterprises*. Né, d'altra parte, una “regolazione ulteriore”, rispetto a quella codicistica, per il complesso delle società in mano pubblica appare di per sé incompatibile con la natura privata della s.p.a., laddove non ne siano alterati i tratti essenziali, e con il diritto europeo e globale che si limitano a censurare, non qualsivoglia “specialità”, bensì le sole disposizioni di “privilegio” in favore dell'azionista pubblico.

Ad ogni modo, appare evidente, si tratta ancora di norme riferibili alle “società in mano pubblica” diverse dalle società istituite disegnate *ex lege* per l'esercizio di pubbliche funzioni.

12. SOCIETÀ PUBBLICHE E ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA.

È invece proprio a queste ultime società che trovano piena applicazione quelle particolari norme che, inserite oggi nella disciplina generale dell'“attività amministrativa” recepiscono e insieme alimentano l'evoluzione dell'ordinamento nel senso di un sempre più deciso ingresso delle forme organizzative private nell'amministrazione pubblica le quali, insieme al frequente fenomeno delle “esternalizzazioni”, pongono in primo piano, in luogo

¹⁴¹ V. art. 8 del d.l. n. 98/2011.

della tradizionale amministrazione “in senso soggettivo”, l’oggettivo svolgimento di una “funzione pubblica”¹⁴².

È indubbio che su tali sviluppi hanno esercitato una primaria influenza le nozioni “sostanziali” di “organismo di diritto pubblico” e di “impresa pubblica” di origine sovranazionale, nella misura in cui le medesime sono strumentali alla definizione dell’ambito applicativo della disciplina dei contratti pubblici di rilevanza europea, a prescindere dalle forme giuridiche e dagli istituti tradizionali degli ordinamenti degli Stati membri¹⁴³.

D’altra parte, nel nostro ordinamento, tale regolazione è intesa come funzionale non solo alla diretta protezione dei diritti delle imprese a contendere in un mercato effettivamente concorrenziale¹⁴⁴, ma altresì, pur sempre, agli interessi generali perseguiti

¹⁴² ALB. ROMANO, Relazione di sintesi, cit., V. CERULLI IRELLI, *Pubblico e privato nell’organizzazione amministrativa*, in S. Raimondi, R. Ursi (a cura di), *Fondazioni e attività amministrativa*, cit., passim.

¹⁴³ Cfr. sulla portata delle nozioni e i riflessi sull’ordinamento interno, *ex multis*: V. CAPUTI JAMBRENGHI, *L’organismo di diritto pubblico*, in *Dir. amm.*, 2000, 1, 13 ss., R. CARANTA, *Organismo di diritto pubblico e impresa pubblica*, in *Giur. it.*, 2004, 12, 2415 ss., D. CASALINI, *L’organismo di diritto pubblico e l’organizzazione in house*, Napoli, 2003, M. P. CHITI, *L’organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, Bologna, 2000, R. GAROFOLI, *Organismo di diritto pubblico, criteri di identificazione e problemi di giurisdizione*, in *Urb. e app.*, 1997, 960; G. GRECO, *Ente pubblico, impresa pubblica, organismo di diritto pubblico*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 83, *La privatizzazione per fondazioni tra pubblico e privato*, in *Dir. amm.*, 2004, 3, 447-512, B. MAMELI, *L’organismo di diritto pubblico. Profili sostanziali e processuali*, Milano, 2003, G. P. ROSSI, *Le gradazioni della natura giuridica pubblica*, in *Dir. amm.*, 2007, 3, 685 ss., D. SORACE, *L’ente pubblico tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in AA. VV., *Ente pubblico ed enti pubblici*, Torino, 1994, 62 ss., M. A. SANDULLI, *Imprese pubbliche e attività estranee ai settori esclusi: problemi e spunti di riflessione*, in *Serv. pubbl. app.*, 2004, 4, 5 ss.; ID., *Impresa pubblica e regole di affidamento dei contratti*, in *www. giustamm. it.*, 2008, ID., *L’ambito soggettivo: gli enti aggiudicatori*, in AA. VV., *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2008, 3145 ss.

¹⁴⁴ Cfr. ALB. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, in *Dir. amm.*, 1998, 1 ss., G. M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale dell’amministrazione tra*

dalle stazioni appaltanti¹⁴⁵. Le procedure ad evidenza pubblica sono concepite come momento di formazione della volontà del “contraente pubblico” che si esprime in un procedimento e in atti di natura amministrativa. Di qui l’ammissione che, ad esempio l’organismo di diritto pubblico, altro non è che un soggetto, spesso privato, che pone in essere una pubblica funzione, alla quale inseriscono e devono trovare applicazione tutti gli istituti e i principi connessi.

Così, sia norme di diritto sostanziale che norme processuali¹⁴⁶ finiscono coerentemente per prescindere dal necessario ancoraggio a un’amministrazione tradizionale, essendo il relativo ambito applicativo unicamente riferito, appunto, all’esercizio dell’“amministrazione” intesa come “attività”, quindi in senso oggettivo e “sostanziale”, peraltro esercitata anche attraverso atti di diritto privato¹⁴⁷.

A tal fine, non può non ricordarsi la norma di cui all’art. 22, co. 1, lett. e) della L. 241/1990¹⁴⁸ che in materia di accesso ai documenti amministrativi, enuncia che si intende

autonomia e correttezza, Napoli, 2000, 333, R. CAVALLO PERIN, G. M. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2010, 2, 325.

¹⁴⁵ V., per tutte, Cons. St., Sez. VI, 28 ottobre 1998 n. 1478, in *Foro it.*, 1999, III, 178. In dottrina, v. già A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1938, 455 ss., 512.

¹⁴⁶ Cfr., ad es., l’art. 7 co. 2 del d.lgs. n. 104/2010, sulla disciplina del processo amministrativo, ai sensi del quale «Per pubbliche amministrazioni, ai fini del presente codice, si intendono anche i soggetti ad esse equiparati o comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo».

¹⁴⁷ Cons. St., ad. plen., 22 aprile 1999 n. 4, in *Giorn.dir. amm.*, 1999, 946.

¹⁴⁸ Tale formulazione deriva dalla novella apportata dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15. In precedenza l’art. 23 L. 241/1990 enunciava: “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,

«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»; formula che sembra avere un ambito applicativo più ristretto per i soggetti squisitamente privati che esercitano pubbliche funzioni in virtù di c.d. “esternalizzazioni” e astrattamente più ampio per i soggetti privati solo formalmente, quali le società “speciali” o “di diritto singolare” specificamente deputate al perseguimento di interessi generali ¹⁴⁹.

Così, mentre l’art. 1, co. 1 *ter* della stessa legge generale sull’attività amministrativa, enuncia che «I soggetti privati preposti all’esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei *criteri* e dei *principi* di cui al comma 1¹⁵⁰, con un livello di garanzia non inferiore a quello cui sono tenute le pubbliche amministrazioni in

secondo quanto previsto dall’articolo 24”. Nella versione originaria, peraltro, in luogo della formula “gestori” compariva quella, più ristretta, di “concessionari” di pubblici servizi.

¹⁴⁹ Cfr., per tali orientamenti, formulati già prima che la L. n. 15/2005 riscrivesse l’art. 22 l. n. 241/1990 nel senso di cui nel testo, *ex multis*: Cons. St., Sez. V, 1 ottobre 1999 n. 1248, in Cons. Stato, 1999, I,1594; sugli enti pubblici a struttura privatistica, v., ad es., Cons. St., Sez. VI, 5 marzo 2002 n. 1303, in *Foro amm. - CdS*, 2002, 705, con riguardo agli atti di Poste Italiane s.p.a., Cons. St., Sez. VI, 15 maggio 2002 n. 2618, in *Foro amm. - CdS*, 2002, 1307, sugli atti di Ferrovie dello Stato s.p.a., Cons. St., Sez. VI, n. 24 maggio 2002 n. 2855, in *Foro amm. - CdS*, 2002, 1325, ancora sugli atti di Poste Italiane s.p.a.; analogamente: Cons. St., VI, 7 agosto 2002 n. 4152, in *Foro amm. - CdS*, 2003, 246 ss., Cons. St., Sez. VI, 16 settembre 2002 n. 4660, in *Foro amm. - CdS*, 2002, 2143, Cons. St., Sez. V, 19 settembre 2006 n. 5467, in *Foro amm. - CdS*, 2006, 9, 2536, sugli atti di Acquedotto Pugliese s.p.a.; tra le più recenti: Cons. St., Sez. VI, 19 aprile 2011 n. 2434, in *Foro amm. - CdS*, 2011, 4,1311, sugli atti della società SEL s.p.a., TAR Trentino Alto Adige – Trento, Sez. I, 12 ottobre 2012 n. 305, in *Diritto & Giustizia* 2012, 5 nov., sulla Autobrennero s.p.a.

¹⁵⁰ Secondo cui: «L’attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, 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».

forza delle disposizioni di cui alla presente legge»¹⁵¹, più radicalmente, l'art. 29, co. 1, della stessa chiarisce che (tutte) le disposizioni della legge n. 241 cit. si applicano, oltre che alle amministrazioni statali e agli enti pubblici nazionali, *«alle società con totale o prevalente capitale pubblico, limitatamente all'esercizio delle funzioni amministrative»*.

L'attività amministrativa svolta dalle società a fini pubblici possedute in misura totalitaria o maggioritaria dallo Stato è quindi integralmente equiparata a quella delle amministrazioni tradizionali ai fini dell'applicazione delle fondamentali regole e dei principali istituti del diritto amministrativo.

Si tratta di norme evidentemente non estendibili alle società in mano pubblica che esercitano pura attività d'impresa.

¹⁵¹ F. DE LEONARDIS, *Atti (e regole) dei soggetti concessionari, relazione al Convegno "L'impugnabilità degli atti amministrativi"*, Siena, Certosa di Pontignano 13 – 14 Giugno 2008, su www.giustizia-amministrativa.it.

**STATE-OWNED ENTERPRISES: “COMPANIES - ENTERPRISES”
AND PUBLIC ENTITIES ORGANIZED AS COMPANIES. A
REVIEW OF APPLICABLE RULES.**

2013 ANNUAL REPORT – ITALY

(September 2013)

Maria Grazia DELLA SCALA

INDEX

- 1. INTRODUCTION**
- 2. STATE OWNERSHIP AND PRIVATIZATIONS**
- 3. PUBLIC ENTITIES ORGANIZED AS CORPORATIONS**
- 4. THE STATE’S “SPECIAL POWERS” IN PRIVATIZED COMPANIES AND THE CONTRAST WITH THE EU LAW**
- 5. THE “EXCLUSIVE POWERS” TO APPOINT OFFICERS AND MEMBERS OF THE GOVERNANCE BODIES IN ACCORDANCE WITH THE CIVIL CODE, AND THE “POISON PILL”**
- 6. THE OPERATIONAL LIMITS OF THE SPOILS SYSTEM. .**
- 7. THE LIABILITY OF DIRECTORS OF STATE-OWNED COMPANIES LIMITED BY SHARES AND JURISDICTION ISSUES**
- 8. FINANCIAL CONTROL**
- 9. ACCESS TO EMPLOYMENT AND THE COMPETITIVE-EXAMINATION RULE**
- 10. THE STATE AS SHAREHOLDER BETWEEN “PRIVILEGES” AND LIMITS TO THE CREATION OF, AND INVESTMENT IN, COMPANIES LIMITED BY SHARES**
- 11. ADDITIONAL “ASYMMETRIC” PROVISIONS FOR THE STATE AS SHAREHOLDER: RESTRICTIONS FOR THE PROTECTION OF “PUBLIC FINANCES” AND “MORALIZATION” RULES**

12. STATE-OWNED COMPANIES AND ADMINISTRATIVE ACTIVITY

1. INTRODUCTION.

The current legal framework for State-owned companies is complex and is conditioned first of all by the great diversity of the figures falling within this broad category. This translates into a variety of regulatory systems, mainly due to the nature of the companies in question. The situation is also indicative, on one side, of the basic intent to create a balance between “State” and “market” and, on the other, of the need to preserve public enterprises as a tool to implement social and economic policies while abiding by the rules of fair competition and the principle of equality between State-owned and private companies. On the other hand, it is clear the purpose to allow government authorities to make use of more agile organizational models, compared to the traditional organizational arrangements, to carry out public functions as well as instrumental activities¹, without betraying the

¹ For a distinction within the operations carried out by economic public agencies between pure business activity and functionalized activity, see: ALB. ROMANO, *La concessione di un pubblico servizio*, in various authors, *La concessione di pubblico servizio*, edited by G. Pericu - A. Romano - V. Spagnuolo Vigorita, Giuffrè, Milano, 1995, 11 and see R. CAVALLO PERIN, *Comuni e province nella gestione dei servizi pubblici locali*, Napoli, 1993, 21 et seq., 39 et seq. On the different types of State-owned companies, see the recent description by V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011, 30-33, e 35 et seq. and, among many others, F. G. SCOCA, *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, in *Dir. econ.*, 2005, 239 et seq., G. NAPOLITANO, *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, in *Riv. soc.*, 2006, 5-6, 999, M. CLARICH, *Società di mercato e quasi - amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2009, 2, 253 et seq., ID., *Le società partecipate dallo Stato e dagli enti locali fra diritto pubblico e diritto privato*, in F. Guerrera (edited by), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010, 1 et seq., M.P. CHITI, *Carenza della disciplina delle società pubbliche e linee direttrici per un riordino*, in www.astrid-online.it, C. IBBA, *Le società a partecipazione pubblica: tipologie e discipline*, in C. Ibba, M. C. Malaguti, A. Mazzoni (edited by), *Le “società pubbliche”*, Torino, 2011, 1 et seq., A. MASSERA, *Le società pubbliche: principi di riordino del quadro giuridico. Osservazioni in margine al rapporto Assonime*, su www.astrid-online.it. See the carefully shaped views of M. DUGATO, *Le società a*

constitutional and institutional principles related to “public administration” and the inherent guarantees associated with its role².

These fundamental needs justify, especially in relation to the past few years, the proliferation of rules and regulations on companies in public hands, including wholly-owned State enterprises, with the tendency to subject public companies limited by shares to the general company law system, especially due to the influence of European laws. On the other hand, there is a large number of rules related specifically to the State as shareholder and to its investees, in contrast – though often only apparently – with the development process described above³. Next, there is the large number of “singular” provisions related to those that today are commonly referred to as “companies - governmental entities”⁴.

partecipazione pubblica, in *Giorn. dir. amm.* no. 7/2013, 855 et seq. With special emphasis on local public utilities: E. SCOTTI, *Servizi pubblici locali*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg., 2013, F. LUCIANI, “*Pubblico*” e “*privato*” nella gestione dei servizi economici locali in forma societaria, on www.giustamm.it.

² Reference to the “archipelago” of “State-owned companies”, considering this definition “totally generic and unable to provide an all-inclusive definition”, is made by G. MORBIDELLI, *I controlli sulle società a partecipazione pubblica* in A. Predieri (edited by), *Controlli societari e governo dell’impresa*, Torino, 1999, 99 et seq., now in ID., *Scritti di diritto pubblico dell’economia*, Torino, 2001, 257 et seq.

³ For recent works of a general nature on the subject, attention is called to: M. CAMMELLI - M. DUGATO (edited by), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, 2008, F. SANTONASTASO, *Le società di diritto speciale*, Torino, 2009, F. GUERRERA (edited by), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010, C. IBBA, M. C. MALAGUTI, A. MAZZONI (edited by), *Le “società pubbliche”*, cit., F. FIMMANÒ (edited by), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, Milano, 2011.

⁴ See below, § 3

This paper will attempt to draw, albeit not in an exhaustive manner, a picture to summarize this legislative framework and the main related problems, focusing on State-owned “companies - enterprises” operating in the market but paying attention also, in terms of differences, to the phenomenon of companies organized under private law engaged in public functions⁵.

2. STATE OWNERSHIP AND PRIVATIZATIONS

The current State shareholding system is the outcome of a long and well-known evolution, which should be at least mentioned in general terms here, given that it is the basis of the current legislative framework and it is at the foundation of the main theories on companies in public hands.

The image of the State as a market player, directly or through State-owned companies, dates back, in Italy, to the beginning of last century.

In the 19th century, the laissez-faire ideology produced the essential protection for private property and individual freedoms, while, in the period following the 1861 unification, efforts were made to solidify the new national unity also through the implementation of an integrated market, adopting protectionist measures against foreign

⁵ For a distinction between “business companies” and “quasi-governmental” companies, see Constitutional Court 1 August 2008 no. 326, on www.giurcost.org, Id., 8 May 2009 no. 148, ibidem, in general, the Assonime report published in 2008: “*Principi di riordino del quadro giuridico delle società pubbliche*”, on www.assonime.it, and the recent Report “*Le società a partecipazione pubblica*” – Camera dei Deputati, XVI legislatura, Documenti e Ricerche, on www.documenti.camera.it, in addition to the scholarly works cited above.

imports and, at the same time, relying on market forces. Though State-owned companies were not unheard of, they were definitely a rather isolated phenomenon⁶.

At the dawn of the 20th century, views began to change and public enterprises in the form of State-owned companies began to flourish, from public utilities to banking firms⁷, starting what would be called a lasting “alliance” between public and private capital⁸ but without any intent of introducing State dirigisme in the economy.⁹

State intervention through the direct operation of business firms would intensify after a war or the big economic crises. In particular, it was the crisis of 1929 and its effects on the industrial sector, threatening seriously the banking system, which gave the impetus to the construction of the peculiar Italian model of State ownership. This model featured “public groups” under the direction of economic entities acting as holdings – so-called “management agencies” – where State ownership was concentrated. The first such holding was Istituto per la Ricostruzione Industriale (“IRI”).

This approach gave rise to the phenomenon known as “IRI system”, thus as the “system of State ownership”, the brainchild of the “rationalizing” component typical of the

⁶ This is the case, for instance, of the Loan and Deposit Fund (Cassa Depositi e Prestiti), established in 1863. See S. CASSESE, *La “vecchia” costituzione economica*, in S. Cassese (edited by), *La nuova costituzione economica*, V ed., Roma - Bari, 2012, 11.

⁷ For an accurate reconstruction of this process, reference is made to the well-known study by M. S. GIANNINI, *Le imprese pubbliche in Italia*, in *Riv. soc.*, 1958, f. 2, now in *Scritti*, Vol. IV, 1955-1962, Milano, 2004, 360 et seq.

⁸ F. GARGANO e G. VALERIO, *Memoria sulla società per azioni* (1843), in *Riv. soc.*, 1970, 682, now in A. MIGNOLI (edited by), *La società per azioni. Problemi-letture-testimonianze*, Milano, 2002, II, 892 et seq.

⁹ S. CASSESE, *Loc. ult. cit.*

fascist order¹⁰ which survived fascism and was regarded as compatible with the principles of the “mixed economy” embraced by the republican Constitution.¹¹

IRI, which was established in 1933 on a temporary basis to deal with emergencies, took over bank-owned companies that were experiencing difficulties to restructure them and eventually sell them to other market operators. In 1937, it became a stable entity, a key player in economic growth, especially in the 1950s and 1960s; after it had progressively expanded the scope of its operations.¹²

In the following decades, other management entities were created - such as ENI, EFIM, EGAM, EAGC, ENEL; management agencies owned essentially holding companies that, in turn, had equity investments in operating companies in specific sectors.¹³

¹⁰ For the origins of the system and the place of IRI in the corporatist system, see the seminal study of F. MERUSI, *Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, Milano, 1977, 1 et seq.

¹¹ Reference is made to article 41 of the Constitution. As to scholarly works, the following publications are quite exhaustive: G. MORBIDELLI, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1989, 1, G. GUARINO, *Pubblico e privato nella economia. La sovranità tra Costituzione e istituzioni comunitarie*, in *Quad. cost.*, 1992, G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quad. cost.*, 1992, 1, 7 et seq. More recent: A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007, 22. For a detailed reconstruction of constitutional case law on article 41 of the Constitution, see M. RAMAJOLI, *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 della Costituzione*, Report at the Conference AIPDA «Il diritto amministrativo nella giurisprudenza della Corte costituzionale », 27-28 September 2007, Bologna, in *Dir. amm.*, 2008, 1, 121 et seq.

¹² A. ARMANI - F. A. ROVERSI MONACO, *Le partecipazioni statali. Un'analisi critica*, Milano, 1977, 17 et seq.

¹³ For example, IRI created Finmare in 1936, Finsider and STET in 1937 and, after WWII, Finmeccanica, Fincantieri, Finelettrica. On the system of State-owned companies, reference is made in particular to: S. CASSESE, *Partecipazioni statali ed enti di gestione*, Milano, 1962.

The management agencies were economic public entities, which were required to act according to “cost-effectiveness criteria”¹⁴, with the objective of rewarding the factors of production, though not for profit, acting in accordance with the guidelines set out, in the general interest, by the inter-ministerial committees, CIPI and CIPE. The system was eventually completed with the institution of an ad hoc Ministry, to guide and direct all the public enterprises and companies in public hands¹⁵, the Ministry of State Holdings (Ministero delle Partecipazioni Statali)¹⁶, which ceased operations in 1993¹⁷.

The underlying idea was that the investee companies would not change their nature as a result of partial State ownership and that policies would find a natural limit in the entrepreneurial nature of the economic entities for which they were intended¹⁸.

In addition to the companies included in the “system of State holdings” there were numerous other economic public bodies, which determined the idea of the State as a major enterprise engaged, also in this capacity, in every aspects of Italy’s economy¹⁹

¹⁴ On the “cost-effectiveness criteria” referred to also by law no. 1586/1956, see, among others, A. ARMANI - F. A. ROVERSI MONACO, *Le partecipazioni statali*, cit., 68 and the recent synthesis by M. D’ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2012, 86 et seq.

¹⁵ On these events, see: F. MERUSI, *Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, cit., passim.

¹⁶ Established with law 22 December 1956, no. 1589.

¹⁷ The Ministry of State Holdings was closed down in 1993, following a referendum that repealed the law instituting it.

¹⁸ See N. IRTI, *Dall’ente pubblico economico alla s.p.a. (profili storico-giuridici)*, in various authors, *Le privatizzazioni in Italia*, edited by P. MARCHETTI, Milano, 1995, 366, G. MARASÀ, *Le società senza scopo di lucro*, Milano, 1988, 377, and see Relazione al Codice civile (no. 998).

Excessive political meddling in business decisions and the progressive transformation of State holding management in a “welfare” activity - to help companies that could no longer be helped – as well as the wasteful use of resources, with the resulting burden of these “groups” on public finances-, went against the supranational principles of fair competition, the free market and the prohibition to provide State aid, the European-mandated budget restrictions and, in particular, the discipline dictated by the prospects of the customs union of 1992 and the adoption of the single currency, in accordance with the Maastricht Treaty.²⁰

This and the progressive spread of laissez-faire around the world prompted the start of the privatizations of the early 1990s; these privatizations were first of all “formal”, in that government entities, starting from economic entities – including those that managed State holdings – were changed to companies limited by shares²¹ or adopted other private-law legal forms²²; yet these privatizations were also “substantive”, when the State placed in the market over half of its holdings in a given company.²³

¹⁹ See CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica*, in C. Pinelli, T. Treu (edited by), *La costituzione economica: Italia, Europa*, Bologna, 2010, 127 et seq.

²⁰ See Ministero del Tesoro, del Bilancio e della Programmazione Economica, *Libro Bianco sulle Privatizzazioni*, 2001, su [www. dt. tesoro. it.](http://www.dt.tesoro.it), 13-15 and M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013, 349.

²¹ See, as initial measures, law decree 5 December 1991 no. 381, signed into law on 29 January 1992 no. 35 but, most of all, the subsequent law decree 11 July 1992 no. 333, converted into law 8 August 1992 no. 359, which was the true starting point of the privatization process

²² Particularly important is enabling law no. 59/97 which prescribed the “change to associations or legal entities governed by private law of entities that do not perform functions or services of significant public interest”, with the resulting delegated decrees giving rise to entities that, by law, were formally private.

²³ See Constitutional Court, 28 December 1993, no. 466 in *Foro amm.*, 1995, 298. As to scholarly works, see the following stand out among others: M. CLARICH, *Privatizzazioni e trasformazioni in atto nell'amministrazione*

Therefore, if in the past decades the Italian State's business interests in the economy were comparable to those of socialist States²⁴, the policies adopted in these years resulted in a significant reduction of that presence in the market. However, this is far from being a demise of the "State as shareholder", with the most important aspect being, more than a quantitative shrinkage of its position, the "forced" qualitative change of the rationale underlying State-run business activities.

Currently, the State as shareholder is, in essence, embodied by the Ministry of the economy and finances. In fact, this Ministry has been progressively transferred all the State's holdings²⁵; in addition, this Ministry acts as co-manager or co-policymaker in relation to enterprises owned by the other ministries.²⁶

However, in most cases this Ministry does not act as a "direct" shareholder in "enterprises", which are often held by companies created or resulting from transformations by operation of law – i.e. "instrumental public corporations" - to perform general interest

italiana, in *Dir. amm.* 1995, 519 et seq., M. CLARICH – A. PISANESCHI, *Privatizzazioni (ad vocem)*, in *Dig. Disc. Pubbl. Agg.* 2000, Torino, 432 et seq., R. GAROFOLI, *Le privatizzazioni degli enti dell'economia. Profili giuridici*, Milano, 1998, M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica. Il caso delle s.p.a. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome statali*, Torino, 1997, M. SANINO, *Le privatizzazioni*, Roma, 1997, E. FRENI, *Le privatizzazioni*, in S. Cassese (edited by), *La nuova costituzione economica*, cit., 239 et seq.

²⁴ A. MAZZONI, *Limiti legali alle partecipazioni societarie di enti pubblici e obblighi correlati di dismissione: misure contingenti o scelta di sistema?*, in C. Ibba, M. C. Malaguti, A. Mazzoni (edited by), *Le società "pubbliche"*, cit., 57 et seq

²⁵ For the current shareholdings of the Ministry of the Economy and Finances, see www.mef.gov.it.

²⁶ Suffice to think, among others, of Difesa servizi s.p.a., a "legal" in house company of the Ministry of Defence, which engages in the provision of production activities and technical and administrative support, as per article 535 of legislative decree, 15 March 2010 no. 66: "Code of the military order".

tasks and for the proper implementation of specific economic policies, including through the exercise of shareholder rights.²⁷ Such companies, then, turn policy into actual market choices; they serve, as specified by policy itself, the “public interest”, but in line with the profit-seeking purpose of the “company limited by shares”.²⁸

Thus, when reference is made to the “State as shareholder”, it is clear that all these players call to mind, though with some differences, the old “management agencies”.

Following the wave of privatizations, which were often only formal, new entities have been arising organized as companies limited by shares, with the Ministry of the economy and finances acting as a leading operator and shareholder.

At any rate, current laws on State holdings in enterprises allow the State’s role as shareholder provided that these investee companies serve “significant national interest”, have sound operating performance and financial conditions and “are expected to be profitable in the future”²⁹. It is clear that this is intended to prevent the State from

²⁷ See, among the most significant examples: Cassa Depositi e Prestiti s.p.a., which was changed to a company limited by shares (S.p.A.) by article 5 of legislative decree 263/2003, converted into law no. 326/2003, whose functions were recently redefined by paragraph 8 bis of law decree of 31 March 2011, no. 34, converted into law 26 May 2011, no. 75. See also, for instance, the Agency to attract investments (Invitalia) S.p.A., which was originally regulated by article 1 of legislative decree no. 1/1999 and redesigned by law 296/2006 (Budget law 2007), article 1, paragraph 460).

²⁸ For the relevance of these policies, in the relationship between policy-makers and company: V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, cit., 65. Some scholars regard this type of influence more effective than that implemented through traditional guidance and supervision powers: G. P. ROSSI, *Gli enti pubblici*, Bologna, 1991, 182; see also M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica*, cit., 124-125.

²⁹ See article 7 of law decree 31 March 2011 no. 34, which includes paragraph 8 bis in article 5 of law decree 269/2003, converted into law no. 326/2003, for the change of Cassa Depositi e Prestiti to a company limited by shares. See also, for instance, article 1, paragraph 2 of legislative decree no. 1/99, as amended by article 1 of legislative decree 14 January 2000, no. 3, with respect to Invitalia S.p.A.

becoming a “cash dispenser” disguised as a shareholder, as it is required to comply with market and competition rules, acting, in its pursuit of the long-term general interest, as a “prudent businessman”³⁰, according to European imperatives.

3. PUBLIC ENTITIES ORGANIZED AS CORPORATIONS.

In addition to “companies in State hands”, which were quite common as early as last century, the past few years have seen a proliferation of companies limited by shares established, by operation of law, to pursue the general interest or to perform instrumental activities or as a result of the formal transformation of pre-existing public entities, largely of an economic nature.³¹

These entities operate under a “singular law” (i.e. “ad hoc rules for the specific entity”) which deviate substantially from those laid down by the civil code for companies limited by shares. Such entities are created by operation of law or on the basis of an express

³⁰ On this aspect, see V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Gli aiuti di stato nel diritto comunitario vivente*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1998, 6, 1259 et seq., P. LAZZARA, *La pubblica amministrazione come imprenditore privato*, in *Proceedings of the Conference AIDPA 30 September-1 October 2011, L’atto autoritativo: convergenze e divergenze tra ordinamenti*, Napoli, 2012, passim, F. GHELARDUCCI - M. CAPANTINI, *Gli aiuti di Stato e il “principio dell’investitore privato” negli orientamenti della Commissione e nella giurisprudenza comunitaria*, in *www.astrid-online.it.*, M. G. DELLA SCALA, *Società per azioni e Stato imprenditore*, Napoli, 2012, 234 et seq.

³¹ Suffice to think – among many other examples of companies established by Law to pursue the public interest, according to a plan that deviates from the rules laid down in codes and such as to attribute them instrumental role with respect to government– of such companies as Italia Lavoro s.p.a., Arcus s.p.a., Invitalia s.p.a., Consip s.p.a., Equitalia s.p.a., Coni Servizi s.p.a., Simest s.p.s., ecc.; tra quelle derivanti dalle privatizzazioni di preesistenti enti pubblici: Enav s.p.a., Eur s.p.a., Anas s.p.a., Cassa Depositi e Prestiti s.p.a., Sace s.p.a., etc.

authorization issued by Parliament³², with “necessary” government shareholders and “unsaleable” equity investments as well as with a legal definition of share capital, corporate purpose, registered office and name. In addition, often these entities feature mechanisms for the appointment of officers and governance bodies exercised outside general meetings of shareholders; special ways for the government shareholder(s) to exercise their rights; submission to external policies. Sometimes, express reference is made to the control powers of the Court of Accounts, as exercised with respect to public entities or to the possibility for the company to be represented legally by the Italian State Attorney.³³

These figures are not unknown to pre-existing State³⁴ and regional³⁵ legislation; actually, they were rather common as early as the 1970s and were the subject of important

³² See P. PIZZA, *Società di diritto singolare: rassegna 1999-2003*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 4, 372 et seq.

³³ For an illustration of these rules, see P. PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Milano, 2007, G. GRÜNER, *Enti pubblici a struttura di S.p.A. Contributo allo studio delle «legali» in mano pubblica di rilievo nazionale*, Torino, 2009. For a similar phenomenon that concerned entities constituted in the forms under book I of the civil code: S. DE GÖTZEN, *Le «fondazioni legali» tra diritto amministrativo e diritto privato*, Milano, 2011. In general terms, last but not least: D. MARRAMA, *Soggetti «legali» e autonomia privata. Sui limiti dei poteri legislativi e dell'interpretazione*, Torino, 2012.

³⁴ The most telling case is that of Agecontrol s.p.a., which was qualified by Law as “a public-law legal entity”, established under article 188 law no. 887/1994, implementing article 1 of Council Regulation (EEC) no. 2262/84, to exercise public control functions to aid olive oil production. This company’s functions were specified by law decree no. 701/1986, redrawn by legislative decree no. 419/1999, as they were extended to controls over the fruit and vegetable market, and revised further by subsequent legislation.

³⁵ This refers first of all to “regional financial companies”, for which see G. SANVITI, *Società finanziarie regionali*, in *Enc. Giur. Trecc.*, Milano, Giuffrè, XXIX, 1993, A. PREDIERI, *Le società finanziarie regionali*, Giuffrè, Milano, 1972, 16, 30 et seq., E. BUGLIONE, *Le finanziarie regionali pubbliche*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1975, 172.

studies, though limited in number, in the last century³⁶. For the purposes of the relevant rules, case law, in the name of a certain formalism, has long been paying little attention to any systematic-reconstructive question, emphasizing instead organizational form and considering, in essence, every company limited by shares a private entity and company law applicable for every aspect not otherwise governed by the singular legislation concerning the specific company.³⁷

In the last two decades, the debates and uncertainties on these particular figures have been extensive in legal discourse, due their constant increase in positive law. While there has been a certain resistance to admit the “public nature” of the entities in question or, otherwise, the preponderance of such public nature for purposes of the reconstruction of the overall applicable provisions, over time both prevailing scholarly views, and consequently case law, have progressively recognized a certain “neutrality” of the corporate organizational form.³⁸

In the wake of the most important studies on the concept of “instrumental entity”, administrative law scholars, in particular, have emphasized the regulatory elements that shape the types of connection between “legal company” and State administration – i.e. “indicators of public nature” - thus of the relevant “functionalization” for public interest

³⁶ Attention is called in particular to works by C. IBBA, *Le società “legali”*, Torino, 1992 and even before, on the uncertain figures of the “enterprises” for public interest purposes organized as legal entities: G. ARENA, *Le società commerciali pubbliche*, Milano, 1942

³⁷ This is the reasoning, for instance, of the United Sections of the Court of Cassation for the recognition of the private nature of Agip s.p.a., See Cass. United Sections, 26 April 1940 no. 1337, in *Foro amm.*, 1940, II, 97, rejecting the different conclusion of the Council of State in its decision of 19 January 1938, no. 33, now in *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 2001, 235 et seq. Actually, the configuration of public agencies in corporate form cannot be ruled out, at least in theory, but this form suggests the “assumption” of a private legal status.

³⁸ See, for example, State Council, Sect. VI, 7 September 2002 no. 4711, in *Riv. Corte Conti*, 2002, 5, 224.

purposes³⁹, allowing the definition of these companies as “instrumental public corporations”⁴⁰, even though organized as private-law entities⁴¹. This tendency has arisen several times,, also in the case law of the Constitutional Court.⁴²

According to a different view, consideration is given to the extent of the deviations from common company law to appreciate the distance from the general “type” of company limited by shares and to qualify or not the company as a “true” company limited by shares.⁴³

³⁹ For the importance of functionalization for the purpose of the definition of the public nature of the entity, see as fairly representative of all the works in the area: ALB. ROMANO, *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo*, in various authors, *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, I, 145 et seq., 152-156.

⁴⁰ For significant considerations on this notion: V. OTTAVIANO, *Considerazioni sugli enti pubblici strumentali*, Padova, 1959, now in *Scritti giuridici*, Milano, 1992, III, 429 et seq., G. MIELE, *La distinzione tra ente pubblico e privato*, in *Studi in memoria di R. Ferrara*, Milano, 1943, now in *Scritti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1987, 365 et seq.

⁴¹ Allow me to refer to M. G. DELLA SCALA, *Le società legali pubbliche*, in *Dir. amm.*, 2005, 2, 391 et seq.

⁴² See first of all the well-known pronouncement of the Constitutional Court of 19 December 2003 no. 363, in *Foro amm. – CdS*, 2003, 3566, where Italia Lavoro s.p.a. is considered an “instrumental entity” of the State on the basis, among others, of the consideration that this company is “a special public company limited by shares with capital totally paid in by government”; that the Ministry of the Treasury exercises shareholder rights as directed by the President of the Council of Ministers, in agreement with the Ministry of labour and social policies; that this company cannot choose its tasks on its own but they are instead indicated on the basis of the above-mentioned provisions and consist, in essence, in the supply of services intended to promote employment – and especially socially useful employment as an active labour policy tool – throughout the entire national territory, particularly with respect to the more disadvantaged situations”.

⁴³ For a summary of the different positions, see P. PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare*, cit., 308 et seq.

However, these perspectives seem to be mostly complementary to the extent that, for qualification and regulatory purposes, once the “specialty” of the company is identified and the difference with the “general type” is established, it is necessary to evaluate its “substance” and its rationale to determine whether the company is part of the “public administration” in a subjective sense.⁴⁴

At any rate, today it is commonly accepted that the nature of a company in public hands should be considered on the basis of the criterion of the “substantive public nature”, by looking at the manner of incorporation, its organizational profiles, the nature of the activity performed, and the purpose pursued.⁴⁵

In addition to the provisions of the individual singular laws, the legal nature of the entity organized as a company limited by shares is relevant today, for instance, in terms of controls by the Court of Accounts and the kind of liability of its directors; perhaps in terms of the legal nature of the acts taken to select staff for the purposes of access to employment; in terms of the extension of the rules on access to administrative documents; and, more generally, in terms of the possibility to apply the general law on the administrative procedure, no. 241/1990, just to mention but a few controversial issues.

Lawmakers, too, have finally adopted and helped along – though not always in a systematic and fully consistent manner - this progressive extension of administrative law, despite the use of private-law legal forms. This in the name of a “substantivist” view of phenomena and the need, commonly referred to, that the private-law parts of the State’s organization do not end up eluding constitutional and institutional principles and the

⁴⁴ R. GAROFOLI, *Le privatizzazioni degli enti dell’economia. Profili giuridici*, cit., 381, M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica*, cit., 103. For the thesis on the need to “pierce the corporate veil”: F. GOISIS, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica*, Milano, 2004, 247.

⁴⁵ State Council, Section VI, 11 January 2013 no. 122, on www.giustizia-amministrativa.it.

fundamental safeguards that, in the Italian system, are related to the “public administration” and the “exercise of the administrative function”.⁴⁶

This will be addressed in the following paragraphs.

4. THE STATE’S “SPECIAL POWERS” IN PRIVATIZED COMPANIES AND THE CONTRAST WITH THE EU LAW.

In the path to the progressive “despecialization” of the rules on State-owned companies, attention is called to developments in the so-called “golden share”.

The substantive privatization of public economic entities was subject in some cases - largely in the utilities sector to be liberalized and in the sectors considered strategic for the national community – by the addition, in the articles of association of the companies resulting from the change, of “special powers” in favour of the State in its capacity as shareholder.

Article 2 of law decree no. 332 of 31 May 1994 provided that – for defence, transportation, telecommunications, and energy companies, as well as other utilities - “a decree of the President of the Council of Ministers adopted upon proposal of the Minister of the treasury, in agreement with the Ministers of the budget and economic planning and the industry, commerce and artisanship as well as with the Ministers responsible for the sectors concerned, following a notice to the competent parliamentary commissions” should identify those whose articles of association that. should be amended “before any action resulting in the loss of control” via the introduction of a clause, approved by the body of

⁴⁶ See V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, cit., 30 et seq.

shareholders in a general meeting of shareholders, attributing to the Ministry of the treasury one or more “special powers”, such as: “approval” for significant equity investments; “approval” for pacts or agreements on voting rights and the purchase or transfer of shares, involving at least one-twentieth of share capital represented by shares with voting rights in the general meeting of shareholders (...); “veto” to the adoption of resolutions to wind up the company, to transfer the company, to merge, to demerge, to transfer headquarters abroad, to change the corporate purpose, to amend the articles of association in ways capable of repealing or changing the above powers; “appointment” of at least one director or a number of directors not greater than one-fourth of the members of the board and one statutory auditor”.

This is the recognition, in the founding document of companies limited by shares, of “exceptional” powers, which deviate from those established by company law, for the shareholding public body, which formally are not inherent in any share.⁴⁷

However, in addition to the principle of the “neutrality” of the supranational order with respect to share ownership, given that both State-owned and private firms can operate in the market⁴⁸, the European Treaties establish the “equality” of both types of company⁴⁹, with the obligation for the States to reduce “special regimes”, which are rather common in

⁴⁷ See P. LAZZARA, *Libera circolazione dei capitali e “golden share”*, in *Foro amm. CdS*, 2002, 1607 et seq.

⁴⁸ See article 345 TFEU (ex article 295 TEC), whereby, in fact: “The Treaties shall in no way prejudice the rules in Member States governing the system of property ownership”.

⁴⁹ See article 106 of the Treaty on the functioning of the European Union (formerly article 86 TEC) and, for credit entities, articles 123 and 124.

the different legal orders, laying down special rules in favour of the “State as entrepreneur” and the “State as shareholder”.⁵⁰

Accordingly, the European institutions have taken a negative view of golden shares and “special powers”, which are considered violations of the “golden rules” of the single market and the economic freedoms called for by the Treaties, particularly the “right of establishment” and the “free movement of capital”.⁵¹

⁵⁰ See also directive 2006/111, of 16 November 2006 “on the transparency of financial relations between Member States and public undertakings as well as on financial transparency within certain undertakings”, which replaces oft-amended directive EC 723/80. The 5th “whereas” provides that “the Treaty requires the Commission to ensure that Member States do not grant undertakings, public or private, aids incompatible with the common market”.

⁵¹ See first of all article 26 of the consolidated text of the Treaty on the functioning of the European Union (ex article 14 of the TEC) and article 63, paragraph 1, of the Treaty (ex article 56 of the TEC). The first freedom, according to a widely-accepted interpretation, the ability of a citizen of a Member State to acquire equity interests in companies established in another Member State to such an extent as to “allow him to influence decisions” by the company and “to allow him to direct its activity”; the second includes the ability to make “direct investments” to such an extent as to allow effective “participation” “in the management of the company or in its control”. See for all: EU Court of Justice, First Chamber, 10 November 2011, no. 212, C-212-09, EU Comm. v. Republic of Portugal, in www.eur-lex.europa.eu. According to EU law, these freedoms can be sacrificed only in the presence of “fundamental interests” and through suitable, proportionate and non-discriminatory measures. See article 65 TFEU (ex article 58 TEC) which recognizes the right of member States (...) to take all requisite measures to prevent infringements of national law and regulations (...), or to or to lay down procedures for the declaration of capital movements for purposes of administrative or statistical information, or to take measures which are justified on grounds of public policy or public security, without prejudice to the applicability of restrictions on the right of establishment which are compatible with the Treaties, provided that these restrictions are not covert discriminations. In this sense: European Court of Justice, 13 May 2003 no. 98, C-98/01, Com. v. *United Kingdom of Great Britain*, in www.eur-lex.europa.eu, European Court of Justice, 28 September 2006 no. 282, C-282/04 and C-283/04 *Commission v Netherlands* in www.eur-lex.europa.eu, a case where the absence of any condition that justifies “special rights” is indicated.

Therefore, the special powers involving authorizations or prior consent by “public authorities” (including through “instrumental companies”) for privatized companies to carry out certain transactions or to manage their operations are regarded as contrary to the above “single market” principles, both because they are intended to protect interests that are not in keeping with the exceptions permitted by the Treaty and because they are based on grounds that are too generic and disproportionate with respect to the objectives pursued.⁵² These considerations were extended also to powers of veto and opposition⁵³, even though they are considered less pervasive than those exercisable *ex ante*.

On the other hand, it does not matter whether these “powers” are set out in the articles of association⁵⁴. What matters is the special role of the public shareholder with respect to the rules applicable to the private sector, which is enough to dissuade entrepreneurs and investors from acquiring shareholdings that would allow them to exercise influence or even to make mere “portfolio” investments.⁵⁵

⁵² Among others: European Court of Justice, First Chamber, 8 July 2010 no. 171, C-171/08, *EU Commission v Republic of Portugal*, in www.eur-lex.europa.eu.

⁵³ See, for example, European Court of Justice, Third Chamber, 26 March 2009 no. *Commission v Republic of Italy*, in www.eur-lex.europa.eu; see European Court of Justice, 23 May 2000, C-58/99, *Commission v Republic of Italy*, *ibidem*. See also, e.g., European Court of Justice, Sect. I, 11 November 2010 no. 543, *Commission v Republic of Portugal*, in www.eur-lex.europa.eu, on *Electricidade de Portugal SA*. See T. AJELLO, *Le golden shares nell'ordinamento comunitario: certezza del diritto, tutela dell'affidamento degli investitori e "pregiudiziale" nei confronti dei soggetti pubblici*, in *Dir. unione eur.*, 2007, 4, 815 et seq.

⁵⁴ Among others: European Court of Justice, First Chamber, 10 November 2011 no. 212, C-212/09, *Commission v Republic of Portugal*, in eur-lex.europa.eu.

⁵⁵ Particularly meaningful is the decision by the European Court of Justice, 13 May 2003 no. 98, C-98/01, in www.eur-lex.europa.eu, *Commission v United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*.

Even though the provision under law no. 448/1999 (budget law 2000), which – somewhat contrary to the original rules – required the inclusion of the above powers in the articles of association “in suitable and proportionate manners and extent”, in view of the need to protect “significant and fundamental reasons of public interest - concerning essentially “public peace”, “public health”, and “defence” – did not prevent the Court of Justice from handing down its negative decision ⁵⁶; this because the law was enacted after the end of the period necessary to correct the violation. Thus, the cited law decree no. 332/1994 was regarded as unlawful because the special powers laid down therein were judged able to give the Italian State a “potential discrimination power” which could be used “arbitrarily”.

Eventually, the rules were amended by article 4, paragraph 228 of law no. 350 of 24 December 2003 (2004 budget law). The “special approval powers” were changed, in essence, to powers of opposition *ex post*; a “veto” would have to be “duly reasoned in relation to the actual damage inflicted to the State’s vital interests” while an “appointment” would concern only a director without voting rights. The decree of the presidency of the Council of Ministers of 10 June 2004, moreover, mandated the exercise of said powers subject to “serious and actual risks” of damage to essential goods, such as security of energy sources, public service obligations, security of grids and plants, national defence and military security.

However, the supranational institutions did not consider these amendments sufficient to solve the differences with the European legal order. Thus, in 2009 the Commission started a new infringement procedure (no. 2009/2255). As a result, article 3, paragraph 2, of law decree no. 21 of 15 March 2012, no. 21, as converted into law no. 56 of 11 May 2012 finally repealed the above rules effective as of the date of entry into force of the new decrees of the President of the Council of Ministers which must identify the companies requiring “special powers” (article 1 of cited law decree).

⁵⁶ European Court of Justice, 23 May 2000 no. 58 C-58/99, in *Giur. it.*, 2000, 1657

These decrees are nowadays called upon to identify: “*the activities of strategic relevance for the defence system and national security, including key strategic activities*”, in relation to which (...) the following powers may be exercised in the presence of an “*(actual) threat of serious harm to the essential interest of national defence and security*”:

a) introduction of specific conditions related to the security of supply lines, security of information, technology transfers, export control in case of purchases, for any reason, of equity interests in companies performing *key strategic activities for national defence and security*”; “b) veto to the adoption of resolutions by the company’s body of shareholders or governance bodies on any merger or demerger of the company, sale of the company or of any branch or subsidiary thereof, transfer of headquarters abroad, change in the corporate purpose, wind-up of the company, amendments to any clauses of the articles of association adopted pursuant to article 2351, third paragraph, of the Italian civil code or introduced pursuant to article 3, paragraph 1, of law decree no. 332 of 31 May 1994 as amended, “any transfer of property rights or rights of use related to tangible or intangible assets or the assumption of restrictions limiting their deployment”; c) opposition to the purchase, for any reason, of equity investments by entities other than the Italian State, Italian public bodies or entities under their control, “if the buyer comes to achieve – directly or indirectly, including via subsequent purchases through third parties or otherwise related parties – a level of share ownership with voting rights capable of jeopardizing in the specific case national defence and security interests (...).⁵⁷

This would seem to have solved all the differences of the Italian system with the European legal order, which tolerates very limited departures from common company law, provided that such departures are grounded in “specific and objective circumstances”, such as the “effective and sufficiently serious threat to one of the collectivity’s fundamental

⁵⁷ For the implementation of these provisions, see decree of the President of the Council of Ministers no. 253 of 30 November 2012 “Rules on the identification of activities of strategic relevance for the national defence and security system, in accordance with law decree no. 21 of 15 March 2012, converted into law, as amended, by law no. 56 of 11 May 2012”.

interests”⁵⁸. Yet, as the special role of certain government-owned companies in terms of common company law loses relevance, on the other hand certain “non-transitory” needs seem to be arising which justify the presence of some limited “special” powers attributable to the State, closely related to its sovereign prerogatives.

As to the legal nature of the above “special powers” and the acts through which they are exercised, despite some opposing views, it seems to be widely accepted the notion that such nature is grounded in public law,⁵⁹ falling therefore within the jurisdiction of administrative courts.

On the other side, any problem of jurisdiction seems to have been recently solved at the root by Parliament, which devolved any dispute to the exclusive jurisdiction of the administrative courts.⁶⁰

In fact, article 3 of law decree 21/2012 laid down procedural rules amending and supplementing legislative decree no. 104 (Code of judicial proceedings before

⁵⁸ Such “permitted” purposes might include for example, the reinforcement of “public security”, such as the need to protect energy grids and oil supplies, or the telecommunication grid (in cases of crisis, war, or terrorism”. See among others: European Court of Justice, 14 March 2000, C-54/99, *Association Eglise de Scientologie de Paris and other v Republic of France*, on www.eur-lex.europa.eu, Id., 4 June 2002 no. 483, C-483/99, *Commission v Republic of France*, ibidem, Id., Third Chamber, 26 March 2009 no. 326, C-326/07, *Commission v Republic of Italy*, cit. and see Communication of the Commission on Certain Legal Aspects Concerning Intra-EU Investment (97/C 220/06), in EC Official Journal no. C 220, 19 July 1997. On the other hand, no restrictions would be justified by the need, for instance, “to avoid any financial market turmoil” and to protect “competition”: Id., 4 June 2002 no. 367, C-367/98, *Commission v Republic of Portugal*, ibidem, European Court of Justice, Sect. I, 8 July 2010 no. 171, C-171/08, *Commission v Republic of Portugal*, in www.eur-lex.europa.eu

⁵⁹ See also the considerations by the European Court of Justice, 13 May 2003 no. 98, C-98/01, in www.eur-lex.europa.eu.

⁶⁰ See State Council, plenary conference, 3 June 2011 no. 10, in *Foro amm. – CdS*, 2011, 6, 1842, and see Constitutional Court, 10 February 1997 no. 29, in *Giur. cost.*, 1997, 233.

administrative courts), designed to extend the exclusive jurisdiction of the administrative courts over disputes relating to the exercise of the special powers inherent to strategically relevant activities in defence and national security as well as in the energy, transportation and communication sectors⁶¹; to extend the necessary functional responsibility of the administrative regional court (TAR) of Lazio, venue of Rome, for disputes related to the exercise of the above special powers⁶²; to apply the fast track procedure under article 119 of the Code of administrative court procedure to measures adopted in exercising the above special powers.⁶³

5. THE “EXCLUSIVE POWERS” TO APPOINT OFFICERS AND MEMBERS OF THE GOVERNANCE BODIES IN ACCORDANCE WITH THE CIVIL CODE, AND THE “POISON PILL”.

Generally, the regulatory system for State-owned companies has always been central in the debate on the Italian legal order, even though lawmakers decided from the very start not to enact any special provisions for them. In fact, according to the civil code, they are subject to the same rules as private companies limited by shares, including exposure to bankruptcy proceedings.⁶⁴ This seemed to signal the specific choice to preserve the purely private nature of companies limited by shares, even though “in public hands”, limiting to the utmost any distinction in the legislation.

⁶¹ See new article 133 of Code of judicial proceedings before administrative courts., para. *z quinquies*.

⁶² See new article 135 of Code of judicial proceedings before administrative courts

⁶³ See new article art. 119 of Code of judicial proceedings before administrative courts.

⁶⁴ Actually, article 2221 of the civil code shields “public bodies” from bankruptcy, not State-owned companies.

This reconstruction was also helped, during the long phase of the “system of State-owned enterprises”, by the approach whereby investments were held by public economic entities and not directly by the State through a Ministry; in this way, the State exercised, in principle, its policy-making powers by setting targets for the management agencies while State holding agencies could easily exercise their influence on investees solely through the common mechanisms of company law.

However, the original version of the civil code – regardless of the above rules resulting from the privatization processes – did permit exceptions to general company law in matters of appointments made outside general meetings⁶⁵ of shareholders. Article 2458 of the civil code provided that when the State or other public bodies had equity investments in a company limited by shares, the articles of association could allow them to appoint one or more directors, or statutory auditors – with the same rights and obligations as those appointed by the body of shareholders in general meetings - who could be terminated only by the appointing entity. Similar provisions could concern also companies that did not have the State as shareholder (article 2459).

It is affirmed that companies limited by shares held in whole or in part by the An even greater impact in terms of possible exceptions to company law was the definition of a company limited by shares as a “national interest company” (article 2461 of the civil code), which was subject to the general rules on companies limited by shares “in keeping with the special laws that lay down for these enterprises special provisions on management, the transferability of shares, the right to vote and the appointment of directors, statutory auditors and managers”. This was the admission that there were companies governed by “special laws” that characterize the experience of positive law, in addition to the large number of the above-mentioned “singular law” companies.

⁶⁵ Article 2460 of the civil code provided that the chairman of the board of statutory auditors had to be selected from among State-appointed statutory auditors.

According to several legal scholars, the appointment of directors and statutory auditors by the State outside the mechanisms of general meetings of shareholders, according to the cited civil code provisions, reflected the exercise of private law powers.⁶⁶ Others, instead, saw the process through the lenses of public law, equating appointments and removals to administrative measures.⁶⁷

Lastly, there was a school of thought that distinguished between State-owned company and company without the State among its shareholders, considering the public nature of the above actions only in the second case.⁶⁸

In most instances, case law would not have accepted the State's appointments and removals of members of the governance bodies as administrative measures under current legislation, regarding them instead as the province of "special private law of Public Administration", with the necessary consequences in terms of jurisdiction.⁶⁹

⁶⁶ See R. URSI, *Riflessioni sulla governance delle società in mano pubblica*, in *Dir. amm.*, 2004, 747 et seq., A. MALTONI, M. PALMIERI, *I poteri di nomina e revoca in via diretta degli enti pubblici nelle società per azioni ex art. 2449 c.c.*; in *Dir. amm.*, 2009, 2, 267 et seq. Lately, reference to "special private law" was made by V. DONATIVI, *La nomina pubblica alle cariche sociali*, cit., 243.

⁶⁷ F. A. ROVERSI MONACO, *Revoca e responsabilità dell'amministratore nominato dallo Stato*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, I, 258 et seq., G. VERUCCI, *La revoca dell'amministratore nominato dallo Stato o da enti pubblici*, in *Riv. dir. comm.*, 1965, II, 35 et seq. In case law, see e.g. Cass. 15 July 1982 no. 4139 in *Giur. comm.*, 1983, II, 509.

⁶⁸ A. SCOGNAMIGLIO, *Sulla revoca dell'amministratore nominato dallo Stato o da enti pubblici ex art. 2458 c.c.*, cit.

⁶⁹ For a distinction between "relationship provisions", which govern the interaction of all the persons and entities in a legal order, and "action provisions", which govern the powers of Government (or, according to a different approach, which protect legitimate interests), in order to draw the line between the jurisdiction of ordinary courts and that of administrative courts: Cass. United Sections 4 July 1949 no. 1657, est. Ferrara, in *Foro it.*, 1949, I, c. 926 et seq. For the acceptance of two different sets of provisions related to Government, see, among others: Cass.

State do not change their private-law nature because of their ownership structure; the relationship between the company and the public entity is understood to be of “total autonomy”, to the extent that the latter is prohibited from influencing unilaterally company actions through the exercise of authoritative powers, since it can operate solely with the tools made available by company law, through State-appointed members of the company’s governance bodies ⁷⁰. The power to appoint directors in companies where the State is the majority shareholder derives from the State’s ownership rights, hence the jurisdiction of ordinary courts in connection with disputes on the foregoing appointments and removals. ⁷¹

The negative decisions by European institutions on special regimes in favour of the State and public bodies involved also the general “exclusive” powers to appoint members of governance bodies, directors first of all, such as those provided for by the civil code in Italy, these powers being considered – although apparently with a more limited

United Sections, 8 May 1980 no. 3024, in *Riv. giur. ed.*, 1980, I, 544, Cass. United Sections, 11 April 1981 no. 2113, in *Giust. civ.*, 1981, I, 2008, Cass. United Sections, 4 March 1983 no. 1622, in *Rass. avv. Stato*, 1983, I, 315, Cass., United Sections, 11 July 1984 no. 4056, in *Giust. civ. Mass.*, 1984, fasc. 7, Cass. United Sections, 6 October 1988 no. 5395, in *Giust. civ. Mass.*, 1988, fasc. 10, Cass. United Sections, 3 April 1989 no. 1590, in *Foro it.*, 1989, I, 3145, Cass. United Sections, 10 April 1992 no. 4411, in *Foro it.*, 1992, I, 2671, Cass. United Sections, 11 November 1994 no. 9418, in *Giust. civ. Mass.*, 1994, fasc. 11, State Council, Section IV, 5 October 2004 no. 6489, in *Foro it.*, 2006, 4, III, 201, TAR Roma, Lazio, First Chamber, 24 April 2007 no. 3623, in *Foro amm. TAR*, 2007, 4, 1340, State Council, Section VI, 8 September 2009 no. 5266, in *Foro amm. CdS*, 2009, 9, 2080, State Council, ad. pleno., 24 May 2007 no. 8, in *Foro amm. CdS*, 2007, 5, State Council, ad. pleno., 22 October 2007 no. 12, *su www.giustizia-amministrativa.it*, State Council, Section IV, 24 February 2011 no. 1239, *Ibidem*. On the traditional allocation of jurisdiction on the basis of the subjective legal situation in the case, subjective right – ordinary jurisdiction/administrative power – administrative jurisdiction, see for all: ALB. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975, ID., *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa dopo la legge n.205 del 2000* (Epitaffio per un sistema), in *Dir. proc. amm.*, 2001, p. 602.

⁷⁰ Cass., United Sections, 15 April 2005, no. 7799, in *Foro it.*, 2005, I, 2726.

⁷¹ See, e.g., State Council, Sect. V, 13 June 2003, no. 3346, in *Foro amm. - CdS*, 2003, 1894

weight with respect to the “golden share” - as restrictions to economic freedoms and departures from the principle of “equal treatment of shareholders”⁷², as laid down in the European rules to harmonize company laws.

The introduction of such provisions into company law was of little consequence, as they are intended to attribute rights that cannot be granted to regular shareholders; nor did it matter that they were based on articles of association, given the difficulty to amend them and the possibility for the State and the other public bodies to maintain, through them, “long-lasting and direct economic ties” with the company.

With decision 6 December 2007, C-463/04 and C-464/04⁷³, the First Chamber of the European Court of Justice considered unlawful those Italian provisions that allowed the exercise of “direct” appointment powers pursuant to article 2449 of the civil code, thus enabling the State (and other public bodies) “to participate in a more significant manner in the activity of the board of directors of a company limited by shares than their status as shareholders would normally allow”. To this end, the Court considered whether article 2449 of the civil code, either by itself or in conjunction with the powers still attributable to the public body pursuant to law decree 332/1994, was in contrast with article 56 TEC. It was observed how, even though such “right of appointment” was not “permanent”, considering that it appeared in the articles, as it might be amended upon a subsequent

⁷² See article 42 of the second EEC directive 77/91 to harmonize company law; in the presence of different classes of shares, the principle refers to “equal treatment” of shareholders of the same class. See G. OPPO, *Diritto delle società e attuazione della 2a direttiva CEE. Il decreto di attuazione in Italia. Rilevi sistematici*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, I, 565 et seq., now in *Scritti giuridici*, II, *Diritto delle società*, Padova, 1992, 440 et seq., and see F. SANTONASTASO, *Dalla “golden share” alla “poison pill”: evoluzione o involuzione del sistema? Da una prima lettura del 381°- 384° comma dell’art. 1 l. 23 December 2005 no. 266*, in *Giur. comm.*, 2006, 3, 383 et seq., F. GOISIS, *La natura delle società a partecipazione pubblica tra interventi della Corte europea di giustizia e del legislatore nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, 1, 396.

⁷³ C-463/04 and C-464/04, *Ass. azionariato diffuso Soc. AEM C. Com. Milano*, in www.eur-lex.europa.eu, related to AEM, a company owned by the Comune di Milano engaged in the distribution of gas and power.

revision of such articles, the public body still enjoyed a “relatively high degree of protection”, as it could “benefit from the guarantee of continuity which the articles of association of a company limited by shares provide”, since amendment of those articles requires a “qualified majority” of shareholders⁷⁴.

On closer scrutiny, these considerations concern in essence mixed-ownership enterprises engaged, at least in theory, in business activities. Actually, it is precisely the companies operating under this model that need to be placed “on an equal footing” with private firms, so as to comply with the EU and “global” principles to protect market competition.⁷⁵

The experience of the golden share and special powers, especially in privatized companies, represented a chance to systematize the Italian “private company law”, inclusive of rules on “companies – enterprises” in public hands.

While article 2450 – which had incorporated the provisions of the former article 2459 of the civil code after the company law reform⁷⁶ – was repealed⁷⁷, also article 2449,

⁷⁴ Thus, to amend the articles of association, the private operator would have needed a “much larger investment” than that required – in other circumstances and according to company law – for such operator to influence the company in question. See e.g., among others: European Court of Justice, First Chamber, 11 November 2010 no. 543, C-543/08, *Commission v Republic of Portugal*, in www.eur-lex.europa.eu, on *Electricidade de Portugal SA*, and Id., 10 November 2011, C-212/09, *Commission v Republic of Portugal*, *Ibidem*.

⁷⁵ To this end, for a clear distinction between State-owned companies, intended to perform public service tasks, and mixed-ownership companies, see OECD, *Accountability and Transparency. A Guide for State Ownership*, 2010, particularly pages 12 and 24.

⁷⁶ Legislative decree no. 6 of 17 January 2003, implementing delegated legislation no. 366. 3 October 2001.

⁷⁷ Following the infringement procedure opened against Italy (no. 2006/2014), due to violation of articles 56 and 43 of the treaty by article 3 of law decree no. 10 of 15 February 2007 (Provisions designed to implement

which reproduced in its entirety the provisions of the former article 2458 of the civil code⁷⁸, was rewritten – as were the rules on the powers that could be included in the articles of association of privatized companies. This - in the version resulting from the amendments introduced by article 13, paragraph 1 of Law no. 34 of 25 February 2008 – draws a distinction between “unlisted companies limited by shares” and “companies limited by shares listed on regulated exchanges”, thereby giving life to a recurring theme in the rules on State-owned companies in the last few years. For the former, the right to appoint is proportionate to the shareholding while for the latter that right is closer to that provided for by general company law⁷⁹.

community and international obligations), converted as amended into law no. 46 of 6 April 2007, effective from 16 February 2007.

⁷⁸ However, the previous text was amended with the addition of a fourth paragraph, whereby: “This without prejudice to any special laws”.

⁷⁹ For the former, the wording is as follows: “1. If the State or government bodies have an equity interest in a company limited by shares that is not listed in an equity market, the articles of association may confer upon them the right to appoint a number of directors, statutory auditors or members of the supervisory board proportionate to the shareholding. 2. Directors, statutory auditors or members of the supervisory board appointed as per paragraph 1 can be terminated only by the bodies that appointed them. They have the same rights and obligations as those of members appointed at general meetings of shareholders. Directors cannot be appointed for more than three fiscal years and their term of office expires on the date of the general meeting of shareholders convened to approve the accounts for the last fiscal year of their term of office. 3. Statutory auditors or members of the supervisory body are appointed for three fiscal years and their term of office expires on the date of the general meeting of shareholders convened to approve the accounts for their last fiscal year of their term of office”. To companies listed on equity markets common company law shall apply, but the board of directors may also propose to the body of shareholders – which adopts resolutions on the basis of the majorities provided for ordinary general meetings of shareholders – that the administrative rights laid down by the articles of association in favour of the State might be represented by a special class of shares. To this end, it is necessary to obtain the consent of the State or the public body holding those administrative rights.

However, not all doubts are dispelled on the ability of this framework to achieve equal treatment between public and private shareholders. With respect to unlisted companies, in particular, one cannot fail to notice how current article 2449 of the civil code still gives the public shareholder a power “to participate in a more significant manner than its status as shareholder would normally allow”, by making the right to appoint, thus not merely the right to vote, proportionate to shareholding.⁸⁰

A set of “transitory” provisions was introduced by paragraphs 381-382 of article 1 of law 23 December 2005 (2006 budget law), whereby to foster privatizations and the advancement of share investments, the articles of association of companies where the State holds significant equity interests may call for the issue of equity instruments, pursuant to article 2346, sixth paragraph of the civil code, or the creation of classes of shares, pursuant to article 2348 of the civil code, “including following conversion of part of the existing shares, which attribute to the holders of such shares the right to request the issue, and the assignment such holders of new shares – also at their nominal value – or new equity instruments with voting rights at ordinary and extraordinary general meetings, to the extent determined by the articles of association, also in relation to the shares held upon attribution of that right”.⁸¹

⁸⁰ See e.g. C. IBBA, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 6 et seq. For a comprehensive view of the extent of the current article 2449, also in light of EU law: A. MALTONI, M. PALMIERI, *I poteri di nomina e di revoca in via diretta degli enti pubblici nelle società per azioni ex art. 2449 c.c.*, cit.

⁸¹ In addition: «The financial instruments and shares which attributed the rights contemplated hereunder may be issued as a bonus to all shareholders or for consideration to one of more shareholders, also on the basis of the equity interests held (...). Moreover, these have limited rights to profit-sharing and distributions upon liquidation and the relevant issue can take place in a departure from article 2441 of the civil code”. Furthermore, it is contemplated that “Such resolutions by the body of shareholders as create share classes or financial instruments under paragraph 381, and paragraph 384, do not cause the right to withdraw”.

In this area, reference is made to *poison pills* and rules that, even though they should protect national interests, are considered as the expression of persisting “murkiness”, potentially in contradiction with the “general European interest”.⁸²

The case is different when the State owned companies become “instrumental public corporations”⁸³; in these cases, as already noted, exceptions to company law, in relation to appointments, are so many in positive law as to become evidence of the degree of their instrumentality more than illegal departures from the general law⁸⁴.

Actually, attentive scholars stress how the analysis and interpretation of the rules on appointments and removals cannot be fit into a single overall pattern, given the large number of government-owned companies operating under different models. A review would have to consider whether the “public interest” is part of the organization, as the

⁸² See F. SANTONASTASO, *Dalla “golden share” alla “poison pill”: evoluzione o involuzione del sistema? Da una prima lettura del 381°-384° comma dell’art. 1 l. 23 December 2005*, no. 266, in *Giur. comm.*, 2006, 3, 383 et seq., with reference to G. ROSSI, *Capitalismo opaco*, Bari-Roma, Laterza, 2005, in particular 35 et seq. Per alcuni rilievi critici, v. anche S. VANONI, *Le società miste quotate in mercati regolamentati (dalla “golden share” ai fondi sovrani, in various authors, Le società “pubbliche”* (edited by C. Ibba, M. C. Malaguti, A. Mazzoni), cit., 187 et seq. See also I. DEMURO, *L’incompatibilità con il diritto comunitario nella nomina diretta ex. art. 2449 c.c.*, in *Giur. comm.*, 2008, II, 581 et seq., F. GHEZZI, M. VENTORUZZO, *La nuova disciplina delle partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici nel capital delle società per azioni*, in *Riv. soc.*, 2008, 703 et seq., C. PECORARO, *Privatizzazione dei diritti speciali e dell’ente pubblico nelle s.p.a.: il nuovo art. 2449 c.c.*, in *Riv. soc.*, 2009, 947 et seq.

⁸³ For this definition, reference is made just to the cited Constitutional Court decision no. 363 of 19 December 2003, on “State organization”, related to Italia Lavoro s.p.a.

⁸⁴ See above, § 3.

above conclusions may be rejected with reference to companies where the public shareholder is permitted to pursue “directly” its institutional purposes.⁸⁵

Thus, also case law recognizes that appointments and removals in essentially State-owned companies (where it is clear that the “appointing” public authority acts as “authority”, not as shareholder) that pursue general interest purposes, or are organized in such a way as to operate under the direction of State or of a local authority, are tantamount to administrative measures, falling under the administrative jurisdiction and the courts tasked with judging the lawfulness of the activities related to the administrative function.⁸⁶

Lastly, certain scholars maintain that, in the case of “anomalous” companies subject to the special direction and supervision of public authorities, even when appointments and removals are made formally through general meetings of shareholders – but are in fact the result of significant influence or even “instructions” – the administrative jurisdiction is justified by the administrative nature of the instructions themselves and the cause-effect relationship between instructions and resolution adopted by shareholders in their general meeting, which is generally qualified as a mere implementing action. In this case, there is recognition of the “nullifying” effect of the instructions on the subsequent decision, thus the interest to challenge the instructions before an administrative court.⁸⁷

⁸⁵ See M. CAMMELLI - M. DUGATO, *Lo studio delle società a partecipazione pubblica: la pluralità dei tipi e le regole del diritto privato. Una premessa metodologica e sostanziale*, in M. Cammelli - M. Dugato (edited by), *Le società “pubbliche”*, cit., 1 et seq., 2-3.

⁸⁶ See e.g., recently, TAR Lazio, Latina, First Chamber, 9 January 2013 no. 17, in *Diritto & Giustizia*, 2013, 11, State Council, Section VI, 11 January 2013 no. 122, on www.giustizia-amministrativa.it, concerning Istituto Luce Cinecittà (actually a limited liability company, though with considerations that can be easily applied to State-owned companies limited by shares.).

⁸⁷ TAR Lazio – Roma, Section III, 16 November 2007 no. 11271, in *Foro amm. TAR*, 2007, 11, 3494, on the well-known “Petroni” case.

6. The operational limits of the spoils system.

In terms of special rules on appointments and removals of directors of State-owned companies, attention needs to be paid to the issues raised by article 6 of law no. 145 of 15 July 2002, “Provisions for the reorganization of the management body in the public administration and to foster the exchange of experience and public-private interaction”, which extends the mechanism of the so-called spoils system to appointments made by public authorities in entities, companies and agencies.

Generally, it is provided that: “1. The appointments of officers and directors or equivalent office-holders in public bodies, companies controlled in whole or in part by the State, agencies or other entities regardless of their name, by the Government or the Ministries in the six months prior to the end of the Parliament’s term, as calculated from the date of the first meeting of the Chambers, or in the month prior to the dissolution of both Chambers, may be confirmed, terminated, amended or renewed within six months of the vote of confidence to the Government. If no action is taken in this period, the appointments are confirmed until the date of expiration of the relevant terms of office (...)”.

The specific purpose of the above provision requires a clear assessment and delimitation of its scope, indicating not so much the existence of appointment powers by the State, or the source of this power, but merely the associated ability to pursue the policies of the new Government.⁸⁸

⁸⁸ State Council, Chamber VI, 22 November 2010 no. 8123, in *Foro amm.* – CdS, 2010, 11, 2462. In general terms, the spoils system has limits and temperaments set by the different rulings of the Constitutional Court, as summarized in Constitutional Court, 24 February 2010 no. 81, on www.giucost.org. See A. ANGIULI, *Le società in mano pubblica come organizzazione*, in various authors, *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, Napoli, 2010, 157 et seq. On the spoils system in general, see among others: S. BATTINI, *Dirigenza pubblica*, in *Dizionario di diritto pubblico*, S. Cassese editor, Milano, Giuffrè, vol. III, p. 1859-1867, C. PINELLI, *L'avallo del sistema delle spoglie, ovvero la vanificazione dell'art. 97 cost.*, in *Giur. cost.* 2006, 3, 2357, G. D’ALESSIO

This limits to a significant extent the number of companies limited by shares whose directors are subject to the *spoils system*. These do not include State-owned companies in general or all the companies in public hands or held entirely by the State; they do include companies pursuing public-interest purposes, characterized by an instrumental position with respect to the government authorities and their policies, as attested, for example, by special financing mechanisms and their subjection to special direction and supervision powers.⁸⁹

It is clear that, for State-owned companies, powers attributed are of a public nature and that the exercise of these powers is part of the “high-level administration” realm, as it fulfils in fact a “liaison function between policy-making and administrative activity” and is characterized by significant discretionality. Concerning these powers, the position of the individuals that are members of the board of directors in question can only be of “legitimate interest”, to be dealt within an administrative court in the event that such interest is challenged.⁹⁰

On the other hand, even though the company is one of those falling within the purview of the above rules, it is necessary for these rules to be applied solely to the cases contemplated therein. Therefore, the administrative jurisdiction over any litigation which might arise against the “high administration” acts does not attract the judicial dispute on the resolution to remove directors approved by the body of shareholders of the State-owned company, according with the articles of association, with a resolution which is distinct from

(edited by), *L'amministrazione come professione. I dirigenti pubblici tra spoils system e servizio ai cittadini*, Bologna, 2008.

⁸⁹ See State Council, Section VI 22 November 2010 no. 8123, cit.

⁹⁰ State Council, Section VI, 2 March 2011 no. 1305, in *Foro amm.* – CdS, 2011, 3, 943. In the presence of a different case, where termination is determined by operation of law, see State Council, Section V, 5 December 2012 no. 6237, in *Foro amm.* – CdS, 2012, 12, 3244.

the appointment or dismissal resolution adopted by the public body. If this were not so, the purpose for creating a company governed by private law – even though designed to pursue public interest purposes - would be defeated, given this company’s inability to exercise the prerogatives of its legal status.⁹¹

7. The liability of directors of state-owned companies limited by shares and jurisdiction issues.

According to article 28 of the Italian Constitution “Officials of the State or public agencies shall be directly responsible under criminal, civil, and administrative law for acts committed in violation of rights. In such cases, civil liability shall extend to the State and to public agencies”.

In incorporating the content of royal decree no. 2440/1923 (New provisions on the State’s administration and public budget), article 13 of royal decree no. 1214 of 12 July 1934 (Consolidated law on the Court of Accounts) already contemplated, among the relevant attributions, the jurisdiction “over the liability for losses inflicted to the State by civil servants, paid for by the State, in performing their duties”; these rules were further developed by Presidential Decree no. 3 of 10 January 1957 (Consolidated Law on the Charter of Civil Servants).

The Court of Accounts has long been recognized - by the United Sections of the Court of Cassation – as the authority competent in determining any liability not only of State and local authorities functionaries and employees but also of directors and employees of non-economic public agencies, since the concept of “public budget” is linked to the

⁹¹ State Council, Section VI, 2 March 2011 no. 1305, citation referred to also by TAR Campania, Napoli, Section. I, 23 November 2011 no. 5510, in *Foro amm.* – *TAR*, 2011, 11, 3562.

public nature of the entity that employs the agent and to the equally public nature of the money or the asset under administration that gave rise to the liability⁹².

Law no. 20 of 14 January 1994 specified and extended administrative liability, and the jurisdiction of the Court of Accounts, by providing that it would have the authority to determine the administrative liability of public directors and employees even when the loss is caused to authorities and public agencies other than those that employ them (art. 1).

The broad provisions of this Law have been deemed to cover also “economic public agencies” while recognition of the jurisdiction of the Court of Accounts over non-contractual administrative liability – i.e. liability toward a party other than the tortfeasor’s employer – flows into a new concept of “contractual” liability - it being understood that contractual liability concerns also any loss inflicted by the director or the employee of the economic public agency to the entity to which such director or employee belongs -.

On the other hand, the proliferation - due to privatizations as well as to “outsourcing”⁹³ - and the creation by operation of law of State-owned companies to carry out general interest functions have prompted the evolution of the concept of “public administration”⁹⁴, recognizing as government-related also activities performed by private-

⁹² Cass. civ. United Sections, 22 December 2003 no. 19667, in *Giur. it.*, 2004, 1830, also with reference to the dating decision by the United Sections, no. 363/1969.

⁹³ I.e. the outsourcing of public tasks to non-governmental entities. This is analysed, among others, by F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa*, Padova, 2000, in partic. 227 et seq., P. CHIRULLI, *Autonomia pubblica e diritto privato nell’amministrazione. Dalla specialità del soggetto alla rilevanza della funzione*, Bologna, 2005, A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, 2005.

⁹⁴ For general considerations on this aspect, see M. CAMMELLI, *La pubblica amministrazione. Cosa è, cosa fa e come è cambiata la pubblica amministrazione*, Bologna, 2004, particularly 93 et seq. As to the liability regime for directors, V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Azione ordinaria di responsabilità ed azione di responsabilità amministrativa in materia di società in mano pubblica. L’esigenza di tutela degli interessi pubblici*, in various authors, *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile ad un decennio dalle riforme*, Proceedings of LI

law bodies and economic entities⁹⁵ as well as, in some cases, by entities organized as companies, with their employees qualified as “public officials” or “public service representatives”.⁹⁶

This whenever there is such an operational or even an organizational link between State or local authority and the private-law company so as to suggest that the latter is an extension of the former – at least in “functional” terms, by being part of the public agency’s operational processes – as a “participant in the public entity’s general interest activity”.⁹⁷ Subsequent case law, especially by the Court of Accounts, enlarged to a significant degree the confines of its powers.⁹⁸

Article 16 bis of law decree no. 248 of 31 December 2007, converted as amended into law no. 31 of 28 February 2008, provided directly, in part, for the matter at hand, establishing the principle that directors and employees of companies listed on regulated exchanges, with the State or other public authorities holding less than 50% of all the shares

Convegno di Studi di Scienza dell’Amministrazione, Milano, 2006, R. URSI, *Verso la giurisdizione esclusiva del giudice contabile: la responsabilità erariale degli amministratori delle imprese pubbliche*, in *Foro amm. – CdS*, 2004, 3, 693.

⁹⁵ Cass. United Sections, 22 December 2003 no. 19667, cit

⁹⁶ Cass. United Sections, 22 December 2003 no. 19667, cit.

⁹⁷ The first significant ruling that opened this new avenue is: Cass. United Sections, 26 February 2004 no. 3899, in *Foro it.*, 2005, I, 2675, on SO.GE.MI, a company established and majority-owned by the City of Milano.

⁹⁸ See, extensively, M. ANTONIOLI, *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione contabile*, Milano, 2008. For recent criticisms: M. CLARICH, *Le società partecipate dallo Stato e dagli enti locali fra diritto pubblico e diritto privato*, cit., 1 et seq. and see considerations by L. TORCHIA, *La responsabilità amministrativa per le società in partecipazione pubblica*, Paper presented at Convegno Assonime-LUISS, “Le società pubbliche tra Stato e mercato: alcune proposte di razionalizzazione della disciplina” Roma, 13 May 2009, on www.assonime.it.

outstanding, and their subsidiaries (...) ⁹⁹, would be held accountable under private law, with the relevant disputes to be devolved before ordinary courts.

As with the standards applicable in other cases, the United Sections of the Court of Cassation clarified the principle whereby the Court of Accounts would have jurisdiction where a director or a statutory auditor of the State-owned company acts in a way that would be detrimental directly to the shareholding authority. A typical example of this would be “detriment to image”, as provided for by article 17, paragraph 30 ter of law no. 102/2009 ¹⁰⁰. If this were not so, the reaction against the loss inflicted to the assets of the State-owned company could only be prompted by the rules laid down by the civil code, as there would be no direct employment relationship between the shareholding authority and the company’s director and there would be no loss that could be qualified as a “State economic loss”; the application of ordinary laws attracts civil law jurisdiction. ¹⁰¹

⁹⁹ These provisions did not apply, however, to cases pending on the date of entry into force of the Law converting the Decree. For a comment on the Law, see G. CAIA, *La giurisdizione della Corte dei Conti nel sistema amministrativo e della contabilità pubblica*, in www.giustamm.it, 2008, 2. On the debate by scholars and the latest stances of case law: L. TORCHIA, *Società pubbliche e responsabilità amministrativa: un nuovo equilibrio*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 3, 323 et seq., F. CINTIOLI, *Disciplina pubblicistica e corporate governance delle società partecipate da enti pubblici*, in F. Guerrera (edited by), *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 143 et seq.

¹⁰⁰ On the extent of this, see Court of Accounts Lombardy region, Jurisdiction section., 20 October 2009, no. 641, in *Ragiusan*, 2011, 321-322, 82. In general terms, on detriment to the Public Administration’s image, see Cass. United Sections, decision 25 June 1997 no. 5668, in *Foro it.*, 1997, I, 2872; more recently, among others: Cass. United Sections, 20 June 2007 n. 14297 in *Foro amm. - CdS*, 2007, 10, 2738, Court of Accounts, Section III, 14 December 2011, n. 861, Red. Giuffrè, 2011. See, among others, Cass. United Sections 22 June 2010 n. 16287, on www.dejure.giuffre.it, Cass. United Sections 15 January 2010 n. 521, *Ibidem*. More recently, see Court of Accounts, Section II, 14 March 2012 no. 228, in *Riv. Corte Conti*, 2012, 1-2, 202.

¹⁰¹ Cass. United Sections, 19 December 2009 no. 26806, in *Foro amm. - CdS*, 2010, 1, 59. See also TAR Campania, Naples, Section I, 10 March 2008, no. 1184, in *Foro amm. - TAR*, 2008, 3, 782

While this view is confirmed in subsequent case law for most companies in public hands, a necessary exception would be, once again, the specificity of those State-owned companies whose articles of association are subject to “special legal rules”¹⁰². Thus, whenever a company limited by shares is essentially a public entity, despite the private-law legal status, losses inflicted to such a company by its agents and the agents of the shareholding authorities should be qualified as losses inflicted to the State, thereby giving rise to administrative liability proceedings before the Court of Accounts.¹⁰³

The distinction between “companies – enterprises in public hands” and “companies - public entities” is important also for these purposes.

8. Financial control.

Article 100, paragraph 2, of the Constitution provides that “The Court of Accounts exercises preventative control on the legitimacy of government measures, and also subsequent control on the management of the State Budget. It participates, in those cases and in ways established by law, in control of the financial management of those bodies to which the State contributes in the ordinary way. It reports directly to the Houses on the results of audits performed”.

This places the Court of Accounts, which according to the Constitution is an independent body, at the service of the interests of the “State as a community”¹⁰⁴, thereby

¹⁰² Cass. United Sections, 22 December 2009 no. 27092, in *Foro amm.* – *CdS*, 2010, 1, 67.

¹⁰³ Cass. United Sections, 22 December 2009 no. 27092, cit.

¹⁰⁴ For this definition, among others: Constitutional Court, 24 February 2010 no. 57, in *Foro amm.* – *CdS*, 2010, 5, 974

closing the democratic loop, to the extent that the Court of Accounts reports to Parliament.¹⁰⁵

This provision was implemented by law no. 259/1958 which, by establishing a specific chamber of the Court in question, provides for two types of control: that over the financial management of the public bodies that receive State funds as a matter of course; that over the financial management of the public bodies that receive – from the State or a State-owned autonomous company – capital contributions in the form of funds, services or property or guarantees. For the purposes of the first type of control, the bodies “must submit to the Court of Accounts their final accounts and financial statements, including profit and loss accounts and the report on operations by the relevant boards of directors and statutory auditors (...)”¹⁰⁶.

On the other hand, control over “public bodies” is exercised by a judge of the Court of Accounts, as appointed by the Chairman, who attends the meetings of the boards of directors and statutory auditors (article 12).¹⁰⁷

¹⁰⁵For the control system in general and the controls performed by the Court of Accounts in particular: G. D’AURIA, *I controlli*, in S. Cassese (edited by), *Trattato di diritto amministrativo*, 2003,II, 1343 et seq.

¹⁰⁶ “If the Court of Accounts regards as insufficient, for control purposes, the package submitted in accordance with articles 4 and 5, it may request the bodies in question and the competent Ministries information, news, acts and documents concerning financial management activities” (article 6).

¹⁰⁷ The rules on controls over government operations by the Court of Accounts were further reinforced by law no. 20 of 14 January 1994, which provides for ex-post audits of public authorities’ accounts and assets, to determine their compliance with the law, and to ascertain, on the basis of additional audits, that the results of government activities are in keeping with the targets set by law. As stressed by the Constitutional Court, which upheld the lawfulness of these provisions, this Law “by acting on the traditional configuration of the Courts of Accounts’ duties and responsibilities (...) changed its scope and content, with the triple effect of subjecting to it all government authorities, of reducing, in the meantime, the area for ex-ante reviews for lawfulness and to emphasize operations control, though not over the individual actions but on the process of government operations as a whole”. The basis of the new duties and responsibilities is not article 100 of the Constitution but articles 97 of the

If this last provision has been applied without problems to public economic entities, doubts have been raised on the proper manner of performing control activities following the relevant formal privatizations that have originated “anomalous” companies.¹⁰⁸

This gave the Constitutional Court the chance to issue a ruling on the issue, in terms of attributional conflict, with the well-known decision no. 466/1993, on the type of control to be exercised over IRI, ENI, INA, and ENEL, i.e. the companies that came into being as a result of a transformation, by operation of law, of the eponymous economic entities.

This marked a watershed in the Italian legal order, in the sense that it was finally accepted that an entity organized as a company limited by shares is not necessarily private¹⁰⁹ to the extent that it is recognized that the mere transformation of the legal form of the entities is not enough to change their nature and to exempt them from the obligation to undergo traditional forms of financial controls – taking into account the share ownership of said companies limited by shares; the continuing performance, by operation of law, the tasks carried out by the transformed public entities; the particular regime under which the State exercised its rights as a shareholder (attributable to the Ministry of the treasury, though based on agreements with the other Ministries, pursuant to article 15, third

Constitution (efficiency of government activities); 28 of the Constitution (liability of civil servants); 81 of the Constitution (sound budget management); and 119 of the Constitution (coordination of public finances). See Constitutional Court, 30 December 1997 no. 470, in *Giur. cost.*, 1997, f. 6.

¹⁰⁸ See for all: M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica*, cit.

¹⁰⁹ For some early comments, see R. ARRIGONI, *Privatizzazione degli enti di gestione e controllo della Corte dei Conti: le ragioni di un conflitto*, in *Riv. amm. rep. It.*, 452 et seq., R. PERNA, *Privatizzazione formale/sostanziale e controllo della Corte dei Conti*, in *Foro it.*, III, 1993, III, 285 et seq., M. RAMAJOLI, *Il controllo della Corte dei Conti sugli enti pubblici economici trasformati in società per azioni*, in *Dir. amm.*, 1995, 2, 203.

paragraph, law decree no. 333 of 1992); the provisions of shareholder agreements; special powers; consent clauses; amendments to articles; voting majorities in general meetings; limits to the ability of third parties to acquire equity interests; the obligation to use proceeds from asset disposals to reduce the public debt. It is important also the recognition by the Constitutional Court that the traditional line between public body and private-law company has been increasingly blurring, in the presence of a growing use of companies limited by shares in the pursuit of public interest purposes (...) as well as by the necessary consideration of the “substantive” aspects of EU mandated rules.

Thus, for the purposes of the control in question, a distinction has been determined between State-owned company and “special” “companies”, which are largely similar to public entities, considering that, in the latter case, a judge of the Court of Accounts presides over the meetings of their governance bodies.

Thus, while the Court of Accounts should progressively dismiss the control under article 12 of the cited law over private or privatized companies, “substantively” as well, by replacing such control instead with a “documentary review”, on the other hand it maintains its control responsibilities over that multitude of companies which – in terms of their “existence” and their clear “instrumental” role in performing public duties – qualify as “public entities”¹¹⁰, though only rarely on the basis of laws or articles of association¹¹¹, and more often, in fact, on the basis of the nature of the controlled entity.

¹¹⁰ For some cases of control pursuant to the mentioned article 12 over entities organized as companies, see, among others, Court of Accounts, Section entity control, determination no. 120/2012, on *www.corteconti.it*, on MEFOP s.p.a., a company for the development of the market for pension funds; determination no. 92/2012, *ibidem*, on Arcus s.p.a., a company for the development of art, culture and show business; determination no. 103/2012, on Coni Servizi s.p.a.; determination no. 104/2012, *ibidem*, on Ente Nazionale di Assistenza al Volo, ENAV s.p.a.; determination no. 60/2013, *ibidem*, on Expo 2015 s.p.a.; determination no. 67/2013, *ibidem*, on società Sace s.p.a.; determination no. 71/2013, *ibidem*, on società Ferrovie dello Stato Italiane s.p.a.; determination no. 44/2013, *ibidem*, on Gestore dei Servizi Energetici s.p.a.; determination no. 20/2013, on SIMEST, Società Italiana per le Imprese all’Estero, s.p.a.; determination no. 36/2013, *ibidem*, on ANAS s.p.a.; determination no.

9. Access to employment and the competitive-examination rule

The proliferation of types of companies in public hands and, most of all, the companies designed to carry out public functions by operation of law brought into sharp relief – given the risk that the constitutional safeguards related to the “public administration” might be circumvented – the need to select their employees by means of competitive examinations, as required by article 97, paragraph 3, of the Constitution.

At first glance, this did not seem to be an issue, given that case-law has traditionally dispensed economic public entities from launching competitive examinations to recruit their employees. On the other hand, whenever these entities chose to select their employees on a comparative basis, the relevant procedures were regarded as “private competitive examinations”, whose proceedings would be subject to the jurisdiction of ordinary courts.¹¹²

33/2013, *ibidem*, on CONSAP - Concessionaria Servizi Assicurativi Pubblici s.p.a., determination no. 31/2013, *ibidem*, on Cinecittà Luce s.p.a.; determination no. 21/2013, *ibidem*, on Società Gestione Impianti Nucleari (SO.G.I.N. S.p.A.); determination no. 19/2013, *ibidem*, on Poste Italiane s.p.a.; determination no. 15/2013, *ibidem*, on INVITALIA - Agenzia nazionale per l’attrazione degli investimenti e lo sviluppo d’impresa s.p.a.; determination no. 11/2013, *ibidem*, on SOGESID s.p.a.; determination no. 1/2013, *ibidem*, on FINTECNA s.p.a.; as to companies other than companies limited by shares, see, e.g., determination no. 40/2013, *ibidem*, on CIRA - Centro Italiano Ricerche Aerospaziali S.C.p.A.; determination no. 51/2013, *ibidem*, on Sicot “Sistemi di cononenza per il Tesoro” s.r.l.

¹¹¹ As an example, reference is made to article 2 of law no. 291 of 16 October 2003, whereby Arcus s.p.a. was subjected to the control of the Court of Accounts under the cited article 12, and article 8, paragraph 10 of law decree no. 138 of 8 July 2002, converted as amended into Law 8 August 2002, no. 178, which subjected Coni s.p.a. to the same type of control.

¹¹² See, among others, Cass. United Sections, 2 November 1979 no. 5688, in *Foro it.*, 1979, I, 2548 et seq., Cass. United Sections, 29 March 1989 no. 1538, in *Giust. civ.*, Mass., 1989, fasc. 3, Id., 29 May 1990 no. 4989, in *Giust. civ.*, Mass. 1990, fasc. 5, Id., 6 May 1996 v. 4187, in *Giust. civ.*, Mass., 1996, 671, and, recently, Id., 17 April 2007

If the extension of a similar solution to private-law companies held in whole or in part by the State or local authorities did not give rise to any problem – since they were private companies operating as autonomous entities and exposed to business risks – the conclusion is not so straightforward for those companies recognized by case law as “instrumental public corporations”.

Against this backdrop, the last few years have witnessed the involvement in the debate of article 18 of law decree no. 112 of 25 June 2008, converted into law no. 133 of 6 August 2008, under the title “Urgent provisions for economic development, simplification, competitiveness and the stabilization of public finance and tax equalization”. The cited article 18 lays down rules about “Staff recruiting by State-owned companies”, and provides that (para. 1) companies wholly-owned by the State or local authorities, engaged in the provision of local utility services, implement “through own measures, the criteria and procedures to hire their employees and to appoint their officers in accordance with the principles under paragraph 3 of article 35 of legislative decree no. 165 of 30 March 2001.”¹¹³

no. 9095, in *Giust. civ.*, Mass., 2007, 4, as mentioned also by G. GRUNER, *Enti pubblici a struttura di S.p.A. Contributo allo studio delle società «legali» in mano pubblica di rilievo nazionale*, Torino, 2009, 286 no. 93.

¹¹³ This paragraph reads as follows: “Recruitment procedures by government authorities comply with the following principles: a) adequate publicity to the selection and procedures that guarantee impartiality and ensure cost-effective and expedite processes using, where necessary, automated systems, also to carry out pre-selection activities (1); b) adoption of objective and transparent mechanisms, suited to determine whether a candidate fulfils the aptitude and professional requirements of the position to be filled; c) compliance with the principle of equal opportunity for men and women; d) decentralization of the recruiting procedures; e) composition of the commissions solely of experts with a proven track record in the subjects of the examination, as selected from among civil servants, professors and external people, who are not members of the governing body of the authority, who do not hold political office and are not representatives of trade unions or are designated by trade union confederations and organizations or professional associations”.

“The other companies, whether wholly-owned or controlled by the State” have been called upon, instead, to adopt “through own measures, the criteria and procedures to hire their employees and to appoint their officers in accordance with the principles of transparency, publicity and impartiality, as advanced also by the EU” (para. 2).

These “special provisions” do not apply to companies in public hands listed on regulated exchanges.¹¹⁴

The letter of the law is not clear as to whether all the companies contemplated should launch “public competitive examinations” to hire staff, whether they should implement private selection procedures or whether procedures should vary from one company to the other. In particular, it is not clear whether there should be a distinction for the companies contemplated by paragraph 1 and paragraph 2 of article 18 cited or whether it is possible to make distinctions among the companies under paragraph 2.

After some initial uncertainties, case law seems to have taken a firm stance in considering entities organized as companies as private or, in any case, in making a distinction with respect to the application of public law to these types of organization. Thus, in keeping with a strict interpretation of the letter of the Law, while the traditional

¹¹⁴ With reference to State companies, it is also provided that (paragraph 2 bis) “The provisions that prohibit or limit the ability of the authorities under article 1, paragraph 2, of legislative decree no. 165 of 30 March 2001, as amended, to recruit staff apply – in relation to the regime contemplated for the controlling authority – also to companies that pursue non-industrial and non-commercial general-interest purposes or that perform activities to support State administrative functions accounted for in the general government’s consolidated statement of operations by the national statistics institute (ISTAT), pursuant to paragraph 5 of article 1 of law no. 311 of 30 December 2004. These companies adapt their personnel policies to the provisions in force for the controlling authorities on cost-curbing for contractual and other salary, benefit and consulting expenses (...)”. On the rationale for public expenditure curbing of the provisions in question: Court of Milan, 30 July 2010, in *Riv. critica dir. lav.*, 2010, 3, 786.

solution applies to public economic entities¹¹⁵, article 18 cited is attributed solely a substantive nature, without prejudice to jurisdictional issues.¹¹⁶

Therefore, while the public nature of personnel selection for local public utilities and the consequent jurisdiction of administrative courts are clear, the solution is complex for all the other companies in public hands, depending on how the relevant activities are carried out.

Competitive examinations are mandatory only for companies limited by shares with authoritative powers, in relation to which subjective “legitimate interest” situations might arise. Obviously, the jurisdiction of the administrative courts over staff recruiting would follow, but only with reference to these cases.¹¹⁷

Actually, in light of these stances, it appears that a “special regime” has been introduced – albeit governed by private law – for most of the companies in public hands, apparently in marked contrast with their progressive “despecialization”, due first of all to the pre-eminence of EU laws. On the other hand, the distinction between companies in public hands and “companies as quasi-governmental bodies” (State companies for all intents and purposes) is being blurred for the purposes of rules and regulations on personnel selection, while such distinction is becoming increasingly sharper in the general legal order.

¹¹⁵ See TAR Calabria - Reggio Calabria, Section I, 17 April 2012 no. 282, in *Foro amm.* - TAR, 2012, 4, 1417.

¹¹⁶ Cass., United Sections, 22 December 2011 no. 28330, in *Foro amm.* - CdS, 2012, 1, 31.

¹¹⁷ See, Cass. United Sections, 22 December 2011 no. 28330, cit; State Council, Section V, 4 December 2012 no. 6178, in *Foro amm.* - CdS, 2012, 3241. For an application of article 18 of law decree 112/08 cit., for the purposes of the merits of the dispute, see Cass. Civ., Section VI, 9 March no. 3831, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 3, 311, See also, Constitutional Court, 3 March 2011 no. 68, in *Giur. cost.*, 2011, 2, 1053.

10. The State as shareholder between “privileges” and limits to the creation of, and investment in, companies limited by shares.

If the process described so far indicates, in principle, the trend toward a progressive “despecialization” of the rules on companies in State hands and a sharper distinction – albeit not always delineated in an organic and systematic manner – between “companies – business enterprises” and “companies limited by shares – public entities”, recent legislation saw the mushrooming of provisions covering specifically companies in public hands. However, these provisions were not intended, except for some rare cases, to create privileged regimes for the State in its capacity as shareholder. In fact, they were more often designed to curtail and condition the presence of the State in the market, with a view to fostering competition, but, most of all, to curbing the costs related to the unfettered use of corporate organization and to introduce measures of “moralization” in the governance of State-owned companies limited by shares.¹¹⁸

In the first sense, attention is called to article 19, paragraph 4 of law decree no. 78/2009, which expressly excluded the State (though not the other public entities) from the scope of article 2497 of the civil code which, following the reform of company law, contemplated for “groups” the liability of the parent company for its “direction and coordination” activities.¹¹⁹

¹¹⁸ On this aspect, see G. URBANO, *Le società a partecipazione pubblica tra tutela della concorrenza, moralizzazione e amministrativizzazione*, on www.amministrazioneincammino.it, 2012, 9.

¹¹⁹ Article 2497 of the civil code provides that: “1. The company or the entities which, exercising coordination and direction activities of the company operate in their own or in others’ business interests in breach of the principles of sound company and business management are directly liable towards the equity holders of said companies for the loss caused to the profitability and the value of the investment in the company as well as towards the creditors of the company for the loss inflicted on the value of the company’s assets. There is no liability when there is no loss in light of the overall results of direction and coordination or entirely eliminated also as a consequence of transactions executed for such purposes. 2. The person who contributed to the loss is jointly

In the second sense, emphasis is placed on the provisions of article 3, paragraph 27 of law no. 244/2007, “Limits to the establishment and investments by the State in companies”, whereby: “To protect competition and the market, the authorities under article 1, paragraph 2, of legislative decree no. 165 of 30 March 2001 cannot establish companies designed to produce goods and services that are not strictly necessary for the pursuit of their own institutional purposes, nor can they take and hold directly equity interests, including minority interests, in these companies”.¹²⁰ According to a common provision in the recent “restrictive” rules on State-owned companies, article 3, paragraph 27, does not apply to companies issuing financial instruments listed on regulated exchanges.¹²¹

and severally liable, as is jointly and severally liable, to the extent of the benefit received, the person who was fully aware of the benefits obtained. 3. The equity holder and the creditor of the company may take legal action against the company or the entity which exercises direction and coordination activities only if they have not been satisfied by the company subject to direction and coordination activities. 4. In the event of bankruptcy, forced administrative liquidation and extraordinary administration of a company subject to the direction and coordination activities of others, any legal action that can be brought by creditors against said company is initiated by the liquidating commissioner or by the extraordinary commissioner”. According to article 19 of law decree no. 78 of 1 July 2009, as converted into law no. 102 of 3 August 2009, the paragraph is understood to mean “entities include collective legal persons, *other than the State*, which hold the equity interest in connection with their business activities or for economic or financial purposes”.

¹²⁰ On the other hand, “The authorities under article 1, paragraph 2, of legislative decree no. 165 of 30 March 2001 are always permitted, within the scope of their responsibilities, to create companies that produce general interest services and provide services – directly or through centralized purchasing bodies – at regional level to support non-profit entities or contracting authorities under article 3, paragraph 25, of the code of public contracts related to works, services and supplies, under legislative decree no. 163 of 12 April 2006, as well as to take equity interests in such companies”. For the necessary restrictive interpretation, in the sense of excluding organizations other than companies, such as associations or foundations: Court of Accounts reg. Friuli Venezia Giulia, Section contr., 23 December 2011, no. 344, in *Riv. Corte Conti*, 2010, 6, 81. Article 13 of law decree 223/2007 – so-called “Bersani decree” – has a different scope, as it set strict limits to the establishment of, and investments in companies by regional and local authorities.

¹²¹ Art. 3, co. 32-ter, cited law

New investments, or maintaining existing ones, require specific authorizations by the competent body (for the State, by the President of the Council of Ministers upon proposal of the competent Ministry, in agreement with the Ministry of the economy and finances) with “a resolution specifying the legal basis”¹²²; such resolution must be submitted to the Court of Accounts.

These rules raise significant issues of a systematic nature, questioning solutions that had been finally settled.

The creation of, or investment in, ordinary companies is widely recognized as the expression of the general ability of the “State – administration” to be a private-law actor.¹²³

Actually, the view that the Public Administration has a “limited legal capacity”, to be expressed only through specific legal provisions and only for public interest purposes, has long been abandoned. In fact, public entities are attributed general legal capacity¹²⁴.

¹²² See the current versions of paragraphs 28 and 28 bis of article 3 cit. Para. 29 provides for the disposal of prohibited investments. On the non-finality of the term, see, among others: TAR Sardegna - Cagliari, Section I, 5 April 2013 no. 269, in *Foro amm. - TAR*, 2013, 4, 1403.

¹²³ On this aspect, attention is called to the key writing of G. PERICU, *Note in tema di attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, particularly 189

¹²⁴ On these profiles, recent writings include: S. VALAGUZZA, *Società miste a partecipazione comunale. Ammissibilità e ambiti*, Milano, 2012, particularly 60 et seq. The problem of the incidence of the purposes on the State's private activities is solved in terms of “autonomy” but with different positions by the authors. For a summary of them: M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996, particularly 26 et seq. and related footnotes. On the concept of “autonomy” of the Public Administration: ALB. ROMANO, *Autonomia nel diritto pubblico*, in *Dig. disc. pubbl.*, II, 1987, 30 et seq. and see ID., *Relazione di sintesi*, in S. Raimondi, R. Ursi (edited by), *Fondazioni e attività amministrativa*, Proceedings of Convegno - Palermo, 13 May 2005, Torino, 2006.

No theoretical limits are placed on the ability of public entities to invest in corporations, particularly companies limited by shares¹²⁵, also in the absence of express authorization laws, according to an approach adopted not only by past laws¹²⁶ but also by the Italian civil code.¹²⁷

Thus, case law commonly recognizes the contractual capacity of State and local authorities, including the legal capacity of establishing a company limited by shares, as general in nature.¹²⁸

If some are led to believe that the cited provision entails a return to the idea of “limited or special capacity” for public entities, at least with reference to the ability to hold equity investments¹²⁹, while others, more cautiously, acknowledge that the idea of “general capacity” is rather “suffocated” by the many recent prohibitions on State-owned companies¹³⁰, the Law does not, actually, lead to any alteration of the solutions commonly accepted on the capacity of the public entity. The violation of the rules in question seems unable of resulting in a breach in the contract where a company is established or shares are purchased, as rather than rules pertaining to the general legal order or “relationship

¹²⁵ See e.g. S. D’ALBERGO, *Le partecipazioni statali*, Milano, 1957, 22

¹²⁶ See article 149 of royal decree no. 383/1934, Consolidated law of municipal and provincial laws, where it was commonly accepted the principle that local authorities could buy and sell shares of industrial companies.

¹²⁷ See, e.g., article 2449 of the civil code, of which more hereinbelow.

¹²⁸ See State Council, Section V, 14 December 1988 no. 818, in *Foro Amm.*, 1988, fasc. 12.

¹²⁹ See, e.g., A MAZZONI, *Limiti legali alle partecipazioni societarie di enti pubblici e obblighi correlati di dismissione: misure contingenti o scelta di sistema?* in various authors, *Le società “pubbliche”*, edited by C. Ibba, M. C. Malaguti, A. Mazzoni, cit., 57 et seq., particularly 98 et seq.

¹³⁰ F. LUCIANI, *“Pubblico” e “privato” nella gestione dei servizi economici locali in forma societaria*, cit.

provisions”, they are obligations for public entities to adapt their conduct to the principles and direction criteria laid down therein¹³¹.

Thus, such rules can be regarded as part of the rules and regulations governing the public administration’s activities¹³² as they are addressed to public authorities and intended to pursue the general interest. More properly, as highlighted by recent case law, article 3 cit. is designed – more than to protect market competition – *“which the State-owned enterprise cannot, in and of itself, undermine”, “to guarantee, in keeping with the need to comply with the principle of lawfulness, the pursuit of the public interest, with a clear limit to the exercise of public-enterprise activities represented by the functionality, also, to the pursuit of public interest”*.¹³³

¹³¹ For this distinction between different categories of legal rules relating to the P. A.: ALB. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975, 134 ss., ID., *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici*, in *Dir. amm.*, 1999, 1, 111 set seq.

¹³² Concerning in particular, the rules on the creation of, and investments in, companies limited by shares by local authorities: R. CAVALLO PERIN, *Comuni e province nella gestione dei servizi pubblici*, cit., in partic. 112 et seq. and, in general terms, among others: TAR Umbria – Perugia, Section I, 28 August 2012 no. 335, in *Foro amm. - TAR*, 2012, 7-8, 2305.

¹³³ State Council, Section VI, 20 March 2012 no. 1574, in www.giustizia-amministrativa.it; similarly: TAR Cagliari Sardegna, Section I, 5 April 2013 no. 269, in *Foro amm. - TAR*, 2013, 4, 1403, Court of Accounts, Reg. Lombardia, Section contr., 17 June 2010 no. 675, in *Riv. Corte Conti*, 2010, 3, 98. See also State Council, Section III, 11 March 2011 no. 1572, on www.giustizia-amministrativa.it, and State Council, plenary conference, 3 June 2011 no. 10, in *Foro amm. - CdS*, 2011, 6, 1842, which seems to rule out the possibility for the public body to invest in private-public companies/business enterprises operating in a free competition regime, thus bringing to the extreme consequences the commonly accepted distinction between “market companies” and “quasi-governmental” companies. For the possibility of third parties to act against the inertia of the public administration pursuant to article 117 of the code of administrative procedure, see again TAR Cagliari Sardegna, Section I, 5 April 2013 no. 269, in *Foro amm. - TAR*, 2013, 4, 1403, according to which, in any case, “there is no obligation, in the presence of a generic request, for the public administration to dispose of equity investments as no third parties can initiate

Case law recognizes the administrative nature of “preliminary unilateral acts whereby the public entity adopts the resolution to establish a company, or to invest in one, or to change or wind-up a company”, which causes such acts to fall within the administrative jurisdiction: “general jurisdiction” over the lawfulness of public authorities’ acts in cases that do not fall specifically within the “exclusive jurisdiction” of the administrative courts. To this end, the rules on public contracts are taken as a general model for the authorities’ contractual activities.¹³⁴

The choice of a public entity to create or invest in a company is qualified as a “discretionary organizational choice” which is logically and chronologically distinct from the contracts that implement it, with such choice falling under a jurisdiction other than the one competent over contracts.¹³⁵

Article 3, paragraph 27 et seq. of law no. 244/2007 cit. seems to refer to considerations of a public nature, whose annulment would invalidate the related private-law contract, which falls under the ordinary jurisdiction.

It is clear how these restrictions do not apply to companies established or transformed by operation of law, thus to the companies limited by shares established as instrumental companies to carry out public functions, considering that any choice related to the appropriateness or the need for their existence has been made by Parliament and not by the administrative authority.

proceedings such as those provided for by paragraphs 27-28-29 of article 3, Law no. 244 of 24 December 2007, unless there is a specific legitimating situation (...).”

¹³⁴ State Council, plenary conference, 3 June 2011 no. 10, in *Foro amm.* – *CdS*, 2011, 6, 1842.

¹³⁵ State Council, plenary conference, 3 June 2011 no. 10, cit. To analyse the mentioned rules in light of the allocation between State and regions more than the “subject-matter” of “administrative organization”: Constitutional Court, 8 May 2009 no. 148, cit.; in a similar vein: TAR Puglia, Bari, Section I, 17 May 2010 no. 1898, on www.giustizia-amministrativa.it.

11. Additional “asymmetric” provisions for the State as shareholder: restrictions for the protection of “public finances” and “moralization” rules

There are many other special provisions that, in more recent enactments, refer to companies in public hands including, among these, State companies.

The scope of these provisions is different, even though they typically do not concern listed companies and are intended primarily, as noted repeatedly in the previous pages, to curb public spending related to the proliferation of the relevant figures, toughening governance rules and increasing transparency in their management.

Very briefly, there are provisions intended to rationalize governing bodies, thereby reducing the relevant memberships and the relevant fees¹³⁶, requiring a decrease of internal

¹³⁶ Concerning corporate governance, in particular, among the many provisions enacted in the last few years, attention is called to para. 465 of the single article of law no. 296 of 27 December 2006, which tasked the Ministry of the economy and finances, in agreement with the competent ministries, to enact a policy “designed, where necessary, to limit the number of members of the boards of directors of unlisted companies held, in whole or in part, by the Ministry of the economy and finances and their respective subsidiaries and parent companies, so as to make the composition of said boards of directors consistent with the companies’ corporate purposes”. Also, article 3 of law no. 244/2007, para. 12 – titled “Reduction of members of the governance bodies of companies controlled by public authorities” - contains an express set of rules on internal governance for State-owned companies, for the stated purpose to reduce their operating costs. In addition, “without prejudice to other legal provisions”, this article sets – for articles of association of unlisted companies directly or indirectly controlled by the State pursuant to article 2359, first paragraph, sub-paragraph 1), of the civil code - specific restrictions related to the maximum number of members of the boards of directors and the reduction of the relevant fees; to the decision-making authority of the Chairman and the tendency to remove the figure of the deputy chairman (save as substitute for the Chairman, without additional compensation); to the general rules on the allocation of decision-making authority; to the internal control system; and otherwise with the prohibition to pay attendance fees to members of the governing bodies.

Therefore, article 6, paragraph 5 of law decree no. 78/2010 - but only with reference to public entities, including economic entities, and public bodies, also with legal personality under private law – provided that these “shall

consultative and proposal bodies¹³⁷, or staving off conflicts of interest through express prohibition to serve as directors in subsidiaries and in parent companies.¹³⁸

In terms of “moralization” of the way State-owned companies are managed, and the required adaptation to free market and competition principles as well as the adoption by the “State – entrepreneur” of a conduct that befits a common market player, the rules on governance bodies refer to the results achieved in previous fiscal years.¹³⁹

upgrade their articles of association” to ensure that, as of the first renewal following the date of entry into force of the decree “the governing and control bodies, where they have not been already established as a single body, and the board of statutory auditors be composed of no more than five and three members, respectively”, under penalty, in the case of failure to comply, of liability for loss inflicted to the State. In addition, reference is made to law decree no. 95 of 6 July 2012, converted into law no. 135 of 7 August 2012 – “Urgent provisions for the review of public spending without any change in services to the citizens”, the so-called “spending review” - with the main objective to cut substantially the number of State-owned companies performing operations on behalf of the public administration and to limit so-called in-house providing; moreover, the spending review sets certain general rules for companies wholly owned by the public authorities, or otherwise by the State, with the objective to reduce the number of members of governing bodies, to rationalize the relevant composition and to curtail their operating costs, tightening the legislative framework.

¹³⁷ See para. 12-bis of article 3 law no. 244/2007 which, in fact, limited the creation of committees with consultative and proposal functions

¹³⁸ See art.3, para. 14 law no. 244/2007, cit.

¹³⁹ See para. 734 of article 1 of law no. 296 of 27 December 2006, whereby “Directorships in entities, institutions, public enterprises, companies owned in whole or in part by the State are precluded to anyone who, in the preceding five years, served in a similar position in a company that reported losses for three consecutive years”. For an “authentic” interpretation, see article 3, para 32 bis, of law no. 244 of 24 December 2007.

Furthermore, there is no shortage of rules that affect the activities – essentially contractual activities – of State-owned companies, establishing procurement systems that guarantee limited expenditure levels.¹⁴⁰

Lastly, one should definitely appreciate those rules addressed specifically to public shareholders which – in the spirit of transparency for the creation, investment in and management of companies limited by shares by public authorities – require public entities and bodies to publish on their web sites detailed information on the equity interests held,

¹⁴⁰ To this end, attention is called, e.g., to para. 15 of article 3 of law no. 244/2007, which sets for State-owned companies – in connection with the procurement of goods and services – quality and price standards consistent with those made available to public authorities by Consip s.p.a., providing adequate explanations for any deviation from these standards, with special emphasis to the cases where the companies are subject to EU laws on public contracts. Lastly, worthy of note is article 2 of law decree no. 52 of 7 May 2012, as converted into law no. 94 of 16 July 2012 whereby – to rationalize and coordinate public finance, and to protect competition – the President of the Council of Ministers, upon proposal of the Ministry of the economy and finances and the Minister for relations with Parliament, can appoint a special Commissioner tasked with the “definition of the level of expenditure for the purchase of goods and services, by item, by government authorities. “Government authorities comprise all the administrations, authorities, including independent ones, bodies, offices, agencies or public entities regardless of their name and local entities, as well as companies wholly owned, directly and indirectly, by the State and all unlisted companies controlled by public authorities and, within the scope of healthcare spending, the regional authorities under administration for the preparation and implementation of a turnaround of the healthcare deficit. These rules apply to companies wholly owned by the State and their subsidiaries providing general interest services throughout the country which have reported losses for the previous three fiscal years”. For rules “providing for penalties” for loss-making operations, see also, e.g., article 6, para. 19. law decree no. 78 of 19 May 2010, converted into law no. 122 of 30 July 2010 – Urgent provisions on financial stabilization and economic competitiveness (“economic adjustment – anti-crisis decree), whereby “to improve the efficiency of State-owned companies, considering the national and EU principles of cost-effectiveness and competitiveness, the authorities under article 1, paragraph 3, of law no. 196 of 31 December 2009 cannot – save as otherwise provided under article 2447 of the civil code – carry out capital increases, extraordinary transfers, or provide credit or guarantees in favour of unlisted companies owned, in whole or in part, by the State that have reported losses for three consecutive fiscal years or that have used their reserves to make up for losses incurred, including interim losses”.

including indirect and minority interests, and on the connections existing between investors and investees.¹⁴¹

It is a variety of rules that can be hardly placed within a systematic whole, which have been passed one after the other in a short time frame and certainly in need to be properly ordered. Nevertheless, this “special law” seems to be constantly justified, as indicated repeatedly, by matters of economic policy but also in the name of democracy and, more generally, accountability of the complex system of State-owned enterprises. Moreover, “further regulations”, in addition to the codes, for companies in public hands do not appear, in and of themselves, inconsistent with the private nature of companies limited by shares, provided that the essential traits of these companies are not altered; nor are they inconsistent with the European and global laws, whose intent is not to undermine “special cases” but to remove situations of “privilege” enjoyed by the State in its role as shareholder.

In any case, it is clear that these are rules designed for “companies in public hands” other than companies established by operation of law to carry out public functions.

12. State-owned companies and administrative activity.

It is to companies created to carry out public functions that those special provisions included in the general rules on “public administrative activities” apply. Such provisions adopt and fuel change in the overall legal order, which in turn is witnessing an

¹⁴¹ See article 8 of law decree no. 98/2011.

increasingly extensive use of private-law organizations by public authorities. These organizations, and the frequent use of “outsourcing”, put on centre stage the objective performance of a “public function”, instead of the traditional administrative activity in a “subjective sense”.¹⁴²

There is no doubt that these developments were affected primarily by the “substantive” concepts of “body governed by public law” and “public undertaking” originated at supranational level, to the extent that such concepts are conducive to the definition of the scope of European rules on public contracts, regardless of the legal forms and the traditional laws of the member States.¹⁴³

On the other hand, in Italy’s legal order these regulations are regarded as conducive not only to the direct protection of companies’ right to operate in an actually

¹⁴² ALB. ROMANO, *Relazione di sintesi*, cit., see CERULLI IRELLI, *Pubblico e privato nell’organizzazione amministrativa*, in S. Raimondi, R. Ursi (edited by), *Fondazioni e attività amministrativa*, cit., *passim*.

¹⁴³ On the extent of the concepts and the impacts on the Italian legal order see, among others: V. Caputi Jambrenghi, *L’organismo di diritto pubblico*, in *Dir. amm.*, 2000, 1, 13 et seq., R. Caranta, *Organismo di diritto pubblico e impresa pubblica*, in *Giur. it.*, 2004, 12, 2415 et seq., D. Casalini, *L’organismo di diritto pubblico e l’organizzazione in house*, Napoli, 2003, M. P. Chiti, *L’organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, Bologna, 2000, R. Garofoli, *Organismo di diritto pubblico, criteri di identificazione e problemi di giurisdizione*, in *Urb. e app.*, 1997, 960; G. Greco, *Ente pubblico, impresa pubblica, organismo di diritto pubblico*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 83, *La privatizzazione per fondazioni tra pubblico e privato*, in *Dir. amm.*, 2004, 3, 447-512, B. Mameli, *L’organismo di diritto pubblico. Profili sostanziali e processuali*, Milano, 2003, G. P. Rossi, *Le gradazioni della natura giuridica pubblica*, in *Dir. amm.*, 2007, 3, 685 et seq., D. Sorace, *L’ente pubblico tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in various authors, *Ente pubblico ed enti pubblici*, Torino, 1994, 62 et seq., M. A. Sandulli, *Imprese pubbliche e attività estranee ai settori esclusi: problemi e spunti di riflessione*, in *Serv. pubbl. app.*, 2004, 4, 5 et seq.; Id., *Impresa pubblica e regole di affidamento dei contratti*, in *www. giustamm. it.*, 2008, Id., *L’ambito soggettivo: gli enti aggiudicatori*, in various authors, *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2008, 3145 et seq.

competitive market¹⁴⁴ but also, in any case, to the general interest pursued by the “contracting entities”¹⁴⁵. Public tenders are seen as an instance of the intention of the “public awarding entity” which takes shape as a set of procedures and actions of an administrative nature. Hence the admission that the body governed by public law, for instance, is nothing more than an entity, often private, which performs a public function, with the application of all inherent institutes and principles.

In this way, both substantive and procedural rules¹⁴⁶ disregard, consistently, the necessary connection with a traditional administration, as they apply merely to “administration” as an “activity” in an objective and “substantive” sense, performed also through acts governed by private law.¹⁴⁷

To this end, worthy of note is also the provision under article 22, paragraph 1, subparagraph e) of law 241/1990¹⁴⁸ which, in connection with access to administrative

¹⁴⁴ See Alb. Romano, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, in *Dir. amm.*, 1998, 1 et seq., G. M. Racca, *La responsabilità precontrattuale dell'amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, 2000, 333, R. Cavallo Perin, G. M. Racca, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2010, 2, 325.

¹⁴⁵ See, for all, State Council, Section VI, 28 October 1998 no. 1478, in *Foro it.*, 1999, III, 178. For scholarly work, see A. Amorth, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1938, 455 et seq., 512.

¹⁴⁶ See, e.g., article 7, para. 2, of legislative decree no. 104/2010, on the rules of the administrative procedure, whereby “For the purposes of this code, public administrations are understood to mean also equivalent entities or otherwise entities required to comply with the principles of the administrative procedure”.

¹⁴⁷ State Council, plenary conference, 22 April 1999 no. 4, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 946.

¹⁴⁸ This formulation derives from the new developments introduced by law no. 15 of 11 February 2005. Previously, law 241/1990 provided that: “The right of access under article 22 is exercised with public

documents, defines as “public administration” all the public-law entities and private-law entities within the scope of their public-interest activities as governed by national or EU law. This formulation seems to have a narrower scope for fully private entities that exercise public functions on the basis of “outsourcing” arrangements, and a broader scope for formally private entities, such as “special” or “singular law” companies specifically designed to pursue the general interest.¹⁴⁹

Thus, while article 1, paragraph 1 ter of the same general law on public administration activities provides that “Private entities responsible for conducting public administration activities guarantee compliance with the criteria and principles under paragraph 1¹⁵⁰, with a level of guarantee not lower than that required of public authorities

administrations, special and autonomous companies, public entities and operators of public utilities. The right of access in respect of supervisory Authorities is exercised within the scope of the respective legal orders, in accordance with article 24”. In the original version, instead of “operators” use was made of the word “concessionaires” for public utilities.

¹⁴⁹ See for these views - as formulated before law no. 15/2005 re-wrote article 22 law no. 241/1990 with the meaning referred to in the text - among others: State Council, Section V, 1 October 1999 no. 1248, in *Cons. Stato*, 1999, I, 1594; on public entities organized as private companies, see, e.g., State Council, Section VI, 5 March 2002 no. 1303, in *Foro amm. - CdS*, 2002, 705, with reference to the actions of Poste Italiane s.p.a, State Council, Section VI, 15 May 2002 no. 2618, in *Foro. amm. - CdS*, 2002, 1307, on the actions of Ferrovie dello Stato s.p.a., State Council, Section VI, no. 24 May 2002 no. 2855, in *Foro. amm. - CdS*, 2002, 1325, more on Poste Italiane s.p.a.; similarly: State Council, VI, 7 August 2002 no. 4152, in *Foro. amm. - CdS*, 2003, 246 et seq., State Council, Section VI, 16 September 2002 no. 4660, in *Foro. amm. - CdS*, 2002, 2143, State Council, Section V, 19 September 2006 no. 5467, in *Foro amm. - CdS*, 2006, 9, 2536, on actions by Acquedotto Pugliese s.p.a.; more recently, among others: State Council, Section VI, 19 April 2011 no. 2434, in *Foro amm. - CdS*, 2011, 4,1311, on the actions of SEL s.p.a., TAR Trentino Alto Adige – Trento, Section I, 12 October 2012 no. 305, in *Diritto & Giustizia* 2012, 5 November, on Autobrennero s.p.a.

¹⁵⁰ Secondo cui: «Administrative activities pursue the objectives set out by law and are inspired by the principles of cost-effectiveness, effectiveness, impartiality, publicity and transparency, in accordance with the provisions of this law and other provisions governing individual procedures, as well as by the principles set out by EU laws”.

operating under these provisions”¹⁵¹, article 29, para. 1 of the same law is more radical in clarifying that (all) the provisions of law 242 cit. apply, in addition to government authorities and national public entities, “*to companies owned, in whole or in part, by the State in connection with their public administration functions*”.

The public administration functions performed by companies wholly owned or majority owned by the State are placed entirely on an equal footing with those of traditional government authorities, for the purposes of the application of the basic rules and the main principles of administrative law.

These rules cannot, obviously, be extended to enterprises in public hands engaging solely in private business activities.

¹⁵¹ F. DE LEONARDIS, *Atti (e regole) dei soggetti concessionari*, paper presented at the Conference “*L’impugnabilità degli atti amministrativi*”, Siena, Certosa di Pontignano 13 – 14 June 2008, on www.giustizia-amministrativa.it.

DROIT PUBLIC DE L'ÉCONOMIE ET SERVICES PUBLICS

APPORTS DE L'ANNEE - 2012 - FRANCE

(Septembre 2013)

Maxime BOUL¹

INDEX

1. LA PRECISION DU CHAMP DES SERVICES PUBLICS EN DROIT INTERNE

1.1 Les précisions jurisprudentielles de la place des services publics

1.2 La recherche d'une conciliation des principes du service public

2. L'INFLUENCE DU DROIT EUROPEEN SUR LE SERVICE PUBLIC

2.1. Le juge administratif influencé par le droit européen

2.2 L'influence du droit européen sur la définition du service public

2012 n'a pas été l'année du service public. Cinq ans sont passés depuis l'arrêt « A.P.R.E.I »² et il est désormais admis, tant par la doctrine que la jurisprudence, qu'un service public se définit en France comme une activité d'intérêt général prise en charge par une personne publique ou une personne privée disposant de prérogative de puissance publique ou – en l'absence de telles prérogatives – sous contrôle public. « Gestion », « obligation », « mission », « délégation », « affectation », le service public est partout mais se décline en plusieurs catégories sans pour autant faire l'objet de remise en cause dans son essence même. La recherche **du**

¹ Doctorant contractuel – Institut Maurice Hauriou Université Toulouse 1 Capitole

² CE, 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés*, Rec. 92, concl. VEROT ; JCP A 2007. 2066, concl., note ROUAULT ; RDSS 2007. 499, concl., note Koubi et GUGLIELMI ; AJDA 2007. 793, chr. LENICA et BOUCHER ; JCP 2007.I.166, chr. PLESSIX ; JCP A 2007.2145, note GUGLIELMI et Koubi ; RFDA 2007. 803, note BOITEAU

service public s'est transformée en utilisation **des** services publics. L'emploi du pluriel dans la dénomination de cette chronique est d'ailleurs révélateur du glissement d'une construction conceptuelle à une approche utilitariste. Comme le souligne le Professeur TRUCHET : « de plus en plus, les textes adoptent une approche moderne du service public : ils définissent des missions étroites et précises de service public en se concentrant sur les moyens nécessaires à leur mise en œuvre »³. Le droit public économique entraîne une conception renouvelée. Même si le service public n'est pas le critère central du droit administratif, il demeure néanmoins au cœur des problématiques du droit public économique en cette année 2012. Des ajustements ont eu lieu en droit interne (I). Le droit européen marque toutefois une lente mais certaine évolution de la notion et de son régime (II). Le service public : label ou le clochard de cette année 2012 ?

1. LA PRECISION DU CHAMP DES SERVICES PUBLICS EN DROIT INTERNE

Pas de grand arrêt pour ce qui ne sera pas une grande année de la jurisprudence administrative pour le service public. L'année 2012 a permis de préciser les contours de ce « pavillon qui recouvre de multiples choses »⁴ (A) et de concilier certains principes relevant des « Lois de Rolland » (B).

1.1 Les précisions jurisprudentielles de la place des services publics

- Activités de service public

Application de la jurisprudence « APREI » aux centres de formation sportifs. Si le service public est un label⁵, il revient à l'administration sous le contrôle de la juridiction administrative de le délivrer dans le silence des textes. L'arrêt rendu par le Conseil d'État le 8 mars 2012 (req. n° 352959) le montre une nouvelle fois concernant les centres de formation d'une association sportive. En l'espèce, l'association Nice volley-ball demandait devant la haute juridiction administrative l'annulation pour excès de pouvoir la décision du 31 mai 2011 par laquelle le ministre des sports a refusé d'agréer son centre de formation pour la saison sportive 2011-2012.

Conformément à l'article L. 211-4 du code du sport : « *les centre de formation relevant d'une association sportive ou d'une société sportive sont agréés par l'autorité administrative, sur proposition de la fédération délégataire compétente et après avis de la Commission nationale du sport de haut niveau* ». Le Conseil d'État a ainsi considéré qu' : « *il ne résulte ni de ces dispositions, ni des travaux parlementaires préalables à la loi du 28 décembre 1999 portant diverses mesures relatives à l'organisation d'activités physiques et sportives dont elles sont issues, que le législateur aurait entendu reconnaître que les missions assurées par un centre de formation relevant d'une association sportive ou d'une société sportive revêtent le caractère d'une service public ; que ni les dispositions précitées du code du sport ni aucune autre disposition législative ou réglementaire n'attribuent l'exercice de prérogatives de puissance publique aux associations* ».

³ Droit administratif, 5^e éd., 2013, p. 370

⁴ J. PETIT, P.-L. FRIER, *Droit administratif*, Paris, LGDJ, 2012, p. 209, n° 344

⁵ D. TRUCHET, « Nouvelles récentes d'un illustre vieillard : label de service public et statut de service public », *AJDA* 1982. 427

sportives ou aux sociétés sportives s'agissant de ces centres de formation ; que, si l'activité de formation assurée par ces centres présente un caractère d'intérêt général et si la procédure d'agrément implique l'intervention du ministre chargé des sports, les conditions de création, d'organisation, de fonctionnement et de financement des centres de formation relevant d'une association sportive ou d'une société sportive ne permettent pas de regarder comme étant chargé d'une mission de service public ». Les associations ou sociétés sportives étant des personnes privées, le lien de rattachement avec le service public est « indirect » et son intensité minimale. Afin de rechercher si les missions assurées par un centre de formation constituaient une mission de service public, le Conseil d'État articule son raisonnement en deux temps. D'une part, il recherche l'existence d'une qualification textuelle y compris dans l'intention du législateur dans les travaux parlementaires préalables à l'adoption de la loi. D'autre part, dans le silence des textes il applique la méthode du faisceau d'indices permettant de déceler l'existence d'un service public. La haute juridiction administrative reprend les critères adoptés dans son arrêt de 2007 « APREI »⁶ d'abord dégagés par l'arrêt « Ville de Melun »⁷ puisqu'en l'absence de prérogatives de puissance publique un ensemble d'indices doivent être réunis pour reconnaître l'existence d'une mission de service public : les conditions de la création, d'organisation, de fonctionnement et de financement. Dans cette affaire le juge administratif n'a pu assimiler l'activité des centres de formation des associations ou sociétés sportives à une mission de service public à défaut d'indices suffisants.

Les casinos : quand le service public est absent de la délégation de service public. Dans un arrêt du 19 mars 2012⁸, le Conseil d'État a considéré que « si ces jeux de casinos ne constituent pas, par eux-mêmes, une activité de service public, les conventions obligatoirement conclues pour leur installation et leur exploitation, dès lors que le cahier des charges impose au cocontractant une participation à ces missions et que sa rémunération est substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation, ont le caractère de délégation de service public ». La diversité des activités du casino concourt à des missions d'intérêt général et emporte une « qualification finaliste » de service public. Cet arrêt reprend alors la distinction classique⁹ en matière de convention conclue pour l'édification, l'entretien et l'exploitation d'un casino (Loi n° 1907-06-15 du 15 juin 1907) entre les conventions de délégation de service public et l'existence même du service public. Si l'activité consistant en l'exploitation d'un casino ne constitue pas en elle-même un service public, sa présence sur le territoire de la commune remplit certaines exigences d'intérêt général qui justifient la qualification de la convention en délégation de service public¹⁰. La participation de l'exploitant en matière de développement économique, culturel et touristique dans des communes à fort potentiel touristique ainsi que le mode de « rémunération substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation » emportent donc la qualification de la convention en tant que délégation de service public. Cette qualification poursuit une finalité particulière :

⁶ CE sect. 22 févr. 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés*, n° 264541, Rec. 92, concl. VEROT ; JCP A 2007. 2066, concl., note ROUAULT ; RDSS 2007. 499, concl., note Koubi et GUGLIELMI ; AJDA 2007. 793, chr. LENICA et BOUCHER ; JCP 2007.I.166, chr. PLESSIX ; JCP A 2007.2145, note GUGLIELMI et Koubi ; RFDA 2007. 803, note BOITEAU

⁷ CE 20 juill. 1990, *Ville de Melun et Association « Melun-culture-loisirs » c. Vivien et autres*, Rec. 220 ; AJDA 1990.820, concl. POCHARD ; JCP 1991.II.21663, note FATOME

⁸ CE, 19 mars 2012, *SA Groupe Partouche*, req. n° 341562

⁹ CE, 28 juin 1918, *Sté générale thermale et balnéaire*, Rec. CE 1924 p. 58

¹⁰ sur ce point G. PELISSIER, « Les conventions d'exploitation des casinos : des délégations de service public sans service public », *RJEP* n° 700, août 2012, comm. 41

garantir la transparence, l'égalité et la lutte contre la corruption en soumettant ces conventions aux dispositions des articles L. 1411-1 et suivants du code général des collectivités territoriales. L'évolution récente du contentieux des contrats publics offre un moyen efficace en faveur de l'application effective de ces principes.

Appréciation globale du service public et droit de l'UE. Si un arrêt a marqué l'année 2012 par l'influence du droit européen sur le service public (Infra II), il s'agit de celui rendu par le Conseil d'État du 13 juillet 2012, *Cie Méridionale de Navigation et Sté Nationale Corse Méditerranée* (req. n° 355622 et n° 358396). Il marque à la fois l'importance du droit des institutions européennes sur la définition même du service public et sur les modalités de financement.

D'une part, Le Conseil d'État a estimé que les dispositions du règlement du Conseil n° 3577/92/CEE du 7 décembre 1992 « *ne font pas obstacle à ce que le besoin réel de service public soit apprécié globalement pour chaque ligne ou trajet sur l'ensemble de la période d'exécution du contrat ou sur les périodes qu'il distingue, sans qu'il y ait lieu de rechercher si ce besoin est justifié en permanence au cours de cette période* ». Les juges du Palais Royal adoptent alors une approche globale du service public¹¹ permettant une péréquation interne des coûts du service. Le service public ne se réduit donc pas aux seules prestations non-rentables. Cette appréciation globale du service marque « toute la différence entre la notion interne de service public et l'approche européenne fondée sur l'identification, précise et limitée, d'obligations de service public »¹². Toutefois, afin que la solution soit compatible avec la libre prestation des services (art. 1er du règlement du 7 décembre 1992 concernant l'application du principe de libre circulation des services aux transports maritimes à l'intérieur des États membres), le délégataire ne saurait bénéficier de droits exclusifs et spéciaux pour la réalisation des activités de transport supplémentaire (financements publics).

D'autre part, cette décision met en relief la compatibilité entre le financement des obligations de service public et le droit des aides d'État¹³. La convention de délégation de service public prévoyait qu' « *en cas de modification importante des conditions techniques, réglementaires ou économiques d'exploitation des services délégués ou pour tenir compte d'évènements extérieurs ayant un impact significatif sur les engagements financiers du (des) délégataire(s), les parties se rencontreront (...) pour prendre, autant que de besoin, les mesures de rétablissement de l'équilibre financier initial de la Convention, en priorité sur les tarifs maxima et sur l'adaptation des services* » (art. 7.1 de la convention de la délégation de service public conclue le 7 juin 2007). La cour administrative de Marseille y avait vu une aide d'État, le Conseil d'État infirme cette position en considérant que cette clause ne saurait constitué une aide d'État dès lors qu' « *elle subordonne l'éventualité d'un recours financier à l'intervention d'une décision de l'autorité compétente* ». L'éventualité d'un recours financier ne constitue pas une aide d'État. Le Tribunal de l'Union européenne a déjà adopté une position similaire en matière d'État à propos de l'annonce par l'État français de son soutien à une entreprise en difficulté¹⁴.

¹¹ Contrairement à la CAA de Marseille, 7 nov. 2011, *Sté Corsica Ferries*, req. n° 08MA01604

¹² G. ECKERT, « L'influence grandissante du droit de l'Union européenne », *CMP* n° 10, oct. 2012, comm. 287

¹³ TFUE, art. 107 et 108, V. CJCE, 24 juill. 2003, aff. C-280/00, *Altmark Trans*, Rec. CJCE 2003, I, p. 7747

¹⁴ Trib. UE, 21 mai 2010, aff. T-425/04, T-444/04, T-450/04 et T-456/04, France c/ Commission

Appréciation globale d'une mission de service public et délégation de service public. 102 ans après l'arrêt « Thérond »¹⁵, l'activité de fourrière se retrouve au Palais Royal.

L'arrêt du Conseil d'État du 13 juillet 2012¹⁶ ne remet pas en cause la qualification de cette activité en service public pour retenir le caractère administratif du contrat, mais entend prolonger la mission de service public à l'activité accessoire de refuge pour les animaux. Le Conseil d'État considère en effet qu' « *en confiant l'exercice de l'activité de refuge, c'est-à-dire d'accueil et de prise en charge des animaux soit en provenance d'une fourrière, laquelle relève d'un service public communal obligatoire en vertu des dispositions des articles L. 211-24 et suivants de ce code, soit donnés par leurs propriétaires, aux seules fondations et associations de protection des animaux agissant dans un but non lucratif, lui ont conféré un caractère de mission d'intérêt général ; qu'en déléguant cette activité, à son initiative et sous son contrôle, conjointement avec l'activité de fourrière dont le refuge constitue le prolongement, la commune d'Aix-en-Provence a érigé l'ensemble formé par la fourrière-refuge an mission de service public* ». Dès lors, la convention de délégation de service public peut porter sur les deux activités.

- Compétence juridictionnelle

Litige contractuel entre un SPIC et un usager. Alors que la valorisation du patrimoine immatériel public est une question d'actualité¹⁷ la diffusion des informations publiques représente un gisement de richesses important. La compétence juridictionnelle concernant ces nouveaux biens se pose alors avec d'autant plus d'acuité. La Cour administrative d'appel de Paris a pu poser des éléments de réponse dans un arrêt du 17 janvier 2012, *SA EDD c/ INPI et société Coface-Services* (req. n° 09PA02554). La CAA de Paris a en effet reconnu que la diffusion des informations détenues dans le répertoire des métiers et le bulletin officiel des annonces civiles et commerciales par l'INPI, dans le cadre de contrats de licence, était rattachée à une mission de service public industriel et commercial. Les juges de la CAA de Paris, en reprenant les critères posés par l'arrêt « USIA » de 1956¹⁸ estiment que « *le service de diffusion, par la voie de licences consenties aux usagers, des informations techniques, commerciales et financières contenues dans les instruments centralisés de publicité légale détenus par l'INPI [...], est exercé sur le marché concurrentiel de l'information ; que le financement de ce service repose exclusivement sur les redevances versées par les usagers ; qu'enfin, la gestion technique, commerciale et financière et l'exécution de ce service sont confiées à un concessionnaire privé à ses risques et périls ; que, dans ces conditions, ce service doit être regardé comme un service public industriel et commercial* ». En l'espèce, la nature de l'activité exercée sur un marché concurrentiel ainsi que le fonctionnement « *dans les mêmes conditions qu'un industriel ordinaire* »¹⁹ emporte le caractère industriel et commercial du service public. Dès lors, la

¹⁵ CE, 4 mars 1910, *Thérond*, GAJA n° 20

¹⁶ CE, 13 juillet 2012, req. n° 358512, *Cne Aix-en-Provence*

¹⁷ M. Lévy, J.P. Jouyet, *L'économie de l'immatériel. La croissance de demain*, Rapport Ministère de l'économie des finances et de l'industrie, 2007 ; C. Malwé, *La propriété publique incorporelle : au carrefour du droit administratif des biens et du droit public économique*, th. Nantes, 2008

¹⁸ CE Ass, 16 nov. 1956, *Union syndicale des industries aéronautiques*, D. 1956.759 et S. 1957.38 ; AJDA 1956.II.489, chr. FOURNIER et BRAIBANT ; JCP 1957.II.9968, note BLAEVOET

¹⁹ TC, 22 janv. 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain*, GAJA n° 36

relation de droit entre l'INPI et les usagers dans le cadre de la diffusion des informations ne relève pas de la compétence de la juridiction administrative.

Agents non titulaires et reprise d'un service public administratif. Lorsque la gestion d'un service public administratif est reprise par une autre personne publique, celle-ci a l'obligation de proposer un contrat aux agents non titulaires employés par la personne publique d'origine. Telle est la position du tribunal administratif de Lille dans un jugement du 27 novembre 2012²⁰. En l'espèce, une auxiliaire de service d'abord recrutée par l'école normale de Douai à compter du 1^{er} septembre 1985, puis par l'institut universitaire de formation des maîtres du Nord-Pas-de-Calais sous la forme de contrats à durée déterminée du 1^{er} septembre 1995 au 31 août 2007 puis de contrat à durée indéterminée à partir du 1^{er} septembre 2007. L'institut a été transformé en école interne de l'Université d'Artois au 1^{er} janvier 2008 et l'agent affecté dans une école annexe ensuite désannexée au 1^{er} septembre 2010. L'agent a donc été licenciée par le Président de l'Université d'Artois sans pour autant être recrutée par la commune de Douai qui reprenait le fonctionnement de l'école. Après une décision implicite de rejet par la commune à sa demande de proposition de contrat à durée indéterminée, l' (ex-) agent a saisi le tribunal administratif de Lille afin de faire droit à sa demande. Le tribunal administratif de Lille a alors considéré que *« la commune de Douai, personne morale de droit public, a exercé une activité relative au service public administratif de l'éducation en prenant en charge le fonctionnement de deux écoles élémentaires ; qu'elle n'apporte pas d'éléments permettant d'établir que cette activité, relative à l'enseignement de premier degré, est différente de celle exercée précédemment par l'institut universitaire de formation des maîtres du Nord-Pas-de-Calais à l'école Jean Monnet »*. Si l'activité n'est pas différente, elle est prise en charge par la commune dans les mêmes locaux. Ainsi la continuité du service public administratif assurée, celle du maintien du contrat de l'agent même non titulaire est une obligation pour la personne publique d'accueil. Il faut d'ailleurs rappeler le caractère administratif du contrat du recrutement quand bien même l'agent n'est pas titulaire. En effet, le lien de droit public existant entre l'agent contractuel et la personne publique a été retenue par l'arrêt du tribunal des conflits du 25 mars 1996 « Berkani »²¹. Depuis lors, tout agent non statutaire « travaillant pour le compte d'un service public administratif » est lié par un contrat de droit public.

Gestionnaire privé, détenu et droit public. Le tribunal des conflits a eu l'occasion de se prononcer sur la nature de la relation de droit existante entre un détenu et le gestionnaire privé de la prison. En effet, dans un arrêt du 11 juin 2012²² le tribunal des conflits a retenu la compétence du juge administratif pour juger de la responsabilité de la personne privée en charge de la gestion d'un établissement pénitentiaire (marché public prévu à l'art. 2 de la loi n° 87-432 du 22 juin 1987 relative au service public pénitentiaire) à l'encontre d'un détenu ayant subi un accident médical suite à la prescription de médicaments inappropriés. Afin de retenir la compétence du juge administratif, le tribunal des conflits retient *« que le dommage subi par M. B. a pour origine des fautes qui n'étaient pas détachables du service médical assuré par la société Dumez, pour le compte de*

²⁰ TA Lille, 3^e ch., 27 novembre 2012, req. n° 1100844

²¹ T. confl. 25 mars 1996, *Berkani c/ CROUS de Lyon Saint Etienne*, Rec. p. 536, concl. Ph. MARTIN, AJDA 1996 p. 339, chron. J.-H. STAHL et D. CHAUVAUX, RFDA 1996 p. 818, concl. Ph. MARTIN ; J.-B. AUBY, G. BRAIBANT, J.-F. LACHAUME, « Les agents publics contractuels après l'arrêt Berkani », DA oct. 1997, chron., p. 18

²² TC, 11 juin 2012, *Société GTM Génie civil et services c/ Fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et d'autres infractions*, req. n° 3849

l'État et sous son contrôle ; que, eu égard tant à la nature particulière que revêtait cette mission de service public administratif qu'aux conditions dans lesquelles elle était alors assurée, le détenu auquel des soins étaient dispensés dans le cadre qui était ainsi défini se trouvait, à l'égard de la personne, même de droit privé, chargée de cette mission, dans une relation de droit public ; qu'il suit de là que le litige né de l'action en responsabilité engagée par le Fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et d'autres infractions, subrogé dans les droits de M. B. à l'encontre de la société Dumez, devenue la société GTM Génie civil et services relève de la juridiction administrative ».

- Responsabilité

Usager d'un SPIC et usager d'un ouvrage public. La Cour administrative de Marseille a estimé dans un arrêt du 1^{er} octobre 2012 (req. n° 10MA02580) qu'il n'appartient pas à la juridiction administrative de *« connaître des dommages imputables aux ouvrages ou travaux dont s'agit et d'apprécier la responsabilité encourue en raison de vices dans leur conception, leur exécution ou leur entretien lorsque ces dommages ont été causés à un usager d'un service public industriel et commercial à l'occasion de la fourniture de la prestation due par le service audit usager »*. En l'espèce, un usager a chuté en empruntant la rampe d'accès au bureau de Poste. Recherchant la responsabilité de La Poste et de la commune de Vauvert devant le tribunal administratif de Nîmes en tant qu'usager de l'ouvrage public, la Cour administrative de Marseille s'est quant à elle déclarée incompétente en faisant primer la qualité d'usager du SPIC sur celle d'usager de l'ouvrage public. Il s'agit ici d'une application classique de l'arrêt du Tribunal des conflits du 24 juin 1954, *Dame Galland*²³ qui met en échec l'attractivité de la responsabilité pour dommages de travaux publics.

Usager d'un SPA et usager d'un ouvrage public. Le tribunal administratif de Nice²⁴ a admis que le dommage causé par une bouteille d'alcool introduite, consommée et jetée dans un établissement scolaire emportait la responsabilité de l'État pour défaut d'organisation du service public de l'éducation. En l'espèce un lycéen avait reçu une bouteille de vodka vide sur la tête pendant le temps scolaire entraînant sa chute dans l'escalier et lui causant un traumatisme crânien. Les préjudices physiques et psychologiques supportés par le lycéen ne sont pas réparés sur le terrain du défaut d'entretien de l'ouvrage imputable à la région – tel que les parents de la victime l'invoquaient – mais pour défaut d'organisation du service public imputable à l'État dès lors *« que la présence dans cet établissement d'une bouteille d'une boisson prohibée, le fait qu'elle y a été bue et le fait qu'après qu'elle a été consommée un ou plusieurs élèves ont pu la jeter dans un escalier régulièrement emprunté par des élèves révèlent un défaut de surveillance caractérisant un défaut d'organisation du service public de l'éducation de nature à engager la responsabilité de l'État »*. Le juge administratif de première instance a toutefois retenu l'exonération de la moitié de la responsabilité de l'État puisque le jet de la bouteille a été opéré par un – ou des – tiers inconnus et *« qu'en l'espèce, et en l'absence d'autres causes étrangères en l'absence de faute de la victime, de cas de force majeure et de cas fortuit, ce fait d'un tiers est exonératoire de*

²³ Rec. 717, D. 1955 p. 544, note AUBY, JCP 1954, II, 8355, note DUFAU

²⁴ TA Nice 12 octobre 2012, req. n° 1103683

moitié de la responsabilité de l'État ». Cette exonération n'aurait pas pu être retenu en faveur de la région²⁵, puisque seules la faute de la victime et la force majeure constituent des causes exonératoires dans les cas de responsabilité pour défaut d'entretien normal. Le tribunal administratif de Nice estime en effet « *que la présence de cette bouteille dans l'établissement à l'heure de l'accident soit imputable à un défaut de nettoyage de l'établissement, lequel a lieu tous les matins de 6 heures à 8 heures, en dehors du temps scolaire, n'est pas constitutif d'un défaut d'entretien normal de l'ouvrage relevant de la responsabilité de la région Provence Alpes-Côte d'Azur* ».

1.2 La recherche d'une conciliation des principes du service public

Vocation au service public et fonction publique. Le 12 octobre 2012, le Conseil constitutionnel a pu se prononcer sur la question de la vocation des fonctionnaires à l'accomplissement d'une mission de service public. C'est dans le cadre d'une décision relative à une question prioritaire de constitutionnalité (n° 2012-281 QPC) que le juge constitutionnel a été saisi concernant la conformité à la Constitution des articles 1^{er}-1, 29, 29-1 et 29-2 de la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la Poste et à France Télécom, et des articles 2 et 8 de la loi n° 2003-1365 du 31 décembre 2003 relative aux obligations de service publics des télécommunications et à France Télécom. En effet, la question posée concernait le maintien de fonctionnaires d'État dans l'entreprise France Télécom qui n'est plus investie d'une mission de service public depuis la loi du 31 décembre 2003 et que le président du conseil d'administration de l'entreprise conserve un pouvoir de nomination et de gestion des fonctionnaires alors que lui-même n'est plus nommé par décret conformément aux articles 13 et 21 de la Constitution. Autrement formulée la question est la suivante : quel est le lien entre la fonction publique et le service public ? Les fonctionnaires peuvent-ils accomplir d'autres missions que celles de service public ?

Alors que le Conseil d'État avait répondu par la négative dans un avis du 18 novembre 1993 concernant la privatisation de France Télécom²⁶. Avait été dégagé le « *principe constitutionnel selon lequel des corps de fonctionnaires de l'État ne peuvent être constitués et maintenus qu'en vue de pourvoir à l'exécution des missions de service public* ». Toutefois, après un aménagement de cette position par le Conseil d'État dans un nouvel avis, la loi du 31 décembre 2003 mettait quant à elle un terme au lien fonctionnel de la fonction publique de l'État puisqu'elle admettait le maintien des fonctionnaires dans une entreprise qui n'était plus en charge du service public des télécommunications, mais tenue par des « obligations de service public » (art. 1^{er} III) et par le « service universel des télécommunications ». Cette loi ayant échappé au contrôle *a priori* n'a pu éviter le contrôle de constitutionnalité par la voie de la question prioritaire de constitutionnalité. Cette question prioritaire offrait l'occasion au Conseil constitutionnel de maintenir ou d'écarter le principe précédemment reconnu par le Haut Conseil. Les juges de la rue Montpensier ont dénié l'existence de tout principe constitutionnel liant la fonction publique étatique au service public. Il n'existe pas de principe à valeur constitutionnel liant les fonctionnaires à l'exécution d'une mission de service public. Dès lors, sans droit constitutionnellement garanti la

²⁵ CE, 6 février 1957, *Département de la Réunion*, Rec. p. 92 ; CE, 27 novembre 1957, *Sté d'études et d'entreprises de travaux publics*, Rec. p. 646 ; CE, 26 avril 1968, *Ville de Cannes*, Rec. p. 268 ; AJDA 1968, Rec. p. 652 note J. MOREAU

²⁶ CE, avis, 18 nov. 1993, n° 355/255, *France Télécom*, L. RICHER, comm. GACE, Dalloz, 2008, n° 24, et AJDA 1994 p. 463 ; L. RAPP, « La privatisation de France Télécom : de « l'exemple français » à « l'exception culturelle » », *CJEG* 1994 p. 351

question prioritaire de constitutionnalité ne saurait aboutir à une abrogation de la disposition législative contestée. Le juge constitutionnel contribue lui aussi au déclin de la notion de service public comme élément central du droit administratif. Celui-ci ne constitue plus le critère fonctionnel de la fonction publique. Si la fonction est publique elle n'en est pas pour autant liée au service public. Voici une profonde remise en cause du « dogme du guiste » de l'État en tant que « coopération de services publics »²⁷.

Droit de grève et continuité du service public géré par une personne privée. Les grands arrêts « Winkell »²⁸ et « Dehaene »²⁹ peuvent faire figure de reliques du droit administratif. Et pourtant les questions de conciliation entre le droit de grève et la continuité du service public est toujours d'actualité d'autant plus face au mouvement de privatisation des activités d'intérêt général.

Sur ces questions, la chambre sociale de la Cour de cassation dans son arrêt du 9 octobre 2012 (n° 2103 FS-P+B) a pu estimer qu'en application des articles L. 2512-1 et -2 du code du travail « *les dispositions relatives à la grève dans le service public s'appliquent au personnel d'une entreprise privée gérant un service public affecté à cette activité, peu important les modalités de rémunération de l'entreprise* ».

Alors que la société Citram Aquitaine s'était vue confier par la SNCF le transport des voyageurs entre les gares de Bordeaux et Libourne et celles de Bordeaux et Saint-Mariens du 8 au 11 mai 2008, le syndicat Force ouvrière a déposé un préavis de grève auprès de ladite société le 6 mai pour le 8 mai suivant. La grève correspondait au début de la période de la mission de transport. Dès lors, la société a sanctionné disciplinairement les salariés ayant exercé leur droit de grève sur le motif que selon les dispositions de l'article L. 2512-2 al. 4 du code du travail « le préavis doit parvenir cinq jours francs avant le déclenchement de la grève à l'autorité hiérarchique ou à la direction de l'établissement, de l'entreprise ou de l'organisme intéressé ». Le préavis ayant été déposé le 6 mai pour le 8, les salariés ne respectaient pas le préavis de 5 jours francs alors applicable. Or la Cour d'appel de Bordeaux a annulé les sanctions disciplinaires (mises à pieds) en relevant que la société Citram Aquitaine ne pouvait être « *regardée comme étant chargée de la gestion d'un service public, le contrat passé avec la SNCF étant prévu à forfait* » mais « *participait à l'exécution d'un service public de transport de personnes* ». La simple participation à l'exécution du service public ne permettait pas à la société de se fonder sur les dispositions de l'article L. 2512-1 du code du travail pour sanctionner ses salariés. Le 2° de l'article ne vise que les « *personnels des entreprises, des organismes et des établissements publics ou privés lorsque ces entreprises, organismes et établissements sont chargés de la gestion d'un service public* ». La chambre sociale de la Cour de cassation adopte une solution inverse en cassant et annulant l'arrêt de la cour d'appel « *mais seulement en ce qu'ils ont dit que les mises à pied disciplinaires étaient sans fondement* ».

Faut-il alors interpréter cette solution comme une extension des dispositions du code du travail au personnel des entreprises qui participent à l'exécution du service public ou tout simplement comme une requalification de l'objet du contrat transférant la charge de la gestion du service public ? Quelque soit

²⁷ L. DUGUIT, *Manuel de droit constitutionnel*, 4^e éd., 1923, rééd. 2007, éd. Panthéon Assas, p. 73

²⁸ CE 7 août 1909, Rec. 826 et 1296, concl. TARDIEU; S. 1909.3.145, concl., note HAURIOU; RD publ. 1909.494, note JEZE

²⁹ CE 7 juill. 1950, GAJA n° 61

l'interprétation du juge, cette solution révèle encore une fois toutes les précautions prises à l'égard du droit de grève dans le bon fonctionnement du service public en assurant sa continuité.

Lutte contre les discriminations et principe de neutralité du service public de l'éducation. Dans un jugement en date du 23 novembre 2012 (req. n° 1211193), le tribunal administratif de Paris a dû se prononcer sur la conciliation entre le principe de neutralité du service public de l'éducation et la liberté de conscience des élèves avec la délivrance d'un agrément par le ministre de l'éducation nationale à une association intervenant sur le thème de la lutte contre les discriminations. La Confédération nationale des associations familiales catholiques (et autres fédérations et associations) demandent au tribunal administratif de Paris (sur transmission du Conseil d'État) d'annuler pour excès de pouvoir l'arrêté du 24 juillet 2009 par lequel le ministre de l'éducation nationale a délivré un agrément à l'association « SOS Homophobie », pour une durée de cinq ans, au titre des associations éducatives complémentaires de l'enseignement public. Cette association a pour objet de lutter « contre toute forme, avouée ou non, d'exclusion, de discrimination ou de violence à l'encontre d'individus ou de groupes en raison de leur orientation sexuelle ou de leur identité de genre réelles ou supposées ». Se trouvaient alors confrontés les principes de neutralité du service public de l'éducation et les nécessités de la lutte contre les discriminations dans les établissements scolaires sur le fondement de la liberté d'information.

Après avoir rappelé que ces principes sont contenus dans l'article L. 511-2 du code de l'éducation, le tribunal administratif de Paris a considéré que « *le principe de neutralité de l'enseignement public, qui est l'un des éléments de la neutralité de l'ensemble des services publics, impose que l'enseignement soit dispensé dans le respect, d'une part, de cette neutralité par les programmes, les enseignants et les personnels qui interviennent auprès des élèves et, d'autre part, de la liberté de conscience des élèves ; que ce principe ne fait pas obstacle à ce que soit apportée aux élèves de l'enseignement secondaire une information sur la lutte contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle et l'homophobie, qui poursuit un objectif d'intérêt général consacré par la loi, à l'exclusion de toute incitation ou pression à adopter une croyance ou un comportement particulier* ». Toutefois, le document joint à l'intervention de l'association intitulé « module de sensibilisation », non distribué mais à disposition des élèves, fait état d'une « *formulation de certaines des réflexions de ce document est susceptible de porter atteinte aux convictions religieuses et philosophiques tant des élèves que de leurs parents ou des enseignants* ». Dès les informations véhiculées dans ce document « *sont insuffisamment nuancées pour ne pas porter atteinte au principe de neutralité* ». Le ministre de l'éducation nationale a ainsi commis une erreur d'appréciation en délivrant l'agrément à ladite association justifiant son annulation par le juge administratif.

Le tribunal administratif suit les conclusions du rapporteur public qui estime que même si « *les interventions dans les établissements scolaires sur le thème de la lutte contre les comportements violents, agressifs ou discriminatoires dont peuvent faire l'objet les personnes homosexuelles répondent à un intérêt général au regard des missions du service public de l'enseignement* (V. CAA de Nancy du 14 février 2008, Association couleurs gaies, req. n° 07NC00335, AJDA 2008. 1015) », il fallait retenir que « *le module de sensibilisation tel qu'il a été présenté en 2009 ne parvenait pas tout à fait à trouver le bon angle pour aborder ces questions dans le cadre scolaire et que certains de ses passages entraient ainsi en contradiction avec les principes* » du service public de l'enseignement. (V. CE, 6 octobre 2000, Association promouvoir, req. n°

216901, et CE, 18 octobre 2000, *Association promouvoir*, req. n° 213303, concernant une campagne de sensibilisation des mineurs à la contraception ainsi qu'une circulaire sur les séquences d'éducation à la sexualité et sur la prévention des maladies sexuellement transmissibles).

2. L'INFLUENCE DU DROIT EUROPEEN SUR LE SERVICE PUBLIC

L'année 2012 a été principalement marquée par l'adoption du « Paquet Almunia » en matière de service public, de service économique d'intérêt général et des aides d'État³⁰. Le droit européen qu'il soit originaire ou dérivé joue un rôle important dans la redéfinition et l'évolution du service public. Le service public est malmené par les règles du droit de la concurrence à tel point que certains préconisent une européanisation de l'expression « service public »³¹. L'influence du droit européen est d'abord indirecte en ce qu'il emporte une adaptation du juge administratif face au mouvement concurrentiel (2.1), puis directe par l'élaboration d'un dispositif normatif propre aux services d'intérêt économique général avec le « Paquet Almunia » (2.2).

2.1 Le juge administratif influencé par le droit européen

V. CE, 13 juillet 2012, *Cie Méridionale de Navigation et Sté Nationale Corse Méditerranée* (req. n° 355622 et n° 358396) **Supra (IA)**

Service public et concurrence... 82 ans après l'arrêt « Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers »³², ce couple célèbre perdure même s'il s'est adapté aux évolutions du temps. La cour administrative de Paris a dû rendre une décision concernant la création du syndicat mixte Autolib' chargé de « l'étude, la réalisation et l'exploitation d'un service public de véhicules automobiles en libre-service dénommé Autolib' »³³.

Alors que le tribunal administratif de Paris n'avait pas fait droit à leur demande³⁴, les requérants (Chambre syndicale des loueurs de voitures automobiles et le syndicat professionnel des centraux radio taxi de Paris) demandaient au juge administratif d'appel l'annulation de la décision du 14 avril 2010 par laquelle le Préfet de Paris a refusé d'abroger son arrêté du 9 juillet 2009 autorisant la création du syndicat mixte. La cour administrative d'appel de Paris reprend mot pour mot le considérant de principe posé par l'arrêt du Conseil d'État du 31 mai 2006 « Ordre des avocats au barreau de Paris »³⁵ en rappelant que « *les personnes publiques sont chargées d'assurer les activités nécessaires à la réalisation des missions de service public dont elles sont*

³⁰ V. G. KALFLECHE et J.-G. SORBARA, « Les compensations de service public du Paquet Almunia, une obscure clarté », *Eur.* n° 6, juin 2012, ét. 7

³¹ V. D. TRUCHET, « Renoncer à l'expression « service public » ? », *AJDA* 2008.553 ; contra G. MARCOU, « Maintenir l'expression et la notion de « service public » », *AJDA* 2008.833 ; G.-J. GUGLIELMI et G. KOUBI, « Le droit, comme la langue vit dans la conscience populaire », *AJDA* 2008.1169 ; M. LOMBARD, « Mots et valeurs du service public », *AJDA* 2008.1225

³² CE sect., 30 mai 1930, *GAJA* n° 42

³³ CAA Paris 3 juillet 2012, req. n° 11PA02157

³⁴ TA Paris, 18 février 2011, n° 1011822/6-1

³⁵ (CE 31 mars 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, Rec. 272 ; concl. CASAS, BJCP 2006.295, CJEG 2006.430 et RDA 2006.1048 ; *AJDA* 2006.1584, chr. LANDAIS et LENICA ; CP-ACCP oct. 2006, p. 78, note RENOARD ; CCC oct. 2006, comm. ROLIN ; CMP juill. 2006, n° 202, note ECKERT ; DA août-sept. 2006, n° 129, note BAZEX ; JCP A 2006.113, note LINDITCH ; Gaz. Pal. 7 déc. 206, p. 7, note RENAUDIE ; RLC oct.-déc. 2006, p. 44, note CLAMOUR)

investies et bénéficient à cette fin de prérogatives de puissance publique ; qu'en outre, si elles entendent, indépendamment de ces missions, prendre en charge une activité économique, elles ne peuvent légalement le faire que dans le respect tant de la liberté du commerce et de l'industrie que du droit de la concurrence ; qu'à cet égard pour intervenir sur un marché, elles doivent, non seulement agir dans la limite de leurs compétences , mais également justifier d'un intérêt public, lequel peut résulter notamment de la carence de l'initiative privée ; qu'une fois admise dans son principe, une telle intervention ne doit pas se réaliser suivant des modalités telles qu'en raison de la situation particulière dans laquelle se trouverait cette personne publique par rapport aux autres opérateurs agissant sur le même marché, elle fausserait le libre jeu de la concurrence sur celui-ci ». Après avoir énoncé les conditions dans lesquelles les personnes publiques pouvaient prendre en charge une activité économique, la cour administrative d'appel confirme la position du tribunal administratif de Paris qui « *a retenu les bénéfices environnementaux attendus d'Autolib' et conclut sur ce point à l'existence d'un intérêt public* ». De plus, compte tenu de la différence des activités exercées par les requérants et le service mis en place qui n'interviennent pas sur le même marché, l'intervention de la personne publique ne saurait fausser le libre jeu de la concurrence. Dès lors, la cour administrative d'appel de Paris rejette la requête et confirme la position du tribunal administratif de Paris. La légalité de l'intervention publique dans le domaine industriel et commercial est conditionnée à l'égalité de la puissance publique avec les opérateurs économiques privés. Le juge analyse ici la concurrence entre les activités sur le fondement du « marché pertinent », notion hautement connotée économiquement. La cour administrative d'appel de Paris montre une nouvelle fois sa sensibilité particulière aux problématiques de droit de la concurrence³⁶.

2.2 L'influence du droit européen sur la définition du service public

Le « Paquet Almunia » est arrivé³⁷. L'année 2012 aura surtout été marquée sur le plan européen par l'adoption par la Commission du « Paquet Almunia ». Composée de quatre textes adoptés entre décembre 2011 et avril 2012, il prend la suite du « Paquet Monti/Kroes » en vigueur depuis 2005 dont la date d'expiration était prévue à la fin de l'année 2011. Alors que les textes de 2005 reprenaient la jurisprudence *Altmark*³⁸, l'objectif annoncé du « Paquet Almunia » est de clarifier et simplifier les mesures en matière d'aides d'État, de service public et de service économique d'intérêt général.

Le nouveau dispositif entend réaffirmer l'interdiction de principe des aides d'État et élargit le champ des hypothèses, non couvertes par le caractère réducteur des conditions cumulatives de l'arrêt *Altmark*, dans lesquelles ces aides sont possibles. La Cour dans l'arrêt *Altmark* prévoit quatre conditions dans lesquelles une compensation d'obligations de service public n'est pas une aide publique. 1° L'entreprise bénéficiaire doit effectivement être en charge de l'exécution d'obligations de service public clairement définies ; 2° les

³⁶ V. CAA Paris, 7 février 2013, *Société 20 minutes France c. RATP* ; M. BOUL, « L'arrêt RATP et les infrastructures essentielles : pas de droit à la paresse dans les stations parisiennes », LPA juillet 2013, n° 144, p. 11

³⁷ V. G. KALFLECHE, J.-G. SORBARA, « Les compensations de service public du Paquet Almunia : une obscure clarté », Eur. n° 6 juin 2012, ét. 7

³⁸ CJCE 24 juill. 2003, *Altmark Trans GmbH Regierungspräsidium Magdeburg/Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, aff. C-280/00

paramètres sur la base desquels est calculée la compensation doivent être préalablement établis de façon objective et transparente, afin d'éviter qu'elle ne comporte un avantage économique susceptible de favoriser l'entreprise bénéficiaire par rapport à des entreprises concurrentes ; 3° la compensation ne saurait dépasser ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public ; 4° lorsque le choix de l'entreprise chargée de l'exécution d'obligations de service public n'est pas effectué dans le cadre d'une procédure de marché public ; le niveau de la compensation nécessaire doit être déterminé sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée des moyens en transport afin de pouvoir satisfaire aux exigences de service public requises, aurait encourus pour exécuter ces obligations en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'une bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations.

Le caractère cumulatif et réducteur de ces conditions nécessitait alors un encadrement textuel élargi. Les quatre textes adoptés par la Commission européenne dans le cadre du « Paquet Almunia » devrait éclaircir les conditions dans lesquelles une compensation d'obligations de service public échappe à la qualification en tant qu'aide d'État dans le cadre des SIEG.

Le « Paquet Almunia » (JOUE L 7 et C 8 du 11 janv. 2012) se compose des textes suivants :

- Décision 2012/21/UE de la Commission du 20 décembre 2011, relative à l'application de l'article 106, §2, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides d'État sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de service d'intérêt économique général.
- Communication de la Commission du 20 décembre 2011, relative à l'application des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État aux compensations octroyées pour la prestation de services d'intérêt économique général (2012/C 8/02).
- Encadrement de l'Union européenne du 20 décembre 2011, applicable aux aides d'État sous forme de compensations de service public (2012/ C8/03).
- Règlement de la Commission relatif à l'application des articles 107 et 108 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides de minimis accordées à des entreprises fournissant des services d'intérêt économique général (360/2012). Ce règlement fixe à 500 000 euros sur trois ans le seul *de minimis* applicable aux compensations de service public pour les SIEG de faible montant.

Comme le soulignent les Professeurs KALFLECHE et SORBARA : « les services d'intérêt économique général (SIEG) bénéficient de plus en plus d'un statut propre au sein du droit de l'Union ». Ce statut propre doit être concilié avec la notion française de service public qu'il recouvre partiellement. Les précisions – même relatives – du « Paquet Almunia » sont dès lors bienvenues dans un souci de conciliation entre deux notions aux fondements idéologiques a priori opposés. L' « interdépendance sociale » doit se plier aux exigences d'une vision économique libérale.

« Bref, le service public est bien vivace ». Telle était conclue la chronique précédente par Alice Minet pour l'année 2010. Oui, le service public est toujours vivant en 2012. Les ajustements, précisions, mutations dont il fait l'objet ne le remettent pas pour autant en cause. La mutabilité ne serait-elle pas un des principes

directeurs du service public ? Malmené par le droit de l'Union européenne, le service public continue d'être une notion centrale du droit administratif. S'il n'y a pas de grands arrêts sur le service public en 2012, les services publics et leurs déclinaisons inondent le prétoire.

LIABILITY AND ACCOUNTABILITY

(Ombudsman)

ANNUAL REPORT - 2011 - UK

(July 2011)

Dr Richard KIRKHAM¹

INDEX

1. OMBUDSMAN SCHEMES IN THE UK

- 1.1 The different ombudsman schemes*
- 1.2 The roles of the ombudsmen*
- 1.3 Powers to recommend redress*
- 1.4 The implementation of redress*

2. DEVELOPMENTS IN 2010/11- LEGISLATIVE REFORM

- 2.1 The reform work of the Law Commission*
- 2.2 The expanded role of the Scottish Public Services Ombudsman*
- 2.3 Consultation in Northern Ireland*

3. DEVELOPMENTS IN 2010/11- SOME SIGNIFICANT EVENTS

¹ Senior Lecturer in Public Law, University of Sheffield

3.1 The proposed abolition of the Administrative Justice and Tribunals Council

3.2 Equitable Life

3.3 Using the courts to force public authorities to reconsider their response to the ombudsman

4. WEB SITES

1. OMBUDSMAN SCHEMES IN THE UK

The first statutory ombudsman scheme in the UK to be established was the Parliamentary Commissioner for Administration in the Parliamentary Commissioner Act 1967. The idea has become firmly embedded within the UK's constitutional arrangements since that point, with an array of ombudsman schemes established in both the public and private sectors. The result is that a significant amount of redress is achieved through ombudsman schemes, but there is no one clear model or structure of ombudsman, or even agreed nomenclature.² Indeed, if one broadens one's concept of an ombudsman somewhat, the UK also possesses a wide range of ombudsman-like bodies that perform, at least partially, some of the roles normally attributed to an ombudsman.

1.1 The different ombudsman schemes

The oldest form of ombudsman in the UK are the public services ombudsmen. A number of ombudsman schemes have been introduced as the idea gradually spread across different branches of the public sector and account was taken of the different nations within the UK and their corresponding different layers of devolved government. The ombudsman

² Reference is frequently made to 'Commissioners' or 'Commission' or 'Adjudicator'.

schemes set up more recently are supported by more thorough supporting legislation. The powers and remit of the older ombudsman schemes have been or are in the process of being updated to reflect more clearly the practice of the ombudsman today.

Public services ombudsman schemes can be loosely categorised into two branches – (i) ombudsmen schemes that are responsible for investigating a broad spectrum of government activity and which have full autonomy from the executive, a design feature emphasised through a strong parliamentary connection, and (ii) ombudsman schemes with more confined and specialised jurisdictions and which generally are not fully independent of the executive and which do not necessarily report to Parliament.

Of the ombudsmen generally considered to operate with full independence, the post of Parliamentary Commissioner for Administration (capable of dealing with complaints about most central government activity) has, since 1973, always been jointly held by the Health Service Commissioner for England. The joint post is generally referred to today as the Parliamentary and Health Service Ombudsman. Separately in England there is a Local Government Ombudsman for England (which has a weak relationship with parliament), while in Northern Ireland there are two ombudsman schemes (the Assembly Ombudsman for Northern Ireland and the Northern Ireland Commissioner for Complaints), although again the posts are in practice held by the same individual. In both Scotland and Wales there is an ombudsman scheme linked to a local democratic chamber, with general responsibilities for public service issues.

Within the ‘non-parliamentary’ category of ombudsman schemes there is much variety. Generally the posts have been established in response to a specific need in a particular area of public sector activity. Hence within the UK, there is more than one specialised ‘ombudsman-like body’ operating in the fields of prison and probation, the

police, housing and higher education. Other schemes perform some of the services one might expect an ombudsman to perform, although by no means all, such as the Children's Commissioner for Wales. The specialised role of the Information Commissioners in the UK should also be noted as their existence means that an ombudsman does not perform the function of dealing with complaints in this area. Unlike an ombudsman, the Information Commissioners operate more in a quasi-judicial capacity and their operation is more clearly integrated into the legal system (namely notices/decisions issued by the Information Commissioners can be appealed).

Most of the public services ombudsmen and ombudsmen-like bodies in the UK are members of the British and Irish Ombudsman Association (BIOA), along with a number of ombudsmen from the private sector. Details of all these institutions can be found on the association's website (see below, Part 4).

1.2 The roles of the ombudsmen

The specific roles of ombudsmen in the UK are generally detailed in statute. The dominant role of an ombudsman is as a complaint handler within a defined jurisdiction, although the expectation is that the scheme will also assist in the process of improving the quality of administration through the recommendations that it makes and the provision of guidance (this latter role is not always specified in legislation). Other roles of the ombudsman can be identified. In particular, the ombudsman has often become a source of information and guidance about the administrative justice sector as a whole for citizens that find it difficult to negotiate the complaints system.

1.3 Powers to recommend redress

The exact legal description of the ombudsman's powers varies from scheme to scheme, but the most common denominator is the power to make recommendations where, after an investigation, the ombudsman is satisfied that an injustice has occurred as a result of maladministration. In addition, a number of ombudsman schemes now refer to 'service failure' as a ground for making a recommendation.

Ombudsmen in the UK do not operate on the basis of precedent nor does legislation or case law detail the meaning of the tests of either 'maladministration' or 'service failure'.

The range of recommendations that the ombudsman can make in the UK is considerable. The main limitations on the recommendations an ombudsman can make are twofold. First, ombudsmen cannot make a remedy that requires the enforcement of a court eg injunction, declaration or a quashing order. Second, the ombudsman is required to consider the legal and practical ability of the public body involved to implement the recommendation. Subject to these qualifications, in principle, the ombudsman can recommend any remedy that is suitable to the needs of the situation, including financial compensation.

1.4 The implementation of redress

With one exception, the Commissioner for Complaints for Northern Ireland, there is no power to enforce in the courts the recommendations of the ombudsmen in the UK. The success of ombudsman schemes, therefore, is dependent on a range of factors, including (i) the respect in which ombudsman schemes are held by the bodies that they investigate; (ii) the potential for public embarrassment that a refusal to implement an ombudsman's recommendations might lead to; (c) the ability of the ombudsman scheme to

obtain support for its work from its associated democratic assembly; (d) the potential for the aggrieved complainant to judicially review the decision of the public body not to implement the ombudsman's recommendations.

2. DEVELOPMENTS IN 2010/11 – LEGISLATIVE REFORM

There have been a series of interesting moves during the year to reform the legislative basis of the ombudsman schemes in the UK.

2.1 The reform work of the Law Commission

The Law Commission in England and Wales has for several years been developing proposals to reform the law on redress in the public sector.³ The conclusion of the review was that no concrete proposals were recommended by the Law Commission, but it did undertake to carry out a further review of one particular aspect of the system of redress in England and Wales – the work of the public sector ombudsmen.

The review of the public service ombudsmen is ongoing, with the aim to publish a final report in the summer 2011. Some of the likely proposals can be anticipated as they have been trailed in the previous work of the Law Commission. Thus it is probable that the Law Commission will make recommendations in the following areas:

³ Law Commission. 2010. *Administrative Redress: Public Bodies and the Citizen*. Law Com 322. London: Law Commission.

- The appointment arrangements for the Parliamentary Ombudsman
- Allowing for a more flexible process of submitting complaints – this will include the removal of the MP filter from the Parliamentary Ombudsman scheme
- Amending legislation to facilitate a more flexible distribution of cases between the courts and the ombudsmen
- Clarifying the process by which complaints are closed
- Harmonising the reporting arrangements for the ombudsman

In addition to these potential reforms, the Law Commission have been looking at some more contentious issues. In particular, the Law Commission has been looking at the legal status of ombudsman reports (for a further discussion, see below, 3.3).

2.2 The expanded role of the Scottish Public Services Ombudsman

A feature of the evolution of the work of ombudsmen in the UK over the last ten years has been the enhanced emphasis that has been placed on the relationship between lower level complaints processes and the ombudsman. The importance and nature of this relationship has recently been clarified in Scottish law. The *Public Services Reform (Scotland) Act 2010*, section 119 has given the Scottish Public Services Ombudsman a new statutory responsibility for publishing a Statement of Principles concerning complaint handling procedures for certain public authorities and reporting on the compliance of those authorities with the Principles.

The remit of the Scottish Public Services Ombudsman has also been expanded during the year as a result of legislative reform aimed at rationalising the complaints handling system in Scotland. As a result, the functions of the Scottish Prisons Complaints

Commission has been transferred to the Ombudsman, as has the complaints handling function of Waterwatch.

2.3 Consultation in Northern Ireland

The legislative arrangements for the ombudsmen in Northern Ireland are amongst the oldest in the UK. For some years the benefits of updating those arrangements have been debated and proposals have now been put forward by a Committee of the Assembly and a consultation process undertaken. The outcome of that process should be announced shortly, with the likelihood that legislative reform will be recommended.⁴ The reforms that are currently being considered include proposals on:

- The merger of the two ombudsman schemes
- The appointment and funding of the ombudsman
- Facilitating joint work with other public bodies
- Enhancing the links with the Northern Ireland Assembly
- A specific power to issue guidance
- Extending the jurisdiction to cover all bodies that spend public money
- Considerations of professional judgments in social care
- Allowing for a more flexible process of submitting complaints – this will include the removal of the filter from the Assembly Ombudsman scheme
- Removal of the power to enforce in the courts a recommendation of the Commissioner for Complaints

⁴ For a summary of developments in Northern Ireland, see Northern Ireland Assembly, Research and Library Service. 2011. *Research paper: The office of the Northern Ireland Assembly*. NIAR 145-11 (Paper 43/11).

- Allowing for enhanced openness in ombudsman reports as to any individuals investigated, provided they were given a right of reply

3. DEVELOPMENTS IN 2010/11 – SIGNIFICANT REPORTS ETC.

3.1 The proposed abolition of the Administrative Justice and Tribunals Council

Under the Public Bodies Bill currently being considered by Parliament, the Government are proposing to abolish the Administrative Justice and Tribunals Council. The Parliamentary and Health Service Ombudsman is a member of the Council, which has a remit to oversee, to report on and commission research upon the administrative justice system.

The abolition of the Council will have three main knock-on effects for the public sector ombudsmen. First, it will remove from the system a body that is currently, to a degree, capable of asking searching questions of the operation of ombudsman schemes in the UK. Second, it will reduce the potential for the administrative justice system to be coordinated in a coherent, effective and efficient fashion. At present in the UK there exists a highly complex network of dispute resolution options for potential complainants to choose from. The extent to which this system is appropriately designed for purpose or understood by users is uncertain. Nor is it clear that in the absence of the Administrative Justice and Tribunals Council any single government agency will be equipped to take on board an equivalent role. Finally, the abolition of the Council will make it more likely that complainants will continue to use the ombudsman partially as an information service to navigate their way around the administrative justice system, even when their grievance is not within the jurisdiction of the ombudsman.

3.2 The Equitable Life investigation

One of the largest, longest running and politically difficult investigations that the Parliamentary Ombudsman has ever had to undertake looks like it has come to an end, at least as far as the Ombudsman is concerned. The Ombudsman's investigation into the regulation of Equitable Life Assurance Society started in 2001, and has seen her produce more than one report. In 2008 the Ombudsman issued a report which found maladministration in the form of 'serial regulatory failure' on the part of the Government and recommended that an apology should be made and that the 'Government should establish and fund a compensation scheme with a view to assessing the individual cases of those who have been affected by the events covered in this report and providing appropriate compensation'.⁵

For over a year the Government refused to accept in full the recommendations of the Ombudsman, noting that the potential compensation involved was likely to amount to billions of pounds, by far the largest compensation package ever recommended by the Ombudsman. The Ombudsman did not accept the Government's response and a successful legal challenge to the response was brought by a group of affected complainants against the Government. This legal challenge obliged the Government to reconsider its position.⁶ Following the General Election of 2010, the new Coalition Government accepted all ten findings of maladministration made by the Ombudsman in the original report. Parliament then passed the Equitable Life (Payments) Act 2010 with a view to putting in place a compensation scheme to implement the Ombudsman's recommendations.

⁵ Parliamentary Ombudsman, *Equitable Life: a decade of regulatory failure* (HC 815 (2007/08)).

⁶ *R (Equitable Members Action Group) v HM Treasury* [2009] EWHC 2495.

Whether or not the established compensation scheme will satisfy the grievances of the complainants is a matter over which the Government and the complainants remain divided. The Ombudsman herself has said:

‘Whilst I recognise that some of the people who complained to me will be extremely disappointed by the Government's decisions on affordability and eligibility, I cannot say that those decisions are incompatible with the recommendations in my report.’⁷

Thus, with the matter having been debated and legislated on by Parliament, the Ombudsman has taken the view that for her part, the matter is now closed. Given the scale, complexity and contentious issues involved in this investigation, this represents a very positive conclusion to the Equitable Life investigation and retains the extremely successful record of the Parliamentary Ombudsman in obtaining redress for complainants once a recommendations has been made. It is very difficult to identify a single investigation of the Ombudsman that has not eventually led to a positive response from Government, but the Equitable Life affair thoroughly tested the constitutional relationship between the Executive and the Parliamentary Ombudsman.

3.3 Using the courts to force public authorities to reconsider their response to the ombudsman

⁷ Parliamentary Ombudsman, *Letter to the All-Party Parliamentary Justice for Equitable Life Group*, 16 December 2010.

Ombudsman schemes are well known to differ from most other dispute resolution mechanisms in that the ombudsman cannot enforce their recommendations. Finding effective ways in which to force public authorities to respond appropriately to ombudsman reports, therefore, is an important public law issue. The case of *R (on the application of Gallagher & Anor) v Basildon District Council* [2010] EWHC 2824 (Admin) (*Gallagher*) represents the latest in a growing line of cases in which the courts have been prepared to rule the decision of a public authority to reject the recommendations of an ombudsman unlawful. The Administrative Court based the ruling on the failure of the local authority involved to take into account relevant considerations when the decision was made.

This approach to tackling ombudsman disputes will not always be easily available to complainants given the cost of bringing a judicial review challenge. However, it has so far proved effective in encouraging public authorities to respond in a more constructive manner which recognises the legitimacy of the ombudsman's findings and recommendations.⁸ Fortunately, the occasions when this route will be necessary are few, but this development in law is an interesting and important legal addition to the ombudsman format.

4. WEB SITES

<http://www.bioa.org.uk/> - British and Irish Ombudsman Association

⁸ Basildon District Council (06/A/16993 + two others), Local Government Ombudsman website.

<http://www.lgo.org.uk/> - Local Government Ombudsman for England

<http://www.ombudsman.org.uk/> - Parliamentary and Health Service Ombudsman

**THE TRANSPOSITION OF THE PUBLIC PROCUREMENT
REMEDIES DIRECTIVE 2007/66/EC IN THE UNITED KINGDOM**

ANNUAL REPORT 2010 – UNITED KINGDOM

(June 2011)

Prof. Martin TRYBUS*

The United Kingdom Public Contracts (Amendment) Regulations 2009 SI 2009/2992¹ and the Utilities Contracts (Amendment) Regulations 2009 SI 2009/3100² represent the transposition of Directive 2007/66/EC amending the Procurement Remedies Directives 89/665/EEC and 92/13/EC. These Amendment Regulations entered into force on 20 December 2009. The new Regulations apply in England, Wales, and Northern Ireland. Scotland has implemented separately and the new Scottish Regulations also entered into

*Professor of European Law and Policy, Director, Institute of European Law, University of Birmingham, United Kingdom. This overview of the transposition of the new Remedies Directives is partly based on a chapter on the United Kingdom public procurement review and remedies system the author has written for Steen Treumer and François Lichère (eds.), *Enforcement of EU Public Procurement Rules* (Djøf Publishing: Copenhagen, 2011) 201-234. http://www.opsi.gov.uk/si/si2009/uksi_20092992_en_1 (accessed in late July 2010).

² http://www.opsi.gov.uk/si/si2009/uksi_20093100_en_1 (accessed in late July 2010). On both instruments see: Henty, "Remedies Directive Implemented into UK Law" (2010) 19 *Public Procurement Law Review* NA115-124.

force on 20 December 2009.³ While this transposition occurred 11 days before the start of 2010, the transposition was of course only ‘felt’ after the holiday period and therefore belongs to the major changes in the public law of the United Kingdom for 2010. The following pages will summarise the most important innovations of the new Public Contracts Regulations, including time limits, the automatic suspensive effect including reverse suspensive effect, the standstill-period, and the new remedy of ineffectiveness.

Remedies are now regulated in Part 9 of the United Kingdom Public Contracts Regulations as amended in 2009. Should the High Court find in favour of the applicant, it may grant an order to set aside or to amend a relevant decision by the contracting authority, suspend the implementation of its decisions and of the procedure itself, or to amend a document (for example regarding the specifications). Before the 2009 amendments damages were the only available remedy after the conclusion or making of the contract,⁴ with the exception of rare cases of fraud or bad faith. The SI 2009/2992 United Kingdom Public Contracts (Amendment) Regulations 2009 and the SI 2009/3100 United Kingdom Utilities Contracts (Amendment) Regulations 2009 introduced the new remedy of ineffectiveness discussed below.

According to Regulation 47D (2) United Kingdom Public Contracts (Amendment) Regulations procurement decisions must be challenged promptly and in any event within three months from when the grounds for review first arose. Hence the time limit starts to run from the time the grounds for review first arose and not “from the time they became

³ Public Contracts and Utilities Contracts (Scotland) Amendment Regulations SSI 2009/428: http://www.opsi.gov.uk/legislation/scotland/ssi2009/ssi_20090428_en_1 (accessed in late July 2010).

⁴ Even SI 2006/05 United Kingdom Public Contracts Regulation 47 (9) read:

“In proceedings under this regulation the Court does not have power to order any remedy other than an award of damages in respect of a breach of the duty owed in accordance with paragraph (1) or (2) if the contract in relation to which the breach occurred has been entered into.”

known to those concerned.” This arrangement is not in compliance with the requirements of EU law, an assessment already clear from *Universale Bau*⁵ and recently confirmed by the Court of Justice in the *Uniplex* case⁶ which directly concerned the relevant United Kingdom time limits. According to EU law limitation periods have to run from the time when the applicant “knew or ought to have known” that an infringement of public procurement rules occurred.⁷ This will make it necessary to amend Regulations 47D (2) and 45D (2), for public contracts and utilities contracts respectively, as an implementation of the *Uniplex* case is required to comply with EU law.⁸

With a time limit that is triggered by the knowledge of the prospective applicant, proceedings might be initiated much later than three months after the breach of procurement law occurred. On the one hand this compromises the objectives of the time limits, to protect the smooth flow of the procurement process and promote legal certainty. On the other hand it is largely within the control of the contracting entity to avoid this effect through transparency. They can avoid this effect by communicating their decisions to the bidders.⁹

⁵ Case C-470/99, [2002] ECR I-11617

⁶ Case C-406/08, *Uniplex*, nyr.

⁷ McGovern, “Two important decisions of the European Court of Justice on time-limits in proceedings for review procedures in public procurement: the *Uniplex* case (C-406/08) and *Commission v. Ireland* (C-456/08)” (2010) 19 *Public Procurement Law Review* 101.

⁸ Henty, “Remedies Directive Implemented into UK Law”, supra note 2, at NA122, whereas Taylor, “Bridging the remedies gap” (2010) 21 *Practical Law Company* 29, at 31 suggests interpreting Regulation 47D (4) in the light of the *Uniplex* judgment.

⁹ In the recent case of *Sita UK Ltd v Greater Manchester Waste Disposal Authority* (Rev 1) [2010] EWHC 680 the High Court decided against a bidder who had initiated proceedings after the contract award when the time limit had elapsed. The bidder had known about the breach in question well before the limitation period had elapsed. According to Skilbeck, “Developments in Public Procurement Law” (2010) 20 *Computers & the Law* 16, at 18

Before the Public Contracts (Amendment) Regulations 2009, the lodging of an application for review had normally no automatic suspensive effect on the ongoing tendering procedure.¹⁰ The new Regulation 47G of the United Kingdom Public Contracts (Amendment) Regulations 2009 SI2009/2992 contains a provision entitled: “Contract making suspended by challenge to award decision”. Where proceedings are started with respect to a contracting authority’s decision to award the contract, and the contract has not been entered into, the starting of the proceedings requires the contracting authority to refrain from entering into the contract. The requirement continues until the court brings the requirement to an end by interim order under Regulation 47H (1) (a), or the proceedings at first instance are determined, discontinued or otherwise disposed of and no order has been made continuing the requirement, for example in connection with an appeal or the possibility of an appeal. Hence the recently amended Regulations introduced an automatic suspensive effect on the making of the contract until the court decided on the case. An automatic suspensive effect ensures that the *status quo* is maintained until a review body decides on the lawfulness of the challenged act.¹¹

Moreover, the possibility of ‘reverse suspensive effect’ by interim order was introduced in Regulation 47H. This will allow the High Court to remove the now automatic suspensive effect, normally on the application of the respective contracting entity. In deciding on such an application the Court will apply the same test formerly – under the previous 2006 Regulations – used for deciding on the granting of interim relief in the form of a suspension of the procurement procedure outlined above. However, this turns the tables: the contracting entity rather than the aggrieved bidder has to invest time and effort,

this will make breaches of procurement law which occur earlier in the procedure more often becoming the subject of review proceedings.

¹⁰ Henty, “Remedies Directive Implemented into UK Law”, *supra* note 2, at 117.

¹¹ Arrowsmith, Linarelli, and Wallace; *Regulating Public Procurement: National and International Perspectives* (Kluwer Law International: London, 2000), at 773.

and has the difficult burden to establish the requirements of the test.¹² Moreover, the new rules give the aggrieved bidder more time.¹³

With regards to contracts covered by the Regulations, the United Kingdom has introduced a ten-day standstill period between the notification of the results of the tendering procedure to the bidders and the formal conclusion or making of the contract in United Kingdom Public Contracts Regulation 32 (3). Aggrieved bidders thus have the opportunity to mount a challenge to an award decision they believe to be legally flawed.

This standstill period was introduced in 2006 following the *Alcatel* judgment of the European Court of Justice¹⁴ and was amended to a 10 or 15 day period by SI 2009/2992 implementing Directive 2009/66/EC. The Amendment Regulations of 2009 have altered the structure of the standstill period.¹⁵ Under the old 2006 Regulations the standstill period was a two-stage process. First, in a standstill letter to the unsuccessful bidders the contracting entity would provide only the basic information about their bids. Second, the recipient of this letter, in other words the unsuccessful bidder, would then have the opportunity to request a debriefing with additional information including the strengths of the successful tender. As there was only a standstill period of ten days, it was very difficult in practice for an aggrieved bidder to collect the necessary information, gather the evidence, instruct lawyers, and apply for an injunction before the conclusion or making of the contract.¹⁶ In contrast, under the 2009 Amendment Regulations 32A, unsuccessful bidders have to be informed about the reasons for the award decisions in the standstill letter already.

¹² Henty, "Remedies Directive Implemented into UK Law", *supra* note 2, at 117.

¹³ Taylor, *supra* note 7, at 31.

¹⁴ Case C-81/98, *Alcatel Austria AG v. Bundesministerium für Wirtschaft und Verkehr* [1999] ECR I-7671.

¹⁵ Henty, "Remedies Directive Implemented into UK Law", *supra* note 2, at 116.

¹⁶ Taylor, *supra* note 7, at 30.

Moreover, the standstill period will only begin once that information has been provided. This gives bidders enough time to collect the relevant information, gather the evidence, mandate the lawyers, and to initiate proceedings as envisaged in Recital 6 of Directive 2007/66/EC. Respect for the standstill period is also enforced by the new remedy of ineffectiveness outlined below, since the conclusion or making of a contract before the standstill period has expired is one of the only three violations for which ineffectiveness can be granted.

Following the requirements of the new Remedies Directive 2007/66/EC,¹⁷ ‘ineffectiveness’ was introduced in the United Kingdom procurement Regulations in December 2009. According to Regulation 47K of the United Kingdom Public Contracts (Amendment) Regulations 2009 the respective courts may declare a public or utility contract ineffective if there are extreme violations of the Public Contracts Regulations. These are the three grounds also provided in the Directive: direct illegal awards, violation of the standstill obligation and of the suspension of the tender procedure, and call-offs above the threshold values of the Directives in the context of framework agreements or dynamic purchasing systems. This will enable legal action by third parties against concluded or made contracts possibly leading to the court nullifying at least parts of the obligations of a concluded or made contract.

According to Regulation 47E of the Public Contracts (Amendment) Regulations 2009 an action for ineffectiveness has to be brought within a time limit of six months after the conclusion or making of the contract. The exception to this rule is when a contract award notice was published or where the contracting authority has informed the economic operator of the conclusion of the contract and provided a summary of the relevant reasons. In these two cases the time limit is 30 days from the date of the publication of the notice.

¹⁷ Directive 2007/66/EC with regard to improving the effectiveness of review procedures concerning the award of public contracts [2007] OJ L-134/114.

There is no time limit for the court to issue a decision on an action for ineffectiveness. There are generally no limits for English courts to issue decisions. The time for a court to reach a decision will depend on “the complexity of the issue under consideration and will vary widely.”¹⁸

The approach of ‘prospective ineffectiveness’¹⁹ in Regulation 47M (5) will limit the contractual obligations that can be nullified to those which have yet to be performed at the time of the legal action. This means that “[o]bligations that have been performed by any contractor will not therefore have to be undone.”²⁰ According to the Office of Government Commerce’s *Explanatory Memorandum to the Public Contracts (Amendment) Regulations 2009 No. 2992*, “UK stakeholders strongly favoured the prospective method, even though that would need to be coupled with an additional method, [...]”.²¹ The Directive left the choice between prospective and retrospective ineffectiveness to the Member States. Moreover, consultation of the stakeholders is good legislative practice. However, this citation from the OGC document could be interpreted as suggesting that the choice was mainly made by the stakeholders or at least that their opinion was a decisive factor. Ineffectiveness and public procurement law in general aims to regulate the behaviour of contracting authorities and bidders. Ineffectiveness aims to deal with the most extreme

¹⁸ Trybus, Blomberg, and Gorecki, *Public Procurement Review and Remedies Systems in the European Union* (SIGMA Paper 41, Paris, 2007), http://www.oecd-ilibrary.org/governance/public-procurement-review-and-remedies-systems-in-the-european-union_5kml60q9vklt-en (accessed in February 2011), at 109

¹⁹ Henty, “OGC Consultation on Implementation of the New Remedies Directive” (2009) 18 *Public Procurement Law Review* NA48, at NA50 citing (United Kingdom) Office of Government Commerce, Consultation on the Approach to Implementation, at paragraphs 28-32

²⁰ *Explanatory Memorandum to the Public Contracts (Amendment) Regulations 2009 No. 2992*, (Office of Government Commerce, 2009) http://www.ogc.gov.uk/documents/Remedies_EXPL_MEMO.pdf (accessed in December 2010), at 7.3.1.

²¹ Ibid.

violations. While, again, consultation is good legislative practice, it is doubtful whether the details of an instrument devised to punish extreme violations of the law should be decided by stakeholders the new instrument is directed against, if they violate the law in such an extreme way. Prospective ineffectiveness is ‘ineffectiveness light’ and potentially less effective as it is less of a deterrent against the extreme violations it is directed against. Moreover, the distinction between the two forms of ineffectiveness can be difficult to establish.²²

Regulation 47L of the Public Contracts (Amendment) Regulations 2009 contains an exception to ineffectiveness when overriding reasons relating to the general interest can justify that the contract is continued.

Despite all the criticism expressed above, the introduction of ineffectiveness significantly changes the traditional approach to concluded public contracts in England and Wales (and Northern Ireland and Scotland). At least in theory, which is no small feat, the principle of *pacta sunt servanda* is overcome by the amended Regulations. Again, it is not clear yet how ineffectiveness will operate in practice. However, even with the current lack of clarity it is assumed that it is a major deterrent due to the possible costs, delay to the project, the hassle of re-commencing the procurement procedure, the impact on the budget if fines are imposed,²³ as well as the risk of bad publicity and political pressure.²⁴

Traditionally, there were no provisions in relation to periodic penalty payments and no financial or other alternative penalties available in the United Kingdom. However, this changed with the implementation of Directive 2007/66/EC in the United Kingdom (and

²² Skilbeck, *supra* note 8, at 17.

²³ Clifton, “Ineffectiveness – the new deterrent: will the new Remedies Directive ensure greater compliance with the substantive procurement rules in the classical sectors?” (2009) 19 *Public Procurement Law Review* 165

²⁴ Henty, “Remedies Directive Implemented into UK Law”, *supra* note 2, at 116.

Scotland).²⁵ According to Regulations 47N "civil financial penalties" may and in some cases have to be imposed by the court. Moreover, the same provisions allow "contract shortening" as a possible remedy in certain circumstances. Both of these 'alternative penalties' can be imposed in addition to or instead of an order of ineffectiveness. In the context of the latter case, they can be imposed if the court is satisfied that any of the grounds for ineffectiveness apply but does not make such a declaration because of overriding reasons in the public interest (see above). Finally, they can be imposed where the standstill period, the automatic suspension of the procurement procedure, or an interim order has not been respected and the court does not make an order of ineffectiveness, "because none was sought or because the court is not satisfied that any of the grounds for ineffectiveness applies." When the court is considering what 'alternative penalty' to impose, "the overriding consideration is that the penalties must be effective, proportionate and dissuasive." In that context the court will account of all the relevant factors, including the seriousness of the relevant breach of the duty, the behavior of the contracting authority, and in certain contexts the extent to which the contract remains in force.

Compared to the case loads in Germany and France, there are relatively few public procurement cases each year. While this is partly due to the effort and costs²⁶ involved in having to bring proceedings in the High Court and possibly beyond and the unavailability of cheaper lower level procurement review bodies, the small number of public contracts cases in England and Wales (and Scotland and Northern Ireland) is also a result of the general attitude of tenderers towards review proceedings. The Wood Review found that British tenderers are reluctant to challenge mainly due to the negative consequences of their

²⁵ As foreseen by Henty, "OGC Consultation on Implementation of the New Remedies Directive", *supra* note 19, at NA51-52.

²⁶ The costs identified as a deterrent to litigation already by Pachnou, "Bidder remedies to enforce the EC procurement rules in England and Wales" (2003) 12 *Public Procurement Law Review* 35

business relationships and the difficulties of proving a wrongdoing.²⁷ This changed recently. For the last few years there have been about 20+ public procurement cases each year, amounting to an overall body of case law since the beginnings of public procurement litigation of about 200 cases with about 60 in Northern Ireland alone.²⁸ While there has been no research into the reasons for this change of attitude regarding litigation, it appears that the findings of the Wood Review are now at least to an extent outdated. An increased awareness of the available public procurement remedies amongst tenderers is likely to be one factor leading to their increased readiness to seek them. Moreover, there is anecdotal evidence that the introduction of the standstill period following the Alcatel judgment in the 2006 regulations made a considerable difference.

The small number of cases, high litigation costs, and the absence of lower level procurement review bodies below the High Court (and Sheriff Court) led to criticism questioning whether the United Kingdom and Scotland public procurement review and remedies systems were sufficiently effective. The number of cases is increasing and might increase even further in the future. While this is partly due to innovations in the review and remedies systems initiated by the implementation of EU law, there also appears to be a shift from the attitude of many tenderers ‘not to bite the hand that feeds’. This shift might become more dramatic in the future since the new Coalition Government is unlikely to feed as much as its predecessor did.

²⁷ Wood Review: *Investigating UK business experiences of competing for public contracts in other EU countries* (November 2004) www.ogc.gov.uk/documents/woodreview.pdf (accessed in January 2011).

²⁸ This estimate figure emerges from the increased number of United Kingdom and Scotland judgments published in the law reports and discussed in the *Public Procurement Law Review*, other law journals, and the websites of law firms and barristers’ chambers.

DROIT ADMINISTRATIF ET DROIT CONSTITUTIONNEL

Apports de la période 2012 – juin 2013 (France)

(juillet 2013)

M. Bertrand SERGUES¹

INDEX

1. LE CONTROLE DE CONSTITUTIONNALITE DES LOIS ‘A POSTERIORI’ ET LE DROIT ADMINISTRATIF : UNE ACTUALITE JURISPRUDENTIELLE PARTICULIEREMENT RICHE AU COURS D’UNE PERIODE PREDEFINIE

1.1 Une période 2012/2013 marquée par la thématique ‘expropriation pour cause d’utilité publique ‘

1.2 La commission centrale d’aide sociale : une juridiction administrative spécialisée sous le feu de la procédure QPC

1.3 Le régime de circulation des gens du voyage : quelle portée pour la décision QPC du Conseil constitutionnel

1.4 La question prioritaire de constitutionnalité face aux particularités du droit local en Alsace-Moselle

2. UNE NECESSAIRE ETUDE DE DECISIONS RELEVANT DU CONTROLE DE CONSTITUTIONNALITE DES LOIS ‘A PRIORI’ EN LIEN AVEC LE DROIT ADMINISTRATIF AINSI QUE L’ANALYSE D’UN ARRET DU CONSEIL D’ETAT D’UNE IMPORTANCE NOTABLE

2.1 Un abandon du <<déclassement préventif>> concernant les dispositions législatives de nature réglementaire

2.2 Les restrictions du droit de grève dans les centrales nucléaires françaises : une décision contentieuse attendue de la part du Conseil d’Etat

¹ Doctorant chargé d’enseignements-Université Toulouse 1 Capitole

Prétendre résumer l'actualité jurisprudentielle du droit administratif en lien avec le droit constitutionnel n'est pas chose aisée tant il est vrai que pléthore d'affaires ont concerné ces domaines juridiques au cours de la période 2012 mi-2013. Néanmoins, certains faits d'une importance singulière ont retenu d'avantage que d'autres notre attention durant ces 18 derniers mois. Afin de réaliser une étude scientífico-juridique à la fois précise et globale il nous appartient d'articuler notre analyse autour d'axes centraux. La réalisation d'un plan est alors un élément indispensable dans cette quête de synthèse et d'appréciation des diverses évolutions jurisprudentielles d'une période donnée concernant des matières prédéterminées. Ces idées s'articuleront autour de ce plan comprenant deux axes. Dans un premier temps nous nous intéresserons à l'actualité jurisprudentielle liée à la question prioritaire de constitutionnalité et les thématiques du droit administratif (1) pour ensuite poursuivre par l'étude de décisions du Conseil constitutionnel toujours en lien avec le droit administratif mais cette fois-ci dans le cadre du contrôle de constitutionnalité "a priori" des lois. Nous clôturerons notre étude par l'analyse d'une décision contentieuse du Conseil d'Etat qui n'a pas manqué de focaliser notre attention (2).

1. LE CONTROLE DE CONSTITUTIONNALITE DES LOIS A POSTERIORI ET LE DROIT ADMINISTRATIF : UNE ACTUALITE JURISPRUDENTIELLE PARTICULIEREMENT RICHE AU COURS D'UNE PERIODE PREDEFINIE

Une année après l'entrée en vigueur du contrôle de constitutionnalité des lois a posteriori², la déception est présente pour les spécialistes de droit administratif qui voyaient dans cette nouvelle procédure une opportunité unique de remise en cause de certaines thématiques affiliées au droit administratif. Le Professeur Jean Gabriel Sorbara³ ira même jusqu'à intituler son intervention lors d'un colloque à l'Université Toulouse 1 Capitole consacré à l'étude de la question prioritaire de constitutionnalité : "Le droit administratif, le grand absent de la QPC ?"⁴. Pour autant, deux années plus tard, le constat que nous pouvons réaliser en la matière pour l'année 2012 et la première partie de l'année 2013 est sensiblement différent. Un nombre conséquent de questions prioritaires de constitutionnalité en lien avec le droit administratif a passé avec succès l'étape des filtres du juge a quo et celui du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation pour être soumis à la décision du Conseil constitutionnel. Parmi ces QPC ayant eu un impact sur le droit administratif, plusieurs ont retenu notre attention car elles semblent se révéler être des décisions qui ont particulièrement marqué les esprits. L'Etude de celles-ci s'avère être d'une importance singulière pour quiconque prétend résumer l'actualité jurisprudentielle de la période précédemment évoquée⁵.

² Le 1^{er} mars 2011 est la date d'entrée en vigueur de ce contrôle de constitutionnalité des lois dit "a posteriori".

³ Monsieur Jean Gabriel SORBARA est Professeur de droit public à l'Université Toulouse 1 Capitole.

⁴ MAGNON X., BIOY X., MASTOR W., MOUTON S., *Le reflexe constitutionnel: Question sur la question prioritaire de constitutionnalité*, Bruxelles, 2013, p.103-119.

⁵ Il s'agit de la période comprenant l'année 2012 en intégralité ainsi que la première moitié de l'année 2013 (janvier-juin 2013 exactement).

1.1 Une période 2012/2013 marquée par la thématique “expropriation pour cause d’utilité publique”

Le thème juridique de “l’expropriation” et plus précisément de “l’expropriation pour cause d’utilité publique” a, en effet, été largement concerné par la procédure QPC durant l’année 2012 et le début de l’année 2013. Pour rappel, l’expropriation pour cause d’utilité publique est une procédure propre au droit administratif permettant à une personne publique (cela peut être l’Etat directement, une collectivité territoriale, un établissement public) de contraindre une personne privée à lui céder des droits réels immobiliers ou encore un bien immobilier, et ce dans un but d’utilité publique moyennant une juste et préalable indemnité. Dans n’importe quelle hypothèse cette déclaration d’utilité publique doit nécessairement émaner d’une autorité étatique⁶.

Des questions prioritaires de constitutionnalité vont voir le jour durant l’année 2012 mettant en cause la non-conformité à la Constitution de dispositions législatives du code de l’expropriation pour cause d’utilité publique. Un nombre relativement conséquent de QPC va passer avec succès les filtres prévus par la loi organique du 10 décembre 2009⁷ pour être soumis à la décision du Conseil constitutionnel. Deux décisions QPC vont tout particulièrement retenir notre attention. Tout d’abord, la décision QPC du Conseil constitutionnel en date du 06 avril 2012 Cons. const., déc., n° 2012-226, QPC “*Consort T.*” a été sélectionnée par nos soins car elle se trouve être une décision QPC majeure en matière d’expropriation pour cause d’utilité publique. Pour revenir sur les faits et la procédure il faut préciser que le Conseil constitutionnel avait été saisi le 16 janvier 2012 d’une question prioritaire de constitutionnalité par la Cour de cassation qui s’était chargée d’opérer le deuxième et dernier filtre. Cette QPC amène le Conseil constitutionnel à s’interroger sur le respect des articles L 15-1⁸ et L 15-2⁹ du code de l’expropriation pour cause d’utilité publique aux droits et libertés que la Constitution garantit. Ces dispositions législatives fixent les règles relatives à la prise de possession ayant fait préalablement l’objet d’une expropriation pour cause d’utilité publique. Au sein du préambule de la Constitution française de 1958 est présent entre autre mais non exclusivement la Déclaration des droits de l’Homme et du citoyen (DDHC) de 1789. Au cœur de cette DDHC se trouve un article 17 qui concerne le droit de propriété et qui dispose que « *La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité* ». Or, tout en reconnaissant la possibilité pour le législateur de fixer les circonstances particulières dans lesquelles la consignation peut valoir paiement, les sages mettent en avant le fait que ceci doit conduire au versement de

⁶ Guichard S. (sous la direction de), *Lexique des termes juridiques 2012*, Italie, juin 2011. P.389

⁷ Cette loi organique du 10 décembre 2009 vient énoncer les conditions d’application de l’article 61-1 de la Constitution. Cette procédure de contrôle de constitutionnalité des lois <<a postérieuri>> est qualifiée par cette même loi organique de Question Prioritaire de Constitutionnalité (QPC).

⁸ L’article L15-1 du code de l’expropriation pour cause d’utilité publique dispose que “ *Dans le délai d'un mois, soit du paiement ou de la consignation de l'indemnité, soit de l'acceptation ou de la validation de l'offre d'un local de remplacement, les détenteurs sont tenus d'abandonner les lieux. Passé ce délai qui ne peut, en aucun cas, être modifié, même par autorité de justice, il peut être procédé à l'expulsion des occupants.*”

⁹ L’article L15-2 du code de l’expropriation pour cause d’utilité publique précise que “ *L'expropriant peut prendre possession, moyennant versement d'une indemnité au moins égale aux propositions faites par lui et consignation du surplus de l'indemnité fixée par le juge.*”

l'indemnité au jour de la dépossession. Ce montant qui se trouve directement versé à l'exproprié en question peut se révéler inférieur à l'indemnité fixée par le juge de première instance. Il y a alors une méconnaissance de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'Homme et citoyen de 1789 qui ordonne nous le rappelons "une juste et préalable indemnité" en cas d'expropriation. Le Conseil constitutionnel va donc être amené à déclarer non conforme en totalité les articles L 15-1 et L 15-2 du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique. Néanmoins, conscients du bouleversement que cette décision de non-conformité va engendrer, les sages de la rue Montpensier vont décider de reporter la date de l'abrogation au 1^{er} juillet dans le but de laisser un certain "répit" au législateur pour corriger cette inconstitutionnalité. Ce dernier devra notamment prévoir un paiement direct à l'exproprié de l'ensemble des indemnités ayant été fixées en la personne du juge de première instance. C'est ce qui sera fait avec la loi n°2013-431 du 28 mai 2013 prenant en compte la décision du Conseil constitutionnel¹⁰.

Cette décision QPC ô combien importante a pointé du doigt l'inconstitutionnalité des règles de droit commun relatives à la prise de possession d'une autorité étatique et ce, à la suite d'une expropriation pour cause d'utilité publique.

Il va s'en suivre une nouvelle question prioritaire de constitutionnalité devant le Conseil constitutionnel toujours liée à la thématique "expropriation". Cette fois-ci il était question de la procédure de fixation du montant de l'indemnité principale d'expropriation¹¹. Dans sa décision QPC n°2012-236 "Mme Marie Christine J." le Conseil constitutionnel n'a pas reconnu la violation d'une liberté ou d'un droit garanti par la Constitution en ce qui concerne l'article L. 13-17 du code de l'expropriation¹² pour cause d'utilité publique. Ce dernier prévoit la fixation du montant de l'indemnité dans l'hypothèse d'une expropriation. Selon le Conseil constitutionnel cette disposition ne méconnaît pas l'article 17 de la déclaration des droits de l'Homme et du

¹⁰ Art. L. 15 du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique <<-Dans le délai d'un mois, soit du paiement de l'indemnité ou, en cas d'obstacle au paiement ou de refus de recevoir, de sa consignation, soit de l'acceptation ou de la validation de l'offre d'un local de remplacement, les détenteurs sont tenus d'abandonner les lieux. Passé ce délai qui ne peut, en aucun cas, être modifié, même par autorité de justice, il peut être procédé à l'expulsion des occupants. Art L. 15-2, code de l'expropriation pour cause d'utilité publique "En cas d'appel du jugement fixant l'indemnité, lorsqu'il existe des indices sérieux laissant présumer qu'en cas d'infirmité, l'expropriant ne pourrait recouvrer tout ou partie des sommes qui lui seraient dues en restitution, celui-ci peut être autorisé par le juge à consigner tout ou partie du montant de l'indemnité supérieur à ce que l'expropriant avait proposé. Cette consignation vaut paiement. La prise de possession intervient selon les modalités définies à l'article L. 15-1. » Le dispositif devrait être complété par un décret en Conseil d'Etat conférant l'exécution provisoire de plein droit au jugement fixant les indemnités. Un décret devrait également intervenir pour définir les modalités de saisine du juge pour aménager l'exécution provisoire. >>>

¹¹ CC, déc n°2012-236, QPC.

¹² Article L 13-17 du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique dispose que " Le montant de l'indemnité principale ne peut excéder l'estimation faite par le service des domaines ou celle résultant de l'avis émis par la commission des opérations immobilières, si une mutation à titre gratuit ou onéreux, antérieure de moins de cinq ans à la date de la décision portant transfert de propriété, a donné lieu à une évaluation administrative rendue définitive en vertu des lois fiscales ou à une déclaration d'un montant inférieur à ladite estimation. Lorsque les biens ont, depuis cette mutation, subi des modifications justifiées dans leur consistance matérielle ou juridique, leur état ou leur situation d'occupation, l'estimation qui en est faite conformément à l'alinéa précédent doit en tenir compte. Un décret en Conseil d'Etat précise les conditions d'application du présent article, notamment lorsque l'expropriation porte soit sur une partie seulement des biens ayant fait l'objet de la mutation définie au premier alinéa, soit sur des biens dont une partie seulement a fait l'objet de la mutation définie au premier alinéa, soit sur des biens dont une partie seulement a fait l'objet de la mutation susvisée."

citoyen de 1789. Néanmoins, les sages émettent une réserve d'interprétation mettant l'accent sur le fait que cette disposition législative n'est conforme à la Constitution qu'à la seule et unique condition que l'intéressé ne soit pas privé de la possibilité d'apporter la preuve que l'estimation administrative le lèse en raison d'une prise en compte de l'évolution du marché immobilier obsolète. C'est pour cette raison que le Conseil constitutionnel déclarera conforme à la Constitution la disposition législative contestée tout en y ajoutant une réserve d'interprétation pour indiquer aux juges la façon dont ils doivent interpréter la loi pour qu'elle ne viole pas les droits et libertés garantis par la Constitution. Ces réserves d'interprétation peuvent constituer des directives d'interprétation de la loi (comme c'est le cas ici), voir même à l'extrême être considérées comme une <<réécriture>> de la loi. L'utilisation de celles-ci est particulièrement critiquée et c'est pour cela que le Conseil constitutionnel tente d'en user modérément.

Quoiqu'il en soit la période 2012 début 2013 aura incontestablement été marquée par la thématique "expropriation pour cause d'utilité publique" en ce qui concerne le contrôle de constitutionnalité des lois "a posteriori" en lien avec le droit administratif. Nous avons évoqué et explicité deux de ces QPC soumises au Conseil constitutionnel. Celles-ci étaient les deux plus importantes au regard du fait qu'elles ont donné lieu soit à une décision de conformité avec réserve ou soit à une décision de non-conformité totale de la part du Conseil constitutionnel. Les autres questions prioritaires de constitutionnalité soumises à cette même juridiction et sur cette même thématique ont toutes donné lieu à une décision de conformité aux droits et libertés que garantit la Constitution française¹³.

L'ensemble de ces décisions QPC avait pour similitude de contester le respect d'une ou de plusieurs dispositions législatives au droit de propriété (défendu en l'occurrence par l'article 17 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789).

Le bilan de ces questions prioritaires de constitutionnalité est relativement contrasté : si les dispositions législatives fixant les règles en matière d'indemnisation des propriétaires concernés se sont vues sanctionner, le régime de l'expropriant a quant à lui échappé à la censure du Conseil constitutionnel. Le contrôle de constitutionnalité des lois "a posteriori" a impacté le droit de l'expropriation engendrant un bouleversement bien plus modéré qu'il ne l'a été par le droit communautaire¹⁴.

1.2 La commission centrale d'aide sociale : une juridiction administrative spécialisée sous le feu de la procédure QPC

La commission centrale d'aide sociale est une juridiction administrative spécialisée, celle-ci est chargée d'examiner les recours qui sont formés à l'encontre de décisions rendues par les commissions départementales de l'aide sociale. Le Conseil constitutionnel s'est trouvé saisi le 20 mars 2012 après que le Conseil d'Etat ait

¹³ CC, déc n°2012-275, QPC. Ou encore CC, déc n°2012-247, QPC. pour l'année 2012. CC, déc n°2012-292, QPC. en ce qui concerne l'année 2013.

¹⁴ Ex : CEDH, 24 avr. 2003, n° 44962/98, Yvon c/ France : JCP G 2003, I, 160, étude F. Sudre ; JDI 2004, p. 671, note M. Colin.

considéré que les critères permettant de transmettre la QPC concernée étaient réunis¹⁵. L'article L. 134-2 du code de l'action sociale et des familles (CASF)¹⁶ qui était contesté par le biais de cette question prioritaire de constitutionnalité intéressait la composition de la commission centrale d'aide sociale. Le ministre chargé de l'action sociale disposait notamment, grâce à cet article, de pouvoirs étendus en matière de nomination des rapporteurs, des membres des sections et/ou sous-sections, des commissaires du gouvernement. Le Conseil constitutionnel a jugé que les aliénas 4, 6 et 7 de l'article 134-2 du CASF étaient contraires aux droits et libertés que défend la Constitution. Nous allons nous intéresser aux raisons de cette décision, après tout pourquoi le Conseil constitutionnel a-t-il pris cette décision de non-conformité ? La réponse est sans ambiguïté : l'impartialité et l'indépendance de cette juridiction faisaient cruellement défaut. Ces droits et libertés de nature constitutionnelle en matière d'impartialité et d'indépendance découlent principalement de l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789¹⁷. Il faut préciser qu'en censurant ces articles, le Conseil constitutionnel ne remet aucunement en cause les décisions prises antérieurement par la commission centrale d'aide sociale. Seules celles, pour reprendre les propos du Conseil, qui n'ont pas <<acquis un caractère définitif>> au moment de la publication de la décision du Conseil peuvent être remises en cause.

Pourquoi avons-nous choisi de développer l'étude de cette décision ? Pour plusieurs raisons que nous allons tenter sans plus tarder d'exposer. Tout d'abord, cette décision QPC s'inscrit dans une logique entreprise antérieurement par le Conseil constitutionnel. Durant l'année 2011, le Conseil constitutionnel avait été amené à juger de la conformité aux droits et libertés défendus par la Constitution de dispositions législatives fixant les règles en matière de composition cette fois-ci des commissions départementales de l'aide sociale¹⁸. Il avait jugé que la disposition législative en question¹⁹ était partiellement contraire à la Constitution. On pouvait donc

¹⁵ E 19 mars 2012, req. n° 352843, AJDA 2012. 576.

¹⁶ L'Article L 134-2 du code de l'action sociale et des familles dispose que *“Les décisions des commissions départementales sont susceptibles d'appel devant la commission centrale d'aide sociale. La commission centrale d'aide sociale est composée de sections et de sous-sections dont le nombre est fixé par décret en Conseil d'Etat. Le président de la commission centrale d'aide sociale est nommé par le ministre chargé de l'action sociale, sur proposition du vice-président du Conseil d'Etat, parmi les conseillers d'Etat en activité ou honoraires. Chaque section ou sous-section comprend en nombre égal, d'une part, des membres du Conseil d'Etat, des magistrats de la Cour des comptes ou des magistrats de l'ordre judiciaire en activité ou honoraires désignés respectivement par le vice-président du Conseil d'Etat, le premier président de la Cour des comptes ou le garde des sceaux, ministre de la justice, d'autre part, des personnes particulièrement qualifiées en matière d'aide ou d'action sociale désignées par le ministre chargé de l'action sociale. Les membres de la commission centrale sont nommés pour une durée de quatre ans renouvelable. Les rapporteurs qui ont pour fonction d'instruire les dossiers sont nommés par le ministre chargé de l'aide sociale soit parmi les membres du Conseil d'Etat et les magistrats de la Cour des comptes, soit parmi les personnes particulièrement compétentes en matière d'aide ou d'action sociale. Ils ont voix délibérative dans les affaires où ils sont rapporteurs. Des commissaires du Gouvernement, chargés de prononcer leurs conclusions sur les affaires que le président de la commission centrale, d'une section ou d'une sous-section leur confie, sont nommés par le ministre chargé de l'aide sociale parmi les membres du Conseil d'Etat et les magistrats de la Cour des comptes.”*

¹⁷ Art. 16. de la DDHC dispose que *“Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution.”*

¹⁸ CC, déc n°2010-110, QPC.

¹⁹ L'article L. 134-6 du CASF exactement.

logiquement s'attendre à une future censure de la part du Conseil constitutionnel en matière de composition de la commission centrale de l'aide sociale. De plus, on entrevoit très clairement la volonté de la part du Conseil de réaffirmer l'importance des principes constitutionnels qui se trouvent applicables à la fonction de juger. Ces principes sont eux-mêmes inspirés de principes européens (article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales).

Cette décision QPC avait donc parfaitement sa place dans l'étude jurisprudentielle que nous menons pour la période de 2012- mi 2013. Elle fait partie d'une logique jurisprudentielle du Conseil constitutionnel que nous devons exposer et expliciter. Cette décision, d'une certaine façon, a marqué de son empreinte par ricochet le droit constitutionnel et le droit administratif. Celle-ci n'est pas la seule, d'autres décisions QPC concernant le régime de circulation des gens du voyage ou encore certaines particularités du droit local de l'Alsace-Moselle ont focalisé le regard des juristes.

1.3 *Le régime de circulation des gens du voyage : quelle portée pour la décision QPC du Conseil constitutionnel*

En date du 17 juillet 2012 le Conseil constitutionnel va être saisi par le Conseil d'Etat d'une question prioritaire de constitutionnalité (Cons. const., déc., n° 2012-221, QPC "*M. Jean-Claude P*"). Celle-ci concernait le régime de circulation des gens du voyage et plus précisément les articles 2 à 1 de la loi du 3 janvier 1969 régissant l'exercice des activités ambulantes ainsi que le régime applicable aux personnes circulant en France sans domicile ni résidence fixe. En découlait un régime dérogatoire qui s'appliquait à la communauté des gens du voyage et qui encadrait les conditions dans lesquelles ils pouvaient circuler et exercer leurs droits civiques. On peut relever que cette loi avait fait l'objet antérieurement de demandes d'abrogation. Une proposition de loi avait même vu le jour de la part d'un député devenu plus tard premier ministre de la France Monsieur Jean Marc Ayrault²⁰.

Pour en revenir à cette question prioritaire de constitutionnalité²¹, le Conseil constitutionnel a eu à vérifier s'il n'y avait pas une méconnaissance d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution à travers l'examen de cette disposition législative contestée. Si c'était le cas et en l'occurrence cela l'a été, ce même Conseil dût alors examiner si cette atteinte était justifiée par rapport à une différence de traitement qui se trouvait en rapport avec la loi qui l'établissait.

Cette loi, contestée par le biais de la procédure du contrôle de constitutionnalité des lois dit "a posteriori", prévoyait notamment des différences de traitement en matière de régimes applicables aux personnes qui ne vivaient pas dans une résidence ou un domicile fixe depuis plus de six mois, celles qui n'étaient pas rattachées à une commune durant une durée de trois années de façon ininterrompue. Revenons sur ces deux éléments en analysant ces derniers avec plus de précisions. Les personnes qui ne possédaient pas de résidence ou de domicile fixe depuis plus de six mois, qui se déplaçaient et vivaient dans des "abris mobiles" pour reprendre

²⁰ Proposition de loi n°3042 du 15 décembre 2010.

²¹ CC, déc n° 2012-279, QPC.

les propos du Conseil constitutionnel devaient avoir un titre de circulation. Une distinction est même réalisée au sein de ces personnes entre celles qui n'étaient pas en possession de ressources qualifiées de "régulières" pour vivre dans des conditions normales et celles qui justifiaient de ressources régulières. Concernant les premières (celles qui ne justifiaient pas de ressources régulières), elles devaient avoir en leur possession un carnet de circulation. Ce même carnet devait être impérativement visé tous les trois mois par l'autorité administrative compétente. La personne qui ne détenait pas ce carnet de voyage pouvait être punie d'un an d'emprisonnement. Pour les individus qui justifiaient de ressources régulières, ils se voyaient délivrer un livret de circulation qu'il était nécessaire de faire viser tous les ans. Cette différence de traitement imposait un régime particulier en matière de circulation à ces personnes méconnaissant selon le Conseil constitutionnel le principe d'égalité devant la loi tout en portant atteinte de manière disproportionnée à la liberté d'aller et venir. L'article 5 de la loi de 1969 qui institue ce carnet de circulation est donc abrogé tout comme la sanction d'un an d'emprisonnement pour défaut de présentation de ce carnet de voyage qui est disproportionnée au regard du but poursuivi. En revanche, les règles en matière de visa pour les titres de circulation imposées aux personnes qui circulent en France et qui n'ont pas de domicile ou de résidence fixe sont conformes à la Constitution. Ces dernières sont considérées comme ne portant pas atteintes à la liberté d'aller et venir. Il s'agit avant tout de mesures permettant à l'Etat de localiser les personnes qui vivent sur le territoire national. Cette distinction est justifiée en raison de la différence de situation des personnes. De même, la nécessité d'être rattaché à une commune pour jouir de certains droits et devoirs (hormis la nécessité de résider depuis plus de trois ans dans la commune pour être inscrit sur les listes électorales comme précédemment expliqué) est conforme à la Constitution. C'est une nécessité pour la réalisation de certains devoirs comme les obligations en matière fiscale notamment. Deuxième élément d'étude important : le régime applicable aux personnes sans résidence fixe ou domicile qui leur imposait d'être rattachées depuis plus de trois ans à une commune. A défaut, elles ne pouvaient pas être inscrites sur les listes électorales. Faut-il le rappeler, le délai de droit commun est de six mois : il y a donc une distinction qui est faite entre les personnes sédentarisées et les individus itinérants en imposant des conditions plus strictes d'exercice de leurs droits civiques pour les seconds. Le Conseil constitutionnel a jugé que cette différence de traitement n'était pas conforme aux droits et libertés que la Constitution française garantit. Ces deux annulations ont pris effet de façon immédiate au moment de la publication de cette décision QPC du Conseil.

Quoiqu'il en soit cette décision QPC de non-conformité partielle a donné lieu à de multiples réactions dans la communauté des juristes, il nous appartenait ici dans expliquer les différents aspects.

1.4 La question prioritaire de constitutionnalité face aux particularités du droit local en Alsace-Moselle

Nous ne pouvons réaliser une étude complète sur l'actualité jurisprudentielle du droit constitutionnel en lien avec le droit administratif en passant sous silence l'analyse de la décision QPC : Cons. const., déc., n°2012-285, QPC "M. Christian S.". En l'espèce, le requérant contestait par le biais de la procédure prévue par le contrôle de constitutionnalité des lois "a posteriori" les articles 100 f et 100 s du code des professions qui se trouvent être applicables à une partie du territoire français composé des départements du Haut-Rhin, Bas-Rhin ainsi que de la Moselle. Ces dispositions législatives contraignaient les artisans de ces départements à être affiliés à une corporation chargée de les représenter et donnant lieu, par là même, au versement d'une cotisation.

Le problème est que la Chambre des métiers est déjà un organisme qui assure la représentation et la défense des intérêts des artisans. Or il n'y a que dans le Haut-Rhin, Bas-Rhin et en Moselle, contrairement aux autres départements français, qu'il est nécessaire pour les artisans d'être affiliés à ces deux institutions qui semblent exercer les mêmes fonctions (corporation et Chambre des métiers). Le requérant qui avait soulevé cette QPC contestait cette obligation qu'il jugeait non seulement inutile et coûteuse mais surtout contraire aux droits et libertés que la Constitution garantit.

Tout d'abord, il est nécessaire de comprendre les raisons pour lesquelles des départements de notre pays ont une législation divergente au sein du territoire français dans son ensemble. En réalité, les dispositions législatives contestées sont issues du 1^{er} Empire Allemand. Un régime juridique particulier, en raison de considérations historico-juridiques, est en vigueur dans ce territoire comprenant la Moselle, une partie de la Meurthe, le Haut-Rhin ainsi que le Bas-Rhin. Ces zones géographiques disposent d'une législation particulière héritée de lois allemandes (une période durant laquelle ces territoires n'appartenaient plus à la France et qui s'étend du lendemain de la défaite française 1871 jusqu'à la fin de la Première Guerre Mondiale), de lois françaises ou des régimes juridiques français qui ne s'appliquent pourtant plus dans le reste de la France. A titre d'exemple nous pouvons dire qu'il n'existe pas de séparation entre l'Eglise et l'Etat dans ces territoires. La célèbre loi prévoyant la séparation entre l'Etat et l'Eglise est entrée en vigueur en France en 1905 or la Moselle, une partie du département de la Meurthe, le Haut-Rhin et le Bas-Rhin étaient des territoires allemands à l'époque. Quel est le régime qui s'applique alors en matière de rapport entre l'Eglise et l'Etat ? Il s'agit du régime Concordataire créé par Napoléon Bonaparte qui fait des religieux des "fonctionnaires" nommés par le Président de République. Par exemple, un nouvel évêque à Metz sera nommé par le Chef de l'Etat et sera rémunéré comme tout fonctionnaire par l'Etat français. Cela paraît difficilement concevable mais c'est un élément du paysage juridique qui s'impose encore de nos jours. Cette parenthèse nous fait entrevoir certaines spécificités du droit local en vigueur dans ces départements sus cités.

A la lumière des éléments précédemment évoqués nous comprenons mieux l'existence de certaines particularités du droit local du Haut-Rhin, Bas-Rhin et de la Moselle. Pour autant comprendre ces particularités ne signifient pas que ces dernières sont conformes aux droits et libertés garantis par la Constitution française. Quel droit ou quelle liberté est potentiellement bafoué(e) dans notre affaire ? Il s'agit de la liberté d'entreprendre qui a une valeur constitutionnelle depuis la décision du Conseil constitutionnel en 1982 (Cons. const., déc., n° 81-132 16 janv. 1982 DC) et découle de l'article 4 de La Déclaration des Droits de l'Homme et Citoyen de 1789²². Le Conseil constitutionnel va d'ailleurs, au fil de sa jurisprudence, préciser de nombreux éléments juridiques entourant cette "liberté d'entreprendre". Le Conseil va minorer la protection apportée à la liberté d'entreprendre en mettant en avant le fait que celle-ci n'est pas absolue et que le législateur peut y apporter des limitations en raison d'exigences constitutionnelles ou en raison de l'intérêt général. Tout ceci, bien entendu, ne doit pas constituer une atteinte disproportionnée au but poursuivi nous précise le Conseil constitutionnel (Cons. const., déc., n° 2012-280 12 oct. 2012 QPC, "Sté Groupe Canal Plus"). Dans notre affaire, les restrictions à la

²² L'article 4 de la DDHC de 1789 dispose que "La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi".

liberté d'entreprendre imposées aux artisans, les contraignant à être affiliés à une corporation et à verser par conséquent une cotisation ne sont pas acceptables pour le Conseil constitutionnel. En effet, selon le Conseil une immatriculation des artisans à un registre tenu par la Chambre des métiers est déjà imposée, or celle-ci représente déjà les intérêts des professionnels de l'artisanat. Ce "doublon" découlant des articles 100 f et 100 s du code des professions est donc jugé contraire à la Constitution. Il s'agit ici d'une décision de non-conformité totale de la part du Conseil constitutionnel.

Cette décision va faire couler beaucoup d'encre dans la communauté des juristes, certains ne vont pas comprendre ce choix²³. L'argument le plus avancé est celui qui consiste à affirmer qu'en réalité les missions d'une corporation et celles de la Chambre des métiers sont bien différentes, il ne s'agirait donc pas d'un "doublon" imposé par les dispositions législatives contestées. Les corporations auraient en réalité des compétences plus étendues que celles de la Chambre des métiers. Ces mêmes corporations seraient chargées de la formation et de l'apprentissage alors que la fonction de représentation serait d'avantage dévolue aux Chambres des métiers. Certains juristes voyaient plus une censure de la part du Conseil constitutionnel en raison du fait qu'aucune traduction en français n'avait pas été réalisée en ce qui concerne les articles 100 s et 100 f du code des professions. Il y avait, en effet, une atteinte potentielle à l'objectif d'accessibilité de la loi qui est un objectif de valeur constitutionnelle (OVC) pouvant être invoqué dans le cadre d'une QPC. Il était également possible de déceler une atteinte à l'alinéa premier de l'article 2 de la Constitution française du 4 octobre 1958 qui dispose que " La langue de la République est le français". Or, les dispositions législatives contestées n'étaient pas traduites en français !²⁴

Quoiqu'il en soit c'est bien au regard de la liberté d'entreprendre que les articles 100 s et 100f du code des professions ont été censurés. Un véritable coup a été porté à certaines particularités du droit local. Est-ce que ceci pourrait inaugurer de nouvelles censures vidant de son sens le droit local ? Seul l'avenir nous le dira.

Le contrôle de constitutionnalité des lois "a posteriori", procédure en lien direct avec le droit constitutionnel, a concerné sans détour le droit administratif sur certains aspects de cette matière juridique. Il ne faudrait pas pour autant omettre de parler du contrôle de constitutionnalité des lois "a priori" qui a également concerné la matière administrative durant la période 2012 – mi année 2013. Il nous appartiendra par la suite, afin de conclure notre étude, d'examiner une décision contentieuse du Conseil d'Etat en lien direct avec notre chronique.

2. UNE NECESSAIRE ETUDE DE DECISIONS RELEVANT DU CONTROLE DE CONSTITUTIONNALITE DES LOIS A PRIORI EN LIEN AVEC LE DROIT ADMINISTRATIF AINSI QUE L'ANALYSE D'UN ARRET DU CONSEIL D'ETAT D'UNE IMPORTANCE NOTABLE

Dans l'optique de poursuivre notre étude jurisprudentielle en lien avec deux matières juridiques fondamentales : droit constitutionnel et droit administratif, il nous appartient désormais d'explicitier le ou les

²³ HOFFMANN F., *Le droit local alsacien-mosellan au crible de la QPC*, Revue de droit administratif n°2, commu.12, février 2013.

²⁴ *Ibid.*

décisions en matière de contrôle de constitutionnalité des lois a priori qui ont pu concerner des thématiques majeures du droit administratif (A) ainsi que de décortiquer une décision contentieuse de la part du Conseil d'Etat qui se révèle avoir marqué à sa manière la période 2012 – mi 2013 (B).

2.1 Un abandon du <<déclassement préventif>> concernant les dispositions législatives de nature réglementaire

Une décision relativement importante prise par le Conseil constitutionnel le 15 mars 2012 est restée, aussi curieusement que cela puisse paraître, peu étudiée et commentée. Pourtant il s'agit bien d'un revirement de jurisprudence fondamental qu'a récemment effectué le Conseil. En effet, la décision Cons. const., déc., n° 2012-649, DC *“Loi relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives”* tourne la page de la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel et notamment de sa décision prise en matière de contrôle de constitutionnalité des lois a priori : Cons. const., déc., n° 2005-512, DC *“Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'École”* du 21 avril 2005. Un constat de 2005 révèle que la France dispose de nombreuses lois qui sont en réalité de nature réglementaire. Or, la Constitution française de 1958 distingue clairement le domaine législatif du domaine réglementaire (article 34 et 37 de la Constitution). Il y a donc un empiètement du domaine réservé de la loi dans celui-ci du domaine réglementaire. Pour mettre fin à cette situation, le Conseil constitutionnel dans sa décision de 2005 *“Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'École”*,²⁵ s'autorise non pas à déclarer inconstitutionnelles les dispositions législatives ayant le caractère réglementaire mais de déclasser de manière préventive les dispositions de nature réglementaire qui sont contenues dans la loi.

A partir de cette jurisprudence de 2005, les parlementaires ont saisi le Conseil constitutionnel²⁶ en 2012 dans l'optique qu'il requalifie d'office la loi (relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives) et notamment son article 92 comme relevant du domaine réglementaire. On pouvait donc s'attendre logiquement à ce que le Conseil constitutionnel accède à leur demande au regard de sa jurisprudence classique de 2005 mais il en a été tout autrement. Le Conseil constitutionnel leur a adressé une fin de non-recevoir en estimant que les requérants ne pouvaient légitimement demander un déclassement préventif de la disposition critiquée. Ce qui était une simple décision de la part du Conseil devint un revirement de jurisprudence manifeste. Ce même Conseil constitutionnel revient à une jurisprudence antérieure via cette décision de 2012, il s'agit de la décision du 30 juillet 1982 (Cons. const., déc., n° 82-143, DC *“Loi sur les prix et les revenus, notamment ses articles 1, 3 et 4”*). Le Conseil tente néanmoins de “minimiser” le revirement de jurisprudence qu'il vient d'effectuer en expliquant que la décision de 2005 n'était qu'une décision d'espèce et que sa jurisprudence classique restait la décision de 1982. Nous n'adhérons pas avec cette explication en pensant raisonnablement qu'il s'agit avant tout d'un revirement jurisprudentiel caché. Mais pourquoi celui-ci est-il intervenu ? Certains juristes mettront en avant le fait que l'introduction du contrôle de constitutionnalité des lois “a posteriori” le 1^{er} mars 2010 en est la cause principale, d'autres privilégieront une explication fondée sur le renouvellement de l'institution. Un renouvellement effectué notamment au niveau de la présidence du Conseil

²⁵ CC, déc n° 2005-512, DC.

²⁶ Il s'agissait d'une saisine effectuée par plus de soixante députés et plus de soixante sénateurs.

constitutionnel qui aurait pu influencer sur la politique jurisprudentielle de cette juridiction suprême. Nous laissons libre l'appréciation à chacun, en revanche nous devons nous réunir sur un seul point : la décision n°2012-649 DC constitue un revirement de jurisprudence incontestable de la part du Conseil constitutionnel quoiqu'il en dise.

Malgré l'importance des décisions QPC et des décisions prises dans le cadre du contrôle "a priori" des lois, il serait inconcevable d'oublier la jurisprudence du Conseil d'Etat qui nous éclaire sur certaines évolutions jurisprudentielles intervenues au cours de la période 2012 à juin 2013.

2.2 Les restrictions du droit de grève dans les centrales nucléaires françaises : une décision contentieuse attendue de la part du Conseil d'Etat

Dans le but d'explicitier la décision contentieuse du Conseil D'Etat (CE, 12 avril 2013, "*Fédération Force ouvrière Energie et Mines et autres*") concernant l'affaire des restrictions du droit de grève dans les centrales nucléaires françaises, il faut remonter tout d'abord aux faits. Plus précisément, il est nécessaire de revenir quelques années auparavant au printemps 2009. Une décision a été prise par la société Electricité de France (EDF) d'arrêter 17 des 58 réacteurs nucléaires que compte la France afin de réaliser des opérations de maintenance (ainsi que de renouvellement du combustible usagé pour être exact). Le problème est que des mouvements de grève ont été décidés pour le 9 avril et commenceront à cette date. Ces derniers vont largement affecter, et c'était le but affiché, les opérations de maintenance du parc nucléaire pendant plusieurs mois. Le directeur général délégué d'EDF va alors décider, par le biais d'une décision en date du 15 juin 2009, de réquisitionner des salariés afin de les contraindre sous peine de sanctions disciplinaires à effectuer ces opérations de maintenance. Plusieurs syndicats vont alors saisir le Conseil d'Etat afin de faire annuler cette décision.

Ce qui est extrêmement intéressant dans la future décision que le Conseil d'Etat va prendre c'est son appréciation de la limitation au droit grève qui est, nous le rappelons, un droit constitutionnellement garanti²⁷. Ce même droit de grève doit se concilier avec un autre principe de valeur constitutionnelle à l'exacte opposée: la continuité du service public²⁸. Les domaines juridiques comme le droit administratif et le droit constitutionnel sont donc au cœur de ce type de décision. C'est d'autant plus intéressant qu'EDF, auparavant établissement public industriel et commercial, est devenue une société privée mais est-elle pour autant responsable d'un service public selon le Conseil d'Etat ? Dans cette unique hypothèse le principe de continuité du service public pourrait être mis en avant donnant la possibilité par là même de limiter le droit de grève. Dernière interrogation : les dirigeants pouvaient-ils prendre une telle décision et si oui elle est proportionnée au but poursuivi ?

Tout d'abord le Conseil d'Etat reconnaît à la société EDF le statut d'organisme de droit privé se trouvant être responsable d'un service public. Il s'agit d'une extension de la jurisprudence C.E, 7 juillet 1950,

²⁷ Le droit de grève a une valeur constitutionnelle car défendu par l'alinéa 7 du Préambule de la Constitution de la Quatrième République. Ce préambule est lui-même rattaché à ce que l'on appelle "bloc de constitutionnalité" où sont présents tous les principes de valeur constitutionnelle.

²⁸ Le Conseil constitutionnel a attribué une valeur constitutionnelle au principe de continuité du service public depuis la décision n°79-105 DC du 25 juillet 1979, "*Loi modifiant les dispositions de la loi n°74-696 du 7 août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail*".

“Dehaene”. Le Conseil d’Etat ne s’intéresse en réalité absolument pas au statut de l’entreprise (public ou privé), il prend en compte essentiellement l’activité de la société qui, si elle répond de manière permanente à des besoins de la nation, peut être qualifiée de service public dont la responsabilité incombe à ladite société. Or, en ce qui concerne notre affaire, près de 80 % de la production d’électricité en France provient de ces centrales nucléaires. Il s’agit donc d’une mission d’intérêt général qui répond à une nécessité absolue pour le pays selon le Conseil d’Etat. De plus, le Conseil constitutionnel dans sa décision Cons. const., n°2004-501, DC avait déjà qualifié EDF-GDF de société en charge d’un service public national. Un argument de plus pour le Conseil d’Etat qui le conforte dans son choix de qualifier cette société de responsable d’un service public. Cet élément est extrêmement important car il permet de mettre en avant le principe de continuité du service public donnant l’opportunité de limiter le recours au droit de grève. Est-ce que pour autant dans notre affaire cette compétence de principe de la part des dirigeants d’EDF pour limiter le droit de grève est recevable selon le Conseil d’Etat ? Fidèle à sa jurisprudence classique, la plus haute juridiction de l’ordre administratif permet une limitation du droit de grève par un organisme privé responsable d’une mission de service public. Cet organisme peut fixer lui-même cette limitation sous le contrôle du juge de l’excès de pouvoir. La compétence de limitation du droit de grève de ses agents par les dirigeants d’EDF est donc reconnue par le Conseil d’Etat.

Pourquoi le Conseil d’Etat a-t-il jugé que les mesures prises étaient parfaitement légales ? Le problème résidait dans le fait que cette grève aurait eu des conséquences qualifiées de “graves” pour l’approvisionnement en électricité de notre pays dans les mois à venir ; Aucun autre moyen substituable à cette production électrique d’une telle capacité n’était possible. C’est donc ce critère “d’absence de solution alternative” qui a été déterminant dans le choix de cette juridiction administrative suprême.

En prenant cette décision, le Conseil d’Etat est resté fidèle à sa jurisprudence classique et n’a pas manqué d’attirer l’intérêt des juristes dans le but de commenter celle-ci.

DROIT ADMINISTRATIF ET DROIT DE L'UNION EUROPEENNE

APPORTS DE L'ANNÉE 2012 - FRANCE

Salomé GOTTOT¹

INDEX

1. LE DROIT DE L'UNION ET LE DROIT DE LA FONCTION PUBLIQUE

1.1 La Loi du 12 mars 2012 : la stabilisation des contrats de travail avec l'administration

1.2 Le renforcement du droit aux congés des fonctionnaires

1.3 La limite d'âge de départ à la retraite des fonctionnaires

2. LE DROIT DE L'UNION EUROPEENNE ET LE DROIT DES ETRANGERS

2.1 Les Avis rendus par le Conseil d'État sur le champ d'application de la directive « Retour ».

2.2 L'arrêt du 22 juin 2012 : le citoyen européen moins bien protégé qu'un ressortissant d'un État tiers ?

3. LE DROIT DE L'UNION EUROPEENNE ET LE DROIT DE L'ENVIRONNEMENT

3.1 La nouvelle protection européenne de l'environnement contre les risques d'accident majeurs

3.2 Les organismes génétiquement modifiés

4. LE DROIT DE L'UNION EUROPEENNE ET LE DROIT DE L'ENERGIE

Le Droit de l'Union européenne s'intègre de plus en plus dans le droit administratif des États membres métamorphosant parfois les grands principes de nos institutions. Aujourd'hui, plus aucun domaine du droit administratif n'échappe à la collision avec le droit de l'Union. Il serait impossible de rendre compte de la totalité des domaines sollicités et métamorphosés sous l'influence du droit de l'Union en 2012 tant les matières sont nombreuses et diverses. Cependant, il est remarquable que les principaux domaines d'influence du droit communautaire sur notre droit interne soient les domaines classiques de prédilection du droit de l'Union : par

¹ ATER – Institut Maurice Hauriou Université Toulouse 1 Capitole

exemple le droit de la fonction publique, le droit des étrangers, le droit de l'environnement ou le droit de l'énergie.

1. LE DROIT DE L'UNION ET LE DROIT DE LA FONCTION PUBLIQUE

Le droit de l'Union européenne est, déjà, à l'origine de plusieurs changements en matière de droit de la fonction publique interne. De l'accès des ressortissants communautaires à la fonction publique interne, de la protection des droits des fonctionnaires, au développement des obligations du fonctionnaire, le droit de l'Union européenne s'est parfois heurté aux logiques internes, engendrant certaines résistances et surtout de nombreux changements. La lutte contre les discriminations reste le domaine emblématique de l'impact qu'a eu droit de l'Union sur le droit de la fonction publique². L'année 2012 s'inscrit dans une continuité et un approfondissement de ces logiques dans la protection des droits des fonctionnaires. Nous retiendrons comme principaux points d'impulsion donnés par le droit communautaire sur le droit de la fonction publique français l'amélioration des conditions d'emploi des agents contractuels dans la fonction publique par le législateur (1.1) le renforcement des droits en matière de congés annuels et parentaux (1.2) et le débat jurisprudentiel relatif à la fixation de la limite d'âge pour les fonctionnaires (1.3).

1.1 La Loi du 12 mars 2012 : la stabilisation des contrats de travail avec l'administration.

La lutte contre la précarité et la protection des travailleurs est une question récurrente en droit de l'Union. La loi du 12 mars 2012, relative à l'accès à l'emploi titulaire et à l'amélioration des conditions d'emploi des agents contractuels dans la fonction publique³ vient transposer des obligations découlant directement de la directive 1999/70 du Conseil du 28 juillet 1999 obligeant les États à défendre la stabilité de l'emploi, considéré par la Cour de justice comme « un élément majeur de la protection des travailleurs⁴ ». Il ne s'agit, évidemment, pas pour les États d'une obligation absolue de transformer tous les CDD⁵ en CDI⁶, mais de limiter le recours aux CDD successifs. La loi du 12 mars 2012 prévoit dans son article 8 que la transformation du contrat à durée déterminée de l'agent contractuel de droit public, en contrat à durée indéterminée, soit obligatoirement proposée à l'agent contractuel, employé par l'État, l'un de ses établissements publics ou un établissement public local d'enseignement.

La loi impose deux conditions. En premier lieu, cette transformation est subordonnée à une durée de service effectif au moins égal à six ans au cours des huit ans précédant la publication de la loi. Sauf pour les

² Pour une étude plus approfondie de ces évolutions : HOUSER (M.), « Fonction publique et droit de l'Union européenne », *JurisClasseur Fonctions Publiques*, Fasc. 1000.

³ Loi n° 2012-347 du 12 mars 2012 relative à l'accès à l'emploi titulaire et à l'amélioration des conditions d'emploi des agents contractuels dans la fonction publique, à la lutte contre les discriminations et portant diverses dispositions relatives à la fonction publique.

⁴ CJCE, 22 novembre 2005, aff. C-144/04, *Mangold*, p. 64.

⁵ Nous entendons : Contrat à Durée Déterminée.

⁶ Nous entendons : Contrat à Durée Indéterminée.

agents d'au moins 55 ans pour lesquels la durée requise est réduite à 3 ans au cours des 4 ans précédant la publication de la loi. En second lieu, la loi impose que le service est été effectivement réalisé auprès du même département ministériel, de la même autorité publique ou du même établissement public.

Enfin, la loi exclut expressément de cette obligation un certain nombre d'emplois : « Les emplois supérieurs dont la nomination est laissée à la décision du Gouvernement ; les emplois ou catégories d'emplois de certains établissements publics figurant, en raison du caractère particulier de leurs missions, sur une liste établie par décret en Conseil d'État après avis du conseil supérieur de la fonction publique ; les emplois ou catégories d'emplois de certaines institutions administratives spécialisées de l'État dotées, de par la loi, d'un statut particulier garantissant le libre exercice de leur mission et dont la liste de ces institutions et des catégories d'emplois concernées est fixée par décret en Conseil d'État ; les emplois des centres hospitaliers et universitaires occupés par des personnels médicaux et scientifiques mentionnés aux articles L. 952-21 du code de l'éducation nationale et L. 6151-1 du code de la santé publique ; les emplois occupés par du personnel affilié aux régimes de retraite (...) relatifs au régime des pensions des ouvriers des établissements industriels de l'État, de l'article L. 6527-1 du code des transports et du code des pensions de retraite des marins ; les emplois occupés par les assistants d'éducation, les maîtres d'internat et les surveillants d'externat des établissements d'enseignement⁷ ». Et les « enseignants-chercheurs des établissements d'enseignement supérieur et de recherche (...) n'ayant pas le statut de fonctionnaire⁸ ». Enfin, cette loi ne s'applique pas aux agents recrutés dans le cadre d'une formation doctorale.

Cette loi marque une évolution dans le droit de la fonction publique conduisant à un rééquilibrage dans la « logique ternaire⁹ » des emplois de la fonction publique. Cependant, il s'agit moins d'une remise en cause des relations entre statutaire et contractuel qu'une redéfinition des équilibres entre CDD et CDI remettant ainsi en cause la tradition qui fait du CDD la règle en droit public du travail et le CDI l'exception. Nous pouvons aussi penser que cette loi ne règle pas, définitivement, la question de la précarité de l'emploi des contractuels. Cette réforme pourrait encourager l'administration à limiter ses relations contractuelles dans le temps avec ses employés afin d'échapper à ses obligations communautaires et législatives. Les conséquences réelles que cette loi pourrait avoir sur le paysage des statuts des travailleurs de l'administration sont, encore, incertaines.

1.2 Le renforcement du droit aux congés des fonctionnaires.

La protection du travailleur est un élément central du droit de l'Union européenne, protégé par l'article 31 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui prévoit notamment dans son second alinéa que tout travailleur a droit à une période annuelle de congé payé. L'année 2012 a connu deux réformes successives en matière de congés des fonctionnaires.

⁷ Loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État, article 3, 1° à 6°.

⁸ Loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État, article 5

⁹ HOUSER (M.), « Fonction publique et droit de l'Union européenne », préc.

a) La première a été mise en œuvre par le décret du 18 septembre 2012¹⁰ modifiant les règles applicables en matière de congé parental pour les fonctionnaires et les agents non titulaires des trois fonctions publiques, pris en application de la directive du 8 mars 2010¹¹. La directive devait porter application de l'accord-cadre révisé sur le congé parental conclu le 18 juin 2009 par les organisations européennes interprofessionnelles de partenaires sociaux (BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP et CES) et ses objectifs étaient de « permettre aux parents qui travaillent de mieux concilier leur vie professionnelle, leur vie privée et leur vie de famille et œuvrer à l'égalité entre hommes et femmes en ce qui concerne leurs chances sur le marché du travail et le traitement dans le travail dans l'ensemble de l'Union ». Ledit accord consacre notamment le droit aux congés parentaux comme un droit individuel. Il prévoit, par ailleurs, plusieurs mesures visant à faciliter la prise de congés parentaux et la réintégration des nouveaux parents dans leur emploi d'origine.

Le décret du 18 septembre 2012 prévoit plusieurs modifications par rapport aux règles antérieures. En premier lieu, le décret ne distingue plus la demande de congés de la mère et celui du père¹², « ce congé est accordé de droit par le ministre dont relève l'intéressé après la naissance de l'enfant, après un congé de maternité, un congé de paternité ou un congé d'adoption, ou lors de l'arrivée au foyer d'un enfant n'ayant pas atteint l'âge de la fin de l'obligation scolaire, adoptée ou confiée en vue de son adoption¹³ ». Dans le même sens, le décret supprime l'impossibilité, pour deux parents fonctionnaires de faire une demande concomitante d'un congé parental ou d'un renouvellement après la naissance ou l'adoption d'un deuxième enfant¹⁴. En deuxième lieu, le nouveau décret allonge à deux mois le délai d'information de l'administration avant le début du congé parental¹⁵. Enfin, en dernier lieu, à l'expiration de son congé parental le fonctionnaire est réintégré « dans son administration d'origine ou de détachement » et non plus « réaffecté dans son ancien emploi ». Par ailleurs, cette réintégration peut être précédée, à la demande du fonctionnaire, d'un entretien avec le responsable des ressources humaines de son administration d'origine en fonction de son souhait de réintégration¹⁶.

b) Le droit de l'Union a conduit à une seconde évolution concernant le droit aux congés des fonctionnaires, qui s'est concrétisé par un arrêt du Conseil d'État du 26 octobre 2012. Le juge administratif

¹⁰ Décret n° 2012-1061 du 18 septembre 2012 modifiant les règles applicables en matière de congé parental pour les fonctionnaires et les agents non titulaires des trois fonctions publiques.

¹¹ Directive 2010/18/UE du Conseil du 8 mars 2010 portant application de l'accord-cadre révisé sur le congé parental conclu par BUSINESSEUROPE, l'UEAPME, le CEEP et la CES et abrogeant la directive 96/34/CE.

¹² Même si les conditions étaient identiques.

¹³ Décret n°85-986 du 16 septembre 1985 relatif au régime particulier de certaines positions des fonctionnaires de l'État, à la mise à disposition, à l'intégration et à la cessation définitive de fonctions, modifié par le Décret n°2012-1061 du 18 septembre 2012, article 52, alinéa 2.

¹⁴ Article 55.

¹⁵ Article 53. Le délai précédant était de 1 mois.

¹⁶ Article 57.

relève l'inconventionnalité de la circulaire du 10 décembre 2010 en tant qu'elle ne prévoit pas, notamment, « le report des congés annuels pour les agents en congé de maladie¹⁷ ».

Le droit de l'Union a construit peu à peu un régime et une protection des congés payés mettant la France en porte à faux vis-à-vis de ses obligations communautaires. La Cour de justice est venue préciser la portée des textes communautaires en considérant, dans un arrêt du 20 janvier 2009, que « selon une jurisprudence constante, le droit au congé annuel payé de chaque travailleur doit être considéré comme un principe du droit social communautaire revêtant une importance particulière, auquel il ne saurait être dérogé et dont la mise en œuvre par les autorités nationales compétentes ne peut être effectuée que dans les limites expressément énoncées par la directive 93/104/CE du Conseil, du 23 novembre 1993, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail ». Ainsi « le travailleur doit normalement pouvoir bénéficier d'un repos effectif, dans un souci de protection efficace de sa sécurité et de sa santé, puisque ce n'est que dans le cas où il est mis fin à la relation de travail que l'article 7, paragraphe 2, de la directive 2003/88 permet que le droit au congé annuel payé soit remplacé par une compensation financière ». La Cour rappelle que « la finalité du droit au congé annuel payé est de permettre au travailleur de se reposer et de disposer d'une période de détente et de loisirs. Cette finalité diffère en cela de celle du droit au congé de maladie. Ce dernier est accordé au travailleur afin qu'il puisse se rétablir d'une maladie¹⁸ ».

Le droit français relatif aux congés payés des fonctionnaires est prévu par le décret du 26 octobre 1984¹⁹ qui prévoit dans son article 5 que « le congé dû pour une année de service accompli ne peut se reporter sur l'année suivante, sauf autorisation exceptionnelle donnée par le chef de service. Un congé non pris ne donne lieu à aucune indemnité compensatrice ». Par ailleurs, Marie-Christine MONTECLER²⁰, rappelle que le Conseil d'État avait confirmé dans plusieurs arrêts qu'« un fonctionnaire n'a aucun droit au report des congés annuels qu'il n'aurait pas pris au cours d'une année ; qu'il peut seulement y être autorisé exceptionnellement par le chef de service lorsque ce dernier l'estime nécessaire et que l'intérêt du service n'y fait pas obstacle²¹ » et « que le fonctionnaire ne dispose d'un droit à congé de maladie que lorsque la maladie l'empêche d'exercer ses fonctions ; que si la maladie survient alors que l'intéressé exerce ses droits à congé annuel, et n'exerce donc pas ses fonctions, il appartient à l'autorité hiérarchique saisie d'une demande de congé maladie d'apprécier si l'intérêt du service, en raison des conséquences du report du congé annuel en cours, ne s'oppose pas à son octroi²² ».

La circulaire, en cause, dans l'arrêt du Conseil d'État du 26 octobre 2012, reprenait les termes du décret du 26 octobre 1984, et le requérant invoquait, justement, l'incompatibilité de cette circulaire avec le droit de

¹⁷ CE, 26 octobre 2012, req. n°346648.

¹⁸ CJCE, 20 janvier 2009, *Gerhard Schultz-Hoff*, Aff. C-350/06 et *Stringer e.a.*, Aff C-520/06.

¹⁹ Décret n°84-972 du 26 octobre 1984 relatif aux congés annuels des fonctionnaires de l'État.

²⁰ MONTECLER (M.-C.), « Les congés annuels des fonctionnaires malades doivent être reportés », *AJDA*, 2012, p. 2227.

²¹ CE, 30 décembre 2009, *Nurdin*, req. n°306297.

²² CE, 29 décembre 2004, *Union fédérale autonome pénitentiaire*, req. n°262006.

l'Union. Le juge relève qu'« il résulte clairement des dispositions du paragraphe 1 de l'article 7 de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 relative à certains aspects de l'aménagement du temps de travail, tel qu'interprété par la Cour de justice des Communautés européennes dans son arrêt C-350/06 et C-520/06 du 20 janvier 2009, que ces dispositions font obstacle à l'extinction du droit au congé annuel à l'expiration d'une certaine période lorsque le travailleur a été en congé de maladie durant tout ou partie de cette période ; que, par suite, les dispositions citées ci-dessus de l'article 5 du décret du 26 octobre 1984, qui ne prévoient le report des congés non pris au cours d'une année de service qu'à titre exceptionnel, sans réserver le cas des agents qui ont été dans l'impossibilité de prendre leurs congés annuels en raison d'un congé de maladie, est incompatible dans cette mesure avec les dispositions de l'article 7 de cette directive ; que la circulaire attaquée est donc entachée d'illégalité en ce qu'elle réitère cette règle²³». Le juge administratif annule, logiquement, la circulaire attaquée.

Cet arrêt n'est pourtant pas satisfaisant au regard du droit de l'Union. En effet, malgré la constatation de l'irrégularité du décret, le droit français reste incompatible avec le droit de l'Union. Deux circulaires du 22 mars et du 8 juillet 2011 ont invité les chefs de service à accorder automatiquement le report du congé annuel restant lorsque le fonctionnaire n'a pas pu prendre la totalité de ses congés au terme de la période référence. Comme le relève Marie-Christine MONTECLER « Peut-on pour autant laisser subsister un texte incompatible avec le droit de l'Union, même corrigé par des circulaires qui frisent le *contra legem* ?²⁴ ». La révision des textes est devenue nécessaire par les engagements communautaires pris par la France.

1.3 La limite d'âge de départ à la retraite des fonctionnaires

Le principe de non-discrimination est au cœur de nombreuses évolutions dans les ordres juridiques étatiques et plus particulièrement dans le droit de la fonction publique. La question retenue ici est celle de la fixation d'un âge limite de départ à la retraite dans la fonction publique et de sa compatibilité avec le droit de l'Union qui a fait l'objet de deux arrêts des juridictions administratives. Dans un arrêt rendu le 22 juin 2013²⁵, le Conseil d'État a considéré que le fait de poser une limite d'âge pour le départ à la retraite d'un fonctionnaire n'était pas contraire au droit de l'Union. Dans cet arrêt, un professeur de clavecin au conservatoire de la communauté d'agglomération d'Annecy voit sa demande de travailler jusqu'à son soixantième anniversaire, refusée.

La législation communautaire prévoit dans une directive du 27 novembre 2000 créant un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail²⁶ dans son article 1^{er} que « la présente directive a pour objet d'établir un cadre général pour lutter contre la discrimination fondée sur la religion ou les

²³ CE, 26 octobre 2012, req. n°346648, Cons. n°11.

²⁴ MONTECLER (M.-C.), *prec.*, p. 2228.

²⁵ CE, 22 juin 2013, req. 351183.

²⁶ Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle, en ce qui concerne l'emploi et le travail, en vue de mettre en œuvre, dans les États membres, le principe de l'égalité de traitement. ». Elle prévoit, par ailleurs, que « les États membres peuvent prévoir que des différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées, dans le cadre du droit national, par un objectif légitime, notamment par des objectifs légitimes de politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle, et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires ». Enfin, ces dispositions ont fait l'objet de questions préjudicielles en interprétation devant la Cour de justice, dans les arrêts du 16 octobre 2007²⁷ et du 21 juillet 2011²⁸. La Cour a reconnu que « ces différences de traitement peuvent notamment comprendre: la mise en place de conditions spéciales d'accès à l'emploi et à la formation professionnelle, d'emploi et de travail, y compris les conditions de licenciement et de rémunération, pour les jeunes, les travailleurs âgés et ceux ayant des personnes à charge, en vue de favoriser leur insertion professionnelle ou d'assurer leur protection ».

Il appartient alors au Conseil d'État de se prononcer sur le fait de savoir si ce refus était objectivement et valablement justifié. Il a donc considéré que « la politique nationale visant à promouvoir l'accès à l'emploi par une meilleure distribution de celui-ci entre les générations » figure au nombre des objectifs légitimes prévus par la directive et qu'ainsi « un tel objectif justifie objectivement et raisonnablement une différence de traitement fondée sur l'âge tel que celle qui résulte, pour les agents du cadre d'emplois des professeurs territoriaux d'enseignement artistique » et que la législation en cause ne méconnaît pas le droit de l'Union.

Cette solution semble aller contre un arrêt rendu par la Cour Administrative d'Appel de Marseille du 17 juillet 2012, au prix d'un contrôle de proportionnalité largement détaillé, dans laquelle elle conclue que « si l'objectif de sécurité aérienne constitue un objectif légitime de sécurité publique susceptible de justifier une discrimination fondée sur l'âge et par suite de justifier pour les ingénieurs du contrôle de la navigation aérienne la fixation d'une limite d'âge inférieure à la limite d'âge de droit commun », en revanche, « l'interdiction systématique de tout report d'activité au-delà de cette limite d'âge, sans que soit statutairement envisagée une obligation de reclassement dans un autre corps, ou que soit différenciée la situation des ingénieurs travaillant " en salle de contrôle " et celle de ceux travaillant " hors salle de contrôle ", ou qu'il soit tenu compte au cas par cas de l'aptitude physique de l'agent à la suite d'un examen médical spécialisé, ne n'est pas proportionnée à l'objectif légitime de sécurité aérienne recherché » et que le texte en cause n'est pas compatible avec la directive du 27 novembre 2000.

Cependant, cette opposition n'est, peut être, qu'apparente. Il est légitime de penser que si le Conseil d'État a reconnu la politique nationale visant à promouvoir l'accès à l'emploi par une meilleure distribution de celui-ci entre les générations comme un objectif légitime qui justifierait une différence de traitement fondée sur l'âge compatible avec le droit de l'Union, l'objectif de sécurité aérienne constitue un objectif, tout autant, légitime. Ce que confirme, d'ailleurs, la Cour Administrative d'Appel. En revanche, c'est bien le caractère systématique et la non-prise en compte des situations et des statuts particuliers qui sont relevés comme

²⁷ CJCE, 16 octobre 2007, Aff. C-411/05, *Salzgitter Mannesmann / Commission*, Rec. 2007 I-00959.

²⁸ CJUE, 21 juillet 2011, Aff. C-159/10, et C-160/10, *Fuchs et Köhler*, Rec. 2011 I-06919.

discriminatoires et incompatibles avec le droit de l'Union par la Cour Administrative d'Appel. Rien ne laisse présager qu'en l'espèce le Conseil d'État n'adopterait pas la même position. Cette question reste donc à trancher par la Cour suprême administrative.

2. LE DROIT DE L'UNION EUROPEENNE ET LE DROIT DES ETRANGERS

En passant de l'indifférence à l'intérêt pour le droit des étrangers, le droit de l'Union est devenu une abondante source du droit des étrangers et de son évolution. La directive du 16 décembre 2008 est un texte emblématique de l'importance que prend le droit de l'Union dans son influence sur le droit administratif français. La législation européenne dans cette matière est l'objet de nombreux arrêts de la juridiction administrative. Deux avis et un arrêt de 2012 sont venus préciser, un peu plus, la portée de la directive « Retour ».

2.1 Les Avis rendus par le Conseil d'État sur le champ d'application de la directive « Retour »

Le Conseil d'État a été saisi pour deux avis relatifs au pouvoir d'appréciation dont dispose le préfet dans le prononcé de la mesure d'éloignement et sur le champ d'application de la directive du 16 décembre 2008²⁹.

Dans un avis rendu le 4 juin 2012³⁰, le juge rappelle que l'article 6 de la directive prévoit que « les États membres prennent une décision de retour à l'encontre de tout ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier sur leur territoire(...) ». Cependant, le même article prévoit des exceptions, plus particulièrement le paragraphe 4 précise qu'« à tout moment, les États membres peuvent décider d'accorder un titre de séjour autonome ou une autre autorisation conférant un droit de séjour pour des motifs charitables, humanitaires ou autres à un ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier sur leur territoire. Dans ce cas, aucune décision de retour n'est prise. Si une décision de retour a déjà été prise, elle est annulée ou suspendue pour la durée de validité du titre de séjour ou d'une autre autorisation conférant un droit de séjour ». Le juge en conclut que cet article « n'impose pas aux autorités compétentes de l'État membre de prendre systématiquement une décision de retour à l'encontre des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier » et que « l'autorité compétente de l'État membre dispose d'un large pouvoir d'appréciation lorsqu'elle prend une décision de retour ». Cette solution était attendue dans la mesure où elle s'inscrit logiquement dans les objectifs des traités de l'Union et plus particulièrement de la directive « Retour » qui prévoit expressément la possibilité de ne pas prononcer une décision de retour pour des « motifs charitables, humanitaires ou autres » prévus à l'article 6.

Par ailleurs, même si l'autorité compétente avait l'obligation de prononcer une décision de retour à l'encontre de tout ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier sur leur territoire, l'article 5, de la même directive, impose que « lorsqu'ils mettent en œuvre la présente directive, les États membres tiennent dûment compte: a) de l'intérêt supérieur de l'enfant, b) de la vie familiale, c) de l'état de santé du ressortissant concerné

²⁹ Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier.

³⁰ CE, 4 juin 2012, req. n°356505.

d'un pays tiers, et respectent le principe de non-refoulement ». Ce qui renforce encore le pouvoir discrétionnaire de l'autorité compétente.

Enfin, le Conseil d'État rappelle que si le préfet dispose d'un large pouvoir d'appréciation cela ne peut se faire sans une contrepartie, celle de la compétence du juge pour contrôler l'« erreur manifeste dans l'appréciation des conséquences de cette décision sur la situation personnelle de l'étranger ».

Dans un second avis rendu le 10 octobre 2012³¹, le Conseil d'État se prononce cette fois sur le fait que la directive du 16 décembre 2008 ne s'applique pas aux procédures d'éloignement fondées sur un autre motif que l'irrégularité du séjour. La Cour Administrative d'Appel de Versailles avait saisi le Conseil d'État, pour avis, dans le cadre d'une mesure d'éloignement d'étrangers pris le fondement de l'article L533-1 du CESEDA et L 55221-5 du Code du travail. Il s'agit de mesures d'éloignement des étrangers prises à l'encontre de personne présentant un danger pour l'ordre public ou parce qu'ils exercent une activité professionnelle sans autorisation.

Le juge administratif s'appuie sur l'article 1^{er} qui prévoit que : « la présente directive fixe les normes et procédures communes à appliquer dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, conformément aux droits fondamentaux en tant que principes généraux du droit communautaire ainsi qu'au droit international, y compris aux obligations en matière de protection des réfugiés et de droits de l'homme » ainsi que l'article 2 qui détermine que la directive « s'applique aux ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier sur le territoire d'un État membre ». Pour en conclure qu'« il résulte clairement de ces dispositions que la directive n'est applicable qu'aux décisions de retour qui sont prises par les États membres au motif que les étrangers sont en situation de séjour irrégulier. En revanche, la directive n'a pas vocation à régir les procédures d'éloignement qui reposent sur des motifs distincts, notamment la menace à l'ordre public ou la méconnaissance d'autres normes de portée générale, telle que l'obligation de détenir une autorisation de travail pour exercer une activité professionnelle ».

2.2 L'arrêt du 22 juin 2012 : le citoyen européen moins bien protégé qu'un ressortissant d'un État tiers ?

Le 22 juin 2012,³² le Conseil d'État rend un arrêt relatif au droit des étrangers aux conséquences étonnantes. Un ressortissant roumain c'était vu refuser un titre de séjour par le préfet sur le fondement de l'article L 313-11³³ du CESEDA, au motif qu'en tant que ressortissant d'un État membre de l'Union européenne, le régime qui lui est applicable en matière de titre de séjour est celui prévu par l'article L 121-1³⁴ du même code,

³¹ CE, 10 octobre 2012, req. n°360314.

³² CE, 22 juin 2012, req. n°347545.

³³ « Sous réserve des dispositions de l'article L. 121-1 ou des stipulations d'un accord international, tout étranger âgé de plus de dix-huit ans qui souhaite séjourner en France doit, après l'expiration d'un délai de trois mois depuis son entrée en France, être muni d'une carte de séjour. Ce délai de trois mois peut être modifié par décret en Conseil d'État ».

³⁴ « Sauf si sa présence constitue une menace pour l'ordre public, tout citoyen de l'Union européenne, tout ressortissant d'un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen ou de la Confédération suisse a le droit de séjourner en France pour une durée supérieure à trois mois s'il satisfait à l'une des conditions suivantes : 1° S'il exerce une activité professionnelle en France ; 2° S'il dispose pour lui et pour les

alors même que ces dispositions lui seraient moins favorables. Cette solution, qui institue un régime moins protecteur pour les ressortissants des États membres de l'Union que pour des ressortissants des États tiers, est confirmée par le Conseil d'État. Le juge considère que l'article L 121-1 déroge aux dispositions de droit commun et « qu'il ne résulte pas, en revanche, des dispositions de ce code que les ressortissants des États membres peuvent se prévaloir, à titre subsidiaire, des dispositions applicables aux ressortissants des pays tiers » ainsi si « le ressortissant d'un État membre de l'Union européenne qui ne remplit pas l'une des conditions prévues à l'article L 121-1 du même code pour bénéficier du droit de séjourner en France pour une durée supérieure à trois mois, s'il peut toujours se prévaloir des stipulations d'un accord international et notamment de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour justifier d'un droit au séjour, ne peut, en revanche, invoquer le bénéfice des dispositions nationales de droit commun pour obtenir la délivrance d'un titre de séjour ». Le requérant n'est donc pas fondé à invoquer l'article L 313-11 du CESEDA qui lui est donc inapplicable, même si ces dispositions lui sont plus favorables dans la mesure où le requérant ne peut pas répondre aux conditions posées par l'article L 121-1 pour se voir accorder un titre de séjour.

Le Conseil d'État choisit *lex specialis generalibus derogant* pour répondre à la question posée, excluant de surcroît toute autre solution. Ce choix, plutôt classique pour le Conseil d'État, n'était pourtant pas le seul possible, le juge administratif avait à sa disposition plusieurs outils qui auraient eu pour intérêt de protéger plus efficacement les droits du requérant. En particulier, rien n'empêchait le juge administratif d'appliquer le droit commun lorsque les dispositions relatives aux ressortissants européens sont muettes, dans la mesure où la situation du requérant n'était pas prévue par les dispositions transposées dans l'article L 121-1.

Si la directive³⁵ et la Cour de justice³⁶ n'imposent pas que les États protègent mieux les ressortissants des États membres de l'Union que ceux des États tiers, cette solution semble tout de même aller à l'encontre de l'esprit du système européen. En premier lieu, parce que l'objet même de la directive concerne « a) les conditions d'exercice du droit des citoyens de l'Union et des membres de leur famille de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres; b) le droit de séjour permanent, dans les États membres, des citoyens de l'Union et des membres de leur famille ». En second lieu, parce la libre circulation est l'une des libertés fondamentales de l'Union et qu'il est difficile d'envisager que le droit européen a voulu mettre en place

membres de sa famille tels que visés au 4° de ressources suffisantes afin de ne pas devenir une charge pour le système d'assistance sociale, ainsi que d'une assurance maladie ; 3° S'il est inscrit dans un établissement fonctionnant conformément aux dispositions législatives et réglementaires en vigueur pour y suivre à titre principal des études ou, dans ce cadre, une formation professionnelle, et garantit disposer d'une assurance maladie ainsi que de ressources suffisantes pour lui et pour les membres de sa famille tels que visés au 5° afin de ne pas devenir une charge pour le système d'assistance sociale ; 4° S'il est un descendant direct âgé de moins de vingt et un ans ou à charge, ascendant direct à charge, conjoint, ascendant ou descendant direct à charge du conjoint, accompagnant ou rejoignant un ressortissant qui satisfait aux conditions énoncées aux 1° ou 2° ; 5° S'il est le conjoint ou un enfant à charge accompagnant ou rejoignant un ressortissant qui satisfait aux conditions énoncées au 3° ».

³⁵ Directive 2004/38/CE DU Parlement Européen et du Conseil, du 29 avril 2004, relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, modifiant le règlement (CEE) no 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE.

³⁶ Voir notamment : CJUE, 21 décembre 2011, *Ziolkowski*, Aff. C-424/10.

un système moins protecteur que le droit commun des étrangers. Par ailleurs, Héloïse GICQUEL relève que cette situation constitue une nouvelle « discrimination à rebours » contre les ressortissants européens qui n'est pas encore réglée devant la juridiction administrative³⁷.

3. LE DROIT DE L'UNION EUROPEENNE ET LE DROIT DE L'ENVIRONNEMENT.

Le droit communautaire de l'environnement est une source imposante pour le droit interne. Rien que pour l'année 2012 on peut relever plus d'une dizaine de textes directement relatifs à la transposition en droit interne d'obligations communautaires avec pour point d'horizon : la protection de l'environnement contre les effets de l'industrialisation des sociétés européennes. Évidemment, cette préoccupation n'est pas neuve en droit communautaire, elle ne fait que s'inscrire dans une très forte européanisation du droit de l'environnement.

Deux domaines, classique du droit communautaire de l'environnement, ont marqué cette année 2012.

3.1 La nouvelle protection européenne de l'environnement contre les risques d'accident majeurs

La prévention des accidents industriels a été l'objet d'une nouvelle directive en 2012. Depuis 1982 et la première directive Seveso³⁸, modifiée par la directive de 1996 dite Seveso II³⁹, l'Union européenne a renforcé son dispositif de contrôle des établissements ayant une activité dangereuse pour l'environnement et la santé des personnes. La troisième directive Seveso, adoptée le 4 juillet 2012⁴⁰, s'inscrit dans la continuité et le renforcement des deux autres. La directive Seveso III vise donc à la mise en place de règles afin d'assurer « la prévention des accidents majeurs impliquant des substances dangereuses et la limitation de leurs conséquences pour la santé humaine et l'environnement, afin d'assurer de façon cohérente et efficace dans toute l'Union un niveau de protection élevé ».

Les principaux apports de cette nouvelle directive sont relatifs au champ d'application des dispositifs de protection. Ainsi, le droit communautaire s'est aligné sur les dispositions internationales en ce qui concerne la classification des substances dangereuses⁴¹. La classification des établissements a également été repensée au regard de cette nouvelle classification de substances dangereuses.

La directive prévoit à présent que la comptabilité des substances dangereuses se fasse sur « l'ensemble du site placé sous le contrôle d'un exploitant où des substances dangereuses se trouvent dans une ou plusieurs

³⁷ GICQUEL (H.), « Citoyenneté européenne, qualité d'étranger et éventualité d'une discrimination à rebours », *AJDA*, 2013, p. 863.

³⁸ Directive 82/501/CEE du Conseil, du 24 juin 1982, concernant les risques d'accidents majeurs de certaines activités industrielles.

³⁹ Directive 96/82/CE du Conseil du 9 décembre 1996 concernant la maîtrise des dangers liés aux accidents majeurs impliquant des substances dangereuses.

⁴⁰ Directive 2012/18/UE du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 concernant la maîtrise des dangers liés aux accidents majeurs impliquant des substances dangereuses, modifiant puis abrogeant la directive 96/82/CE du Conseil Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE.

⁴¹ THIEFFRY (P.), « Prévention des accidents majeurs : la directive « Seveso II » est morte vive la directive « Seveso III », le système général harmonisé de classification des substances dangereuses ... et principe de proportionnalité ! », *RTDE*, 2013, p. 412.

installations, y compris les infrastructures ou les activités communes ou connexes⁴² ». Cela pourra conduire à classer comme dangereux des installations, qui pris isolément ne le serait pas.

Le même article prévoit également que les substances dites dangereuses soient celles « relevant de la partie 1 ou figurant à la partie 2 de l'annexe I, y compris en tant que matière première, produit, produit dérivé, résidu ou intermédiaire⁴³ ». Sur le fond, les principales évolutions ici sont la prise en compte accrue de la dangerosité des produits pour la santé⁴⁴. Par ailleurs, le texte prévoit que les substances dangereuses prises en compte soient celles « réelles ou anticipées (...), ou (...) dont il est raisonnable de prévoir qu'elles pourraient être produites en cas de perte de contrôle des procédés, y compris des activités de stockage⁴⁵ ». Ce sont donc les dangers présents ou potentiellement existants qui sont pris en compte pour cette classification.

Enfin, et surtout, la directive introduit des seuils qui découlent directement de la comptabilité des substances dangereuses induisant une classification des établissements. Le texte prévoit des « "établissements seuil bas" : un établissement dans lequel des substances dangereuses sont présentes dans des quantités égales ou supérieures aux quantités indiquées dans la colonne 2 de l'annexe I, partie 1 ou partie 2, mais inférieures aux quantités indiquées dans la colonne 3 de l'annexe I, partie 1 ou partie 2, le cas échéant en appliquant la règle de cumul exposée à la note 4 relative à l'annexe I ⁴⁶ » et des « "établissements seuil haut" : un établissement dans lequel des substances dangereuses sont présentes dans des quantités égales ou supérieures aux quantités figurant dans la colonne 3 de l'annexe I, partie 1 ou partie 2, le cas échéant en appliquant la règle de cumul exposée à la note 4 relative à l'annexe I ⁴⁷ ». Les établissements seuil haut se verront appliquer un régime de contrôle plus important que ceux de seuil bas.

L'impact de ces modifications n'est pas négligeable, car il conduirait, selon l'estimation du Ministère chargé de l'environnement, à faire sortir et entrer du champ d'application du dispositif Seveso environ 15% des établissements français⁴⁸.

Par ailleurs, le mécanisme précédant prévoyait l'exclusion de certains établissements particuliers, repris par la nouvelle directive, tel que « a) les établissements, installations ou aires de stockage militaires; b) les dangers liés aux rayonnements ionisants; c) les transports de substances dangereuses et le stockage temporaire intermédiaire par route, rail, voies navigables intérieures et maritimes ou par air, y compris les activités de

⁴² Article 3, alinéa 1.

⁴³ Article 3, alinéa 10.

⁴⁴ MAITRE (M.-P.), « La directive Seveso III : quelle transposition en droit français ? », *Environnement*, n°10, Oct. 2012, étude 12.

⁴⁵ Article 3, alinéa 12.

⁴⁶ Article 3, alinéa 2.

⁴⁷ Article 3, alinéa 3.

⁴⁸ DEHARBE (D.), DELIESSCHE (F.), « Risques technologiques majeurs », *JurissClasseur Environnement et développement durable*, Fasc. 960-10. p. 6.

chargement et de déchargement et le transfert vers et à partir d'un autre mode de transport aux quais de chargement, aux quais ou aux gares ferroviaires de triage, à l'extérieur des établissements visés par la présente directive; d) le transport de substances dangereuses par pipelines, y compris les stations de pompage, à l'extérieur des établissements visés par la présente directive; e) les industries extractives dont l'activité est l'exploration et l'exploitation des matières minérales dans les mines et les carrières, ainsi que par forage; f) les décharges de déchets ». De plus, la directive Seveso III introduit un mécanisme d'exclusion de substances à son article 4 s' « il est impossible, en pratique, pour une substance dangereuse donnée, relevant de la partie 1 ou figurant à la partie 2 de l'annexe I, d'engendrer une libération de matière ou d'énergie susceptible de créer un accident majeur dans des conditions normales et dans des conditions anormales que l'on peut raisonnablement prévoir ». Un État peut déposer une demande auprès de la commission lorsqu'il estime qu'une « substance dangereuse ne présente pas un danger d'accident majeur ». Il devra fournir « les informations nécessaires à l'évaluation des propriétés du danger physique, environnemental et pour la santé » et démontrer que la substance ne présente pas de danger. Une fois le dossier évalué la commission pourra présenter par voie législative l'exclusion de la substance du champ d'application de la directive.

Un des autres apports de cette directive est la volonté, affichée, de renforcer l'information du public. Le nouvel article 14 reprend pour l'essentiel l'article 13 de l'ancienne directive Seveso. À présent, la directive différencie les deux catégories d'établissement. Ainsi, tous les établissements classés devront fournir des informations sur la substance elle-même et sur les comportements à adopter en cas d'accident grave. Mais ces mesures sont renforcées pour les établissements de seuil haut qui devront en plus informer le public sur la nature des dangers, les effets des substances dangereuses et les accidents plausibles. Ils devront, également, publier l'étude des risques.

Enfin, l'objectif de la directive Seveso III était le renforcement des dispositifs de prévention des risques, mais l'apport de ladite directive est ici plus limité au regard du droit déjà en vigueur en France. L'article 8 de la directive reprend l'essentiel de l'article 7 de l'ancienne directive en prévoyant l'obligation pour les États d'exiger des établissements un document reproduisant sa politique de prévention des accidents et l'obligation de veiller à son application. Cette politique de prévention « inclut les objectifs globaux et les principes d'action de l'exploitant, le rôle et la responsabilité de la direction, ainsi que l'engagement d'améliorer en permanence la maîtrise des dangers liés aux accidents majeurs et d'assurer un niveau de protection élevé » et devra être proportionnée aux dangers. Le seul élément qui nécessitera une transposition en droit français est l'obligation de révision et de mise à jour de cette politique de prévention au plus tard tous les cinq ans.

Une autre adaptation du droit français est rendue nécessaire par le nouvel article 12 de la directive relatif aux plans d'urgence et reprend ici aussi pour l'essentiel l'article 11 du dispositif Seveso II. Les plans d'urgences sont établis en vue de « a) contenir et maîtriser les incidents de façon à en minimiser les effets et à limiter les dommages causés à la santé humaine, à l'environnement et aux biens; b) mettre en œuvre les mesures nécessaires pour protéger la santé humaine et l'environnement contre les effets d'accidents majeurs; c) communiquer les informations nécessaires au public et aux services ou autorités concernées de la région; d) prévoir la remise en état et le nettoyage de l'environnement après un accident majeur ». Le nouvel article 12 prévoit que les États doivent obliger les établissements, à seuil haut, à prendre un plan d'urgence interne. Ces

établissements doivent, également, fournir à l'État les informations nécessaires à l'établissement d'un plan d'urgence externe. Le plan d'urgence externe basé sur les informations donné par les établissements devra être élaboré dans les deux ans et révisé tous les trois ans. Cette dernière obligation est la seule qui n'existe pas déjà en droit français.

Enfin, la directive Seveso III renforce les obligations en matière d'inspection. L'article 20 prévoit la mise en place d'un système d'inspection planifiée et systématique par l'intermédiaire d'un plan national, régional ou local régulièrement révisé et mis à jour. Ce plan doit prévoir un programme d'inspection incluant tous les établissements classés. Chaque établissement de seuil haut doit être inspecté tous les ans et chaque établissement de seuil bas tous les trois ans. Enfin, à chaque visite les dangers seront évalués selon une série de critères posés par la directive. Par ailleurs, le dispositif prévoit la mise en place de visite non programmée à la suite de plaintes sérieuses, accidents graves ou « quasi-accidents » ou le non-respect de la législation.

La directive Seveso III demandera donc un certain nombre d'ajustements qui devront être effectués avant le 1^{er} juin 2015, mais en dehors des classifications la transposition des obligations communautaires ne devrait pas entraîner de métamorphoses profondes du droit déjà en vigueur dans l'ordre juridique français.

3.2 Les organismes génétiquement modifiés.

Les organismes génétiquement modifiés font aussi partie des domaines, maintenant classiques, de forte influence du droit communautaire sur le droit interne. Cette question fait l'objet d'arrêts réguliers du Conseil d'État⁴⁹. Le 18 mai 2012, le Conseil d'État rend une ordonnance en référé fondé exclusivement sur les logiques du droit de l'Union européenne⁵⁰. Suite à l'annulation par le Conseil d'État d'un premier arrêté interdisant la mise en culture des variétés de semence de maïs issues de la lignée de maïs génétiquement modifié MON 810, le ministre de l'Agriculture reprend un nouvel arrêté. Le juge administratif ne retient pas le caractère urgent de la requête estimant que « l'exécution de cet arrêté ne porte pas atteinte, de manière suffisamment grave et immédiate, à un intérêt public, à la situation des entreprises requérantes ou aux intérêts qu'elles entendent défendre pour constituer une situation d'urgence » dans la mesure où « ce produit n'a été utilisé que sur une très faible part des surfaces cultivées par des agriculteurs qui, comme les deux entreprises requérantes, l'ont acheté à l'étranger ; que l'ensemencement du maïs est, à cette période de l'année, largement réalisé ; qu'il ne résulte pas de l'instruction que, pour les deux entreprises requérantes, les difficultés qui découlent de l'application de l'arrêté dont elles demandent la suspension ». Cette solution est dans la lignée directe du droit de l'Union et de la jurisprudence de la Cour de Justice. Grégory KALFLECHE relève un problème potentiel qui sous-tend cette question : la contradiction entre le droit dérivé et le droit constitutionnel, bien que cette question ne soit pas soulevée directement en l'espèce. En effet, il y a une opposition entre la notion du principe de précaution en droit de l'Union et celle en droit constitutionnel. Grégory KALFLECHE énonce deux points d'oppositions entre ces deux notions. Le premier est l'inversion de la charge de la preuve qui pèse, en droit interne, sur l'auteur de

⁴⁹ Pour une étude plus détaillée de l'arrêt voir : KALFLECHE (G.), « Application du droit de l'Union par les juridictions administratives (novembre 2011- mai 2012) », *Europe*, n°7, Juillet 2012, chron. 1.

⁵⁰ CE, Ord. 18 mai 2012, *EARL de Commenian et EARL de Candelon*, req. n° 358614.

l'autorisation, alors qu'elle pèse sur l'auteur de la dérogation en droit communautaire. Le second est l'obligation communautaire de prouver un risque important et manifeste. Cependant, en droit interne, si le risque a déjà été prouvé, il ne s'agit plus du principe de précaution, mais du principe prévention. Cette opposition pourrait-elle être un nœud de conflit entre les deux ordres juridiques ? Si le Conseil d'État conserve son raisonnement inauguré avec l'arrêt *Arcelor* en 2007⁵¹, le juge pourrait faire primer le droit communautaire en utilisant le principe d'équivalence entre les deux ordres juridiques. Bien entendu, l'utilisation de ce raisonnement conduirait à reconnaître deux principes « équivalents » qui n'ont pourtant pas la même signification ce qui est potentiellement problématique. À moins que, le juge administratif ne reconnaisse pas cette équivalence et fasse primer le droit constitutionnel, ce qui loin de régler le problème en poserait probablement d'autres.

4. LE DROIT DE L'UNION EUROPEENNE ET LE DROIT DE L'ENERGIE.

Le droit de l'énergie est un droit largement embrassé par le droit de l'Union au point que certains auteurs parlent de l'émergence d'un véritable « droit (public) européen de l'économie d'énergie⁵² ». La législation communautaire a été absorbée par les droits nationaux et le contentieux administratif. Le droit européen de l'énergie est aussi au centre de nombreuses jurisprudences du Conseil d'État⁵³.

La directive du 25 octobre 2012 relative à l'efficacité énergétique⁵⁴ s'inscrit totalement dans « la stratégie globale de l'Union européenne en matière d'énergie, que ce soit par ses aspects environnementaux ou par sa dimension économique⁵⁵ » caractérisée par un ensemble de dispositions communautaires relatives à ces questions. L'Union s'est fixée comme objectif d'atteindre 20% d'énergie renouvelable issue de l'énergie produite en Europe.

La directive a été explicitement adoptée pour réajuster les mesures existantes afin d'atteindre les buts fixés en précisant dès le 1^{er} article qu'elle : « établit un cadre commun de mesures pour la promotion de l'efficacité énergétique dans l'Union en vue d'assurer la réalisation du grand objectif fixé par l'Union d'accroître de 20 % l'efficacité énergétique d'ici à 2020 et de préparer la voie pour de nouvelles améliorations de l'efficacité énergétique au-delà de cette date. Elle fixe des règles destinées à lever les obstacles sur le marché de l'énergie et à surmonter les défaillances du marché qui nuisent à l'efficacité au niveau de l'approvisionnement énergétique et de l'utilisation de l'énergie, et prévoit l'établissement d'objectifs indicatifs nationaux d'efficacité énergétique pour 2020 ». L'objectif de ce texte est donc la régulation et la planification.

⁵¹ CE, Ass., 8 fév. 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, req. n° 287110.

⁵² TESSON (F.), « Publication de la directive relative à l'efficacité énergétique : affirmation d'un droit (public) européen de l'économie d'énergie à destination de l'État et des collectivités territoriales », *DA*, n°1, Janvier 2013, étude 2.

⁵³ Voir en ce sens : KALFLÈCHE (G.), « Application du droit de l'Union par les juridictions administratives », chroniques à la revue *Europe*.

⁵⁴ Directive 2012/27/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 relative à l'efficacité énergétique, modifiant les directives 2009/125/CE et 2010/30/UE et abrogeant les directives 2004/8/CE et 2006/32/CE Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE.

⁵⁵ TESSON (F.), *préc.*

Elle met en place plusieurs obligations à destination des États. Ceux-ci devront fixer « des objectifs indicatif national d'efficacité énergétique, fondé soit sur la consommation d'énergie primaire ou finale, soit sur les économies d'énergie primaire ou finale, soit sur l'intensité énergétique » en fonction d'un certain nombre de critères posés par ladite directive. Par ailleurs, la directive insiste sur le « rôle exemplaire des bâtiments appartenant à des organismes publics » devront tenir. Enfin, ces objectifs seront transmis à la Commission, qui les évaluera. Une grande partie du mécanisme repose sur les États, qui non seulement fixent les objectifs, mais aussi assurent l'évaluation interne, garantissant ainsi la promotion du dispositif. La Commission ne fait qu'une évaluation externe en fonction des bilans fournis par les États. Fabien TESSON relève les limites de ce dispositif. En premier lieu, il estime que la directive n'est pas assez contraignante vis-à-vis des obligations qu'elle institue. En second lieu, il semble regretter les limites matérielles d'application de ladite directive. Enfin, l'auteur s'inquiète des problématiques que pourrait entraîner la transposition de la directive en droit interne notamment dans l'articulation de ces dispositions avec le code des marchés publics.