
Approfondimenti

Crisi economico-finanziaria e risposta del diritto

a cura di

M. ALLENA, Dottore di ricerca in diritto amministrativo, assegnista di ricerca presso l'Università L. Bocconi di Milano (miriam.allena@unibocconi.it)

G. BOTTINO, Professore associato di diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Milano (gabriele.bottino@unimi.it)

I. CIOLLI, Ricercatrice confermata di diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Roma "La Sapienza" (ines_ciolli@yahoo.it)

A. GIANNELLI, Dottore di ricerca in diritto amministrativo (annalaura.giannelli@unibocconi.it)

W. GIULIETTI, Ricercatore confermato di diritto amministrativo presso l'Università de L'Aquila, idoneo Professore associato di diritto amministrativo (walter.giu@tiscali.it)

G. GRASSO, Professore associato confermato di istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli Studi dell'Insubria (giorgio.grasso@uninsubria.it)

G. LA ROSA, Dottore di ricerca in diritto amministrativo, assegnista di ricerca presso l'Università di Milano Bicocca (giuseppe.larosa@unimib.it)

F. MATTASSOGLIO, Ricercatrice di diritto dell'economia presso l'Università di Milano Bicocca (francesca.mattassoglio@unimib.it)

G. TROPEA, Ricercatore di diritto amministrativo presso l'Università Mediterranea di Reggio Calabria, idoneo Professore associato di diritto amministrativo (giuseppe.tropea@unirc.it)

A. VITERBO, Ricercatrice in diritto internazionale, presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Torino (anna.viterbo@unito.it)

S. VERNILE, Dottoranda di ricerca presso l'Università degli studi di Milano (scilla.vernile@unibocconi.it)

Sommario

FRANCESCA MATTASSOGLIO	
I. Strumenti finanziari derivati e bolla speculativa: origine e risposta del diritto	14
GIUSEPPE LA ROSA	
II. Il ruolo delle agenzie di rating.....	25
ANNAMARIA VITERBO	
III. La risposta del FMI.....	35
GIUSEPPE TROPEA	
IV. Eurobonds	41
MIRIAM ALLENA, ANNALaura GIANNELLI, SCILLA VERNILE	
V. Le misure di sostegno pubblico agli istituti di credito	49
SCILLA VERNILE	
VI. Il controllo prefettizio dell'economia: l'istituzione di speciali Osservatori sul credito.....	68
ANNAMARIA VITERBO	
VII. La riforma del Patto di stabilità e crescita.....	76
GABRIELE BOTTINO	
VIII. Il Patto di stabilità interno.....	80
ANNALaura GIANNELLI	
IX. Crisi finanziaria e organizzazione amministrativa.....	94
INES CIOLLI	
X. Il pareggio di bilancio in Costituzione, tra le ragioni del diritto costituzionale e i vincoli comunitari.....	105
WALTER GIULIETTI	
XI. Crisi economica e liberalizzazioni	113

FRANCESCA MATTASSOGLIO, GIUSEPPE TROPEA	
XII. Crisi economico-finanziaria e tutela giurisdizionale: la legittimazione ad agire e la responsabilità delle autorità di vigilanza finanziaria	129
GIORGIO GRASSO	
XIII. Crisi dei mercati e sovranità dello Stato: qualche elemento di discussione	143

I. Strumenti finanziari derivati e bolla speculativa: origine e risposta del diritto*

Francesca Mattassoglio

SOMMARIO: 1. La bolla speculativa e l'innesco delle due crisi economiche. – 2. La crisi nell'ambito dei Paesi dell'Eurozona. – 3. Gli strumenti finanziari derivati. – 3.1. Gli strumenti finanziari derivati e gli enti pubblici. – 4. La risposta alla crisi bancaria. – 5. La risposta alla crisi dei debiti sovrani.

1. La crisi economico-finanziaria, che ha travolto il sistema finanziario mondiale, ha reso a tutti familiari termini come “bolla speculativa”, “strumenti finanziari derivati” e “spread”. Non stupisce pertanto che anche il giurista debba ormai confrontarsi con questi istituti.

Le cause di una simile situazione sono state molteplici, connesse a fattori distorsivi che hanno dato vita ad una duplice crisi o *double dep*: la prima che ha investito il settore bancario, la seconda, quella attuale, che riguarda i debiti degli Stati sovrani.

Il contesto nel quale essa è matura, affonda le radici nel particolare periodo di crescita che ha interessato gli anni '90. Vinta l'inflazione e finita la guerra fredda, l'economia mondiale, sulla spinta della motrice americana, ha in breve tempo raggiunto livelli di crescita e di ricchezza, impensabili fino a pochi anni prima [ONADO, 2009].

Questa rapida crescita economica, però, è stata accompagnata da un abnorme aumento della “finanza” che ha condotto la maggior parte delle borse a macinare «record dopo record, tutti si sentivano più ricchi, la finanza sembrava in grado di distribuire ricchezza a tutti», grazie all'utilizzo di strumenti finanziari sempre più complessi e per lo più privi di qualsiasi regolamentazione [ONADO, 2009; in generale sulle bolle speculative v. CHANCELLOR, 2000]. In quegli anni il mercato era pervaso da una sorta “euforia irrazionale” degli operatori finanziari che, purtroppo, non è stata prontamente ed efficacemente affrontata neppure dalla *Federal Reserve* Americana. Detta Authority, infatti, invece di cercare di porre un freno all'eccessiva liquidità del sistema, aumentando i tassi di interesse, ha

* Il paragrafo 2 è stato completato da Annamaria VITERBO per quanto attiene ai profili di diritto comunitario.

mantenuto una politica monetaria particolarmente permissiva, che, a partire dal 2000, ha contribuito ad alimentare un «processo di bolle speculative “a catena”», che a loro volta hanno favorito «una crescita esponenziale e incontrollata del sistema finanziario mondiale» [ONADO, 2009]. A questo si è aggiunto un forte incremento dell’indebitamento sia pubblico, sia privato, ancora una volta facilitato dal basso costo del denaro.

In questo pericoloso contesto, la “scintilla” che ha causato lo scoppio della crisi è stata costituita dagli ormai famigerati mutui sub-prime Americani, ossia da quel fenomeno, alimentato dal sogno di una casa per tutti, che ha indotto gli istituti bancari degli USA a rilasciare prestiti per l’acquisto di immobili finanziando fino al 100% del valore, anche in caso di soggetti sostanzialmente privi di reali garanzie.

La prassi delle banche di concedere credito con estrema facilità si è poi associato al crescente utilizzo del sistema della c.d. *securization*, che consiste nel cartolarizzare i crediti e poi cederli, sotto forma di derivati, ad altri soggetti finanziari (c.d. Special Purpose Vehicle) che poi provvedono ad allocarli sul mercato, secondo il modello noto come “*originate to distribute*”.

In altre parole, con questo procedimento, a differenza del tradizionale meccanismo di erogazione del credito (c.d. *originate-to-hold*), si sono per anni trasferiti «rischi connessi al finanziamento, attraverso la cessione degli strumenti derivanti dalla cartolarizzazione stessa a un numero elevato di operatori» [LOMBARDI, 2011]. Rischi che, come la crisi ha ampiamente dimostrato, non sono stati compresi se non dagli organizzatori delle cartolarizzazioni stesse [PRESTI, 2010] e che costituiscono la dimostrazione più evidente di un sistema nel quale la ricchezza è ormai diventata invisibile [PISANI MASSAMORMILE, 2005]. Il fenomeno della *securization* è ben presto divenuto non tanto uno strumento di “assicurazione sui crediti”, quanto un mezzo speculativo, che ha portato il sistema al tracollo quando si è infine “sgonfiata” la bolla che per anni aveva contribuito a “drogare” il mercato immobiliare.

Questo impianto, infatti, ha potuto funzionare finché il valore delle case ha continuato a salire, ma è drasticamente crollato con il suo arresto. Improvvisamente gli immobili si sono deprezzati, i proprietari non sono più stati in grado di far fronte alle rate dei mutui e il sistema bancario si è trovato colmo di contratti ormai divenuti “carta straccia”.

Se questa è stata la genesi della crisi, sono a tutti noti gli sviluppi successivi. Gli istituti di credito americani ed europei hanno dovuto far fronte ad una crisi di liquidità senza precedenti, che è sfociata nel fallimento della Banca d’affari Americana *Lehman Brother*, della britannica *Northern Rock*, nonché nel default

del sistema bancario Islandese, solo per ricordare alcuni degli eventi più clamorosi e drammatici.

La crisi del c.d. capitalismo finanziario ha presto coinvolto anche la c.d. economia reale, trasformandosi da crisi finanziaria, ad economica fino a divenire sociale [cfr. SALANITRO, 2010].

Come, infatti, è stato sottolineato, spesso crisi finanziarie di questo tipo producono un «impatto negativo sui bilanci pubblici degli Stati in quanto la recessione fa cadere il gettito fiscale, mentre i meccanismi di sostegno della (crescente) disoccupazione fanno lievitare la spesa pubblica» [V. VISCO, 2011]. In questo modo ha avuto origine la seconda crisi che è ormai giunta a minare la stessa stabilità degli Stati, con il famigerato epilogo della crisi dei debiti sovrani, di cui è stata vittima anche l'Italia, così come molti dei Paesi appartenenti all'euro zona.

Gli Stati, infatti, emettono titoli obbligazionari per finanziarsi. Questo tipo di obbligazioni sono tradizionalmente considerate poco rischiose, perché il fallimento (default) di uno Stato è normalmente considerato un fatto poco probabile. Durante la “prima” crisi, i diversi Paesi hanno cercato di sostenere la propria economia ed il proprio sistema bancario, anche tramite l'aumento della spesa pubblica, fatto che però ha fortemente aggravato la situazione debitoria di molti Stati dell'euro zona, già caratterizzati da un grave situazione di deficit.

2. Prima di passare a considerare più nel dettaglio le azioni che sono state poste in essere per far fronte a questo difficile momento, è necessario svolgere alcune brevi riflessioni sul peculiare impatto che la crisi ha avuto sull'Eurozona.

La posizione degli Stati facenti parte dell'area euro, infatti, è particolarmente delicata posto che questi non possono gestire direttamente la loro politica monetaria, ormai trasferita alla Banca Centrale Europea (BCE) e, più in generale, al Sistema Europeo della Banche centrali (SEBEC).

La crisi ha fatto venire al pettine tutti i nodi che ancora affliggono il processo di integrazione monetaria europea, rivelando una serie di limiti strutturali e genetici [DELLI GATTI, 2011].

In primo luogo, può essere utile ricordare che l'introduzione dell'euro ha comportato il solo trasferimento, alla BCE, della politica monetaria – consistente nella regolazione dei tassi di interesse e nella quantità di moneta da emettere –, mentre le altre “aree” della politica economica (quali la politica fiscale, la politica dei redditi e quella di bilancio) sono rimaste (più o meno saldamente) in mano agli Stati nazionali. A ciò si deve aggiungere la problematica relativa al ruolo ed ai poteri che possono essere esercitati dalla Banca centrale in situazioni di crisi, quale ad esempio, l'individuazione del soggetto cui spetta il ruolo di “prestatore di

ultima istanza”, compito che, come è noto, il Trattato di Maastricht non ha riservato alla BCE, nonché la possibilità di emettere i c.d. Eurobond, ossia titoli di debito “complessivi” dei diversi Paesi dell’area euro (sul punto v. le osservazioni di DE GRAUWE, 2011, secondo cui questi strumenti costituiscono «*a very and constraining commitment that will convince the markets that member countries are serious about future of euro*»; nonché *infra* sugli eurobond, il contributo di TROPEA).

Questo sfasamento strutturale determina rilevanti conseguenze sulla forza e sulla capacità dell’Eurosistema di far fronte alle instabilità dei mercati finanziari.

Lo statuto della SEBEC e della BCE, infatti, prevedono espressamente una serie di misure che limitano fortemente la possibilità di azione di questi organismi nei confronti dei diversi Paesi membri eventualmente in difficoltà, nel rispetto del fine istituzionale del mantenimento della stabilità dei prezzi. In proposito si può ricordare, ad esempio, che l’art. 123 TUE sancisce che né la BCE o le altre banche centrali dei Paesi membri possano concedere «scoperti di conto o qualsiasi altra forma di facilitazione creditizia ... a istituzioni, organi od organismi dell’Unione, alle amministrazioni statali, agli enti regionali, locali o altri enti pubblici, ad altri organismi di diritto pubblico o a imprese pubbliche degli Stati membri, così come l’acquisto diretto presso di essi di titoli di debito da parte della Banca centrale europea o delle banche centrali nazionali».

Questi impedimenti creerebbero così una forte differenziazione tra la capacità dei c.d. “*stand-alone country*” – quale è ad esempio il Regno Unito – di contrastare l’attacco dei mercati, rispetto ai Paesi che fanno parte di un’unione monetaria, che sostanzialmente accumulano «*debt on a currency over which they have no control. It follows that financial markets acquire the power to force default on these countries*» [per un’analisi delle differenze tra crisi del debito sovrano in un Paese dell’Eurozona (Spagna) e un v. DE GRAUWE, 2010]. Situazione che, sempre secondo la dottrina appena richiamata, sembrerebbe ridurre i Paesi sotto attacco, nella stessa condizione di debolezza delle economie in via di sviluppo.

In Paesi come l’Irlanda, la Spagna e l’Italia il grave indebitamento pubblico si è associato all’impossibilità di far fronte alla crisi adottando una politica monetaria deflazionistica. Anche se le ragioni, che hanno condotto questi Stati sull’orlo del default, non sono state per tutti le medesime. Nel caso della Grecia, ad esempio, la crisi è sopraggiunta a causa di un elevatissimo debito pubblico, mai in linea con il Patto di Stabilità imposto dall’appartenenza all’area Euro. Si ricordi che già nel 2004, anche a causa degli ingenti prestiti richiesti per far fronte all’organizzazione dei giochi Olimpici, sorsero dubbi circa la reale condizione delle finanze pubbliche elleniche che costrinse la Commissione Europea ad avviare una procedura di verifica. Al termine di questo controllo, emersero una serie di irregolarità tra cui la prova che il governo greco aveva falsificato i dati di bilancio relativi al

1997-1999, giungendo addirittura a dimezzare il proprio debito pubblico, al fine di poter entrare nell'unione monetaria (sui recenti interventi in favore dello Stato ellenico, si v., *infra*, i contributi di TROPEA e di GRASSO).

Diversa, invece, è la storia della crisi irlandese. Fino a poco anni fa (2007!!), infatti, questo Paese era caratterizzato da un debito pubblico pressoché inesistente, da una politica fiscale tesa a ridurre il carico gravante sulle imprese, nonché su una consistente deregolamentazione finanziaria. Ciò ha alimentato un veloce sviluppo economico (che le è valso il soprannome di Tigre celtica) cui, però, si è associata una pericolosa bolla speculativa, che ben presto si è tradotta in un ingente indebitamento dei privati. La crisi economica finanziaria si è dunque abbattuta su un contesto molto fragile. Il settore pubblico non è riuscito a farsi carico della situazione e ciò ha innescato una serie di reazioni a catena che hanno portato il governo irlandese a richiedere l'aiuto finanziario dell'Unione europea e del Fondo monetario internazionale. Una richiesta di aiuto che ha imposto (e imporrà nei prossimi anni) un'attenta politica di austerità.

Al di là della diversa genesi, il “decorso” che la crisi ha provocato, sui Paesi dell'eurozona già richiamati, è però per lo più il medesimo.

A poco a poco, nei mercati si è fatto strada il timore che essi non sarebbero più riusciti a far fronte al crescente indebitamento; paura che ha presto provocato un deciso aumento dei tassi di interesse. L'ormai famigerato “spread” indica proprio questo “differenziale” tra i diversi tassi di rendimento dei titoli dei debiti sovrani e, al suo incremento, corrisponde una sempre maggior difficoltà di ricorrere all'indebitamento per ottenere liquidità. Come è stato sottolineato, «si viene così a creare un vero e proprio circolo vizioso. I tassi crescono, la condizione della finanza pubblica diventa meno sostenibile, aumenta il premio per il rischio (sovra-no) richiesto dal mercato, i tassi conoscono un ulteriore incremento ...» [SIENA, 2011]. In altre parole, una profezia che si auto-avvera.

Naturalmente, non può tacersi il contestato ruolo che in questa situazione hanno svolto le agenzie di rating che, con i loro giudizi sullo stato di solvibilità e l'affidabilità dei diversi Paesi emittitori, hanno contribuito a gettare “benzina sul fuoco” [sul punto v. *infra*, il contributo di LA ROSA].

In questa sede, non è certo possibile affrontare, nel dettaglio, tutte le misure che sono state assunte dalla BCE per far fronte a questa situazione eccezionale – e che saranno a più riprese richiamate nei diversi contributi che compongono questa parte speciale della rivista –, qui può essere sufficiente richiamare i molteplici pacchetti di misure che sono stati attuati, a partire dallo scorso agosto, per salvare la Grecia [più nel dettaglio v., *infra*, il contributo di TROPEA], nonché la creazione dell'*European Stability Mechanism* (ESM) che dal luglio 2012 prenderà il posto dell'*European Financial Stability Mechanism* (EFSM), nell'erogazione di

crediti agli Stati in difficoltà [sull'ESM v, più nel dettaglio, il contributo di Viterbo nella Sezione di diritto internazionale dell'economia, in questo numero della *Rivista*, ove vengono più in generale analizzati i vari meccanismi adottati a livello europeo (*Greek Loan Facility*, MESF, FESF)]. Ancora con riferimento a questo profilo, si può ricordare che detti organismi sono stati autorizzati ad intervenire sui mercati secondari dei titoli del debito pubblico e privato degli Stati membri dell'area euro per fronteggiare le speculazioni in atto e contrastare le gravi tensioni esistenti (Decisione della BCE che istituisce un programma per il mercato dei titoli finanziari, 14 maggio, 2010, BCE/2010/5, pubblicata in GUUE L 124 del 20/05/2010 p. 8).

L'obiettivo di tali misure è quello di assicurare la necessaria liquidità, riattivare un appropriato meccanismo di trasmissione della politica monetaria e far fronte al cattivo funzionamento dei mercati finanziari. Gli acquisti di titoli di Stato dell'area euro effettuati dalla BCE sui mercati secondari contribuiranno inoltre a ridurre gli *spread*. La BCE agisce in tal modo come compratore di ultima istanza di titoli del debito pubblico di Stato denominati in euro ed emessi dai paesi oggetto degli attacchi speculativi al ribasso. La decisione non pare porsi in contrasto con il disposto dell'art. 123 TFUE, più sopra citato, che vieta alla BCE l'acquisto *diretto* dagli Stati membri di titoli di debito pubblico emessi dai governi o da altri enti del settore pubblico, ma non ne impedisce l'acquisto sul mercato, con operazioni di mercato aperto.

3. Dato conto, seppur brevemente, del contesto in cui è maturata l'attuale crisi, occorre ora volgere brevemente l'attenzione su uno dei principali "prodotti" dello sviluppo incontrollato della finanza, di cui si è detto, ossia gli strumenti finanziari derivati. Con questo termine si fa generalmente riferimento ad una serie di figure contrattuali quali *futures*, *swaps*, *options*, – oltre ad ogni altra operazione contrattuale – che si caratterizza «per il fatto che il suo esito, ed in particolare la remunerazione del capitale impiegato, o quantomeno la determinazione della sua misura, è per definizione incerta, dipendendo dalla performance di *asset* sottostanti, di natura reale o finanziaria (merci, valute, tassi di interessi, altri strumenti finanziari, ecc.)» [GUZZI, 2001]. I derivati, a differenza degli altri strumenti denominati semplicemente "finanziari", non costituiscono un'operazione di finanziamento o investimento – come lo sono invece le azioni, obbligazioni, ecc. In questi casi, infatti, sebbene non esista la certezza circa la remunerazione del capitale investito, essa è comunque collegata all'andamento dell'attività finanziaria cui si partecipa. I derivati, invece, rappresentano una vera e propria "scommessa", in quanto, alla base della loro "quotazione", sussistono molteplici varia-

bili (le già richiamate attività sottostanti), che possono avere diversa natura quali, ad esempio, azioni, obbligazioni, indici finanziari, ma anche prodotti di *commodity* come il petrolio o altro [CHIONNA, 2011]. Si noti, peraltro, che questi strumenti erano già conosciuti (e temuti) fin dal XVII sec., nella Borsa di Amsterdam [CHANCELLOR, 2000].

Dal punto di vista normativo, l'art. 1, comma 2º, t.u.f., prevede che gli strumenti finanziari possono articolarsi in quattro specie di titoli o contratti (1. valori mobiliari, 2. quote di OICR, 3. strumenti del mercato monetario e 4. strumenti finanziari derivati), che sarebbero accomunati dalla particolare forma di standardizzazione che hanno raggiunto [CHIONNA, 2011].

Gli strumenti derivati sono sempre stati avvertiti come mezzi privilegiati di speculazione poiché consentono di ottenere, in tempi brevi, altissime remunerazioni. Naturalmente, essi sono strettamente connessi ad un rischio elevatissimo. La crisi ha ampiamente dimostrato l'incapacità della regolamentazione di tenere il passo con l'innovatività di questi strumenti, che sono per lo più negoziati in mercati *over the counter* [ONADO, 2009]. Nel tentativo di porre un freno a questa situazione, l'Unione europea è ora in procinto di adottare una nuova direttiva (EMIR) che ha per l'appunto ad oggetto proprio la regolamentazione degli scambi fuori mercato dei derivati. È, però, difficile al momento prevedere quali potranno essere gli effetti di una simile iniziativa e se, più propriamente, esso sarà sufficiente a rendere gli utilizzatori di questi prodotti più consapevoli dei rischi ad essi sottesi.

3.1. In proposito, un cenno deve ancora essere fatto alla questione concernente gli enti pubblici soprattutto locali e gli strumenti derivati. Come infatti la cronaca di questi ultimi tempi ci ha ampiamente dimostrato, l'estrema esiguità di risorse pubbliche ha spinto anche le nostre amministrazioni a far ricorso a simili elementi per reperire nuove (e pericolose) forme di finanziamento. È proprio di questi giorni la notizia che il Comune di Milano è giunto ad un accordo transattivo con le diverse banche con cui, nel 2005, aveva stipulato una serie di contratti derivati nell'ambito di un'operazione finanziaria tesa a ridurre il costo del proprio debito, ma che in realtà ha quasi portato al fallimento dell'ente milanese a cui erano stati chiesti ben 1.700.000.000 di euro per rientrare dal prestito [WELLS, 2011].

Nel vigore della l. n. 448, del 28 dicembre 2001, infatti, agli enti pubblici era consentito stipulare una serie di tipologie di contrattuali che andavano dagli *swap* ai *collar*. In seguito, la possibilità, che le pubbliche amministrazione potessero farvi ricorso, cominciò a destare sempre maggior preoccupazione. Oggi l'art. 3, della l. 22 dicembre 2008, n. 203, vieta agli enti pubblici di stipulare contrat-

ti aventi ad oggetto strumenti finanziari derivati, fino all'adozione di un apposito regolamento da parte del Governo, che disciplina in modo più stringente la possibilità di sottoscrizione [più diffusamente v. FRACCHIA, 2010]. Regolamento che a tutt'oggi non è ancora stato emanato e che di conseguenza impedisce alle pubbliche amministrazioni di stipulare qualsiasi tipo di derivato, in quanto la norma appena richiamata non esita a comminare la nullità nel caso in cui gli enti pubblici provvedano alla sottoscrizione dei contratti in violazione del regolamento statale.

In proposito si deve ancora ricordare che il contenuto dell'art. 3 della l. cit. è stato dichiarato legittimo dalla Corte costituzionale, con la sentenza la sentenza n. 52 del 18 febbraio 2010. Secondo la Consulta, infatti, lo Stato può porre limiti e dettare condizioni restrittive all'utilizzo degli strumenti di finanza derivata da parte degli enti territoriali, posto che detto articolo pone tra le proprie finalità, «accanto alla finalità di tutela del mercato e della sua stabilità, l'art. ... persegue anche l'obiettivo di tutelare gli enti territoriali, come soggetti i quali, per la loro non specifica esperienza e competenza, operano sul mercato mobiliare assumendo la veste di parte debole del contratto» [SCOGNAMIGLIO, 2011].

4. Come si è già detto, secondo la dottrina economica, una delle cause della crisi sarebbe da rinvenirsi proprio nell'incapacità della regolamentazione di tenere il passo con strumenti finanziari sempre più innovativi [ONADO, 2009]. Il superamento di questa situazione e soprattutto la necessità di evitare futuri eventi simili, richiede l'adozione di una serie di interventi strutturali ad ampio raggio che prendano seriamente in considerazione il problema ed i limiti della finanza innovativa, anche se sussistono tutt'ora forti difficoltà nel disciplinare questi aspetti, soprattutto per quanto concerne la «cartolarizzazione del rischio di credito» [MERUSI, 2010].

Le risposte che sono state date fin'ora sono molteplici.

In proposito, a livello internazionale si deve ricordare il processo di riforma del Fondo monetario internazionale [I. BORRELLO, 2011; nonché *infra* il contributo di VITERBO].

Gli Stati Uniti, sulla spinta del salvataggio di alcuni gruppi bancari ed il fallimento di *Lehmann Brothers*, hanno approvato l'*Emergency Economic Stabilization Act of 2008*, con cui è stato attribuito al Segretario del tesoro il potere di introdurre una serie di misure, prima fra tutte la possibilità di adottare il *Troubled Asset Relief Program*, finalizzato all'acquisto o all'assunzione di un impegno di acquisto di strumenti finanziari "tossici", emessi prima del marzo 2008 [NAPOLITANO, 2010]

A livello europeo si è attuata la riforma del sistema di vigilanza finanziaria, ritenuto anch'esso uno dei fattori responsabili dell'odierna situazione [OCCHIONA, 2010], ma, come si già detto, ha subito altresì variazioni la stessa politica europea relativa agli aiuti di stato [FERRARO, 2010].

Per quanto riguarda più propriamente il ruolo svolto dalla Banca centrale europea, la crisi iniziata nel 2007, ha indotto detto istituto ad incrementare la propria azione, nell'ambito della politica monetaria, al fine di riportare fiducia nel sistema interbancario, intervenendo in particolare con un taglio dei tassi di interesse per incentivare la ripresa dell'attività economica e dell'occupazione. La BCE, oltre a quanto già ricordato, ha altresì disposto un massiccio aumento «della dimensione del bilancio dell'Eurosistema dopo il fallimento della banca d'affari Lehman Brothers nel settembre del 2008», che si è attenuto soltanto nel 2010 [su entrambi gli interventi, v. PAPADIA, SANTINI, 2011].

Con riferimento all'Italia, invece, negli ultimi anni si sono succeduti una serie di decreti, i primi sono stati il decreto legge 9 ottobre 2008, n. 155 e quello n. 157 del 13 ottobre, contenenti “misure urgenti per garantire la stabilità del sistema creditizio”. Si noti che in virtù delle disposizioni del primo decreto, il Ministero dell'Economia e della finanze era stato autorizzato a sottoscrivere o garantire aumenti di capitale deliberati da banche italiane che si fossero trovate in una situazione di inadeguatezza patrimoniale, previo accertamento della Banca d'Italia.

Questi strumenti non hanno però trovato sostanzialmente applicazione, sia perché le banche hanno temuto di perdere la loro autonomia, a causa degli effetti di conformazione riconosciuti al soggetto pubblico interveniente, sia perché l'art. 1, c. 3 del d.l. 155 cit. prevedeva espressamente che le azioni detenute dal Ministero fossero privilegiate nella distribuzione dei dividendi, pur essendo prive di diritto di voto [FRACCHIA, 2010; v. *infra* il contributo di VERNILE].

5. Come si è anticipato, a partire dal 2010 la zona euro, e in particolare le sue aree periferiche, è stata “aggredita” da una variante della crisi innescata dai mutui sub prime americani. Gli ingenti debiti pubblici hanno reso sempre più difficile – soprattutto per i c.d. PIIGS, ossia, Portogallo, Irlanda, Italia, Grecia e Spagna – ricorrere alla vendita di titoli pubblici per autofinanziarsi. Il dubbio, circa la loro reale capacità di far fronte ai debiti già assunti, ha reso il mercato sempre più instabile, fino a giungere agli epiloghi che noi oggi tutti conosciamo.

Limitando la nostra indagine al contesto italiano, la crisi ha inciso sulla scelta del Governo Berlusconi di dimettersi; al suo posto, dallo scorso novembre, è subentrato un c.d. governo tecnico guidato da Mario Monti, cui è stato dato l'incarico di “traghetta” il Paese e l'intera zona euro fuori dal rischio default.

Al tal fine, il nuovo Governo, nel corso degli ultimi mesi, ha messo in atto una serie di iniziative che puntano al taglio della spesa pubblica e su un aumento delle entrate fiscali, che è culminato nell'adozione del c.d. Decreto Salva Italia, d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito in l. 22 dicembre 2011, n. 214.

Soltanto con il d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, di cui in questi giorni è in corso la conversione in legge, è stato dato il via alla c.d. seconda fase della strategia, tesa ad introdurre disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e a competitività [in particolare sulle liberalizzazioni v. *infra*, il contributo di GIULIETTI].

La situazione italiana si presenta particolarmente difficile. Sebbene nell'ultimo periodo i tassi di rendimento dei titoli del nostro debito pubblico abbiano finalmente cominciato a scendere rispetto agli allarmanti livelli raggiunti nell'autunno scorso, non può tacersi che uno dei problemi maggiori che affliggono tutt'ora la nostra economia è la pressoché totale mancanza di crescita. Il d.l. 1/2012 cit., è finalizzato a far ripartire la nostra economia. Come da più parti si è messo in evidenza, però, questa seconda fase si presenta molto complessa. L'adesione all'Unione europea, con gli stretti vincoli di bilancio e, soprattutto, l'impossibilità di ricorrere ad un'autonoma politica monetaria di tipo deflattivo di cui si è detto, costituiscono forti impedimenti da cui non si può prescindere. Inoltre, l'accordo raggiunto lo scorso gennaio sul c.d. "fiscal compact", ossia un'insieme di regole tese a raggiungere una buona gestione dei conti pubblici, che impone l'inserimento in Costituzione della regola del pareggio del bilancio, cui vengono ricollegate sanzioni automatiche in caso di mancato rispetto, renderà ancora più delicata l'operazione di far ripartire la crescita nei Paesi dell'Eurozona. In proposito si deve infatti ricordare che i Paesi membri con un debito superiore al 60% del Pil (tra cui rientra l'Italia) avranno l'obbligo di procedere ad un taglio pari al 1/20 l'anno, per la parte eccedente. In marzo saranno dettate le linee guida da seguire.

Questa situazione renderà ancora più ardua l'operazione tesa a rilanciare l'economia italiana, ed ecco perché nel mirino delle riforme sono finite tematiche quali le liberalizzazioni, una maggior apertura alla concorrenza, la semplificazione amministrativa, ecc. Temi e riforme che sono da anni al centro di polemiche e ripensamenti ma che forse, proprio a causa della crisi, potranno finalmente essere affrontati e risolti.

Bibliografia

- E. CHANCELLOR, *Un mondo di bolle. La speculazione finanziaria dalle origini alla "new economy"*, Roma, 2000;
- E.M. LOMBARDI, *La Housing Bubble o della crisi economico-finanziaria negli Stati Uniti d'America e in Europa: una sinossi sullo ius constitutum e sullo ius constituendum*, in *Contratto e impresa*, 2011, 438 ss.;
- M. ONADO, *La crisi finanziaria internazionale: le lezioni per i regolatori*, in *Banca, impresa e società*, 2009, 5 ss.
- G. PRESTI, *Mezzi e fini della nuova regolamentazione finanziaria*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 2010, 208;
- A. PISANI MASSAMORMILE, *Emissioni obbligazionarie e responsabilità degli intermediari*, in *Banca, borsa tit. credito*, 2005, 760;
- N. SALANITRO, *Capitalizzazione e crisi economica*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2010, 125 ss.
- D. DELLI GATTI, *Il quadro macroeconomico*, in *Osservatorio monetario*, 3/2011;
- V. VISCO, *L'Europa e la crisi dei debiti sovrani. Una proposta*, in *Tamtam democratico n. 2*, 2011;
- P. DE GRAUWE, *The Governance of a Fragile Eurozone*, 2010;
- D. SIENA, *Dieci anni di moneta unica in Europa*, in *Osservatorio monetario*, 3/2011, 30;
- G. GUZZI, voce *Mercato finanziario*, in *Enc. dir.*, Agg. V, Milano, 2001, 751;
- V.V. CHIONNA, *Strumenti finanziari e prodotti finanziari nel diritto italiano*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 2011, 1;
- F. CARBONETTI, *Dai "valori mobiliari" agli "strumenti finanziari"*, in *Riv. Soc.*, 1996, 1103;
- BASSO, *Il Testo unico dell'intermediazione finanziaria. Commentario al D.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58*, (a cura di C. Rabitti Bedogni), Milano, 1998;
- F. CAPRIGLIONE, *I prodotti "derivati" strumenti di copertura dei rischi o per nuove forme di speculazione finanziaria?*, in *Banca e borsa*, 1993, 608;
- A. IANNUCCI, *Ias 39: strumenti finanziari derivati*, in *Guida alla contabilità e al bilancio*, 2007, 60
- M. WEELS, *Enti locali in crisi per speculazione finanziaria*, in www.wsw.org/it/2011;
- F. FRACCHIA, *Giudice amministrativo, crisi finanziaria globale e mercati*, in *Riv. It., dir. pubbl. comun.*, 2010, 451 ss.;
- A. SCOGNAMIGLIO, *Profili di costituzionalità dei limiti all'utilizzo degli strumenti finanziari derivati da parte degli enti territoriali*, in *Banca borsa tit. cred.* 2011, 1, 18;
- F. MERUSI, *Variazioni su crisi economica e regolazione*, in questa rivista, 2010, 623 ss.;
- I. BORRELLO, *La crisi finanziaria globale e gli impegni dell'Italia nei confronti del FMI*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2011, 829 ss.;
- G. NAPOLITANO, *Il nuovo Stato salvatore: strumenti di intervento e assetti istituzionali*, in www.;
- M. OCCHIENA, *La riforma della vigilanza finanziaria dell'Unione europea*, in *Dir. econ.*, 2010, 637 ss.
- F. FERRARO, *L'evoluzione della politica sugli aiuti di Stato a sostegno dell'accesso al finanziamento nell'attuale situazione di crisi economica e finanziaria*, in *Dir. un. Eur.*, 2010, 335;
- F. PAPADIA, C. SANTINI, *La banca centrale europea*, Bologna, 2011, 113-114.

II. Il ruolo delle agenzie di rating

Giuseppe La Rosa

SOMMARIO: 1. Origine ed evoluzione delle agenzie di *rating*. – 2. Le principali questioni problematiche sottese all'attività delle agenzie: in particolare, il problema del conflitto d'interessi. – 3. La natura del *rating*: le cc.dd. "licenze regolamentari" e la rilevanza pubblicistica del *rating*. – 4. La regolamentazione posta in sede europea: quali i problemi irrisolti?

1. La nascita delle agenzie di *rating* viene convenzionalmente individuata negli Stati Uniti nel 1909, quando John Moody pubblicò il primo *rating*. Infatti, lo sviluppo industriale e il connesso crescente fabbisogno finanziario che caratterizzarono l'inizio del XX secolo, determinarono un'ampia diffusione del sistema obbligazionario privato, rispetto al quale i risparmiatori sentirono l'esigenza di ricevere rassicurazioni circa l'affidabilità e la solvibilità del debito.

La crescente complessità dei mercati, quindi, rese necessario che il compito di colmare le asimmetrie informative tra investitori ed emittenti, prima affidato a interventi non strutturati (come le c.dd. *credit reporting agencies*, la stampa finanziaria specializzata, nonché le stesse banche di investimento) fosse ora rimesso all'intervento sistematico di strutture specializzate, appunto le agenzie di *rating* [FERRI - LACITIGNOLA, 2009].

L'attività delle agenzie subì un'evoluzione, con alterne fortune, certamente influenzata dagli eventi che hanno riguardato i mercati finanziari americani, dapprima, e globali, poi.

Infatti, dopo il torpore che ha interessato il settore economico dagli anni Trenta agli anni Settanta del Novecento, lo sviluppo del mercato finanziario statunitense e il connesso aumento degli investimenti hanno contribuito a rilanciare in modo determinante l'attività svolta dalle agenzie di *rating*, nei cui confronti parte della dottrina non ha esitato ad auspicarne una compiuta diffusione [MONTI, 1995].

Infatti, l'ampliamento della platea degli investitori (costituiti sempre più dai piccoli risparmiatori), in uno con la nascita di nuovi e complessi prodotti finanziari, rese necessario il sistematico intervento delle agenzie che, mediante l'utilizzo di simboli semplici e immediati [COFFEE, 2006], indicasse agli investitori l'affidabilità dell'emittente.

Oggi, il mercato del *rating* è pressoché diviso tra tre grandi colossi, ossia Moody's, S&P e Fitch, "accusati" di aver rivestito un ruolo centrale con riferimento, almeno, ad alcune delle cause determinanti la crisi.

In particolare, alle agenzie è attribuita la colpa di aver valutato positivamente la solvibilità di società come Enron, Parmalat e *Lehman Brothers*, a pochi giorni dai rispettivi fallimenti, sebbene, secondo alcuni, la responsabilità di queste sarebbe esclusa (v. *infra* par. 3) dal fatto che le stesse non procedono ad alcuna *due diligence*, limitandosi a elaborare i dati forniti dagli emittenti stessi [PRESTI, 2009].

2. Come detto, l'attività principale svolta dalle agenzie di *rating* consiste nel valutare il merito e l'affidabilità delle controparti contrattuali, al fine di colmare quell'asimmetria informativa che caratterizza le complesse relazioni finanziarie.

La circostanza che la valutazione venga emessa a beneficio principale degli investitori ha giustificato il fatto che la stessa, all'origine, fosse commissionata e pagata da quest'ultimi, mediante il c.d. *investors-paid model*: gli investitori sottoscrivevano un abbonamento, al fine di ricevere le informazioni sul merito degli emittenti.

Tuttavia, a partire dagli anni Settanta a questo modello si sostituì quello c.d. *issuers-paid*, in virtù del quale le agenzie vengono ora direttamente pagate dagli emittenti.

Il passaggio dal primo al secondo modello, giustificato, da un lato, dall'esigenza di ovviare al fenomeno del *free riding* e, dall'altro, dalla rinnovata percezione degli emittenti che una buona valutazione è decisiva per diminuire il costo del finanziamento, ha determinato un crescente rischio di conflitto di interessi.

Infatti, non è difficile credere che, al fine di ottenere maggiori commissioni, si inneschi tra le agenzie concorrenti (sebbene in oligopolio) un meccanismo a rialzo nelle valutazioni per essere maggiormente attraenti per gli emittenti/clienti.

La "corsa" degli emittenti verso le agenzie di *rating*, peraltro, sarebbe incentivata anche dalla pratica del c.d. *unsolicited ratings*, secondo cui le agenzie rilasciano *ratings* non richiesti (così è per la valutazione del debito degli Stati). Dal momento che, però, queste valutazioni sono emesse alla luce di informazioni pubbliche e talvolta parziali, le società hanno tutto l'interesse a richiedere preventivamente l'emissione del *rating*; ovviamente, autonomamente individuando le informazioni da rilasciare alle agenzie.

Gli aspetti problematici, tuttavia, sono destinati ad assumere forme ancora più rilevanti e delicate se si tiene conto del crescente sviluppo di attività collaterali di natura consulenziale che espongono gravemente le società in questione al rischio di conflitto di interessi.

Il riferimento è, in particolare, al c.d. *pre-rating assesment*, ossia una simulazione sul *rating* che verrebbe concesso a ipotetiche operazioni, ovvero veri e propri servizi di consulenza, con la – quasi paradossale – considerazione che gli emittenti sarebbero valutati dalle agenzie da cui hanno ricevuto, prima, la consulenza (sic!).

A questi già delicatissimi profili si aggiunge poi quello relativo agli assetti proprietari delle agenzie, le cui compagini societarie vedono la presenza di alcuni importanti gestori di fondi di investimento.

3. Il concreto rilievo che queste agenzie hanno avuto a partire dalla crisi dei *sub-prime* del 2007 è certamente connesso alla circostanza che queste sono immuni da qualsiasi responsabilità, sull'assunto che la loro attività viene sostanzialmente comparata all'attività giornalistica [TONELLO, 2005].

I *case law* americani [PARTNOY, 2002] e qualche commentatore italiano [BACCIARDI, 2009] hanno riconosciuto ai giudizi espressi dalle agenzie di *rating* la natura di mera opinione giornalistica, sebbene tecnicamente qualificata, rilevando che il *rating* non sarebbe altro che una ipotesi sulla solidità dell'emittente. Pertanto, il risparmiatore dovrebbe utilizzare le informazione sintetizzate nel *rating*, non già come raccomandazione di investimento, ma solo come dato ulteriore rispetto a quelli di cui dispone direttamente, al fine di orientare le proprie scelte di investimento. Di qui, dunque, l'esclusione di qualsiasi responsabilità a carico delle agenzie di *rating* nel caso in cui la valutazione da queste fornite dovesse dimostrarsi poi smentita dalla concreta stabilità finanziaria dell'emittente.

Secondo diversa prospettazione, invece, le agenzie di *rating* dovrebbero essere ritenute responsabili per i danni cagionati agli investitori per errori nelle valutazioni, anche sull'assunto che queste, benché non configurabili alla stregua di «certificazioni idonee a generare “certezza”, costituiscono un fattore idoneo a orientare le libere scelte di investimento» [BENEDETTI, 2010].

Orbene, mentre è più piana la configurabilità di una responsabilità contrattuale delle agenzie nei confronti degli emittenti, atteso il rapporto contrattuale che lega i due soggetti [MARIANELLO, 2010], non è pacifico il tipo di responsabilità (una volta ammesse la configurabilità) cui queste sarebbero tenute verso gli investitori.

Invero, la questione non sembra porsi laddove gli investitori abbiano stipulato un contratto con le agenzie in parola al fine di ricevere le valutazioni finanziarie su alcuni emittenti, trattandosi in questo caso certamente di responsabilità contrattuale.

Diversa e più problematica è invece la questione circa la natura della responsabilità delle società di *rating* nei confronti degli investitori i quali, al di fuori di

qualsiasi rapporto contrattuale con le prime, abbiano appreso il giudizio direttamente “nel mercato”.

Sul punto si sono delineati due orientamenti.

Secondo parte della dottrina, la mancanza di un rapporto contrattuale tra agenzie e investitori spingerebbe verso il riconoscimento di una ipotesi di responsabilità aquiliana [CAPRIGLIONE, 2008; POTTINO, 2009]: questa responsabilità sarebbe determinata dalla lesione dell'affidamento incolpevole degli investitori ingenerato dal giudizio delle agenzie di *rating*, espresso da queste nell'esercizio di particolari e qualificate competenze.

Altra parte della dottrina è giunta a configurare in capo alle agenzie di *rating* la responsabilità da “contatto sociale” sull'assunto che l'attività svolta da queste è denotata da elevata professionalità e, dunque, e tale da far scattare un obbligo di protezione nei confronti degli investitori [MAZZONI, 2002].

Quest'ultima impostazione, avallata anche dallo *status* che le agenzie registrate ricevono in virtù della vigente normativa europea (v. *infra* par. 4), deve comunque tenere conto del fatto che l'obbligazione cui le agenzie sono tenute è una obbligazione di mezzi. Ne consegue, dunque, che la società di *rating* potrà liberarsi dalla responsabilità fornendo prova di aver agito con la dovuta diligenza (professionale).

L'adesione a questa seconda impostazione sembra preferibile perché, da un lato, consente agli investitori di avvantaggiarsi di un termine prescrizione più ampio e, dall'altro, spinge le agenzie di *rating* a spostare l'attenzione sulla correttezza del loro operato [Per un più ampio riferimento al dibattito sulla responsabilità delle agenzie di *rating* si v. SCARONI, 2011].

Inoltre, potrebbe anche configurarsi una ipotesi di responsabilità penale, come testimoniato dalle indagini che la procura di Trani sta svolgendo nei confronti delle società di *rating* la cui accusa si fonderebbe su manipolazione del mercato e abuso di informazioni privilegiate.

Il rilievo del *rating* è inoltre determinato anche dalla circostanza che la legge attribuisce a questo una rilevanza, che potremmo definire pubblicistica, incorporandolo in misure regolatorie e facendo discendere dal possesso del *rating* precise conseguenze in capo agli emittenti in ordine alla regolamentazione ad essi applicabile.

È ciò che si evince, ad esempio, dall'art. 100-*bis*, comma 4, d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, secondo cui non è considerata offerta al pubblico la «rivendita di titoli di debito emessi da Stati membri dell'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE) con classamento creditizio di qualità bancaria (*rating investment grade*) assegnato da almeno due primarie agenzie internazionali

di classamento creditizio (*rating*), fermo restando l'esercizio delle altre azioni civili, penali e amministrative previste a tutela del risparmiatore».

Ancora, l'art. 2, comma 4, legge 30 aprile 1999, n. 130 dispone che «Nel caso in cui i titoli oggetto delle operazioni di cartolarizzazione siano offerti ad investitori non professionali, l'operazione deve essere sottoposta alla valutazione del merito di credito da parte di operatori terzi».

È quindi dalla legislazione che deriva il riconoscimento al *rating* di un vero e proprio *license value*, concretando, di fatto, una sorta di privatizzazione di una funzione pubblica [PIANESI, 2011].

Il riconoscimento di importanti funzioni con valenza pubblicistica, tuttavia, non fu subito accompagnata da una precisa e generalizzata regolamentazione dell'attività svolta dalle agenzie di *rating* che minimizzasse il rischio di conflitto di interessi che, come visto, svolge un ruolo certamente delicato con riferimento alla serietà dell'operato delle agenzie in parola.

Sebbene sia apprezzabile lo sforzo manifestato dal legislatore italiano che all'art. 3, comma 5, l. n. 130/1999 ha posto l'attenzione sulla determinazione di criteri oggettivi per lo svolgimento dell'attività di *rating*, su un piano globale, invece, è all'origine prevalso un orientamento contrario all'introduzione di una puntuale regolamentazione del settore [sul dibattito relativo alla necessità di regolamentazione cfr. PICARDI, 2009]; e ciò in quanto si riteneva che l'indipendenza dell'attività svolta dalle agenzie fosse comunque e sempre garantita dalla esigenza di queste di conservare la propria reputazione [SCHWARCZ, 2002].

In ambito europeo, dunque, in assenza di una regolamentazione organica, le agenzie di *rating* sono rimaste, per lungo tempo, soggette al rispetto di normative relative a limitati e specifici settori: ad esempio, la direttiva 2003/6/CE, relativa all'abuso di informazioni privilegiate e alla manipolazione del mercato; la direttiva 2006/48/CE, relativa all'attività degli enti creditizi; la direttiva 2006/49/CE, con riferimento all'adeguatezza del capitale delle imprese di investimento e degli enti creditizi.

4. Lo scandalo della Enron, che fino al fallimento aveva goduto di un *rating* positivo, aprì la via per una più attenta regolazione che portò all'approvazione nel 2006 del *Credit rating reform act*, con cui si introdusse una normativa volta a ridurre il rischio di conflitti di interesse.

In ambito comunitario, è stato adottato il Regolamento 16 settembre 2009, n. 1060, modificato dal Regolamento 11 maggio 2011, n. 513, con cui è stato implementato un sistema di registrazione delle agenzie di *rating*, affidato essenzialmente all'Autorità di vigilanza europea, al fine di «migliorare l'integrità, la tra-

sparenza, la responsabilità, la buona *governance* e l'affidabilità delle attività di *rating* del credito [...]. [Il Regolamento] stabilisce le condizioni per l'emissione dei rating e fissa disposizioni in merito all'organizzazione e allo svolgimento delle attività delle agenzie di rating del credito per promuoverne l'indipendenza e la prevenzione dei conflitti di interesse» (art. 1). Attualmente, peraltro, è sotto esame una ulteriore riforma delle attività di *rating* che prevede limiti ancora più restrittivi nei confronti delle società di settore, specie con riferimento ai *rating* emessi nei confronti degli Stati. Altre questioni che sembrano essere affrontate dalla riforma sono quelle relative alla creazione di una agenzia di *rating* europea e l'introduzione di uno *standard* europeo di responsabilità civile delle agenzie.

Per tornare alla disciplina ora vigente, sebbene l'attività di vigilanza e di registrazione delle agenzie di *rating* sia attribuita principalmente all'Autorità di vigilanza europea, il Regolamento n. 1060/2009 riconosce un delicato ruolo alle autorità designate negli Stati membri, le quali sono tenute a cooperare con la prima [sul ruolo della Consob, quale autorità competente per l'Italia, si v. AMBROSI - D'AURIA, 2010].

Si veda, in particolare, la disciplina recata dall'art. 20 relativamente alla revoca della registrazione (*rectius* dovrebbe parlarsi di decadenza), secondo cui spetta all'autorità nazionale sollecitare l'intervento dell'autorità europea al fine di verificare la necessità di procedere alla revoca della registrazione.

Il Regolamento, peraltro, prevede lo svolgimento di una significativa attività di vigilanza e individua specifiche sanzioni in caso di violazioni delle disposizioni regolamentari.

I commentatori [DE BELLIS, 2010] hanno, però, da subito sottolineato alcune carenze di cui sarebbe stato affetto il Regolamento n. 1060/2009, che non sembrano essere state sanate neanche con l'ultima modifica.

In particolare, sebbene siano apprezzabili i tentativi di garantire l'indipendenza e prevenire i conflitti di interessi, imponendo l'adozione di misure volte a rendere trasparenti i rapporti societari e di *management* (cfr. artt. 6 e 12 del Regolamento cit.), non può non rilevarsi come si sia di fatto omesso di affrontare l'aspetto più delicato del conflitto di interessi, ossia il sistema di pagamento delle agenzie.

Infatti, il modello di pagamento resta quello del c.d. *iussers-paid*. Sebbene la ricerca di un sistema di finanziamento alternativo non sia agevole, una possibile soluzione è stata indicata, condivisibilmente, da chi ha rilevato la necessità di costituire un fondo, alimentato dai versamenti obbligatori degli investitori istituzionali, con cui verrebbero acquistati i *rating* dalle agenzie ufficialmente riconosciute [ROUBINI - MIHM, 2010].

Da diverso angolo visuale, gli obblighi di trasparenza nell'attività delle agenzie (che sono tenute a pubblicare annualmente una relazione sulla trasparenza – cfr. art. 12 del Regolamento cit.) non sono accompagnati da adeguate misure volte a imporre rigide incompatibilità con lo svolgimento di attività e servizi ausiliari. Anzi, nel ventiduesimo considerando, dopo aver chiarito la inopportunità dello svolgimento di servizi di consulenza, si conclude che «è tuttavia opportuno che le agenzie di rating del credito prestino servizi ausiliari qualora ciò non crei potenziali conflitti di interessi con l'emissione del rating». Da qui, dunque, è chiaro come il legislatore europeo, pur sentendo l'esigenza di ridurre i conflitti di interesse, non abbia, come sarebbe stato preferibile, imposto limiti rigidi, rimettendo la valutazione circa la compatibilità di alcune attività ancillari ad un apprezzamento caso per caso.

Un ulteriore problema che resta aperto è rappresentato dalla valenza regolamentare del *rating* che, non solo non viene attenuata, ma risulta addirittura consacrata nella legislazione europea (si v. art. 3, comma 1, lett. g, e art. 4 del Regolamento n. 1060/2009).

Dalle considerazioni che precedono, dunque, sembra potersi desumere che l'intervento del legislatore europeo mostra una apprezzabile attenzione verso l'attività delle agenzie di *rating* e una maggiore tutela degli investitori che risulta necessitata dai profondi cambiamenti che hanno interessato il mercato negli ultimi anni [PARMEGGIANI, 2010].

Tuttavia, le lacune che si è avuto modo di mettere in luce *supra* non consentono di ritenere l'attuale assetto come definitivo, ma impongono ulteriori interventi volti a eliminare completamente tutti gli aspetti problematici che interessano il settore.

In particolare, preminente rilievo sembra avere la questione relativa al sistema di pagamento delle agenzie (fonte, come visto, dei maggiori rischi di conflitto di interesse) e l'esplicita previsione della responsabilità civile; questione, quest'ultima, cui, come detto, la riforma in corso di discussione sembra riconoscere grande importanza sebbene, come si evince dalle notizie allo stato disponibili, non risulti del tutto chiaro il meccanismo attraverso cui tale responsabilità verrà prevista [sugli elementi caratterizzanti la riforma del settore cfr. FERRI, 2011].

L'indiscutibile ruolo che le agenzie in parola hanno rivestito nell'attuale crisi economica, mostrata anche dalla sensibilità dei mercati ai *ratings* rende necessaria una più puntuale regolamentazione delle attività di queste, riducendone l'influenza sulle sorti del mercato.

Pare, dunque, potersi segnalare, in quest'ottica, l'esigenza di limitare lo spettro di rilevanza del *rating*, sottoponendo la valutazione del debito sovrano a una più rigida regolamentazione, specifica rispetto a quella prevista, in via generale,

per l'attività di *rating*. E ciò in quanto, come dimostrato dai recenti eventi, l'autonoma valutazione che le agenzie compiono sui debiti sovrani finisce con l'aver un delicato impatto sulla stabilità dell'economia nazionale e rischia di influenzare le scelte politiche che, dovendo guardare a soluzioni a lunga gittata, possono risultare, nei primi tempi, economicamente rischiose.

Bibliografia

- I. AMBROSI - M. D'AURIA, *Modifiche alla disciplina concernente le agenzie di rating del credito*, in *Fam. pers. succ.*, 2010, 12;
- M. BACCIARDI, *Lo strano caso delle società di rating*, IBL Briefing paper, n. 70, 21 marzo 2009, in http://brunoleonimedia.servingfreedom.net/BP/IBL_BP_70_Rating.pdf;
- A. BENEDETTI, *Certezza pubblica e "certezze" private. Poteri pubblici e certificazioni di mercato*, Milano, 2010;
- F. CAPRIGLIONE, *I "prodotti" di un sistema finanziario evoluto*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, 20;
- J. COFFEE, *Gatekeepers. The Professions and Corporate Governance*, Oxford, 2006;
- M. DE BELLIS, *La nuova disciplina europea delle agenzie di rating*, in *Gior. dir. amm.*, 2010, 453;
- G. FACCI, *Le agenzie di rating e la responsabilità per informazioni inesatte*, in *Contratto e impresa*, 2008, 164;
- V. FACCI, *Il rating e la circolazione del prodotto finanziario: profili di responsabilità*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 4;
- G. FERRI - P. LACITIGNOLA, *Le agenzie di rating*, Bologna, 2009;
- G. FERRI, Articolo tratto dal sito web <http://www.firstonline.info/a/2011/11/21/agenzie-di-rating-ferri-ue-unaltra-riforma-che-non/055d227a-b3f3-4af0-8c72-01514d7b79af>;
- R.M. LEVICH, G. MAJNONI, C. REINHART, *Rating, rating agencies and the Global financial system*, Klumer Academic Publishers, 2002;
- M. MARIANELLO, *La responsabilità contrattuale dell'agenzia di rating nei confronti del committente*, in *Obbligazioni e Contratti*, 2010, 289;
- A. MAZZONI, *Osservazioni in tema di responsabilità civile degli analisti finanziari*, in *Analisi giur. econ.*, 2002, 232;
- E. MONTI, *Le asimmetrie informative e l'attività di rating: una proposta per l'Italia*, in *Bancaria*, 1995, 8;
- F. PARMEGGIANI, *La regolazione delle agenzie di rating tra tentativi incompiuti e prospettive future*, in *Giur. comm.*, 2010, 121;
- L. PIANESI, *Le agenzie di rating tra privatizzazione di funzioni pubbliche e opinioni private «geneticamente modificate»*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2011, 179;
- L. PICARDI, *Il rating fra crisi e riforma dei mercati finanziari*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 713;
- S. POTTINO, *Gli analisti finanziari e le agenzie di rating*, in *Le nuove regole del mercato finanziario*, in (a cura di G. GALGANO, F. A. ROVERSI MONACO), vol. 52, Padova, 2009;
- G. PRESTI, *Le agenzie di rating: dalla protezione alla regolazione*, in *Jus*, 2009, 65;
- N. ROUBINI - S. MIHM, *La crisi non è finita*, Milano, 2010;
- A. SACCO GINEVRI, *Le società di rating nel regolamento CE n. 1060/2009: profili organizzativi dell'attività*, in *Le Nuove leggi civili commentate*, 2010, 291;
- O. SANNA, *La responsabilità civile delle società di rating nei confronti degli investitori*, Napoli, 2011;

- C. SCARONI, *La responsabilità delle agenzie di rating nei confronti degli investitori*, in *Contratto e impresa*, 2011, 764;
- S.L. SCHWARCZ, *Private Ordering of Public Markets: the Rating Agencies Paradox*, in *University of Illinois Law Review*, 2002, n. 1, p. 1 ss.;
- M. TONELLO, *Le agenzie di rating finanziario. Il dibattito su un modello economico esposto al rischio di conflitto di interessi. Verso un sistema pubblico di controllo?*, in *Contratto e impresa*, 2005, 930.

III. La risposta del FMI

Annamaria Viterbo

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La riforma della *governance* del FMI. – 3. I nuovi meccanismi di prestito e la condizionalità ex-ante. – 4. Il FMI e gli accordi finanziari regionali.

1. In anni recenti, la crisi finanziaria globale, l'importanza sempre maggiore delle economie emergenti, la questione della rappresentanza dei paesi in via di sviluppo hanno reso evidente la necessità di una profonda riforma del FMI.

Tale processo ha seguito tre linee direttrici: la riforma della *governance* del FMI, dei suoi strumenti di prestito e dei rapporti con i cd. accordi finanziari regionali, tra cui si inserisce l'Unione monetaria europea.

Giova precisare, in via preliminare, che non esiste alcun meccanismo di tutela nei confronti dell'azione o dell'inazione del FMI, ritenuto dal FMI medesimo come una ingerenza nella propria discrezionalità di erogare assistenza finanziaria.

2. I primi interventi di riforma della *governance* del FMI risalgono al 2006, ma quelli più incisivi sono stati adottati solo a seguito dello scoppio della crisi finanziaria nel 2008 e a motivo della rinnovata centralità del FMI nell'economia globale.

Alla riunione annuale del Consiglio dei Governatori del 2006 è stato effettuato un primo intervento mirato ad aumentare, con un incremento *ad hoc*, le quote paese dei quattro Stati considerati allora particolarmente sottorappresentati nella struttura del FMI: Cina, Messico, Corea del Sud e Turchia.

Nel corso del 2008 il processo di riforma è stato approfondito in tre direzioni: è stata proposta una nuova formula per il calcolo delle quote paese (su cui però attualmente non vi è ancora consenso), è stato effettuato un nuovo incremento *ad hoc* delle quote di 54 Stati prevalentemente emergenti o in via di sviluppo e sono stati aumentati i voti di base – quelli attribuiti a ciascuno Stato membro indipendentemente dal suo peso nell'economia mondiale – che sono passati da 250 a 750.

Nel corso del 2010, e su impulso del G20, è stata discussa l'adozione di un ulteriore pacchetto di riforme così articolato: 1) uno spostamento di oltre il 6% delle quote a favore delle economie dinamiche ed in via di sviluppo e dei membri sottorappresentati, proteggendo contemporaneamente il potere di voto degli Stati a più basso reddito, da realizzarsi entro la riunione annuale del 2012; 2) un incremento delle risorse del Fondo tramite il raddoppio delle quote; 3) la revisione della formula per il calcolo delle quote entro gennaio 2013 e la conclusione della procedura di revisione ordinaria delle quote sulla base della nuova formula entro il 2014; 4) una più incisiva rappresentanza dei paesi in via di sviluppo nel Comitato Esecutivo, attraverso la riorganizzazione e la riduzione dei Direttori provenienti dagli Stati europei; 5) la riforma della procedura di formazione del Comitato Esecutivo, escludendo che i 5 Paesi più importanti possano nominare il loro Direttore e prevedendo che tutti i 24 Direttori di cui il Comitato è composto siano eletti; viene inoltre prevista una revisione della composizione del Comitato Esecutivo ogni otto anni.

Tale pacchetto di riforme è stato approvato dal Consiglio dei Governatori il 16 Dicembre 2011 e per la parte che richiede un emendamento dello Statuto entrerà in vigore soltanto a seguito della ratifica da parte di tre quinti degli Stati membri che detengono almeno l'85% dei voti totali.

A riforma completata gli Stati Uniti continueranno a detenere la quota maggioritaria e un potere di veto *de facto* quando è richiesta una maggioranza dell'85% dei voti. Giappone e Cina avranno rispettivamente la seconda e la terza quota di partecipazione al capitale del FMI. Gli altri Paesi appartenenti ai cd. BRICs – oltre alla Cina, Brasile, Russia e India – entreranno a far parte dei dieci detentori delle quote maggiori insieme a Germania, Francia e Gran Bretagna.

Si deve infine ricordare che, su iniziativa del G20, le risorse del FMI sono state triplicate rispetto a quelle a sua disposizione ad inizio 2009, portandole a 750 miliardi di USD. A tale somma si è giunti tramite: (a) la conclusione di accordi bilaterali di prestito con alcuni paesi membri, (b) l'emissione di titoli di credito da parte del Fondo; (c) la vendita programmata di una parte dell'oro posseduto dal Fondo; (d) inoltre, è stata avviata la riforma del *New Agreement to Borrow* (NAB), il principale strumento multilaterale di prestito utilizzato dal FMI. In tal modo è stato raccolto un ammontare superiore a 500 miliardi di USD che è confluito nel *budget* del FMI.

3. A seguito della crisi finanziaria globale, il FMI ha avviato una profonda riforma dei propri meccanismi di prestito. Gli sportelli del Fondo sono stati quasi tutti rinnovati e quelli meno utilizzati sono stati chiusi. Le innovazioni mag-

giori sono rappresentate dall'adozione della *Flexible Credit Line*, della *Precautionary and Liquidity Line* e degli *High Access Precautionary Stand-By Arrangements*.

Tramite la *Flexible Credit Line* (FCL) i paesi emergenti con “*strong economic performances and institutional policy frameworks*” possono negoziare in via del tutto precauzionale la concessione da parte del Fondo di una linea di credito, cui potranno attingere senza ulteriori aggravii procedurali soltanto nel caso in cui ciò si renda necessario per prevenire una crisi o per fronteggiarla. La FCL è stata descritta come una “*insurance-type facility*”, nell'ambito della quale viene applicata una condizionalità *ex ante*, diversamente da quanto avviene nel caso degli *Stand-By Arrangements*. L'ammontare massimo della linea di credito sarà determinato caso per caso, senza limiti predefiniti in rapporto alla quota paese. L'andamento economico del paese prima di essere colpito dalla crisi è considerato sufficiente garanzia per la restituzione del prestito e l'adozione di adeguate riforme. L'attivazione non richiederà il soddisfacimento di ulteriori *performance criteria* e l'erogazione avverrà in un'unica *tranche*. Il prestito dovrà essere restituito entro 5 anni dall'erogazione. Inoltre, è stata prevista la possibilità che un gruppo di Paesi colpiti dal medesimo *shock* faccia simultaneamente ricorso alla FCL.

La *Precautionary and Liquidity Line* (PLL) è stata istituita nel 2011 e può essere considerata una derivazione della FCL: è infatti indirizzata a quegli Stati membri che, pur avendo dei solidi fondamentali economici e finanziari, hanno qualche vulnerabilità per cui non è possibile dichiararli eleggibili per la FCL.

Gli *High Access Precautionary Stand-By Arrangements* (HAPAs) costituiscono una particolare forma di *Stand-By Arrangements* di cui gli Stati membri in difficoltà con la bilancia dei pagamenti possono usufruire anche in via precauzionale. Lo Stato beneficiario non preleverà immediatamente le risorse finanziarie, ma avrà la possibilità di farlo quando se ne realizzerà l'esigenza. Gli HAPAs sono dimostrazione del fatto che, nel contesto della crisi, il FMI ha deciso di concentrare la propria attività verso l'obiettivo di prevenire situazioni di difficoltà finanziaria, più che cercare di gestirle quando ormai si sono verificate.

Parallelamente alla riforma dei diversi meccanismi di prestito, sempre più rivolti alle esigenze di singoli Stati o gruppi di Stati, il FMI ha modificato la propria politica di condizionalità: come sopra evidenziato, con la *Flexible Credit Line*, è stata introdotta per la prima volta nell'ambito del FMI una forma di condizionalità *ex ante*. Fino ad allora era sempre stata preferita l'applicazione di una condizionalità *ex post*, relativa all'utilizzo delle risorse finanziarie una volta che queste fossero state erogate. Nella FCL, invece, l'accesso alle risorse è subordinato all'esistenza di certi prerequisiti, tra cui solide finanze pubbliche e un debito estero sostenibile.

Nel corso del 2010 sono infine diventati operativi i nuovi sportelli dedicati ai paesi in via di sviluppo. Si tratta dell'*Extended Credit Facility (ECF)*, della *Stand-By Credit Facility (SCF)* e della *Rapid Credit Facility (RCF)*.

La disponibilità di maggiori risorse ha permesso al Fondo di alzare i limiti dell'ammontare massimo del prestito che uno Stato membro può ricevere (portandoli al 200% della quota paese in un anno e al 600% cumulativamente). È possibile superare detti limiti soltanto in circostanze eccezionali e con l'accordo del Comitato Esecutivo del FMI.

4. Sino ad anni recenti, il FMI si è limitato ad esercitare sugli accordi finanziari regionali la propria sorveglianza, senza prevedere alcuna forma di cooperazione neppure con le unioni monetarie. La crisi del debito sovrano nell'area euro ha tuttavia indotto il FMI a mutare la propria prospettiva sviluppando, per ora in via di prassi, forme di coordinamento quando nell'attività di finanziamento risulta coinvolta anche l'Unione europea o gli Stati appartenenti all'area euro.

Si fa riferimento, in particolare, a: 1) gli aiuti che il FMI e l'UE hanno fornito in stretta collaborazione a Ungheria, Romania e Lituania, paesi non appartenenti all'area euro e in difficoltà con la bilancia dei pagamenti (l'intervento dell'UE ha come base giuridica l'art. 143 TFUE ed il Regolamento CE n. 332/2002); 2) gli aiuti prestati congiuntamente dal FMI (per 30 miliardi di euro) e dagli Stati euro (per 80 miliardi di euro) alla Grecia tramite la cd. *Greek Loan Facility* (un pacchetto di prestiti bilaterali coordinato dalla Commissione europea); 3) gli aiuti forniti dall'UE tramite il *Meccanismo Europeo di Stabilizzazione Finanziaria (MESF)*, istituito con Regolamento UE 407/2010, e tramite il *Fondo europeo per la stabilità finanziaria (FESF)* a paesi aderenti all'euro colpiti da gravi perturbazioni economiche o finanziarie, congiuntamente ai prestiti erogati dal FMI (Portogallo e Irlanda ricevono questo tipo di assistenza finanziaria); 4) gli aiuti che saranno erogati dai Paesi dell'area euro tramite l'istituendo *Meccanismo Europeo di Stabilità (MES)* congiuntamente al FMI.

Il primo intervento congiunto di FMI e UE è stato quello relativo all'Ungheria. In tal caso, la collaborazione tra le due organizzazioni internazionali si è sviluppata in via di prassi, non essendovi alcun accordo che ne definisse le procedure. Sono state stabilite condizioni comuni cui sottoporre l'erogazione dei finanziamenti delle due organizzazioni e sono state concordate le modalità con cui annunciare in maniera coordinata i risultati della sorveglianza sull'esecuzione dei programmi di aggiustamento cui era subordinata l'assistenza finanziaria. Tra FMI e UE vi sono inoltre stati periodici scambi di informazioni e consultazioni regolari.

La prassi sviluppatasi nell'ambito del FMI per il prestito erogato all'Ungheria ha costituito il modello per le successive operazioni di finanziamento a favore di Stati membri dell'Unione Europea. Almeno per il momento, tuttavia, il FMI non ha ritenuto necessario disciplinare le modalità di cooperazione con gli accordi finanziari regionali né tramite la conclusione di accordi intergovernativi, né tramite atti interni all'organizzazione.

Nell'ambito dell'Unione Europea, invece, le procedure per la collaborazione con il FMI sono maggiormente definite: disposizioni specifiche in materia si ritrovano, infatti, sia nel Regolamento istitutivo del MESF, che nel trattato FESF, che infine nel trattato MES (quest'ultimo non ancora entrato in vigore). Inoltre, per quanto riguarda l'assistenza finanziaria agli Stati non appartenenti all'area euro ai sensi del Regolamento CE 332/2002, l'Unione europea ha adottato delle Linee guida ad uso interno sulla cooperazione con il FMI (doc. ECFIN/G/C ARES(2009) 365646(REV)).

L'art. 3 del Regolamento MESF prevede per lo Stato che voglia chiedere assistenza finanziaria anche al FMI un obbligo di consultare in via preliminare la Commissione europea, che valuterà anche la compatibilità delle condizioni di politica economica previste con gli impegni assunti dallo Stato membro ai sensi degli artt. 121, 126 e 136 TFUE.

L'accordo FESF, al contrario, prevede che il finanziamento sarà erogato soltanto congiuntamente al FMI e sulla base di un memorandum d'intesa negoziato con lo Stato richiedente dalla Commissione europea, in collegamento con BCE e FMI (vedi preambolo e art. 2 del FESF *Framework Agreement*).

Il trattato MES prevede una stretta collaborazione con il FMI sia a livello tecnico che finanziario. Uno Stato euro che richieda assistenza finanziaria al MES, infatti, dovrà richiedere, laddove possibile, anche l'assistenza del FMI. L'analisi sulla sostenibilità del debito pubblico dello Stato richiedente sarà effettuata da Commissione europea e BCE insieme al FMI. Gli stessi soggetti sono chiamati a negoziare con lo Stato richiedente il memorandum d'intesa cui sarà condizionata l'erogazione dei prestiti, nonché a monitorarne l'attuazione. Infine, rappresentanti del FMI possono essere invitati a prendere parte come osservatori alle riunioni del Consiglio dei Governatori del MES.

Per quanto riguarda le Linee guida adottate per l'assistenza finanziaria agli Stati non euro, esse si propongono di garantire la coerenza tra la condizionalità applicata dal FMI e quella dell'Unione europea, di definire le procedure per lo scambio di informazioni e di sincronizzare le revisioni dei programmi di aggiustamento e le erogazioni delle diverse *tranches* in cui è suddiviso il finanziamento.

Sui rapporti tra FMI e accordi finanziari regionali si segnala, infine, l'adozione da parte del G20 di Cannes dell'ottobre 2011 dei *Principles for Coopera-*

tion between the IMF and Regional Financing Arrangement. Pur affermando l'indipendenza delle istituzioni regionali, i Principi del G20 sottolineano la necessità di migliorare la cooperazione con il FMI, specie nella definizione dei programmi di aggiustamento cui è subordinata l'assistenza finanziaria.

IV. Eurobonds

Giuseppe Tropea

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I limiti di intervento della Bce. – 3. I principali interventi in sede europea. – 4. Strumenti di intervento esistenti e proposte in campo. – 5. (*Segue*) Gli Eurobond. – 6. (*Segue*) Gli EuroUnionBond. – 7. Il Libro Verde della Commissione europea sugli *Stability bonds*.

1. Come è ormai tristemente noto, gli Stati nazionali, che due anni fa si erano eretti a “salvatori” del sistema economico-finanziario, sono ora a rischio insolvenza (v., *supra*, il contributo di MATTASSOGLIO).

Si è evidenziato come la sovranità monetaria, un potere tradizionalmente proprio degli Stati, sia stata ceduta dalla politica al mercato. Peraltro la crisi, nata dal mercato e nel mercato, è stata fermata dalla politica e dai Governi, che hanno fatto politiche keynesiane e sono intervenuti nel settore bancario e finanziario; senonché la mano pubblica ha trasferito sui debiti pubblici i debiti privati [TREMONTI, 2010].

La crisi della zona euro è dovuta essenzialmente a quattro cause [NAPOLITANO, 2010]: a) presenza in alcuni Stati di politiche pubbliche gestite al di fuori di reali vincoli di sostenibilità finanziaria [v. anche DELLA CANANEA, 2011]; b) imperfetto funzionamento dei meccanismi economico-giuridici posti a presidio dell’Unione monetaria (la cogenza del patto di stabilità è stata allentata; non sono state aperte procedure di infrazione contro gli Stati che l’hanno violato); c) mancanza di un adeguato governo economico europeo (mancata crescita e rallentamento nel processo di costruzione del mercato interno); d) ritardo accumulato nel porre riparo al cattivo funzionamento dei mercati finanziari.

Secondo autorevole dottrina [GUARINO, 2011] inoltre, il problema è difficilmente risolvibile: infatti, se l’incremento del PIL è inferiore al costo del debito estero, ne segue un deterioramento della situazione finanziaria. L’errore dell’UE sarebbe stato l’aver vincolato gli Stati alla rigida osservanza del parametro dell’indebitamento, trascurando quello fondamentale del debito. Alla creazione di un’unica area monetaria non corrisponde una politica economica e fiscale comune, sicché la speculazione si accresce.

Si individuano, così, due limiti da superare: a) una modifica dei trattati dovrebbe consentire all'UE di indebitarsi (anche se oggi occorre altresì considerare la recente adozione del c.d. fiscal compact su cui v. *infra*, il contributo di CIOLLI); b) inoltre, il potere di indebitamento porta con sé il problema della democraticità [v. anche DELLA CANANEA, 2011], poiché esso andrebbe conferito ad un'autorità democraticamente eletta. Nelle previsioni più fosche, poi, si evidenzia come le manovre che gli stati europei stanno mettendo in campo [per una descrizione v. AA.VV., a cura di NAPOLITANO 2010] siano troppo esigue, risolvendosi in misure deflazionistiche che sono fonte di recessione, sicché l'unico strumento tempestivo a disposizione per evitare il c.d. *default* sarebbe un sistema di immissione della liquidità non limitato, quale quello praticato dalla Fed, superando la preoccupazione inflazionistica, e ciò indipendentemente dalle pur necessarie manovre di risanamento dei bilanci pubblici [BARRA CARACCIOLLO 2011; *supra*, il contributo di MATTASSOGLIO].

2. Ci avviciniamo per questa via all'oggetto specifico della nostra trattazione.

Nella zona euro il problema è aggravato dal fatto che il mercato bancario è integrato, ma il debito sovrano resta nazionale. La Bce [ARGENTATI, 2006], a differenza della Fed, non può operare al servizio degli Stati nazionali. Essa è "nata imperfetta" [MERUSI, 2011] perché, oltre ad avere un'architettura bizantina non è banchiere di ultima istanza in grado di intervenire direttamente sul mercato finanziario e bancario a difesa dell'euro. Questo spiega perché l'euro è divenuto oggetto di tensioni speculative e la Bce e l'UE, non essendo in grado di manovrare la base monetaria dell'euro, hanno imposto agli Stati con elevato debito di agire sulla spesa perseguendo a tappe forzate il pareggio di bilancio. [sul punto v. anche *supra*, MATTASSOGLIO]

Perciò l'intervento con cui il Consiglio dei Governatori della Bce ha deliberato una serie di misure per contrastare la speculazione è da considerarsi eccezionale, essendo intervenuto sul mercato secondario dei titoli di debito pubblico. Invero, il problema fondamentale è rappresentato dal fatto che non può essere minata la politica monetaria della Bce, orientata a garantire la stabilità dei prezzi [NAPOLITANO, 2010]. In quest'ottica, alcuni ritengono che il divieto di finanziamento monetario del disavanzo non costituisca un impedimento assoluto all'acquisto di titoli governativi da parte della Bce, purché ci sia un vincolo: fare il possibile per impedire che la stabilità dei prezzi non sia erosa dall'inflazione. Il discorso, quindi, si sposta dal se al come intervenire [DELLA CANANEA, 2011].

3. Prima di considerare questo “come”, dunque di vedere le proposte sul tappeto, compresi i c.d. Eurobond, è interessante considerare come si sia intervenuti sinora in sede europea.

Difatti il giurista è portato ad osservare come la crisi economico-finanziaria abbia inciso in modo rilevante anche sull'architettura amministrativa europea. Sicché, mentre ancora si discuteva pacatamente sul significato delle nuove previsioni del TFEU sulla “cooperazione amministrativa”, in rapida successione sono state approvate varie misure, per lo più col valore diretto ed immediatamente cogente dei regolamenti, per il nuovo sistema di *governance* economica europea [M.P. CHITI, 2011]. A queste iniziative, basate in parte sul “metodo comunitario” in parte su quello intergovernativo, hanno concorso tutte le istituzioni dell'Unione, in rara sintonia indotta dalla straordinarietà degli eventi.

Prima di tutto vi è stato un piano di sostegno alla Grecia per 110 miliardi di euro (30 dal Fmi e 80 dagli Stati membri), attraverso un meccanismo di prestiti bilaterali. L'intervento ha avuto i caratteri del metodo intergovernativo, anche se la Commissione ha svolto un ruolo importante in sede di controllo. In seguito, il Consiglio Ecofin del 10 maggio 2010 ha adottato un Regolamento che istituisce il Meccanismo Europeo di stabilizzazione finanziaria (ai sensi dell'art. 122, comma 2, del TFUE). L'erogazione può assumere la forma del prestito e avviene a seguito di una complessa procedura aperta dalla richiesta di soccorso dello Stato membro. La decisione è assunta dal Consiglio a maggioranza qualificata, su proposta della Commissione.

Il 7 giugno 2010 è stato costituito il veicolo speciale, di durata triennale, denominato European Financial Stability Facility (c.d. “fondo salva stati”), una società a responsabilità limitata i cui azionisti sono i 16 Stati della zona euro.

La dottrina [NAPOLITANO, 2010] ha evidenziato la specialità e temporaneità di tali strumenti, al fine di prevenire comportamenti di *moral hazard*. Risulta invece fondamentale istituire meccanismi giuridici e istituzionali stabili in grado di affrontare tempestivamente l'instabilità sistemica. In questa prospettiva torna al centro dell'attenzione l'idea di istituire un Fondo monetario europeo, con il compito di erogare prestiti a favore degli Stati bisognosi.

4. È arrivato il momento di ricapitolare gli strumenti di intervento esistenti e di considerare le proposte in campo.

Abbiamo intanto i titoli emessi dallo Efsf. Allo stato sono gli unici esistenti. Come detto, sono stati emessi *dall'European Financial Stability Facility* per erogare aiuti, concordati a livello europeo, a Irlanda e Portogallo. Altri ne sono stati emessi per finanziare il secondo piano di assistenza finanziaria alla Grecia. Godo-

no della garanzia dei Paesi dell'area euro, in proporzione alle rispettive quote di capitale nella Bce. Grazie a questa garanzia pagano un rendimento vicino al tasso privo di rischio. A partire dall'estate del 2012 l'Efsf sarà sostituito dallo European Stability Mechanism, che emetterà titoli simili, ma con una importante differenza, la c.d. *seniority*: in caso di insolvenza di uno Stato finanziato dallo Esm, quest'ultimo avrà diritto ad essere rimborsato prima dei creditori privati.

Nell'originario progetto di Delors del 1993, gli Eurobond dovevano servire a finanziare con debito sovrano dell'Unione europea grandi progetti comuni di investimento in infrastrutture, ricerca, energia, ambiente [v. BASSANINI, 2011; MORO, 2010]. Essi rispettavano la regola aurea per la quale il debito utilizzato per la crescita e la competitività si ripaga da sé con gli interessi, e inoltre venivano prospettati in un momento storico in cui la Germania, impegnata nel difficile compito di riunificazione dei *Länder* orientali, aveva fortemente bisogno – e credeva – nell'Europa. Nella medesima ottica sono stati riproposti da Giulio Tremonti nel Consiglio Ecofin dell'autunno 2008, insieme a fondi c.d. *equity* europei per il finanziamento di investimenti nei settori delle infrastrutture, dell'ambiente e dell'energia. Questi ultimi hanno avuto successo: alcuni sono in fase operativa, altri in fase di avanzata progettazione. Rappresentano i prototipi di una famiglia di strumenti volti a finanziare grandi progetti europei (ad esempio: Ten-T e Ten-E), intervenendo sulla quota di capitale di rischio, con ritorni sicuri, anche se nel lungo termine. Nel febbraio 2011 la Commissione europea ha proposto di rivitalizzare il mercato di questi strumenti, in difficoltà a causa della crisi finanziaria. La proposta prevede che l'UE e la Banca europea per gli investimenti concedano prestiti alle società progetto per co-finanziare investimenti in infrastrutture. Le società-progetto si finanzierebbero anche emettendo project bond sul mercato. In caso di insolvenza, la *seniority* spetterebbe ai creditori privati, i quali avrebbero la precedenza nei rimborsi rispetto alla UE ed alla Bei. In questo modo il rischio di credito verrebbe in massima parte trasferito sul bilancio di UE e Bei, rendendo più appetibili i project bond emessi sul mercato.

5. Veniamo così allo scottante ed attualismo tema dei c.d. Eurobond.

Con questo termine ci si riferisce generalmente alla proposta avanzata da Mario Monti nel suo rapporto al presidente della Commissione UE [MONTI, 2010] e da Jean-Claude Juncker e Giulio Tremonti in un articolo sul *Financial Times* [JUNCKER - TREMONTI, 2010]. Tale proposta prevede di sostituire una parte del debito degli Stati della zona euro con debiti verso la costituenda Agenzia del debito europea (Ade), che a sua volta si finanzierebbe sul mercato emettendo gli Eurobond. Questi ultimi diventerebbero così uno strumento normale di gestione

del debito pubblico, uscendo così dalla logica del salvataggio in extremis di uno Stato sull'orlo dell'insolvenza, che caratterizza attualmente l'operato dello Efsf.

Per alcuni si tratta del proverbiale “uovo di Colombo” [TARQUINI, 2011], perché consentirebbero ai Paesi deboli di ripagare il debito sovrano con tassi accettabili, placando durevolmente le tensioni sul mercato. Per chi non li vuole (l'attuale maggioranza politica in Germania, ma anche Paesi come la Finlandia) sono un letale fumo negli occhi, perché costringerebbero la Germania ed altri Paesi forti a pagare interessi più alti degli attuali sul rifinanziamento del debito, e inoltre perché la sicurezza offerta dall'ombrello degli Eurobond favorirebbe comportamenti di *moral hazard*, allentando la paura di andare in *default* e facendo venir meno lo zelo di tagli, sacrifici, risanamenti e riforme.

Invero, è possibile anche concepirli in modo che consentano ad alcuni Paesi di ridurre il costo del debito, senza aumentarlo per altri. Inoltre, potrebbero introdurre un incentivo a limitare i disavanzi pubblici, contrariamente a quanto si dice invocando l'effetto di *moral hazard* [cfr. BAGLIONI, 2011; BAGLIONI-CHERUBINI, 2011].

Già nelle proposte originarie ci sono in tal senso due caratteristiche interessanti. Prima di tutto l'ammontare del debito pubblico finanziato con gli Eurobond sarebbe limitato ad una specifica percentuale del Pil (presumibilmente tra il 40 e il 60 per cento), mentre la parte del debito eventualmente eccedente questa quota rimarrebbe nazionale. Inoltre, anche per gli Eurobond si propone la *seniority*, come nel caso dell'Esm. La Ade sarebbe un creditore privilegiato rispetto ai privati. Entrambe queste caratteristiche sono volte a ridurre il rischio di credito degli Eurobond, che dovrebbero quindi pagare un tasso molto vicino a quello privo di rischio e non comportare un costo aggiuntivo per Paesi che attualmente godono della AAA (come la Germania). Il costo risiederebbe nella garanzia prestata, poiché se un altro Paese dovesse essere insolvente, gli altri sarebbero sottoposti ad un esborso; peraltro la *seniority* serve proprio per ridurre questo costo atteso.

Taluni [BAGLIONI-CHERUBINI, 2011] propongono altri accorgimenti, come il c.d. “collaterale”. I Governi depositerebbero un collaterale in *cash* presso la Eda, pari alla perdita attesa a causa della sua esposizione verso i settori pubblici. Ciò dovrebbe consentire alla Eda di emettere gli Eurobond al tasso d'interesse privo di rischio e di finanziare i Governi allo stesso tasso. Inoltre, per evitare sussidi incrociati, il costo del deposito collaterale dovrebbe essere ripartito tra i Paesi in proporzione al loro rischio di credito. Ciascun Paese dovrebbe, quindi, partecipare al deposito in proporzione al collaterale che sarebbe necessario se decidesse di emettere titoli di debito per suo conto e renderli privi di rischio. In tal modo ciascun Paese potrebbe contribuire a garantire gli Eurobond secondo due distinte modalità: alta reputazione e solvibilità o deposito in *cash*.

6. Per completezza bisogna dire come, secondo una recente proposta [PRODI-QUADRO CURZIO, 2011], si dovrebbe istituire un Fondo finanziario europeo, dotato di un capitale versato di mille miliardi di euro, conferito dai Paesi dell'area euro in proporzione alla loro quota nel capitale della Bce. I conferimenti avrebbero una duplice natura: le riserve auree del Sistema europeo di banche centrali e le azioni/obbligazioni di società detenute dagli Stati membri (per l'Italia: Eni, Enel, Finmeccanica, Poste). Con questo capitale il Ffe potrebbe emettere 3 mila miliardi di euro di c.d. EuroUnionBond, utilizzati nel seguente modo, mescolando i due aspetti che abbiamo sopra descritto (stabilizzazione del debito sovrano e sostegno agli investimenti infrastrutturali): 2.300 miliardi per rilevare titoli di Stato dell'area euro, 700 miliardi per finanziare grandi investimenti europei nel campo dell'energia, delle telecomunicazioni, dei trasporti.

Senonché, taluni hanno sollevato alcuni dubbi nei riguardi di tale proposta, pur suggestiva e generosa. Si è rilevato che tale proposta ha dei limiti strutturali, in quanto comporterebbe la riduzione dell'oro in mano al Sebc e della Bce, considerando peraltro che, dopo il crollo del sistema di *Bretton Woods* dell'agosto 1971, si nutrono seri dubbi sull'idoneità di legare una garanzia per titoli a lungo termine a un bene reale sottoposto a forti oscillazioni speculative [RUSSO, 2011]. Ci si chiede in tal senso quale impatto avrà il conferimento dell'oro al Ffe sulla stabilità e sull'autonomia del Sebc, nonché sul valore (inteso come fiducia nella moneta e nel tasso di cambio) dell'euro. [BAGLIONI, 2011-a]. Infine, si pone il problema se il conferimento delle partecipazioni statali non rischi di bloccare il processo di privatizzazione in settori cruciali dell'economia [BAGLIONI, 2011-a], evidenziandosi i conflitti di interesse e le potenziali violazioni del principio di concorrenza dovuti al controllo congiunto di società operanti nei medesimi mercati [BASSANINI, 2011].

7. Nonostante lo scetticismo del gigante tedesco, la Commissione europea ha recentemente esitato un Libro verde («*On the feasibility of introducing Stability Bonds*», del 23 novembre 2011) in cui prende una posizione sostanzialmente favorevole agli Eurobond, anche se in modo prudente.

Il documento non si sbilancia a favore di una specifica modalità di realizzazione degli Eurobond, ma si limita ad illustrare i pro e i contro di tre diversi modelli, i quali presentano un grado decrescente di "solidarietà" tra i Paesi membri, e quindi di vantaggi per i Paesi ad alto debito.

La prima versione è la sostituzione completa dei debiti nazionali e la garanzia congiunta da parte degli Stati.

La seconda implica la sostituzione parziale dei debiti nazionali e la garanzia congiunta. In questa seconda versione, pur restando ferma la garanzia in so-

lido, oltre un certo debito gli Stati dovrebbero continuare a finanziarsi con titoli nazionali.

Infine la terza soluzione prospetta una sostituzione parziale dei debiti nazionali e garanzie separate, ovvero pro-rata.

Secondo i primi commentatori [BAGLIONI, 2011-b] ci sarebbero buone ragioni per ritenere preferibile la seconda delle tre versioni. Intanto la sostituzione solo parziale dei debiti, come si è detto, resta un aspetto essenziale del progetto. Infatti, porre un limite (in percentuale di Pil) all'emissione di Eurobond, unitamente al riconoscimento della *seniority* a loro favore, consente di risolvere il tipico problema del *moral hazard* che si crea quando si "socializzano" i debiti. Invece la garanzia pro-rata appare poco utile. Infatti, se ogni Paese garantisce solo la sua quota di Eurobond si perde lo scopo dell'operazione, in quanto la riduzione dei tassi d'interesse avviene solo se i Paesi ad alto debito usufruiscono in qualche modo del merito di credito di quelli a basso debito; ma per avere questo risultato bisogna che i secondi siano disposti a rispondere dei debiti dei primi.

Nello stesso Libro Verde la Commissione richiede un maggiore grado di integrazione e coordinamento fiscale tra i Paesi membri della zona euro. Per tale ragione esso contiene una serie di proposte per rafforzare il contesto della politica fiscale (c.d. *fiscal frame work*) in cui inserire gli Eurobond. D'altra parte, nella visione della Commissione, questo rafforzamento consiste in una serie di procedure, vincoli e poteri intrusivi di controllo da parte dell'UE a carico dei Paesi membri, soprattutto a quelli ad alto debito.

Riemerge qui una visione burocratica dell'Europa [BAGLIONI, 2011-b] che potrebbe rinfocolare le critiche degli euroscettici, ripresentando, anche per questa via, il problema di fondo: quello della necessità di una più piena integrazione politica e di una più ampia legittimazione democratica [G. GUARINO 2011].

Anche un tema apparentemente arido e tecnico come quello degli Eurobond, quindi, tocca al fondo la delicatissima dialettica tra le tesi che prospettano la centralità della "natura delle cose" e quelle che tengono fermo il primato della politica [DELLA CANANEIA, 2011].

L'imminente futuro ci dirà se gli Eurobond faranno da corollario ad una più piena integrazione politica, e non solo monetaria, o se la crisi (irreversibile?) di quest'ultima determinerà non solo l'accantonamento del progetto Eurobond, ma addirittura il tramonto del sogno dei Padri fondatori del progetto europeo.

Bibliografia

- AA.VV., *La crisi del debito sovrano e le misure di "riduzione dello Stato"*, a cura di G. Napolitano, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 1303 ss.;
- M. ARGENTATI, *Banca centrale europea*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. CASESE, I, 2006, 649 ss.;
- A. BAGLIONI (a), *Eurobond: le proposte sul tappeto*, in *www.lavoce.info*, 26.08.2011;
- A. BAGLIONI (b), *Gli Eurobond secondo la Commissione*, in *www.lavoce.info*, 23.11.2011;
- A. BAGLIONI - U. CHERUBINI, *Eurobond senza costi per la Germania?*, in *www.lavoce.info*, 11.10.2011;
- A. BAGLIONI - U. CHERUBINI, *A Theory of Eurobonds*, in *www.astrid-online.it*, 2011;
- L. BARRA CARACCILO, *Crisi del debito sovrano, esiti recessivi e vie d'uscita*, in *www.giustamm.it*, 2011;
- F. BASSANINI, *Eurobond: le virtù della politica dei "piccoli passi"*, in *www.astrid-online.it*, 2011;
- M.P. CHITI, *Lo Spazio amministrativo europeo*, in *www.astrid-online.it*, 2011;
- G. DELLA CANANEA, *L'Unione economica e monetaria venti anni dopo: crisi e opportunità*, in *www.costituzionalismo.it*, 2011;
- G. GUARINO, *L'Europa imperfetta. UE: problemi, analisi, prospettive*, in *www.costituzionalismo.it*, 2011;
- J.C. JUNCKER - G. TREMONTI, *E-bonds would end the crisis*, in *Financial times*, 5 dicembre 2010;
- F. MERUSI, *La disciplina pubblica delle attività economiche nei 150 anni dell'Unità d'Italia*, Relazione al Convegno su "Il contributo del diritto amministrativo in 150 anni di unità d'Italia" organizzato dalla Seconda Università degli studi di Napoli, 6 dicembre 2011;
- D. MORO, *Union bonds o Union assets? (Nota su una politica del debito pubblico e sul ruolo della politica di bilancio a livello europeo)*, in *Il federalista*, n. 2/2010;
- M. MONTI, *Report to the President of the European Commission*, maggio 2010;
- G. NAPOLITANO, *L'assistenza finanziaria europea e lo Stato "co-assicuratore"*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 1085 ss.;
- R. PRODI - A. QUADRIO CURZIO, *EuroUnionBond per la nuova Europa*, in *Il Sole 24 ore*, 23 agosto 2011;
- E. RUSSO, *Sulla proposta Prodi-Quadrio Curzio degli Eurounionbond*, in *www.astrid-online.it*, 2011;
- A. TARQUINI, *Eurobond*, in *Capire la crisi*, I quaderni di Affari e finanza, 2011;
- G. TREMONTI, *Le cause e gli effetti politici della prima crisi globale*, in *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, 2010, 3 ss.

V. Le misure di sostegno pubblico agli istituti di credito

Miriam Allena, Annalaura Giannelli, Scilla Vernile*

SOMMARIO: 1. L'applicabilità della normativa comunitaria in materia di aiuti di Stato (e in particolare delle deroghe da essa previste) alle misure di sostegno alle banche. 2. La prima fase della crisi: le garanzie pubbliche a sostegno delle banche nei decreti "salva risparmio" e "salva liquidità". 3. L'art. 8 del decreto "Salva-Italia": la garanzia statale "a prima richiesta" sugli strumenti di debito emessi dalle banche. 4. L'intervento pubblico nel mercato mobiliare a sostegno della crisi finanziaria: considerazioni generali e individuazione degli strumenti utilizzabili. 5. La sottoscrizione di strumenti finanziari speciali: i "Tremonti-Bond". 6. Condizioni di sottoscrizione e rapporto con la disciplina in materia di aiuti di Stato. 7. La procedura per la sottoscrizione degli strumenti finanziari, il monitoraggio sull'attività delle banche e alcuni profili di tutela giurisdizionale.

1. L'aggravarsi della crisi finanziaria internazionale e la conseguente tendenza, da parte degli Stati membri, a ricorrere con maggiore frequenza all'intervento pubblico per sostenere le imprese in difficoltà, ha portato in primo piano anche la questione dell'applicabilità della normativa sugli aiuti di Stato alle banche e quella della sua compatibilità rispetto alla disciplina comunitaria.

In particolare, la crisi del mercato bancario, per la sua dimensione e per le sue inevitabili implicazioni sull'economia reale, ha indotto le Istituzioni comunitarie, e in particolare la Commissione, ad adottare una specifica strategia volta a precisare l'applicabilità delle deroghe alla disciplina sugli aiuti di Stato [FINGLETON, 2009; LUJA, 2009].

In una prima fase, gli aiuti di Stato alle banche in difficoltà sono stati valutati inquadrandoli nell'art. 87, par. 3, lett. c, TUE (ora art. 107, par. 3, lett. c, TFUE), in base al quale sono compatibili con il mercato interno «gli aiuti destinati ad agevolare lo sviluppo di talune attività o di talune regioni economiche, sempre che non alterino le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse».

* I parr. 1 e 3 sono stati redatti da Miriam ALLENA; il par. 2 da Annalaura GIANNELLI; i parr. 4, 5, 6, 7 da Scilla VERNILE.

Nel settembre 2008, il fallimento della banca statunitense *Lehman Brothers* e il complessivo aggravarsi della crisi dei mercati finanziari, hanno determinato un incremento degli interventi pubblici a sostegno dei sistemi bancari nazionali; in conseguenza di ciò, l'esecutivo comunitario è stato costretto a cambiare la propria impostazione [FERRARO].

Il punto di svolta è rappresentato dal Consiglio Ecofin del 7 ottobre 2008, nel corso del quale i Ministri dell'economia e delle finanze degli Stati membri, convenendo sulla necessità di procedere al rafforzamento della solidità e della stabilità del sistema bancario, nonché di tutelare i depositi dei singoli risparmiatori, hanno individuato alcuni principi fondamentali in materia di aiuti che gli Stati membri avrebbero dovuto rispettare nel fronteggiare la crisi economica. Soprattutto, nelle Conclusioni di quel Consiglio veniva annunciato l'impegno, da parte della Commissione europea, ad adottare a breve termine «orientamenti» volti a delineare la cornice normativa all'interno della quale poter valutare «la compatibilità, sotto il profilo degli aiuti di Stato, dei regimi pubblici di ricapitalizzazione e di garanzia» in favore delle banche europee.

Già pochi giorni dopo, il 13 ottobre 2008, la Commissione europea ha emanato la Comunicazione concernente «*L'applicazione delle regole in materia di aiuti di Stato alle misure adottate per le istituzioni finanziarie nel contesto dell'attuale crisi finanziaria mondiale*» (cd. *Banking Communication*, nella quale si ammetteva che gli Stati membri potessero considerare necessaria «l'adozione di misure adeguate per tutelare la stabilità del sistema finanziario», che andassero anche oltre la «stabilizzazione delle singole istituzioni finanziarie», per comprendere «regimi di carattere generale».

Su tale presupposto, la Commissione ha, per la prima volta, rinvenuto la base giuridica per le misure di aiuto adottate dagli Stati al fine di fronteggiare la crisi, nell'(allora) art. 87, par. 3, lett. b, TUE (ora art. 107, par. 3, lett. b, TFUE), ai sensi del quale sono ammissibili gli aiuti di Stato destinati a «porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro».

La scelta di questa base giuridica era del tutto inedita, tanto che lo stesso esecutivo comunitario ha sentito la necessità di precisare che, in linea con la giurisprudenza del Tribunale e della Corte di Giustizia «è necessaria un'interpretazione restrittiva dell'art. 87, par. 3, lett. b, del Trattato, per determinare che cosa possa essere considerato un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro» (si consideri, per es., che, in passato, non è stato ritenuto tale il crollo dell'economia socialista della Repubblica democratica tedesca durante l'unificazione), e che, in via di principio, il ricorso a tale disposizione non è possibile in presenza di crisi di singoli settori qualora non sussista il rischio che «tali situazioni abbiano un effetto sull'economia di uno Stato membro nel suo insieme» (par. 11). D'al-

tra parte, anche con riferimento al settore bancario, il ricorso a tale disposizione si giustifica «soltanto in circostanze effettivamente eccezionali in cui l'intero funzionamento dei mercati finanziari sia messo a repentaglio» (par. 11).

Nella Comunicazione del 13 ottobre 2008, la Commissione distingue tre tipologie di misure (di sostegno alle banche) autorizzabili: la concessione di garanzie a copertura delle passività, la ricapitalizzazione e la liquidazione controllata [SCIAUDONE, 2011].

La prima misura può realizzarsi o attraverso il riconoscimento di un regime generale di garanzia, volto a assicurare i titolari di depositi presso le istituzioni finanziarie sul fatto che non subiranno perdite (al fine di evitare una "fuga" dalle banche che avrebbe effetti negativi anche su quelle sane), oppure per mezzo della concessione di una garanzia a favore di singole banche, nel qual caso però, tale salvataggio di emergenza deve essere seguito da un rigoroso piano di ristrutturazione o, addirittura, di liquidazione dei beneficiari.

Le operazioni di ricapitalizzazione sono invece disposte, di regola, a favore di banche sane, con l'intento di rafforzare le loro dotazioni patrimoniali: dunque, non sono finalizzate a operazioni di salvataggio delle stesse, bensì a garantire l'erogazione di prestiti all'economia reale, favorendo il ripristino della stabilità finanziaria e il ristabilimento della fiducia necessaria per la ripresa dei prestiti interbancari (sul punto, la Commissione europea è appositamente intervenuta con la Comunicazione del 5 dicembre 2008, avente a oggetto, appunto, la «ricapitalizzazione delle istituzioni finanziarie nel contesto dell'attuale crisi finanziaria», nella quale sono stati specificati ulteriormente i principi guida già enunciati nella Comunicazione del 13 ottobre).

In entrambi i casi richiamati, gli aiuti devono sostanzarsi in interventi tali da evitare, il più possibile, effetti di distorsione sui mercati, rispettando una serie di condizioni quali il divieto di discriminare, nella concessione del beneficio, in base alla nazionalità degli operatori attivi nello Stato membro interessato, la temporaneità del regime di garanzia, la proporzionalità della stessa rispetto agli obiettivi perseguiti, la necessaria adozione, in concomitanza con l'erogazione dell'aiuto, di misure di salvaguardia idonee a non rafforzare indebitamente la posizione di mercato del beneficiario.

Soltanto quando le istituzioni finanziarie in crisi non possano più essere ristrutturate con successo, si ricorre alla liquidazione controllata delle stesse: in questo caso, la vendita dell'istituzione finanziaria o di parti di essa deve avvenire nell'ambito di un processo aperto e non discriminatorio, nel rispetto delle condizioni di mercato.

In definitiva, gli interventi della Commissione hanno seguito le varie fasi della crisi [GIGLIO, 2009]: così, si è passati da veri e propri salvataggi delle singo-

le banche (o, comunque, da misure finalizzate a rassicurare i depositanti), a misure volte a ripristinare il flusso di finanziamenti all'economia da parte delle stesse.

Infine, sono stati posti in essere interventi di alleggerimento dei bilanci delle istituzioni di credito da attività a rischio, o "tossiche", che potevano determinare forti perdite e aggravare ulteriormente la situazione finanziaria delle stesse, nonché, di conseguenza, determinare un'ulteriore stretta creditizia sull'economia reale (si veda, su questo punto, la Comunicazione del 25 febbraio 2009 sul *«trattamento delle attività che hanno subito una riduzione di valore nel settore bancario comunitario»*, cd. Comunicazione sulle attività deteriorate: in questo caso, viene in rilievo la disciplina sugli aiuti di Stato perché la banca beneficiaria è liberata dall'obbligo di registrare le perdite o di effettuare accantonamenti).

Nell'ottica di un progressivo ritorno delle banche alla redditività, il 23 luglio 2009, con la Comunicazione sul *«ripristino della redditività e la valutazione delle misure di ristrutturazione del settore finanziario nel contesto dell'attuale crisi in conformità alle norme sugli aiuti di Stato»* (cd. Comunicazione sulla ristrutturazione), la Commissione ha indicato le caratteristiche particolari che un piano di ristrutturazione deve presentare nel contesto degli aiuti di Stato concessi alle banche per far fronte alla situazione di crisi. L'esecutivo comunitario ha tra l'altro dichiarato di volersi vincolare ai criteri così enunciati fino al 31 dicembre 2010.

Il protrarsi della situazione di crisi ha però indotto la Commissione, l'1 dicembre 2010, ad adottare una quinta Comunicazione, concernente *«l'applicazione, dal 1° gennaio 2011, delle norme in materia di aiuti di Stato alle misure di sostegno alle banche nel contesto della crisi finanziaria»* (cd. Comunicazione proroga), con la quale la validità della cd. Comunicazione sulla ristrutturazione è stata estesa fino al 31 dicembre 2011.

Infine, a seguito dell'ulteriore inasprirsi delle tensioni sui mercati dei debiti sovrani, l'1 dicembre 2011 anche quest'ultima Comunicazione è stata ulteriormente prorogata al 31 dicembre 2012, e l'esecutivo comunitario ha ritenuto che, fino a quella data, permanessero altresì le condizioni per l'approvazione degli aiuti di Stato a norma dell'art. 107, par. 3, lett. b, del Trattato.

Quanto si è detto mostra che la crisi economica e finanziaria ha messo a dura prova il sistema di regole a tutela della concorrenza delineato dal TUE (ora TFUE). La situazione di "crisi sistemica" globale ha infatti richiesto interventi eccezionali soprattutto per limitare gli effetti della crisi sull'economia reale [WAGNER, 2009]. Ciò è testimoniato innanzitutto dal ricorso alla previsione di cui all'art. 107, par. 3, lett. b, TFUE, che, in passato, era stata applicata in modo molto restrittivo (per es., alla crisi energetica del 1974).

Tuttavia, se pure sono stati introdotti indubbi elementi di flessibilità nella disciplina comunitaria sugli aiuti alle banche, le Istituzioni comunitarie non han-

no lasciato “carta bianca” agli Stati. L’azione della Commissione si è infatti indirizzata nel senso di delineare una politica comune, volta a evitare che il sostegno alle banche nazionali da parte di un singolo Stato mettesse a rischio il *level playing field* fra tutti gli operatori operanti nel mercato europeo.

2. Nell’intervenire a sostegno delle proprie banche, lo Stato italiano si è mosso, fin da subito, nel solco tracciato dalle istituzioni comunitarie.

Semplificando al massimo, si può dire che siano tre le tipologie di intervento programmate seguendo il modello delineato dalle varie Comunicazioni della Commissione europea:

- la prima (regolata con il d.l. 9 ottobre 2008, n. 155), opera sul piano possessorio e consente allo Stato di fare ingresso nel capitale degli istituti di credito con il conseguente acquisto di azioni privilegiate nella distribuzione dei dividendi, ma prive del diritto di voto;
- la seconda (regolata con il d.l. 13 ottobre 2008, n. 157), tende a riconquistare la fiducia degli operatori privati, mediante la concessione di garanzie sulle passività delle banche, sulle operazioni bancarie di rifinanziamento e sui finanziamenti erogati dalla Banca d’Italia per contrastare la crisi di liquidità 2008);
- la terza (regolata con il d.l. 29 novembre 2008, n. 185, mira a finanziare il sistema creditizio mediante la sottoscrizione di speciali strumenti finanziari al fine di favorire il credito a famiglie e piccole e medie imprese.

Mentre le prime due modalità di intervento presuppongono uno stato di inadeguatezza delle banche, la terza ha una portata più ampia perché, concretandosi nell’inserimento dello Stato nel mercato mobiliare italiano, può essere utilizzata anche a vantaggio di situazioni meno gravi, per quanto pur sempre critiche [v. i parr. 4 ss. di VERNILE].

L’elemento comune consiste, invece, nel fatto che per ognuno di tali interventi è previsto uno specifico procedimento, che vede coinvolti la Banca d’Italia e il Ministero dell’Economia e delle finanze e che garantisce il rispetto delle condizioni fissate dalla legge affinché l’intervento pubblico consegua effettivamente il suo scopo e le banche non abusino del sostegno ricevuto, intraprendendo politiche di espansione aggressive, e non ne traggano indebiti benefici.

Ovviamente, anche prima delle avverse contingenze economiche degli ultimi anni, la clientela bancaria non era priva di garanzia (cfr. artt. 96 ss. del d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385).

Il riferimento concerne il Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi (F.I.T.D.) e, per le banche di credito cooperativo, il Fondo di Garanzia dei De-

positanti del Credito Cooperativo (F.G.D.C.C.), cui debbono obbligatoriamente aderire tutti gli istituti italiani. Si tratta, in entrambi i casi, di consorzi di diritto privato, che intervengono, previa autorizzazione della Banca d'Italia, a garanzia dei depositi fino a 100.000 euro per depositante (una soglia ben più ampia di quella prevista da molti analoghi fondi stranieri: 70 mila euro in Francia; 50 mila euro in Gran Bretagna; la Germania, di contro, è recentemente passata da una soglia di 20.000 euro ad un regime di garanzia illimitata).

Questo tipo di garanzia, che si fonda sul sostegno interbancario, tuttavia, non consente di fronteggiare situazioni di crisi generalizzata, le quali, per definizione, rischiano di innescare perniciosi meccanismi di reazione a catena.

Per questo motivo è progressivamente affiorata la consapevolezza dell'ineluttabilità del coinvolgimento pubblico nel contrasto ai rischi di insolvenza connessi all'esercizio delle attività bancarie. In questo quadro, si collocano il d.l. 155/2008 (cd. d.l. "salva risparmio"), e il d.l. 157/2008 (cd. d.l. "salva liquidità").

Il primo decreto si rivolgeva alle banche in difficoltà, introducendo, in loro favore, misure temporanee ma alquanto efficaci, prima fra tutte la sottoscrizione ovvero la prestazione di garanzia da parte del Ministero dell'Economia e delle finanze avente ad oggetto aumenti di capitali deliberati da banche che versassero in una situazione di inadeguatezza patrimoniale accertata dalla Banca d'Italia. Inoltre (ad integrazione dei sistemi di garanzia privatistici di cui all'art. 96 del d.lgs. 385/1993), il d.l. 155/2008 prevedeva la possibilità per il Ministero dell'economia e delle finanze di rilasciare la garanzia statale a tutela dei depositi effettuati presso le banche italiane.

Il d.l. 157/2008, poi confluito nell'art. 1-*bis*, del d.l. 155/2008 (convertito dalla l. 3 dicembre 2008, n.190, recante «Misure urgenti per garantire la stabilità del sistema creditizio e la continuità nell'erogazione del credito alle imprese ed ai consumatori, nell'attuale situazione di crisi dei mercati finanziari internazionali») si rivolgeva, invece, alle cd. banche sane (i.e. solventi) che, tuttavia, riscontrassero difficoltà nell'accesso alla liquidità. Il decreto prevedeva tre misure innovative, che consentivano al Ministero dell'economia e delle finanze di: concedere fino al 31 dicembre 2009 la garanzia statale sulle passività delle banche italiane, con scadenza fino a cinque anni al fine di accrescere la capacità delle banche di collocare strumenti finanziari di debito sul mercato; effettuare operazioni temporanee di scambio tra titoli di Stato e strumenti finanziari detenuti dalle banche italiane, o passività delle banche italiane controparti, aventi scadenza fino a cinque anni (si tratta del cd. *swap* del Tesoro, di durata massima pari a 6 mesi); concedere la garanzia dello Stato, a condizioni di mercato, sulle operazioni stipulate da banche italiane al fine di ottenere la temporanea disponibilità di titoli utilizzabili per operazioni di rifinanziamento presso l'Eurosistema.

Così come previsto dal decreto “salva risparmio” n. 155/2008, anche in queste fattispecie di intervento pubblico la copertura statale veniva concessa sulla base di una valutazione della Banca d’Italia sulla adeguatezza patrimoniale della banca beneficiaria e sulla sua capacità di far fronte alle obbligazioni assunte.

In particolare, le richieste di ammissione dovevano essere presentate dalle banche alla Banca d’Italia e al Dipartimento del Tesoro, secondo un modello uniforme che doveva indicare il fabbisogno di liquidità della banca e le operazioni di garanzia cui la banca chiedeva di essere ammessa. La Banca d’Italia, entro 3 giorni dal ricevimento della domanda, comunicava al Dipartimento del Tesoro la propria valutazione in ordine all’adeguatezza patrimoniale della banca e della sua capacità di adempiere alle obbligazioni assunte. Sulla base delle valutazioni svolte dalla Banca d’Italia il Dipartimento del tesoro, entro 5 giorni dal ricevimento delle predette valutazioni, provvedeva sulla domanda e comunicava la propria decisione alla banca istante e alla Banca d’Italia.

Le banche che, in ipotesi, non avessero adempiuto ai loro obblighi (determinando, così, l’intervento della garanzia dello Stato) o che non avessero restituito al Ministro dell’economia e delle finanze i titoli di Stato scambiati erano tenute a presentare un piano di ristrutturazione, come previsto dalla Comunicazione della Commissione del 13 ottobre 2008.

I decreti 155 e 157 del 2008 non recavano alcuna quantificazione della soglia di copertura degli eventuali interventi di garanzia dello Stato, ai quali – a differenza di quanto riscontrabile presso altri ordinamenti europei – non è stato destinato alcun fondo specifico, il che implicava, evidentemente, il rischio che l’eventuale escussione si traducesse in un sensibile incremento del debito pubblico.

I criteri, le modalità e le condizioni delle operazioni di concessione della garanzia dello Stato sulle passività delle banche e degli *swap* tra titoli di Stato e passività delle banche stesse, sono stati individuati con il d.m. 27 novembre 2008, «Ulteriori Misure urgenti per garantire la stabilità del sistema creditizio», emanato in attuazione del d.l. 157/2008.

In tal sede si è previsto che: l’entità delle operazioni fosse limitata a quanto strettamente necessario per porre rimedio all’attuale «grave turbativa dell’economia» (locuzione testualmente corrispondente alla deroga al divieto di aiuti di Stato *ex art.* 107, par. 3, lett. b, TFUE); gli effetti delle operazioni sull’economia fossero oggetto di monitoraggio semestrale da parte del Ministero dell’economia e delle finanze, con il supporto della Banca d’Italia; i risultati di tali verifiche fossero, poi, comunicati alla Commissione europea (art. 1, c. 3).

Per scongiurare rischi di distorsione del mercato concorrenziale si prevedeva, poi, che l’espansione delle attività di bilancio delle banche beneficiarie delle operazioni di garanzia o di scambio non potesse superare il più elevato dei tre se-

guenti indicatori: crescita annuale del Pil dell'Italia, media annua di crescita delle attività di bilancio delle banche 1987-2007 e tasso medio di crescita delle attività delle banche nell'Ue nei 6 mesi precedenti (art. 1, c. 7).

Il d.m. attuativo dei d.l. 155 e 157 del 2008, evidentemente, dettava condizioni e limiti ispirati dalla necessità di conformare le garanzie previste dai due decreti alla disciplina europea sugli aiuti di stato, sì come interpretata, in chiave flessibile, dalla Commissione nella già menzionata Comunicazione Banking del 13 ottobre 2008. Non stupisce, dunque, che la Commissione, interpellata sulla conformità al Trattato (all'epoca TUE) delle misure previste dai due decreti del 2008, si sia espressa favorevolmente, riscontrando come le predette misure, benché tecnicamente qualificabili alla stregua di "aiuti di Stati", fossero nel complesso conformi al diritto europeo in quanto rispondenti al triplice standard dell'adeguatezza, necessità e proporzionalità (C 2008-6989) [FERRARO - FORTUNATO, 2010; MOSTACCI, 2009].

3. Lo spirare dei termini di efficacia delle garanzie temporanee appena descritte (cfr. i d.l. 155 e 157 del 2008; nonché, d.l. 185/2008) non è però coinciso con il superamento della fase acuta della crisi economica, il che ha comportato la necessità di predisporre ulteriori (sebbene analoghe nel contenuto) misure di contrasto alle persistenti difficoltà del sistema bancario.

La soluzione affiorata in sede comunitaria, invero sin dagli esordi della crisi, prevedeva la predisposizione di un fondo comune europeo a tutela del risparmio e del credito (v. *supra*, il contributo di TROPEA). Su tale fronte, tuttavia, si sono registrate forti perplessità tedesche, che in larga parte hanno ispirato la dichiarazione Ue approvata all'esito dell'Ecofin del 26 ottobre 2011, durante il quale si è deciso di fronteggiare la recrudescenza della crisi approntando sistemi di garanzia di ambito statale.

In questo contesto si inseriscono le misure previste nel cd. decreto "Salva Italia" (d.l. 6 dicembre 2011, n. 201), emanato in attuazione della già richiamata Comunicazione della Commissione europea dell'1 dicembre 2011 (concernente «l'applicazione, dal 1° gennaio 2012, delle norme in materia di aiuti di Stato alle misure di sostegno alle banche nel contesto della crisi finanziaria»).

Nel decreto, vengono in parte riproposte, con un rinnovato termine di decorrenza, le misure già predisposte nel 2008 con i decreti "salva risparmio" e "salva liquidità".

In particolare, l'art. 8, rubricato «Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici», dispone che il Ministro dell'economia e delle finanze sia autorizzato a concedere, fino al 30 giugno 2012, la garanzia del-

lo Stato sulle passività delle banche italiane, al fine di ripristinare e sostenere la capacità di finanziamento a medio-lungo termine delle stesse (c. 1).

Sempre in base a tale disposizione, la concessione della garanzia deve essere preceduta da una valutazione della Banca d'Italia sull'adeguatezza della patrimonializzazione della banca richiedente e sulla sua capacità di far fronte alle obbligazioni assunte (c. 2). Inoltre, la garanzia in questione è «incondizionata, irrevocabile e a prima richiesta» (c. 3).

L'insieme di queste previsioni pone una serie di problematiche rilevanti dal punto di vista del diritto amministrativo.

Innanzitutto, venendo in rilievo l'attribuzione di un beneficio di carattere economico, per di più, come ovvio, limitato, la valutazione effettuata dalla Banca d'Italia dovrebbe configurarsi, ai sensi dell'art. 97 Cost. e dell'art. 12 della legge n. 241 del 1990, come una selezione comparativa. In altri termini, pur in mancanza di specifiche previsioni sul punto, l'ente pubblico dovrà operare secondo criteri predeterminati, capaci di assicurare l'oggettività e quindi l'imparzialità delle scelte.

In secondo luogo, e in conseguenza di ciò, si pone il problema dei rapporti tra questo procedimento amministrativo di selezione e il negozio privatistico di concessione della garanzia; in altri termini, occorre indagare quali siano gli effetti dell'eventuale invalidità della serie pubblicistica sull'efficacia del contratto.

Come è noto, sul punto, non si dubita che alla eventuale, riconosciuta, illegittimità della serie pubblicistica debba conseguire una invalidità o comunque inefficacia della serie privatistica, ossia del negozio privatistico. A seconda dei casi e delle pronunce giurisdizionali, si parla di caducazione, di nullità, o di annullabilità.

In particolare, la giurisprudenza della Cassazione sembra oggi in prevalenza orientata a sostenere la tesi che l'illegittimità del procedimento amministrativo pregresso determini la nullità del contratto privatistico che a esso accede, per violazione di norme imperative (Cfr. Cass., sez. III, 16 febbraio 2010, n. 3672).

Qui, la vera e più interessante questione pare quella di indagare come tale profilo interagisca con il problema particolare della «garanzia a prima richiesta» (alla quale fa riferimento l'art. 8, c. 3, del decreto salva-Italia).

Come noto, nella garanzia a prima richiesta, inquadrabile nell'ambito delle cd. garanzie autonome, il garante non può opporre al debitore le eccezioni relative al rapporto di base che spetterebbero al debitore principale; al contrario, il garante, che opera su ordine del debitore principale, si obbliga a versare al beneficiario alla sola condizione che costui ne faccia richiesta. In tal modo, il creditore può operare con molta maggiore serenità, vedendosi assicurata una rapida e, soprattutto, certa soddisfazione del proprio interesse economico, attraverso la liquidazione di una somma determinata, dietro semplice richiesta.

La finalità delle garanzie autonome non è infatti tanto quella di garantire l'adempimento dell'obbligazione del debitore principale, quanto di tenere indenne il beneficiario dal pregiudizio derivante dalla mancata o non esatta esecuzione della prestazione da parte del debitore [PORTALE, 1989].

Ebbene, secondo la giurisprudenza, la "garanzia a prima richiesta" è, di regola, autonoma anche rispetto a ragioni di invalidità del rapporto contrattuale sottostante.

Tuttavia, «l'assunzione da parte del garante dell'impegno di effettuare il pagamento a semplice richiesta del beneficiario della garanzia e la sua rinuncia ad opporre le eccezioni inerenti al rapporto principale, ivi comprese quelle relative all'invalidità del contratto da cui tale rapporto deriva» troverebbe un limite nelle eccezioni «fondate sulla nullità per contrarietà a norme imperative o per illiceità della causa» (in tal senso, espressamente, Cass. civ. sez. I, 11 febbraio 2008, n. 3179).

Dunque, un'eventuale nullità del contratto per violazione di norme imperative o per illiceità della causa potrebbe sempre essere fatta valere.

Del resto, se così non fosse, si fornirebbe ai contraenti un troppo comodo strumento per inficiare l'effettività di norme imperative, le quali sarebbero rese inoperanti sulla base della mera scelta, frutto dell'autonomia privata, di costituire la garanzia autonoma.

Vi è, in effetti, almeno un precedente di diretto interesse per il diritto amministrativo: come si legge in una sentenza della Cassazione del 1993, in una vicenda di nullità assoluta «in conseguenza della nullità del procedimento amministrativo di scelta dell'appaltatore», la Corte di appello di Roma, con sentenza 25 luglio 1989, ha ritenuto che soccombesse anche la "garanzia a prima richiesta" posta a presidio delle prestazioni contrattuali (Cfr. Cass. civ., sez. I, 3 novembre 1993, n. 10850).

Occorre allora chiedersi se, anche nel caso in esame, possa ammettersi il venir meno della garanzia "a prima richiesta" di cui all'art. 8, c. 3, del decreto salva-Italia, in quanto, in ipotesi, contraria a norme imperative perché concessa dallo Stato in violazione dei principi amministrativistici posti a presidio della legalità e imparzialità dell'azione amministrativa.

Pare che la questione si ponga in modo più complesso del consueto. È vero, infatti, che le norme pubblicistiche violate in questa ipotesi hanno caratteri non dissimili di quelle – consuete – sull'evidenza pubblica.

Tuttavia, è anche vero che, nel caso di cui si discute, è lo stesso legislatore ad aver previsto il carattere "autonomo" della garanzia: tale autonomia non trova cioè la sua fonte in scelte effettuate da soggetti privati nell'ambito di un rapporto contrattuale, ma in precise scelte legislative, poste a presidio dell'interesse pubbli-

co, come tali certamente idonee a derogare alla imperatività di altre norme pubblicistiche, quali quelle sull'evidenza pubblica.

La questione diventa allora interpretativa: occorre cioè chiedersi se il legislatore del 2011 abbia voluto o meno derogare alla capacità delle norme sull'evidenza pubblica, ove violate, di inficiare il negozio privatistico, con conseguente invalidità derivata anche del contratto.

Senza alcuna pretesa di esaurire l'argomento, ma volendo solo abbozzare una soluzione, ci si limita in questa sede a evidenziare che, in effetti, la capacità della garanzia di realizzare i propri scopi di interesse pubblico verrebbe pericolosamente compromessa nel caso in cui qualunque ricorso al giudice amministrativo fosse idoneo a porre in discussione la validità-efficacia della stessa. Sotto questo profilo, dunque, l'interpretazione preferibile pare essere nel senso della "autonomia" per così dire "assoluta" della garanzia.

Non va taciuto, però, che a diverse soluzioni si giungerebbe ove si ritenessero i principi che impongono una selezione comparativa delle domande di garanzia di diretta rilevanza comunitaria. In tal caso, è probabile che una scelta del legislatore nazionale, in ipotesi anticomunitaria, dovrebbe comunque soccombere, ossia essere disapplicata in sede giurisdizionale.

Si potrebbe sostenere, allora, che solo ove il vizio del procedimento amministrativo di assegnazione della garanzia sia di carattere nazionale e non si rifletta anche in un vizio rilevante per il diritto comunitario, esso potrà non invalidare anche il contratto di garanzia, assicurandone così il carattere assoluto, in condizionato e "a prima richiesta".

4. La crisi finanziaria che si è propagata a partire dall'estate 2007 dagli Stati Uniti fino al continente europeo, senza risparmiare il nostro Paese, ha imposto anche una rivalutazione del sistema creditizio globale. L'instabilità delle banche americane e la facilità con cui erano solite concedere mutui (c.d. mutui *subprime*) hanno evidenziato le criticità di un sistema improntato sull'autoregolamentazione e sulle dinamiche di mercato e la necessità di un intervento di regolazione che era stato, invece, negli anni significativamente ridotto [MUSSARI - DALLE MURA - SANTONI, 2009] (sul punto v. anche *supra*, il contributo di MATTASSOGLIO).

Pur dovendosi riconoscere la maggiore solidità del sistema bancario italiano, anche i nostri istituti creditizi hanno fortemente subito gli effetti della crisi, soprattutto in termini di scarsa liquidità.

Così come è avvenuto negli Usa e in altre Nazioni europee, anche lo Stato italiano ha dovuto farsi carico di adottare strumenti utili al fine di evitare che la crisi finanziaria si traducesse in crisi economica. La mancanza di liquidità delle

banche manifesta, infatti, tutta la sua lesività nei confronti di imprese e famiglie, le quali, dunque, pretendono dal Governo un intervento forte e idoneo a ridurre l'impatto che la crisi finanziaria può avere sull'economia reale.

Se dagli anni Novanta a oggi l'orientamento è sempre stato quello di eliminare l'intervento statale all'interno dell'economia, allo scopo di favorire le dinamiche di mercato e un regime concorrenziale, anche in ossequio ai principi comunitari, la crisi ha fatto riemergere l'importanza, nonché l'esigenza di prevedere un controllo di tipo pubblico, seppure sempre entro determinati limiti [CERINA FERONI, 2009].

Lo Stato torna dunque a svolgere un ruolo non solo di vigilanza, ma anche attivo nell'economia nazionale. Sotto varie forme, la mano pubblica si inserisce nel sistema creditizio al fine di risanarlo e garantirne la stabilità e la liquidità.

5. In questo contesto si colloca il riconoscimento della possibilità per il Ministero dell'Economia di sottoscrivere speciali strumenti finanziari che è avvenuto con il d.l. 29 novembre 2008, n. 185 (convertito in l. 29 gennaio 2009, n. 2), recante «misure urgenti per il sostegno a famiglie, lavoro, occupazione e impresa e per ridisegnare in funzione anticrisi il quadro strategico nazionale». In particolare, l'art. 12 di tale testo normativo autorizza il Ministero, anche in deroga alle norme di contabilità di Stato, a sottoscrivere, su specifica richiesta delle banche interessate, strumenti finanziari privi del diritto di voto emessi da istituti di credito o da società capogruppo di gruppi bancari italiani, le cui azioni siano negoziate su mercati regolamentati.

Prima di prestare attenzione alle modalità e alle condizioni per l'emissione di questi speciali strumenti finanziari definiti "Tremonti Bond" proprio per la sottoscrizione ministeriale, è bene soffermarsi sulle finalità della previsione. Se, infatti, il presupposto degli altri strumenti di risanamento dell'economia è rappresentato dall'inadeguatezza patrimoniale delle banche, o meglio dalla loro incapacità di fare fronte agli impegni assunti, la richiesta di sottoscrizione di questa particolare tipologia di strumenti finanziari deve pervenire da parte di banche che, come si avrà modo di approfondire in seguito, risultino adeguate dal punto di vista patrimoniale [NAPOLITANO, 2009].

L'osservazione svolta impone di considerare come la finalità dell'intervento in esame non sia di ridare stabilità alle banche e ripatrimonializzarle, al pari di quanto avviene, invece, mediante la sottoscrizione dell'aumento di capitale, ma di fornire finanziamenti che consentano di restituire liquidità alle banche cosicché queste possano più agevolmente ammettere famiglie e piccole e medie imprese al credito. La maggiore disponibilità di liquidi così ottenuta deve, infatti, essere uti-

lizzata necessariamente per evitare che la crisi finanziaria si traduca in (*rectius*, aggravata) crisi economica per il nostro Paese.

Al fine di garantire che l'intervento pubblico sia effettivamente finalizzato ad agevolare il ricorso al credito di famiglie e piccole e medie imprese, le banche che richiedono la sottoscrizione dei Tremonti Bond si impegnano a stipulare dei protocolli d'intenti, sulla base di un accordo quadro tra il ministero e l'ABI (Associazione Bancaria Italiana), da cui risulti in maniera chiara la destinazione dei finanziamenti ottenuti in favore delle categorie che paiono più a rischio [RISPOLI FARINA, 2009].

In particolare, il d.m. 29 febbraio 2009, adottato in attuazione del predetto art. 12 del d.l. 185/2008, precisa, all'art. 2, c. 2, che il protocollo d'intenti deve contenere, tra l'altro, un riferimento alla piena disponibilità di credito a favore delle piccole e medie imprese attraverso il mantenimento per almeno il triennio successivo di risorse finanziarie non in decremento rispetto al biennio 2007-2008 (lett. a), la previsione che saranno applicate «condizioni di credito che – nel rispetto del principio della sana e prudente gestione bancaria – siano adeguate a favorire lo sviluppo e il mantenimento di iniziative imprenditoriali» (lett. c) e l'elaborazione di interventi congiunturali per favorire le famiglie in difficoltà nel pagamento delle rate sui mutui contratti per l'acquisto dell'abitazione principale (lett. d).

È stato, così, predisposto un meccanismo che vincola le banche beneficiarie ad utilizzare i finanziamenti ricevuti esclusivamente per esigenze legate al risanamento dell'economia reale, non potendo distrarre tali risorse dagli obiettivi programmati per impiegarle con prospettive di espansione o per nuove operazioni. E l'impegno assunto deve risultare da un apposito atto, il protocollo d'intenti per l'appunto, che garantisce l'effettiva destinazione conformemente a legge.

Individuate le finalità dei Tremonti bond, pare opportuno, prima ancora di scendere all'esame delle condizioni e dei presupposti per la sottoscrizione, procedere al loro inquadramento e, soprattutto, a verificarne la riconducibilità al *genus* degli strumenti finanziari di tipo partecipativo [ABRIANI, 2009].

La difficoltà di definire la natura dei titoli deriva prima di tutto dall'ambiguità della disposizione che li definisce «obbligazioni bancarie speciali» nella rubrica dell'articolo e «strumenti finanziari» nel testo. Sembra, dunque, che questa si debba ricavare dalla portata sostanziale della disciplina.

In proposito, la norma prevede che gli strumenti di cui si discute siano privi dei diritti indicati nell'art. 2351 c.c. (diritti di voto) e siano computabili nel patrimonio di vigilanza. Inoltre, possono essere convertiti in azioni ordinarie su decisione dell'emittente, la quale può anche richiedere il riscatto o il rimborso, a condizione, però, che ciò non pregiudichi la solvibilità della banca, mentre la re-

munerazione può essere subordinata, in tutto o in parte, alla disponibilità di utili distribuibili ai sensi dell'art. 2433 c.c.

Le caratteristiche sopra descritte propendono, dunque, per la qualificazione dei Tremonti bond quali strumenti ibridi che dispongono di limitati diritti sul piano amministrativo, ma si connotano per la partecipazione al rischio [CORASANTI - GIANNELLI - STRAMPELLI, 2010; PASQUARIELLO, 2009]. La remunerazione è legata alle effettive disponibilità, pertanto, anche se le relative cedole sono pagate in via prioritaria non è previsto alcun meccanismo di recupero per gli eventuali esercizi chiusi in assenza di utili.

Inoltre, lasciando in disparte la criticità della disposizione nella parte in cui è piuttosto vaga nel determinare le modalità dell'eventuale rimborso, posto che non si prevede che questo avvenga al prezzo di sottoscrizione, come stabilito in altri Paesi europei che hanno adottato misure simili, e allocando, dunque, in capo allo Stato il rischio di una diminuzione del valore di mercato, non si può trascurare come il riconoscimento del carattere eventuale del riacquisto dei titoli da parte dell'emittente vincoli lo Stato almeno fino a quando non abbia recuperato il valore del proprio investimento [RISPOLI FARINA, 2009].

Infine, come già si è avuto modo di accennare, i titoli confluiscono nel patrimonio di vigilanza, confermando con quest'ulteriore previsione il già chiaro intento di fornire alle banche un supplemento di capitale per affrontare eventuali aggravamenti della crisi ed aumentare le opportunità di credito [TOMASI, 2009]. La valutazione circa la computabilità nel patrimonio di vigilanza è di competenza della Banca d'Italia, che a tal fine deve tenere conto dei parametri stabiliti nella circolare 263/2006, contenente nuove istruzioni di vigilanza prudenziale per le banche.

La finalità dei Tremonti Bond di fornire liquidità alle banche ha fatto sì, tra l'altro, che dubbi di conformità della disciplina nazionale anticrisi alle disposizioni comunitarie sorgessero anche con riferimento a questa specifica tipologia di intervento.

Tuttavia, con valutazione del 23 dicembre 2008, la Commissione europea ha giudicato le modalità di ricapitalizzazione delle banche in linea con la normativa comunitaria perché limitate nel tempo e soprattutto perché i titoli sono scambiati a condizioni remunerative. Secondo la Commissione, infatti, le disposizioni in questione salvaguardano le dinamiche concorrenziali e rappresentano un utile strumento per ridare fiducia agli istituti creditizi italiani e incentivare la concessione di crediti a favore dell'economia reale [MUSSARI - DALLE MURA - SANTONI, 2009] (sul punto si v. il par. 1 di ALLENA).

Non si può tacere, però, che sarebbero sorte minori perplessità circa la conformità delle misure in esame ai principi comunitari e, in particolare, alla disciplina in materia di aiuti di stato qualora fossero stati collegati ai Tremonti bond

maggiori diritti amministrativi, dal momento che avrebbero certamente caratterizzato la partecipazione di un normale investitore privato [TOMBARI, 2009]. Inoltre, una maggiore influenza pubblica avrebbe probabilmente consentito di intervenire in maniera più efficace per indirizzare i finanziamenti in favore delle categorie più a rischio.

6. Definita la natura dei Tremonti bond ed individuata la loro finalità, è necessario procedere all'esame delle specifiche condizioni richieste dalla norma per l'ammissione dei titoli, nonché alla loro compatibilità o meno con i limiti imposti dal diritto comunitario in ordine agli aiuti di Stato.

Il primo limite alla sottoscrizione ministeriale è fissato dal quarto comma dell'art. 12 che consente l'operazione a condizione che risulti economica nel suo complesso, tenga conto della situazione del mercato e sia funzionale al perseguimento dei già ricordati obiettivi.

Per capire cosa si intende per economicità dell'operazione si deve fare riferimento all'entità del rendimento atteso e alla sottoscrizione degli strumenti finanziari da parte dei soggetti privati. In particolare, in relazione al rendimento è necessario che sia superiore, almeno di due punti, alla media dei rendimenti relativi ai BTP a trent'anni, maggiorato di almeno duecento punti base; con riguardo, invece, alla sottoscrizione da parte dei privati questa deve essere pari almeno al 30% dell'ammontare complessivo, di cui almeno il 20% deve essere sottoscritto da soggetti diversi dagli azionisti che possiedono alla data dell'emissione più del 2% del capitale della banca.

Un'ulteriore condizione prevista dal decreto concerne quanto già oggetto di analisi nel corso del precedente paragrafo circa la necessità di sottoscrivere un protocollo d'intenti da cui emerga la funzionalità dei titoli e l'impegno della banca a mettere a disposizione delle famiglie e delle piccole e medie imprese le risorse finanziarie ottenute.

Come già si è avuto modo di ricordare in precedenza, il protocollo garantisce che i finanziamenti ministeriali siano destinati ad agevolare il credito per i soggetti maggiormente colpiti dalla crisi, contenendo l'impegno delle banche ad offrire condizioni di credito non penalizzanti rispetto a quelle del biennio precedente, a fornire un contributo economico per il rafforzamento dell'attuale sistema dei fondi di garanzia, ad assicurare elevati livelli di liquidità ai creditori delle amministrazioni pubbliche per la fornitura di beni e servizi e ad ammettere la sospensione, per un periodo almeno di un anno, del pagamento delle rate senza oneri finanziari per le ipotesi in cui il mutuo sia stato acceso per l'acquisto dell'abitazione principale e il sottoscrittore o un componente del nucleo familiare con-

vivente sia stato inserito negli interventi di cassa integrazione ovvero abbia percepito l'assegno di disoccupazione.

Oltre al protocollo d'intenti è, poi, necessario ai fini della sottoscrizione che l'emittente adotti anche un codice etico. Quest'ultimo deve contenere disposizioni relative alla remunerazione dei dirigenti, che deve essere rispettosa di una sana e prudente gestione e parametrata a prospettive di lungo periodo. In particolare, ai sensi del terzo comma dell'art. 2 del decreto attuativo, il codice deve prevedere "limiti alla remunerazione dei vertici aziendali e degli operatori di mercato, inclusi i *traders*, volti ad assicurare una struttura di compensi equilibrata nelle sue diverse componenti, chiaramente determinata", nonché "regole conformi all'interesse generale, anche fissando limiti e condizioni alla corresponsione di indennità comunque collegate alla cessazione, a qualunque titolo, del rapporto".

Emerge dalla previsione di stringenti limiti entro i quali le banche possono utilizzare i finanziamenti ottenuti che, mediante la sottoscrizione dei Tremonti bond, il ministero dell'Economia e delle finanze mira a raggiungere obiettivi di risanamento dell'economia e soprattutto a fornire un sostegno concreto alle famiglie e alle piccole e medie imprese.

7. Il procedimento amministrativo per la sottoscrizione dei Tremonti bond si avvia su richiesta della banca interessata all'emissione dei titoli.

La domanda, che va presentata congiuntamente alla Banca d'Italia, alla quale spetta l'istruttoria del procedimento, e al Ministero dell'Economia, competente per l'adozione della decisione finale sull'*an* e il *quantum* della sottoscrizione, deve essere corredata di tutti gli elementi utili affinché possano essere valutate le condizioni dell'operazione e la sua funzionalità agli obiettivi posti dalla legge. In particolare, la Banca d'Italia deve verificare l'adeguatezza patrimoniale (si ricordi, infatti, che questo tipo di intervento riguarda istituti di credito "sani") attuale e prospettica della banca, il profilo di rischio, anche alla luce degli indicatori di mercato disponibili, e la conformità degli strumenti finanziari al dettato normativo, con specifico riguardo alla computabilità al capitale di vigilanza e al rapporto tra l'ammontare della sottoscrizione e il valore della totalità delle attività della banca interessata.

Posto, però, che è il Ministero a dover decidere in merito all'emissione o meno dei titoli, spetta a quest'ultimo il compito di valutare che l'operazione sia in linea con le condizioni del mercato e che non comporti un'alterazione degli incentivi degli investitori privati. Siffatta valutazione deve, infine, essere trasmessa alla Commissione europea.

Oltre le specifiche regole contenute nel decreto attuativo, trattandosi di un procedimento amministrativo a tutti gli effetti, la Banca d'Italia e il Ministero devono, poi, rispettare le disposizioni di cui alla l. 7 agosto 1990, n. 241, sul procedimento amministrativo. In particolare, essendo un procedimento a istanza di parte, nel caso in cui le valutazioni conducano all'adozione di un provvedimento di diniego, questo dovrà essere preceduto dalla comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento della richiesta ai sensi dell'art. 10-*bis* della legge citata [NAPOLITANO, 2009].

Per quel che concerne, invece, la tutela giurisdizionale, nel caso di conferma del provvedimento negativo, certamente si deve riconoscere la possibilità per la banca richiedente di impugnare il provvedimento davanti al giudice amministrativo. Risulta, invece, più difficile definire gli strumenti di tutela azionabili da parte di terzi interessati nell'ipotesi inversa di decisione favorevole all'emissione di titoli. Si pensi, ad esempio, all'interesse di una banca concorrente che teme di poter subire una lesione dall'eventuale utilizzo distorto dei finanziamenti ricevuti.

Senza entrare nella diatriba sulla possibilità o meno per le singole imprese concorrenti di ricorrere avverso decisioni che appaiono idonee a falsare le normali dinamiche di mercato, sembra si possa certamente consentire alle banche interessate di segnalare al ministero dell'Economia eventuali abusi da parte dell'istituto di credito emittente [NAPOLITANO, 2009]. Si ricordi, infatti, a tal proposito che il d.l. n. 185/2008 ha imposto il monitoraggio delle attività delle banche beneficiarie dell'intervento pubblico.

Gli istituti di credito i quali abbiano ricevuto finanziamenti pubblici sono, come si è avuto modo più volte di sottolineare, vincolati al perseguimento di determinati obiettivi e all'utilizzo delle risorse finanziarie ottenute per le specifiche attività risultanti dal protocollo d'intenti, rendendosi, pertanto, necessario verificare in maniera costante il rispetto delle condizioni stabilite. Ne consegue l'obbligo per la Banca d'Italia di trasmettere trimestralmente al ministero una relazione, sulla base dei dati forniti dalle stesse banche emittenti, circa il volume e il costo dei prestiti in favore di famiglie e imprese.

Tuttavia, nonostante sia il decreto legge che quello attuativo richiamino più volte gli obblighi cui si impegnano le banche che beneficiano del finanziamento ministeriale, mancano precise misure per sanzionare e contrastare l'eventuale abuso del sostegno ricevuto. Il legislatore sembra, infatti, fare affidamento su valori etici e morali, piuttosto che su efficaci strumenti di controllo idonei a garantire la corretta finalizzazione delle risorse finanziarie acquisite [BRESCIA MORRA, 2009].

Bibliografia

- N. ABRIANI, *Strumenti finanziari “ibridi” e “azioni cangianti” nella disciplina anticrisi: prime considerazioni sui “Tremonti bond”*; in *Rivista di diritto dell’impresa*, 2009, 417-428;
- C. BRESCIA MORRA, *A cosa servono i “Tremonti Bond”?*; in www.nelmerito.com;
- G. CERRINA FERONI, *Crisi finanziaria e intervento pubblico a sostegno del sistema creditizio*, in www.giustamm.it;
- V.V. CHIONNA, *Strumenti finanziari e prodotti finanziari nel diritto italiano*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 2011, I, 1-10;
- G. CORASANTI - A. GIANNELLI - G. STRAMPELLI, *I cosiddetti “Tremonti bond”: profili societari, fiscali e contabili anche alla luce del documento congiunto di Banca d’Italia, Consob e Isvap del luglio 2009*, in www.strumentifinanziariefiscali.it, 2010, I;
- D. DIVERIO, *Gli aiuti di Stato al trasporto aereo e alle banche. Dalla crisi di settore alla crisi di sistema*, Milano, 2010;
- A. DOLMETTA, *Pacchetti legislativi per il salvataggio delle banche*, in *Le società*, 2009, III;
- V. GIGLIO, *Gli aiuti di Stato alle banche nel contesto della crisi finanziaria*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2009, I, 23-36;
- F. FERRARO, *L’evoluzione della politica sugli aiuti di Stato a sostegno dell’accesso al finanziamento nell’attuale situazione di crisi economica e finanziaria*, in *Dir. un. eur.*, 2010, 223 ss.;
- J. FINGLETON, *La politica della concorrenza in tempo di crisi*, in *Mercato concorrenza regole*, 2009, 7 ss.;
- M.R. INGENITO - S. TOUROUGOU, *Dopo la crisi. Sistema bancario ed economia: esigenze di ricapitalizzazione e sostegno a famiglie ed imprese*, in www.federalismi.it;
- M. LO BUE, *Stato e mercato: un nuovo assetto dopo la crisi?*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, 2010, III, 979-1013;
- R. LUJA, *State Aid and the Financial Crisis: Overview of the Crisis Framework*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2009, 145 ss.;
- E. MOSTACCI, *Stati finanziari e mercati sovrani: la crisi economica e gli strumenti per fronteggiarla*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2009, I, 305-325;
- G. MUSSARI - S. DALLE MURA - A. SANTONI, *La crisi economica del 2008: cause e provvedimenti*, in A. PISANESCHI (a cura di), *Dallo Stato imprenditore allo Stato regolatore. E ritorno?*, Torino, 2009;
- G. NAPOLITANO, *Il nuovo Stato salvatore: strumenti di intervento e assetti istituzionali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2008, XI, 1083-1094; ID., *L’intervento dello Stato nel sistema bancario e i nuovi profili pubblicistici del credito*, *ivi*, 2009, IV, 429-439; ID., *Profili procedurali e giurisdizionali dell’intervento pubblico nelle banche*, in www.giustamm.it;
- C. PASQUARIELLO, *Le misure anti-crisi del governo: gli interventi pubblici a sostegno delle famiglie e dell’economia*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2009, VI, 1239-1278;
- G. PRESTI, *Mezzi e fini della nuova regolamentazione finanziaria*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 2010, II, 208-228;

- G. PORTALE, *Le garanzie bancarie internazionali*, Milano, 1989;
- M. RISPOLI FARINA, *Note a margine dei "Tremonti bond"*, in *Le società*, 2009, VI, 767-775;
- F. SCIAUDONE, *Gli aiuti di Stato tra regolamentazione "orizzontale" e la crisi dei mercati: il ruolo della Commissione europea*, in C. SCHEPISI (a cura di), *La "modernizzazione" della disciplina sugli aiuti di Stato. Il nuovo approccio della Commissione europea e i recenti sviluppi in materia di public e private enforcement*, Torino, 2011;
- D. STEVANATO, *Il regime fiscale dei "Tremonti bond"*, in *Corriere tributario*, 2009, XIII, 1023-1026;
- T. TOMASI, *Le nuove misure statali "salva banche". (Riflessioni sulla l. n. 190/08 e disposizioni collegate)*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2009, V, 1013-1044;
- U. TOMBARI, *Tremonti Bond e ruolo dello Stato nell'economia*, in www.nelmerito.com.
- L. WAGNER, *Aides d'Etat: la Commission européenne confrontée au risque systemique*, in *Europe*, 2009, 4 ss.

VI. Il controllo prefettizio dell'economia: l'istituzione di speciali Osservatori sul credito

Scilla Vernile

SOMMARIO: 1. Il monitoraggio del finanziamento all'economia mediante l'istituzione di Osservatori sul credito presso le prefetture dei capoluoghi di regione. – 2. La composizione e l'attività degli Osservatori: raccolta dati, informazione, monitoraggio e soluzione delle controversie. – 3. Il rendiconto delle prefetture: analisi delle relazioni conclusive. – 4. Le criticità del controllo prefettizio dell'economia.

1. La crisi finanziaria ha comportato il ritorno a un sistema economico caratterizzato dalla presenza dello Stato. Il Governo è stato, infatti, autorizzato a intervenire in diversi modi per evitare che la crisi si trasformasse da finanziaria in reale e per fornire un sostegno alle banche in modo da garantirne stabilità e solvibilità, come era logico che accadesse in un momento di crisi quale quello che ha colpito l'Italia negli ultimi quattro anni. E d'altra parte, è lo stesso art. 117 Cost., lett. e), a riconoscere allo Stato la potestà legislativa esclusiva nella tutela del risparmio e nel disciplinare l'andamento dei mercati finanziari.

Le misure adottate non sono limitate a interventi diretti, come, ad esempio, il rilascio di garanzie sulle passività ovvero la sottoscrizione di speciali strumenti finanziari (a tal proposito, si v., *infra*, la parte V). A fronte della predisposizione di diverse modalità di finanziamento dell'economia, è stato previsto un sistema di monitoraggio, strutturato su più livelli, con lo scopo di assicurare un corretto utilizzo degli strumenti messi a disposizione e, soprattutto, che effettivamente il finanziamento ricevuto dagli istituti di credito vada a vantaggio delle famiglie e delle piccole e medie imprese. Sono stati, pertanto, introdotti alcuni mezzi di raccordo tra la Banca d'Italia, il ministero dell'Economia e delle finanze e il Parlamento, così da consentire la diffusione di dati e informazioni.

Tra le novità introdotte in termini di controlli, particolare rilievo deve essere attribuito a un nuovo sistema di monitoraggio, affidato alle prefetture, volto a verificare il corretto utilizzo degli strumenti di finanziamento dell'economia elaborati dal Governo per garantire la solvibilità e la stabilità delle banche.

Tale nuova forma di controllo trova la sua fonte nel d.l. 29 novembre 2008, n. 185, convertito in l. 28 gennaio 2009, n. 2. In particolare, il sesto comma dell'art. 12 dispone che, al fine di consentire al ministero dell'Economia e delle finanze di relazionare al Parlamento in maniera periodica in ordine al finanziamento dell'economia, "presso le Prefetture è istituito uno speciale osservatorio con la partecipazione dei soggetti interessati". La norma prosegue specificando che la creazione di queste nuove strutture non può comportare maggiori oneri a carico del bilancio statale e che, pertanto, l'istituzione degli osservatori deve avvenire nell'ambito delle risorse umane, strumentali e finanziarie già previste dalla legge.

Al fine di chiarire in cosa consista specificatamente l'attività delle prefetture e quali siano i dati che devono essere raccolti ed esaminati, è necessario richiamare il contenuto della direttiva congiunta emanata in data 31 marzo 2009 dai ministri dell'Interno e dell'Economia e delle finanze. Tuttavia, prima di analizzare in maniera puntuale compiti e funzioni degli osservatori, emergono dalla lettura della direttiva le ragioni e gli obiettivi che hanno condotto alla loro istituzione presso le prefetture dei capoluoghi di regione.

La scelta dell'attribuzione della competenza alle prefetture è giustificata, in particolare, dal fatto che il flusso finanziario che lega le banche alle famiglie e alle imprese è fortemente influenzato dal tasso di produttività del territorio, con la conseguenza che il miglior punto di osservazione è rappresentato proprio dalla dimensione locale. Quanto, invece, alla finalità perseguita, è chiaro che la predisposizione di numerose misure d'intervento statale comporta necessariamente la previsione di un meccanismo di monitoraggio del sistema e, soprattutto, il controllo del flusso del credito dagli istituti creditizi verso famiglie e piccole e medie imprese e la creazione di forme di raccordo e confronto tra gli operatori economici così da individuare per tempo eventuali distorsioni.

Prima di dettare le specifiche regole per la composizione delle prefetture e di individuare nel dettaglio l'attività degli osservatori, la direttiva dispone l'istituzione di un Osservatorio nazionale per il monitoraggio degli interventi anti-crisi, allo scopo di garantire un maggiore coordinamento delle attività dei diversi osservatori locali.

Infine, in linea con il carattere d'urgenza degli interventi realizzati, si chiarisce la temporaneità degli osservatori. Si legge, infatti, sempre all'interno della direttiva del 31 marzo 2009 che "tali attività rimarranno in essere per il tempo strettamente necessario a gestire l'attuale fase congiunturale con il monitoraggio dei flussi economici sul territorio".

A tal proposito, si ricorda fin d'ora che l'attività degli osservatori si è conclusa il 15 settembre 2010. Tuttavia, secondo quanto disposto dalla direttiva con-

giunta del ministero dell'Economia e delle finanze e del ministero dell'Interno del 20 luglio 2010, che ha appunto fissato la chiusura dei lavori al 15 settembre 2010, ai prefetti rimane la facoltà di proseguire l'attività di monitoraggio della situazione economica e finanziaria territoriale.

D'altra parte, seppure la limitazione temporale appare in contrasto con l'andamento della crisi, ben più duratura degli interventi predisposti, è comunque in linea con la natura emergenziale delle misure previste. Inoltre, la possibilità per le prefetture di decidere di continuare l'attività di monitoraggio dovrebbe lasciar sperare in una presa di coscienza della necessità, nonostante il dato normativo ma alla luce della situazione reale, che gli osservatori non interrompano i controlli.

2. Entrando nel merito della direttiva che ha fornito le linee guida per lo svolgimento dell'attività degli osservatori, rilevano prima di tutto le disposizioni relative alla loro composizione.

In particolare, ogni osservatorio è composto dal prefetto del capoluogo di regione, dai prefetti delle province della regione interessata, dal dirigente responsabile della direzione territoriale dell'economia e delle finanze, dal presidente della camera di commercio del capoluogo della regione, dal rappresentante designato dell'Associazione Bancaria Italiana, dai rappresentanti designati dalle categorie di impresa e dei lavoratori e, infine, dai rappresentanti designati dalle associazioni dei consumatori.

Si tratta, dunque, di un tavolo cui partecipano, oltre alle autorità istituzionali, i rappresentanti delle diverse categorie economiche, così da consentire il loro confronto contestuale. Inoltre, seppure non siano membri effettivi dell'osservatorio, sono invitati a partecipare alle riunioni anche il presidente della regione, i rappresentanti designati delle autonomie locali ANCI, UPI e UNCEM, il comandante regionale della Guardia di finanza, il direttore della filiale della Banca d'Italia con sede nel capoluogo di regione e, infine, tutti coloro la cui partecipazione sia ritenuta utile dal presidente dell'osservatorio al fine di discutere di specifiche questioni.

Per quanto riguarda, invece, l'attività svolta, gli osservatori sono stati istituiti per monitorare l'andamento dei flussi di credito sul territorio, mediante l'analisi di particolari dati, effettuata con disaggregazione per dimensione e settore produttivo.

I dati oggetto di esame sono costituiti da quelli forniti dalla Banca d'Italia, secondo quanto previsto dal d.l. 29 novembre 2008, n. 185, da studi elaborati dalla Guardia di finanza, dalle informazioni fornite dai diversi istituti creditizi presenti sul territorio, dalle ulteriori informazioni fornite dagli stessi organismi

rappresentati all'interno degli osservatori e, infine, da tutti quei dati rilevanti per l'analisi del credito che il prefetto può acquisire dalle pubbliche amministrazioni.

Gli osservatori locali si riuniscono almeno una volta ogni tre mesi e predispongono un rapporto che deve essere inviato all'Osservatorio nazionale, presieduto dal ministro dell'Economia e delle finanze e composto anche dal ministro dell'Interno o da un suo delegato, dal ministro dello Sviluppo economico o da un suo delegato e dai principali rappresentanti delle imprese, dei lavoratori e del sistema creditizio. L'osservatorio nazionale provvede ad esaminare, sulla base dei dati acquisiti, l'andamento del mercato del credito, verifica eventuali malfunzionamenti e, soprattutto, al fine di evitare inutili sovrapposizioni e ottimizzare l'utilizzo delle risorse pubbliche, coordina i diversi interventi, anche mediante l'adozione di linee guida.

Le relazioni predisposte tanto dagli osservatori locali che da quello nazionale confluiscono, poi, in quell'insieme di dati che la Banca d'Italia trasmette trimestralmente al ministero dell'Economia sull'andamento del credito.

Ma l'attività degli osservatori non è limitata alla raccolta dei dati e al coordinamento delle misure anticrisi. Questi svolgono, infatti, un ruolo significativo anche in relazione al contenzioso che viene a crearsi tra i diversi operatori economici.

In particolare, la direttiva del 31 marzo 2009 attribuisce ai prefetti, nell'ambito della provincia di competenza, il compito di raccogliere, in maniera riservata, le istanze e i reclami dei clienti delle banche che si ritengono danneggiati nell'erogazione del credito. Le istanze vengono, poi, suddivise per tipologia di clientela e trasmesse direttamente alle banche interessate, le quali devono rispondere entro un mese ai clienti, dandone contestualmente informazione ai prefetti.

3. Esaminati compiti e funzioni per cui gli Osservatori sono stati istituiti, sembra ora opportuno analizzare, al fine di verificarne l'effettiva utilità, le relazioni conclusive adottate al termine dell'attività. Come si è già avuto modo di anticipare, infatti, la direttiva congiunta del ministero dell'Economia e delle finanze e del ministero dell'Interno del 20 luglio 2010 ha previsto la cessazione dell'attività degli osservatori, ferma restando la facoltà per le prefetture di continuare il monitoraggio della situazione creditizia locale.

Da quanto emerge dalla lettura di alcune relazioni finali disponibili sui siti internet delle prefetture, l'attività degli osservatori sembra aver contribuito a garantire l'equità delle condizioni di credito offerte dalle banche alle piccole e medie imprese e alle famiglie, ad esempio mediante la richiesta agli istituti creditizi di modificare alcune clausole. Per lo più, però, l'attività degli osservatori è stata

limitata al monitoraggio delle domande e concessioni di credito e dell'utilizzo dei finanziamenti, non essendo comunque riconosciuti specifici poteri di intervento.

Per quanto riguarda il primo rapporto esaminato, si tratta della relazione dell'Osservatorio campano che, dopo un importante contributo della Camera di commercio di Napoli in cui si fa riferimento a uno dei problemi che hanno maggiormente colpito la regione, ossia l'elevato tasso di inattività della popolazione, si focalizza sull'andamento del credito, con particolare attenzione agli effetti che la crisi ha prodotto non solo sul versante delle imprese ma anche delle stesse banche.

Dal primo punto di vista, si rileva come sia aumentata la difficoltà per le imprese di accedere al credito a causa dell'allungamento dei tempi istruttori, della più severa valutazione delle imprese, del rialzo continuo dei tassi d'interesse e delle difficoltà d'incasso dei crediti commerciali. Dall'altro, si fa riferimento al fenomeno di razionamento del mercato creditizio che ha portato all'aggregazione di molte banche e alla sopravvivenza degli istituti di credito che sul territorio sono più vicini alle piccole e medie imprese. Infine, l'Osservatorio istituito presso la prefettura di Napoli promuove la tracciabilità delle pratiche istruttorie da parte degli istituti di credito, così da consentire di monitorare e valutare le eventuali discriminazioni degli "addetti ai lavori" quando ancora è possibile intervenire.

Ma la previsione di un simile sistema di monitoraggio ha favorito anche i controlli delle operazioni sospette da parte della Guardia di finanza che, come ricordato nel paragrafo precedente, partecipa al tavolo di discussione dell'osservatorio. Ad esempio, secondo la relazione della Guardia di finanza, confluita nel rapporto conclusivo dell'Osservatorio della prefettura di Venezia, le segnalazioni di operazioni sospette sono aumentate di circa il 50%, soprattutto grazie all'ausilio di banche e altri intermediari, essendo rimaste, invece, piuttosto esigue le indicazioni dei non professionisti.

Per quanto attiene più propriamente all'andamento del credito, sempre all'interno della medesima relazione, si rileva che la domanda di credito delle imprese è progressivamente diminuita, a causa della riduzione del fatturato e della redditività. In particolare, secondo quanto riportato nella relazione dell'Osservatorio, le imprese hanno cercato sempre più fonti di finanziamento a breve termine al solo fine di attenuare i problemi di liquidità e non, invece, per investimenti e obiettivi di crescita.

Inoltre, si chiarisce all'interno del rapporto che la crisi finanziaria non solo ha diminuito la richiesta di credito da parte delle imprese, ma ne ha anche reso maggiormente difficoltosa la concessione da parte delle banche. Quest'ultime, infatti, dato l'aumento della rischiosità dei clienti, sono divenute sempre più selettive nel riconoscimento del credito e hanno ampliato in misura considerevole il differenziale nei tassi d'interesse a seconda, appunto, del tasso di rischiosità.

Nel corso dell'attività dell'Osservatorio veneziano è stato possibile notare comunque un progressivo aumento delle offerte di credito da parte delle banche, che si erano, invece, notevolmente ridotte nel momento apicale della crisi, così come si è registrata, sempre rispetto al primo impatto della crisi, una crescita della richiesta di mutui per l'acquisto di case da parte delle famiglie.

Un ultimo spunto di riflessione è fornito dal rapporto conclusivo dell'Osservatorio della Valle d'Aosta. In particolare, per quanto riguarda l'andamento del credito si segnala, dopo una prima riduzione concomitante con il momento iniziale della crisi, un progressivo aumento del credito in favore delle piccole e medie imprese, ma soprattutto delle famiglie, grazie all'incremento dei finanziamenti pubblici.

Sempre con riferimento all'Osservatorio valdostano appare interessante il richiamo contenuto nella parte conclusiva del rapporto in relazione alle misure anti-crisi suggerite. A tal proposito, si legge che tra gli interventi a supporto del credito di particolare rilievo è stata la sospensione delle rate dei mutui agevolati previsti dalla normativa regionale cui hanno aderito circa il 50% delle imprese.

Infine, vengono richiamate le misure adottate, sulla scia di quelle predisposte dall'amministrazione regionale, da alcuni consorzi, assumendo il rischio delle relative operazioni, e l'introduzione con legge regionale di nuove condizioni per i mutui agevolati per l'edilizia abitativa che si sostanziano nell'innalzamento dell'importo massimo di mutui che possono essere concessi, nel prolungamento della durata massima del mutuo a trent'anni e nella determinazione di tassi fissi d'interesse calcolati sulla base di diverse fasce di reddito familiare.

4. L'innovatività della previsione di un controllo prefettizio emerge contestualmente alle sue criticità. Seppure, infatti, si deve salutare positivamente la predisposizione di un meccanismo di controllo e di raccordo idoneo a verificare l'effettività delle misure a sostegno del credito sia a livello nazionale che locale, non si possono tacere le diverse criticità del sistema elaborato.

Per prima cosa, vi è il rischio di una sovrapposizione tra l'attività degli osservatori e le verifiche imposte alla Banca d'Italia. Come si è già avuto modo di ricordare, infatti, le relazioni degli osservatori confluiscono nell'insieme di dati che la Banca d'Italia trasmette trimestralmente al ministero dell'Economia sull'andamento del credito e, a tal proposito, non è chiaro in cosa differiscano i dati così raccolti da quelli che in ogni caso devono essere elaborati dalla Banca d'Italia sulla base delle informazioni ricevute dai vari istituti creditizi.

La seconda criticità legata all'attribuzione della funzione di monitoraggio ai prefetti riguarda, invece, la loro incompetenza tecnica. Se è vero che la loro posi-

zione è certamente idonea per la conoscenza della realtà locale, è altrettanto vero che i prefetti non dispongono di competenze tali da assicurare una valutazione delle scelte relative al credito. D'altra parte, è proprio per l'atecnicità dei giudizi che gli osservatori non possono incidere concretamente sulla decisione della banca di concedere o meno finanziamenti [TORCHIA, 2009].

Infine, ciò che alimenta maggiormente le perplessità circa l'effettiva utilità degli osservatori e l'idoneità del modello elaborato a garantire un corretto flusso del credito dagli istituti creditizi alle famiglie e alle piccole e medie imprese è certamente l'assenza di meccanismi sanzionatori per le banche inadempienti. È difficile, infatti, riconoscere concreta effettività a un sistema di controllo che non prevede delle misure sanzionatorie nel caso in cui dall'attività di monitoraggio svolta emergano delle irregolarità [PASQUARIELLO, 2009].

Bibliografia

- A. CALOIA, *La crisi finanziaria: origini e caratteristiche, rimedi e prospettive*, in *Jus*, 2009, fasc. 1, 39-58;
- M. CERA, *La crisi finanziaria, le banche e l'intervento dello Stato fra leggi, ibridismi e prefetti*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2009, I, 37-51;
- G. NAPOLITANO, *L'intervento dello Stato nel sistema bancario e i nuovi profili pubblicistici del credito*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2009, IV, 429-439;
- C. PASQUARIELLO, *Le misure anti-crisi del governo: gli interventi pubblici a sostegno delle famiglie e dell'economia*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2009, VI, 1239-1278;
- L. TORCHIA, *Il "finanziamento all'economia" ed i prefetti, ovvero dell'eterogenesi dei mezzi*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2009, IV, 441-443.

VII. La riforma del Patto di stabilità e crescita

Annamaria Viterbo

SOMMARIO: 1. Il patto di stabilità: profili di diritto comunitario. - 2. La riforma operata tramite il cd. Six Pack. - 3. Il Fiscal Compact.

1. Il Patto di stabilità e crescita è costituito da un insieme di norme volte al coordinamento delle politiche di bilancio nazionali nel quadro dell'Unione economica e monetaria. Esso si pone in particolare l'obiettivo di assicurare il continuo rispetto dei criteri di convergenza relativi al disavanzo e al debito pubblico, che devono mantenersi rispettivamente nei limiti del 3% del PIL e del 60% del PIL, e di rafforzare la sostenibilità del progetto d'integrazione monetaria europea.

Il Patto è disciplinato dai seguenti strumenti: art. 121 TFUE (*ex art.* 99 TCE) e art. 126 TFUE (*ex art.* 104 TCE); il Protocollo n. 12 sulla procedura per disavanzo eccessivo allegato al TFUE; la risoluzione del Consiglio europeo di Amsterdam del 17 giugno 1997 sul Patto di stabilità e crescita; le Conclusioni del Consiglio europeo del 22-23 marzo 2005; le Conclusioni dell'ECOFIN del 10 ottobre 2006; le Conclusioni dell'ECOFIN del 9 ottobre 2007; il Regolamento (CE) n. 479/2009 del Consiglio del 25 maggio 2009 relativo all'applicazione del Protocollo sulla procedura per disavanzo eccessivo; il Codice di condotta adottato dall'ECOFIN del 7 settembre 2010; la versione consolidata del Regolamento (CE) n. 1466/97 del Consiglio come modificato dal Regolamento (CE) n. 1055/2005 del Consiglio e dal Regolamento (UE) n. 1175/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 novembre 2011; la versione consolidata del Regolamento (CE) n. 1467/97 del Consiglio come modificato dal Regolamento (CE) n. 1056/2005 del Consiglio e dal Regolamento (UE) n. 1177/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 novembre 2011.

Gli ultimi due regolamenti menzionati contengono, rispettivamente, la disciplina per il rafforzamento della sorveglianza delle posizioni di bilancio nonché della sorveglianza e del coordinamento delle politiche economiche (Reg. n. 1466/97) e le modalità di attuazione della procedura per i disavanzi eccessivi (Reg. n. 1467/97).

2. Essi sono stati recentemente modificati (fine 2011) nel contesto di un pacchetto di misure (il cd. *Six Pack*) volte a rafforzare la *governance* economica europea. La riforma del Patto è stata infatti accompagnata da altre misure tra cui vanno ricordate: la creazione di meccanismi di assistenza finanziaria a favore degli Stati euro colpiti da gravi perturbazioni economiche o finanziarie e volti a salvaguardare la stabilità finanziaria della zona euro nel suo insieme; la definizione di un meccanismo per il coordinamento *ex ante* delle politiche economiche nazionali nell'ambito del c.d. "semestre europeo"; la definizione di una nuova procedura di sorveglianza multilaterale sulla disciplina di bilancio degli Stati euro.

Per quanto riguarda più strettamente il Patto di stabilità e crescita la riforma ha introdotto rilevanti modifiche sia con riferimento alla sua parte preventiva che a quella correttiva. La crisi del debito sovrano nell'area euro ha, infatti, evidenziato la necessità di rendere più efficace e rigorosa l'applicazione del Patto, includendo nuovi meccanismi di allerta e di sanzione.

Per quanto riguarda il *volet* preventivo del Patto di stabilità e di crescita, la recente modifica del Reg. n.1466/97 introduce molteplici novità.

Viene innanzitutto previsto il Semestre europeo per il coordinamento delle politiche economiche, nel cui quadro il Consiglio esercita la sorveglianza multilaterale e nel cui contesto verranno elaborati e valutati gli indirizzi di massima per le politiche economiche, gli orientamenti in materia di occupazione, i programmi di stabilità (per gli Stati euro) o i programmi di convergenza (per gli Stati non euro) e verrà effettuata la sorveglianza di bilancio volta a prevenire e correggere gli squilibri macroeconomici eccessivi.

Viene inoltre introdotto il nuovo concetto di politica di bilancio prudente: ogni Stato membro avrà un obiettivo di bilancio a medio termine che dovrà tendere al saldo prossimo al pareggio o in attivo. Sulla base della valutazione della Commissione e del Comitato economico e finanziario, il Consiglio esaminerà, nell'ambito della sorveglianza multilaterale di cui all'art. 121 TFUE, gli obiettivi di bilancio a medio termine presentati dagli Stati membri nei rispettivi programmi di stabilità e valuterà se il percorso di avvicinamento verso l'obiettivo di bilancio a medio termine sia adeguato, tenendo anche conto del rapporto debito/PIL.

Qualora il percorso di avvicinamento non sia adeguato – tenuto conto di eventuali circostanze eccezionali al di fuori del controllo dello Stato membro interessato – la Commissione potrà rivolgere un avvertimento allo Stato interessato conformemente all'art. 121, par. 4 TFUE. Successivamente, il Consiglio potrà adottare una raccomandazione sugli interventi da adottare. Qualora poi lo Stato non adotti i provvedimenti opportuni, il Consiglio potrà adottare una decisione in cui constata l'assenza di interventi efficaci.

Per quanto riguarda il *volet* correttivo del Patto di stabilità e di crescita, la recente modifica del regolamento (CE) n.1467/97 apporta chiarimenti alla procedura per disavanzi eccessivi ai fini di una sua accelerazione e maggiore efficacia. La riforma attribuisce una maggiore rilevanza all'andamento del debito che dovrà essere monitorato con più rigore e trattato alla stessa stregua dell'andamento del disavanzo ai fini dell'adozione delle decisioni nel quadro della procedura per i disavanzi eccessivi. Pertanto, gli Stati membri il cui debito supera il 60% del PIL dovranno adottare misure per ridurlo ad un ritmo adeguato, definito come una riduzione negli ultimi 3 anni di almeno un ventesimo all'anno rispetto all'eccedenza. Nel corso della procedura per disavanzo eccessivo ed ai sensi dell'art. 126, par. 11 TFUE, il Consiglio potrà comminare allo Stato in disavanzo eccessivo un'ammenda costituita da un elemento fisso pari allo 0,2% del PIL e da un elemento variabile.

Si deve infine dare conto del Regolamento (UE) n. 1173/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio relativo all'effettiva esecuzione della sorveglianza di bilancio nella zona euro. Tale regolamento è rivolto ai soli Stati euro ed ha come base giuridica l'art. 136 in combinato disposto con l'art. 121, par. 6 TFUE. Detto regolamento, adottato nel contesto del *Six Pack*, stabilisce un sistema di misure accessorie volte a far migliorare il rispetto della parte preventiva (Reg. 1466/97) e della parte correttiva (Reg. 1467/97) del Patto di stabilità e crescita da parte degli Stati euro.

Il Consiglio può deliberare, soltanto nei confronti degli Stati della zona euro, alcune misure correttive che, se del caso, saranno convertite in sanzioni. In particolare, per quanto riguarda il *volet* preventivo, il Consiglio può decidere la costituzione di un deposito fruttifero temporaneo (pari allo 0,2% del PIL) a carico dello Stato euro che non abbia adottato una politica di bilancio prudente, mettendo a repentaglio la sostenibilità delle finanze pubbliche con effetti destabilizzanti sull'intera area euro. La deliberazione avviene con procedura di maggioranza qualificata inversa (*reverse voting*): la decisione è cioè considerata adottata dal Consiglio a meno che quest'ultimo, con voto a maggioranza qualificata (*ex art. 238, par. 3, lett. b)*), non decida di respingere la proposta della Commissione entro dieci giorni dalla sua adozione. Alla decisione del Consiglio non possono prendere parte i paesi non-euro e lo Stato membro interessato.

Per quanto riguarda il *volet* correttivo, il Consiglio può decidere l'apertura di un deposito infruttifero (pari allo 0,2% del PIL) al momento della decisione sull'esistenza di un disavanzo eccessivo (ai sensi dell'art. 126, par. 6 TFUE); in caso di mancato rispetto della raccomandazione iniziale di correzione del disavanzo (ai sensi dell'art. 126, par. 8 TFUE), tale deposito può essere convertito in un'ammenda. In entrambi i casi, la decisione del Consiglio si intende approvata a meno che non venga respinta a maggioranza qualificata.

3. A queste riforme al Patto di stabilità e crescita si aggiungeranno quelle contenute nel *Trattato sulla stabilità, il coordinamento e la governance nell'Unione economica e monetaria* (anche detto *Fiscal Compact*), la cui firma è prevista in occasione del Consiglio europeo del 1-2 marzo 2012. L'obiettivo che si pone il Trattato è quello di rafforzare la disciplina di bilancio, introducendo una più rigorosa sorveglianza all'interno dell'area euro. I Paesi aderenti al Trattato si impegnano a mantenere il proprio bilancio in equilibrio (e se possibile in surplus), criterio che si considererà soddisfatto se il deficit annuale si manterrà nel valore massimo dello 0,5% del PIL. In caso di deviazione da questo criterio entrerà in funzione un meccanismo di sanzioni quasi automatiche. Inoltre, il principio del "pareggio di bilancio" dovrà essere incorporato a livello costituzionale negli ordinamenti nazionali entro un anno dall'entrata in vigore del Trattato. Sarà la Corte di giustizia UE a vegliare sulla corretta trasposizione di questa norma, mentre in caso di mancato rispetto potrà imporre sanzioni pari allo 0,1% del PIL che dovranno essere versate al *Meccanismo Europeo di Stabilità*.

Il Trattato estende, inoltre, l'applicazione della maggioranza qualificata inversa alla decisione di aprire una procedura per deficit eccessivo nei confronti di Stati appartenenti all'area euro, nonché alla decisione di imporre sanzioni che diverranno quindi quasi automatiche.

VIII. Il Patto di stabilità interno

Gabriele Bottino

SOMMARIO: 1. Il Patto di stabilità interno: definizione. – 2. Il Patto di Stabilità interno: principio di coordinamento della finanza pubblica e strumento di tutela dell'unità economica della Repubblica – 3. Il quadro normativo di riferimento. – 4. L'ambito soggettivo di applicazione. – 5. Parametri di virtuosità e suddivisione, degli Enti territoriali, in "classi". – 6. Le modalità di applicazione per le Regioni. – 7. Le modalità di applicazione per gli Enti locali. – 8. La "regionalizzazione" del Patto. – 9. Le sanzioni previste per l'evasione, e per la violazione, del Patto.

1. Il "Patto di stabilità interno" è uno strumento di politica economico-finanziaria. L'aggettivazione, "interno", indica che il Patto (e le disposizioni normative che lo disciplinano) costituisce il necessario complemento degli impegni economico-finanziari assunti dalla Repubblica Italiana con l'Unione europea, nell'ambito del Patto europeo di stabilità e crescita [in merito al Patto europeo cfr., *supra*, il contributo di VITERBO]. La funzione del Patto interno è rappresentata, ancora all'interno della sua denominazione, dalla "stabilità" dei conti pubblici. Mediante il Patto lo Stato italiano, con proprie disposizioni normative (legislative e regolamentari):

- a) individua gli obiettivi economico finanziari che devono essere raggiunti dagli altri Enti territoriali di governo (Regioni ed Enti locali), affinché la Repubblica italiana nel suo complesso (nei suoi "elementi costitutivi", a norma dell'art. 114, comma 1, Cost.) possa rispettare gli impegni assunti in sede europea [in argomento, *amplius*, BRANCASI, 2005; GIARDA, 2004; GIUSTI; MANACORDA; SCIASCIA];
- b) determina le sanzioni applicabili a tali Enti territoriali di governo, in caso di mancato rispetto del medesimo "Patto";
- c) contribuisce a determinare la "dinamica", la "struttura" ed i "criteri di governo della spesa pubblica" (c.d. "*spending review*") [GIARDA, 2012].

2. Nonostante l'origine del Patto di stabilità interno sia anteriore (cfr. il successivo par. 3) alla riforma del Titolo V della Costituzione, per effetto di tale ri-

forma il Patto ha assunto un ruolo fondamentale nel coordinamento economico-finanziario, da parte dello Stato, degli altri “livelli” di governo territoriale. Poiché, infatti, la competenza legislativa esclusiva dello Stato concerne la materia del “sistema tributario e contabile dello Stato” (del “solo” Stato, art. 117, comma 2, lett. e), Cost.) e, nel contempo, la materia della “armonizzazione dei bilanci pubblici e coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario” è rimessa alla competenza legislativa concorrente tra lo Stato e le Regioni, le disposizioni legislative statali in materia di “Patto di stabilità interno” costituiscono “principi fondamentali” in materia di “coordinamento della finanza pubblica” [cfr. BRANCASI, 2011]. Tale riconduzione del “Patto” ai “principi fondamentali” della potestà legislativa statale, concorrente, consente allo Stato di dettare norme (ed obiettivi economico-finanziari) applicabili anche nei confronti delle Regioni e degli Enti locali.

La legittimità costituzionale delle norme statali di disciplina del Patto di stabilità interno, in quanto principi fondamentali del coordinamento della finanza pubblica, è stata più volte avallata dalla Corte costituzionale (*ex plurimis*, n. 417 del 2005, n. 95 del 2008 e, da ultimo, n. 155 e n. 229 del 2011).

Si deve peraltro sottolineare come le recenti disposizioni legislative statali dirette a disciplinare (“manutenere”: cfr., ancora, il successivo par. 3) il Patto di stabilità interno “àncorino” il medesimo Patto, oltre che ai predetti “principi fondamentali di coordinamento della finanza pubblica” (art. 117, comma 3, Cost., ma anche art. 119, comma 2, Cost.), alla “tutela dell’unità economica” della Repubblica (art. 120, comma 2, Cost.).

3. Al fine di comprendere l’odierno contenuto del Patto di stabilità interno è necessario rivolgere l’attenzione alle disposizioni normative statali che lo hanno introdotto e disciplinato, nel tempo, e che ne recano la disciplina vigente.

L’introduzione originaria del Patto risale al testo dell’art. 28 (“Patto di stabilità interno”), legge n. 448 del 1998 [BRANCASI, 2005; GIARDA, 2004]. Tale norma: *a*) determinava le finalità connesse all’introduzione del Patto (il concorso agli obiettivi di finanza pubblica che l’Italia ha concordato in sede europea); *b*) riconduceva, già al tempo, il medesimo Patto all’area del c.d. “federalismo fiscale”; *c*) individuava con precisione il contenuto originario del Patto (la progressiva riduzione del “fabbisogno” e dell’“indebitamento netto” delle Regioni e degli Enti locali). Per tali ragioni è ancora opportuno “leggere” il testo dell’art. 28, comma 1, norma peraltro ad oggi ancora (formalmente) in vigore: “Nel quadro del federalismo fiscale [...] le Regioni, le Province autonome, le Province, i Comuni e le Comunità montane concorrono alla realizzazione degli obiettivi di finanza pub-

blica che il Paese ha adottato con l'adesione al patto di stabilità e crescita [europeo], impegnandosi a ridurre progressivamente il finanziamento in disavanzo delle proprie spese e a ridurre il rapporto tra il proprio ammontare di debito e il prodotto interno lordo”.

A seguito di tale originaria introduzione, e nel corso del tempo, il Patto di stabilità interno è stato oggetto di una costante “manutenzione” annuale diretta a: *a)* riscriverne i saldi economico-finanziari, e le concrete modalità di calcolo; *b)* specificarne i criteri di applicazione nei confronti delle Regioni e degli Enti locali (nei “limiti” della salvaguardia della loro autonomia contabile, tributaria, patrimoniale e finanziaria); *c)* affermarne, in sintesi, la natura necessariamente tecnica e “flessibile”.

Questa opera di “manutenzione”, continua e costante, si è concretizzata all'interno di successivi provvedimenti legislativi statali (legge n. 448 del 2001, art. 24; legge n. 311 del 2004, art. 1; decreto legge n. 44 del 2005, convertito in legge n. 88 del 2005, articoli 1-*bis*, 1-*ter*, 1-*quater*) [in argomento, MERCATI] e, con l'acuirsi della crisi economico-finanziaria (europea ed internazionale), ha assunto una periodicità annuale (decreto legge n. 112 del 2008, convertito in legge n. 133 del 2008, artt. 77 e ss.) e, più di recente, infra-annuale.

La disciplina vigente del Patto di stabilità interno è contenuta all'interno dei seguenti provvedimenti normativi: decreto legge n. 78 del 2010, convertito in legge n. 122 del 2010, art. 14 (“Patto di stabilità interno ed altre disposizioni sugli enti territoriali”); decreto legge n. 98 del 2011, convertito in legge n. 111 del 2011, art. 20 (“Nuovo patto di stabilità interno: parametri di virtuosità”); legge n. 183 del 2011, artt. 30 ss. [in argomento, BRUNO; LEONARDI; PISAURO; VILLA].

4. Prima ancora di procedere alla disamina del contenuto del Patto di stabilità interno, per le Regioni e per gli Enti locali, è necessario evidenziare una recente tendenza, volta all'ampliamento dell'ambito soggettivo di applicazione del Patto.

Oltre alle Regioni ed agli Enti locali (Province e Comuni con popolazione superiore a 5.000 abitanti), tradizionalmente assoggettati al Patto sin dalla sua origine, l'odierno ampliamento dell'ambito di applicazione del Patto riguarda i seguenti soggetti:

- a)* le società affidatarie dirette, “*in house*”, della gestione di servizi pubblici locali (art. 25, comma 1, decreto legge n. 1 del 2012, non ancora convertito in legge;
- b)* a partire dal 2013, i Comuni con popolazione compresa tra i 1.001 e 5.000 abitanti (art. 31, comma 1, legge n. 183 del 2011);

- c) a partire dal 2013, le aziende speciali e le aziende speciali e le istituzioni degli Enti locali (art. 25, comma 2, decreto legge n. 1 del 2012, non ancora convertito in legge);
- d) a partire dal 2014, le unioni di Comuni formate dagli Enti locali con popolazione inferiore a 1.000 abitanti (art. 16, comma 1, decreto legge n. 138 del 2011).

L'estensione dei soggetti obbligati all'applicazione, ed al rispetto, del Patto risponde ad ulteriori finalità di coordinamento. L'intenzione legislativa è, da un lato, quella di includere nel coordinamento statale della finanza pubblica anche i Comuni "minori" (e le Unioni mediante le quali tali Enti sono obbligati ad esercitare le loro "funzioni fondamentali") [vedi in argomento, *infra*, il contributo di GIANNELLI]; d'altro lato, evitare che il ricorso a forme organizzative "esterne" (aziende speciali, istituzioni, società pubbliche) possa comportare, per l'Ente territoriale di riferimento, un rispetto esclusivamente formale del Patto, a fronte di una sua sostanziale elusione. Le concrete modalità applicative del Patto, nei confronti di questi nuovi soggetti, sono comunque rimesse all'emanazione di successivi regolamenti ministeriali (ad oggi non ancora emanati).

5. Allo scopo di fare fronte alle plurime critiche rivolte dalle Regioni e dagli Enti locali (di regola attraverso i propri organismi rappresentativi) nei confronti dei meccanismi automatici di applicazione del Patto di stabilità interno, meccanismi incapaci di differenziare tra Enti territoriali rispettosi dei vincoli di finanza pubblica (c.d. enti "virtuosi"), ed Enti territoriali costantemente irrispettosi dei predetti vincoli, l'art. 20, comma 2, del decreto legge n. 98 del 2011, così dispone [in argomento, VILLA].

Ai fini di ripartire l'ammontare del concorso alla realizzazione degli obiettivi di finanza pubblica fissati, a decorrere dall'anno 2012, [...] tra gli Enti del singolo livello di governo, i predetti Enti sono ripartiti con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro dell'interno e con il Ministro per gli affari regionali e per la coesione territoriale, d'intesa con la Conferenza unificata di cui all'art. 8 del d.lgs. n. 281 del 1997, in due classi, sulla base della valutazione ponderata dei seguenti parametri di virtuosità:

- a) a decorrere dall'anno 2013, prioritaria considerazione della convergenza tra spesa storica e costi e fabbisogni standard;
- b) rispetto del patto di stabilità interno;
- c) a decorrere dall'anno 2013, incidenza della spesa del personale sulla spesa corrente dell'ente, in relazione al numero dei dipendenti in rapporto alla popolazione residente, alle funzioni svolte anche attraverso esternalizzazio-

ni, nonché all'ampiezza del territorio (la valutazione del predetto parametro tiene conto del suo valore all'inizio della legislatura o consiliatura, e delle sue variazioni nel corso delle stesse);

- d) autonomia finanziaria;
- e) equilibrio di parte corrente;
- f) a decorrere dall'anno 2013, per gli Enti locali, tasso di copertura dei costi dei servizi a domanda individuale;
- g) a decorrere dall'anno 2013, per le Regioni, rapporto tra gli introiti derivanti dall'effettiva partecipazione all'azione di contrasto all'evasione fiscale dei tributi erariali;
- h) a decorrere dall'anno 2013, effettiva partecipazione degli Enti locali all'azione di contrasto all'evasione fiscale;
- i) rapporto tra le entrate di parte corrente riscosse e accertate;
- l) a decorrere dall'anno 2013, operazione di dismissione di partecipazioni societarie nel rispetto della normativa vigente.

La conseguenza della riconduzione delle Regioni e degli Enti locali (a seguito dell'emanazione del decreto ministeriale previsto dalla stessa disposizione normativa) nelle due predette "classi" (Enti "virtuosi", Enti "non virtuosi"), è quella di "allentare" i vincoli del Patto per gli Enti qualificati "virtuosi" e, al contrario, rendere i medesimi vincoli ancora più stringenti per gli Enti qualificati "non virtuosi", in un evidente meccanismo di premi e sanzioni (in concreto, tali meccanismi premiali e sanzionatori si riverberano sulle differenti modalità di calcolo degli obiettivi del Patto, descritti nei due paragrafi a questo immediatamente successivi).

6. Le modalità di applicazione del Patto di stabilità interno, per le *Regioni*, sono le seguenti.

Per le Regioni a statuto ordinario:

- a) il concorso alla realizzazione degli *obiettivi di finanza pubblica*, per il triennio 2011-2013, in termini di "fabbisogno" e "indebitamento netto", è determinato in 4.000 milioni di euro per l'anno 2011, e per 4.500 milioni di euro annui, a decorrere dall'anno 2012 (art. 14, comma 1, lett. a), decreto legge n. 78 del 2010): a tali importi si aggiungono, per gli anni 2012 e successivi, ulteriori misure determinate in 1.600 milioni di euro annui (art. 20, comma 5, lett. a), decreto legge n. 98 del 2011);
- b) *in attesa dell'emanazione del decreto ministeriale diretto a "distribuire" le singole Regioni a statuto ordinario all'interno delle predette due "classi" di "virtuosità - non virtuosità"* (art. 32, legge n. 183 del 2011): 1) il complesso del-

le *spese finali*, in termini di *competenza finanziaria*, non può essere superiore, per ciascuno degli anni 2012 e 2013, agli obiettivi di competenza 2012 e 2013, già trasmessi al competente Ministero dell'economia e delle finanze (ai sensi del d.m. 15 giugno 2011), obiettivi ridotti degli importi di cui alla tabella contenuta nel medesimo art. 32, comma 2: per gli anni 2014 e successivi il complesso delle spese finali, in termini di competenza, non può essere superiore all'obiettivo determinato per l'anno 2013; 2) il complesso delle *spese finali*, in termini di *cassa*, non può essere superiore, per ciascuno degli anni 2012 e 2013, agli obiettivi di cassa 2012 e 2013, già trasmessi al competente Ministero dell'economia e delle finanze (ancora ai sensi del d.m. 15 giugno 2011), obiettivi ridotti degli importi di cui alla tabella contenuta nel medesimo art. 32, comma 3: per gli anni 2014 e successivi il complesso delle spese finali, in termini di cassa, non può essere superiore all'obiettivo determinato per l'anno 2013; 3) il complesso delle spese finali di cui ai precedenti n. 1 e n. 2, sia in termini di *competenza* che in termini di *cassa*, è determinato dalla somma delle spese correnti e delle spese in conto capitale, come risultanti dal relativo conto consuntivo di riferimento, al netto delle spese tassativamente enumerate nel medesimo art. 32, comma 4 (le quali, dunque, devono essere escluse dalla predetta somma algebrica);

- c) *successivamente all'emanazione del decreto ministeriale diretto a "distribuire" le singole Regioni a statuto ordinario all'interno delle predette due "classi" di "virtuosità - non virtuosità"* (art. 32, comma 7 e 9, legge n. 183 del 2011): 1) il complesso delle *spese finali* relative agli anni 2012, 2013 e successivi, sia in termini di *competenza* che di *cassa*, delle Regioni a statuto ordinario collocate nella "classe più virtuosa", non può essere superiore alla media delle corrispondenti spese finali del triennio 2007-2009, ridotta dello 0,9 per cento (questo, lo specifico meccanismo premiale); 2) il complesso delle *spese finali* relative agli anni 2012, 2013 e successivi, sia in termini di *competenza* che di *cassa*, delle Regioni a statuto ordinario collocate nella "classe non virtuosa", è determinato (in senso più restrittivo) ad opera delle apposite tabelle contenute nel medesimo decreto ministeriale di qualificazione delle classi di "virtuosità - non virtuosità" (questo, lo specifico meccanismo sanzionatorio).

Per le *Regioni a statuto speciale*, e le *Province autonome di Trento e di Bolzano*:

- a) il concorso alla realizzazione degli *obiettivi di finanza pubblica*, per il triennio 2011-2013, in termini di "*fabbisogno*" e "*indebitamento netto*", è determinato in 500 milioni di euro per l'anno 2011, e 1.000 milioni di euro annui a decorrere dall'anno 2012 (art. 14, comma 1, lett. *b*), d.l. n. 78 del 2010): a tali importi si aggiungono, per gli anni 2012 e successivi, ulteriori

- misure determinate in 2.000 milioni di euro annui (art. 20, comma 5, lett. b), decreto legge n. 98 del 2011);
- b) il *concorso alla manovra finanziaria statale* è determinato in ragione degli obiettivi (in termini di competenza e di cassa) fissati nella tabella di cui all'art. 32, comma 10, legge n. 183 del 2011;
 - c) le Regioni a statuto speciale, escluse la Regione Trentino-Alto Adige e le Province autonome di Trento e di Bolzano, al fine di assicurare il concorso agli *obiettivi di finanza pubblica*, concordano, entro il 31 dicembre di ciascun anno precedente, con il Ministro dell'economia e delle finanze, per ciascuno degli anni 2012, 2013 e successivi, il *livello complessivo delle spese correnti e in conto capitale*, nonché dei relativi pagamenti, determinato riducendo gli obiettivi programmatici del 2011 della somma degli importi indicati dalla tabella di cui al predetto art. 32, comma 10: a tale fine, entro il 30 novembre di ciascun anno precedente, il Presidente della Regione trasmette la proposta di accordo al Ministro dell'economia e delle finanze e, in caso di mancato accordo, si applicano le disposizioni stabilite per le Regioni a statuto ordinario (art. 32, comma 11, legge n. 183 del 2011);
 - d) sempre al fine di assicurare il concorso agli *obiettivi di finanza pubblica*, la Regione Trentino-Alto Adige e le Province autonome di Trento e di Bolzano concordano, entro il 31 dicembre di ciascun anno precedente, con il Ministro dell'economia e delle finanze, per ciascuno degli anni 2012, 2013 e successivi, il *saldo programmatico calcolato in termini di competenza mista*, determinato migliorando il saldo programmatico dell'esercizio 2011 della somma degli importi indicati dalla tabella di cui al predetto art. 32, comma 10: a tale fine, entro il 30 novembre di ciascun anno precedente, il Presidente dell'Ente (regionale o provinciale) trasmette la proposta di accordo al Ministro dell'economia e delle finanze e, in caso di mancato accordo, si applicano le disposizioni stabilite per le Regioni a statuto ordinario (art. 32, comma 12, legge n. 183 del 2011).

Sia per le Regioni a statuto ordinario, che per le Regioni a statuto speciale e le Province autonome di Trento e Bolzano, l'art. 32, comma 18 e 19, legge n. 183 del 2011, impone puntuali obblighi di *monitoraggio* degli adempimenti, e *verifica* del rispetto, del Patto.

7. Le modalità di applicazione del Patto di stabilità interno, per gli *Enti locali*, sono le seguenti:

- a) il concorso alla realizzazione degli *obiettivi di finanza pubblica*, per il triennio 2011-2013, in termini di "*fabbisogno*" e "*indebitamento netto*" è deter-

minato: 1) per le Province, in 300 milioni di euro per l'anno 2011, ed in 500 milioni di euro annui a decorrere dall'anno 2012 (attraverso la contestuale riduzione dei trasferimenti erariali) (art. 14, comma 1, lett. c), decreto legge n. 78 del 2010); 2) per i Comuni, in 1.500 milioni di euro per l'anno 2011, ed in 2.500 milioni di euro annui a decorrere dall'anno 2012 (anche in tale fattispecie, mediante contestuale riduzione dei trasferimenti statali) (art. 14, comma 1, lett. d), decreto legge n. 78 del 2010); a tali importi si aggiungono, per gli anni 2012 e successivi, ulteriori misure determinate, per le Province, in 700 milioni di euro per l'anno 2012 e 800 milioni di euro a decorrere dall'anno 2013 e, per i Comuni, in 1.7000 milioni di euro per l'anno 2012 e 2.000 milioni di euro a decorrere dall'anno 2013 (art. 20, comma 5, lett. c) e d), decreto legge n. 98 del 2011);

- b) *in attesa dell'emanazione del decreto ministeriale diretto a distribuire gli Enti locali all'interno delle predette due "classi" di "virtuosità - non virtuosità"* (art. 31, comma 2, 3 e 4, legge n. 183 del 2011): 1) il *saldo finanziario* tra entrate finali e spese finali, calcolato in termini di *competenza mista*, è costituito dalla somma algebrica degli importi risultanti dalla differenza tra accertamenti ed impegni, per la parte corrente, e dalla differenza tra incassi e pagamenti, per la parte in conto capitale (all'interno di tale sommatoria algebrica non sono computate, in quanto escluse, le spese tassativamente enumerate dall'art. 32, comma da 7 a 16, della legge n. 183 del 2011); 2) ai fini della determinazione dello specifico *obiettivo di saldo finanziario*, le Province e i Comuni con popolazione superiore a 1.000 abitanti applicano, alla media della spesa corrente registrata negli anni 2006-2008, così come desunta dai certificati di conto consuntivo, le percentuali di seguito indicate: per le Province le percentuali sono pari a 16,5 per cento per l'anno 2012, e a 19,7 per cento per gli anni 2013 e successivi; per i Comuni con popolazione superiore a 5.000 abitanti le percentuali sono pari a 15,6 per cento per l'anno 2012, e a 15,4 per cento per gli anni 2013 e successivi; per i Comuni con popolazione compresa tra 1.001 e 5.000 abitanti, le percentuali per gli anni 2013 e successivi sono pari a 15,4 per cento; 3) ai fini del concorso al *contenimento dei saldi di finanza pubblica*, Comuni e Province devono conseguire, per ciascuno degli anni 2012, 2013 e successivi, un *saldo finanziario* in termini di *competenza mista* non inferiore al valore individuato attraverso l'applicazione delle percentuali di cui al precedente n. 2, diminuito di un importo pari alla riduzione dei trasferimenti erariali di cui al comma 2 dell'art. 14, decreto legge n. 78 del 2010;
- c) *successivamente all'emanazione del decreto ministeriale diretto a distribuire gli Enti locali all'interno delle due predette "classi" di "virtuosità - non virtuosità"*

- tà” (art. 32, comma 5 e 6, legge n. 183 del 2011): 1) gli Enti locali collocati nella classe più “virtuosa”, conseguono l’obiettivo strutturale realizzando un saldo finanziario, espresso in termini di competenza mista, pari a zero, ovvero ad un valore comunque compatibile con gli spazi finanziari concessi all’interno della manovra statale di finanza pubblica (questo, lo specifico meccanismo premiale); 2) gli Enti locali collocati nella classe meno “virtuosa”, applicano le percentuali indicate nella precedente lett. *b*), n. 2, così come rideterminate, in senso peggiorativo, dallo stesso decreto ministeriale di individuazione delle classi di “virtuosità - non virtuosità” (questo, lo specifico meccanismo sanzionatorio, precisando che il peggioramento delle percentuali in oggetto non può comunque superare la misura massima dello 0,4 per cento).
- d*) il *bilancio di previsione degli Enti locali* ai quali si applicano le disposizioni del Patto di stabilità interno, sin qui esaminate, deve essere approvato iscrivendo le previsioni di entrata e di spesa di parte corrente in misura tale che, unitamente alle previsioni dei flussi di cassa di entrata e di spesa in conto capitale, al netto delle riscossioni e delle concessioni di crediti, sia garantito il rispetto delle regole che disciplinano il Patto medesimo. A tale fine, gli Enti locali sono tenuti ad *allegare al bilancio di previsione un apposito prospetto* contenente le previsioni di competenza e di cassa degli aggregati rilevanti ai fini del Patto di stabilità interno (art. 32, comma 18, legge n. 183 del 2011). Anche per gli Enti locali, l’art. 32, comma 19 e 20, legge n. 183 del 2011, impone puntuali obblighi di *monitoraggio* degli adempimenti, e *verifica* del rispetto, del Patto.

8. Allo scopo di garantire ulteriori meccanismi di flessibilità nell’applicazione del Patto, all’interno dei rapporti “interni” tra le Regioni (a statuto ordinario e speciale) e gli Enti territoriali appartenenti al relativo territorio regionale, la vigente disciplina normativa statale consente le seguenti ipotesi di “*Patto di stabilità regionalizzato*”:

- a*) a decorrere dall’anno 2011 (c.d. Patto regionale “*verticale*”, cfr. articolo 1, comma 138, 138-*bis*, 139 e 140, legge n. 220 del 2010): 1) le Regioni, escluse la Regione Trentino-Alto Adige e le Province autonome di Trento e di Bolzano, possono autorizzare gli Enti locali del proprio territorio a peggiorare il loro saldo programmatico attraverso un aumento dei pagamenti in conto capitale e contestualmente, e per lo stesso importo, procedono a rideterminare il proprio obiettivo programmatico in termini di cassa o di competenza: attraverso apposita certificazione, le Regioni dichiarano che la ride-

terminazione del proprio obiettivo di cassa è stata realizzata attraverso una riduzione dei pagamenti finali in conto capitale soggetti ai limiti del Patto, e che la rideterminazione del proprio obiettivo di competenza è stata realizzata attraverso una riduzione degli impegni correnti comunque soggetti ai limiti del Patto (per l'applicazione di tali meccanismi compensativi, le Regioni definiscono criteri di virtuosità e modalità operative previo confronto in sede di Consiglio delle autonomie locali e, ove non istituito, con i rappresentanti regionali delle autonomie locali); 2) la Regione Trentino-Alto Adige, e le Province autonome di Trento e di Bolzano, possono autorizzare gli Enti locali del proprio territorio a peggiorare il loro saldo programmatico, migliorando contestualmente il proprio saldo programmatico per lo stesso importo; 3) gli Enti locali, a propria volta, dichiarano all'Anci, all'Upi, alle Regioni e alle Province autonome, entro il 15 settembre di ciascun anno, l'entità dei pagamenti che possono effettuare nel corso dell'anno; 4) infine, entro il termine del 31 ottobre di ciascun anno, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano comunicano al Ministero dell'economia e delle finanze, con riferimento a ciascun Ente locale beneficiario, gli elementi informativi occorrenti per la verifica del mantenimento dell'equilibrio dei saldi di finanza pubblica;

- b) a decorrere dall'anno 2011 (c.d. Patto regionale "orizzontale", cfr. articolo 1, comma 141 e 142, legge n. 220 del 2010): 1) le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano possono, per gli Enti locali del proprio territorio, integrare le regole e modificare gli obiettivi posti dal legislatore nazionale, in relazione alla diversità delle situazioni finanziarie esistenti, ferme restando le disposizioni statali in materia di monitoraggio e di sanzioni, e l'importo dell'obiettivo complessivamente determinato per gli Enti locali della Regione (tali meccanismi compensativi sono attuati sulla base dei criteri stabiliti mediante apposito decreto del Ministero dell'economia e delle finanze, d'intesa con la Conferenza unificata; 2) ogni Regione definisce e comunica, agli Enti locali del proprio territorio, il nuovo obiettivo annuale del Patto di stabilità interno, determinato anche sulla base dei criteri stabiliti in sede di Consiglio delle autonomie locali: la Regione comunica altresì al Ministero dell'economia e delle finanze, entro il termine perentorio del 30 giugno di ciascun anno, con riferimento a ciascun Ente locale, gli elementi informativi occorrenti per la verifica del mantenimento dell'equilibrio dei saldi di finanza pubblica;
- c) a decorrere dall'anno 2013 (c.d. Patto regionale "integrato", cfr. articolo 32, comma 17, legge n. 183 del 2011): 1) le modalità di raggiungimento degli obiettivi di finanza pubblica delle singole Regioni, esclusa la componente

sanitaria, delle Province autonome di Trento e di Bolzano, e degli Enti locali dei relativi territori, possono essere concordate tra lo Stato e le Regioni e le Province autonome, previo accordo concluso in sede di Consiglio delle autonomie locali e, ove non istituito, con i rappresentanti dell’Anci e dell’Upi regionali: le predette modalità si conformano a criteri europei con riferimento all’individuazione delle entrate e delle spese da considerare nel saldo valido per il Patto di stabilità interno; 2) le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano, rispondono nei confronti dello Stato del mancato rispetto degli obiettivi di cui al precedente n. 1, attraverso un maggior concorso delle stesse, nell’anno successivo, in misura pari alla differenza tra l’obiettivo complessivo e il risultato complessivo conseguito; 3) restano comunque ferme le vigenti sanzioni a carico degli Enti (regionali e locali, cfr. il successivo par. 9) responsabili del mancato rispetto degli obiettivi del Patto di stabilità interno, il monitoraggio, con riferimento a ciascun Ente, a livello centrale, nonché il termine perentorio del 31 ottobre per la comunicazione della rimodulazione degli obiettivi riferiti a ciascun Ente; 4) la Conferenza permanente per il coordinamento della finanza pubblica, con il supporto tecnico della Commissione tecnica paritetica per l’attuazione del federalismo fiscale, monitora l’applicazione dei predetti meccanismi compensativi; 5) le modalità per l’attuazione del Patto regionale “integrato”, nonché le modalità e le condizioni per l’eventuale esclusione, dall’ambito di applicazione del medesimo Patto, delle Regioni che in uno dei tre anni precedenti siano risultate inadempienti al Patto di stabilità interno, e delle Regioni sottoposte ai piani di rientro dai deficit sanitari, sono individuate con apposito decreto del Ministro dell’economia e delle finanze, sentita la Conferenza unificata, da adottare entro il 30 novembre 2012.

9. A conclusione dell’analisi, è necessario esaminare le vigenti disposizioni normative statali che contemplano sanzioni in ordine alla elusione, ed alla violazione, delle disposizioni del “Patto”.

Con riferimento a *comportamenti elusivi*, sia da parte delle Regioni che degli Enti locali, sono previste le seguenti sanzioni [in argomento, ALBO]:

- a) i contratti di servizio, e gli altri atti posti in essere dagli Enti territoriali, che si configurano elusivi delle regole del Patto di stabilità interno, sono nulli (art. 31, comma 30, e art. 32, comma 26, legge n. 183 del 2011);
- b) qualora le Sezioni giurisdizionali regionali della Corte dei conti accertino che il rispetto del Patto di stabilità interno è stato artificiosamente conseguito mediante una non corretta imputazione delle entrate o delle uscite ai

pertinenti capitoli di bilancio, o altre forme elusive, le stesse irrogano, agli Amministratori che hanno posto in essere atti elusivi delle regole del Patto di stabilità interno, la condanna ad una sanzione pecuniaria fino ad un massimo di dieci volte l'indennità di carica percepita al momento di commissione dell'elusione e, al Responsabile del servizio economico-finanziario, una sanzione pecuniaria fino a tre mensilità del trattamento retributivo, al netto degli oneri fiscali e previdenziali (art. 1, comma 11-ter, legge n. 220 del 2010, e art. 31, comma 31, legge n. 183 del 2011).

Le *sanzioni* applicabili a seguito dalla violazione delle regole del Patto sono organicamente determinate ad opera dell'art. 7 ("Mancato rispetto del Patto di stabilità interno"), d.lgs. n. 149 del 2011 ("Meccanismi sanzionatori e premiali relativi a Regioni, Province e Comuni", emanato in attuazione della delega legislativa di cui agli articoli 2, 17 e 26 della legge n. 42 del 2009) [in argomento, BOTTEON].

La *Regione* o la *Provincia autonoma* inadempiente, in caso di mancato rispetto del Patto di stabilità interno, nell'anno successivo a quello dell'inadempienza (art. 7, comma 1):

- a) è tenuta a versare all'entrata del bilancio statale, entro sessanta giorni dal termine stabilito per la trasmissione della certificazione relativa al rispetto del Patto di stabilità interno, l'importo corrispondente alla differenza tra il risultato registrato e l'obiettivo programmatico predeterminato: in caso di mancato versamento si procede, nei sessanta giorni successivi, al recupero di detto scostamento a valere sulle giacenze depositate nei conti aperti presso la tesoreria statale; la sanzione non si applica nel caso in cui il superamento degli obiettivi del Patto di stabilità interno sia determinato dalla maggiore spesa per interventi realizzati con la quota di finanziamento nazionale, e correlati ai finanziamenti dell'Unione europea, rispetto alla media della corrispondente spesa del triennio precedente;
- b) non può impegnare spese correnti, al netto delle spese per la sanità, in misura superiore all'importo annuale minimo dei corrispondenti impegni effettuati nell'ultimo triennio;
- c) non può ricorrere all'indebitamento per gli investimenti: a tal fine, i mutui e i prestiti obbligazionari posti in essere con istituzioni creditizie e finanziarie per il finanziamento degli investimenti, devono essere corredati da apposita attestazione da cui risulti il conseguimento degli obiettivi del Patto di stabilità interno per l'anno precedente; l'istituto finanziatore o l'intermediario finanziario non può procedere al finanziamento o al collocamento del prestito in assenza della predetta attestazione;
- d) non può procedere ad assunzioni di personale a qualsiasi titolo, con qualsivoglia tipologia contrattuale, ivi compresi i rapporti di collaborazione con-

tinuata e continuativa, e di somministrazione, anche con riferimento ai processi di stabilizzazione in atto: è altresì fatto divieto di stipulare contratti di servizio che si configurino come elusivi della presente disposizione;

- e) è tenuta a rideterminare le indennità di funzione ed i gettoni di presenza del Presidente e dei componenti della Giunta con una riduzione del 30 per cento rispetto all'ammontare risultante alla data del 30 giugno 2010.

L'*Ente locale* inadempiente, in caso di mancato rispetto del Patto di stabilità interno, nell'anno successivo a quello dell'inadempienza (art. 7, comma 2):

- a) è assoggettato ad una riduzione del fondo sperimentale di riequilibrio, o del fondo perequativo, in misura pari alla differenza tra il risultato registrato e l'obiettivo programmatico predeterminato e comunque per un importo non superiore al 3 per cento delle entrate correnti registrate nell'ultimo consuntivo (in caso di incapienza dei predetti fondi, gli Enti locali sono tenuti a versare all'entrata del bilancio dello Stato le somme residue): la sanzione non si applica nel caso in cui il superamento degli obiettivi del patto di stabilità interno sia determinato dalla maggiore spesa per interventi realizzati con la quota di finanziamento nazionale, e correlati ai finanziamenti dell'Unione Europea, rispetto alla media della corrispondente spesa del triennio precedente;
- b) non può impegnare spese correnti in misura superiore all'importo annuale medio dei corrispondenti impegni effettuati nell'ultimo triennio;
- c) non può ricorrere all'indebitamento per gli investimenti: a tal fine, i mutui e i prestiti obbligazionari posti in essere con istituzioni creditizie o finanziarie, per il finanziamento degli investimenti, devono essere corredati da apposita attestazione da cui risulti il conseguimento degli obiettivi del Patto di stabilità interno per l'anno precedente; l'istituto finanziatore o l'intermediario finanziario non può procedere al finanziamento o al collocamento del prestito in assenza della predetta attestazione;
- d) non può procedere ad assunzioni di personale a qualsiasi titolo, con qualsiasi tipologia contrattuale, ivi compresi i rapporti di collaborazione continuata e continuativa, e di somministrazione, anche con riferimento ai processi di stabilizzazione in atto: è altresì fatto divieto agli Enti locali di stipulare contratti di servizio con soggetti privati, che si configurino come elusivi della presente disposizione;
- e) è tenuto a rideterminare le indennità di funzione ed i gettoni di presenza degli Amministratori (art. 82 del T.u.e.l., d.lgs. n. 267 del 2000) con una riduzione del 30 per cento rispetto all'ammontare risultante alla data del 30 giugno 2010.

Bibliografia

- F. ALBO, *La fattispecie sanzionatoria prevista dall'art. 20, comma 12, decreto legge n. 98 del 2011, per le ipotesi di elusione del Patto di stabilità*, in *Azienditalia*, 2011, 11, 788 ss.
- F. BOTTEON, *Il sindacato giurisdizionale sull'accertamento – da parte della Corte dei Conti o Mef – della violazione sostanziale del Patto di stabilità da parte degli Enti locali*, in *www.lexitalia.it*.
- A. BRANCASI, *L'ordinamento contabile*, Torino, 2005, 132 ss.
- A. BRANCASI, *Il coordinamento della finanza pubblica nel federalismo fiscale*, Relazione al LVII Convegno di Studi Amministrativi “*Il federalismo alla prova dei decreti delegati*”, Varenna, 22-23-24 settembre 2011, in *www.astrid-online.it*.
- F. BRUNO, *Il Patto di stabilità interno per il triennio 2011-2013*, in *Azienditalia*, 2011, 5, 377 ss.
- P. GIARDA, *Relazione introduttiva al Convegno “Il patto di stabilità e crescita nelle Regioni a Statuto speciale e Province autonome – Vincoli ed opportunità”*, Aosta, 10 dicembre 2004, in *www.astrid-online.it*.
- P. GIARDA, *Dinamica, struttura e criteri di governo della spesa pubblica: un rapporto preliminare*, 2012, in *www.promopa.it*.
- M. GIUSTI, *Programmazione e documenti di previsione finanziaria*, in AA. VV., *Contabilità di Stato e degli Enti pubblici*, Torino, 2011, 39 ss.
- P. LEONARDI, *La “Seconda Manovra” estiva rende ancora più pesanti i saldi del Patto di stabilità interno per gli anni 2012-2014*, in *Azienditalia*, 2011, 10, 808 ss.
- C. MANACORDA, *Contabilità pubblica*, Torino, 2009, 178 ss.
- L. MERCATI, *Il bilancio degli Enti locali tra Patto di stabilità interno e riforme del T.u.e.l.*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2005, 12, 1260 ss.
- G. PISAURO, *La legge di stabilità 2012*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2012, 2, 121 ss.
- M. SCIASCIA, *Diritto delle gestioni pubbliche. Istituzioni di contabilità pubblica*, Milano, 2007, 163 ss.
- A. VILLA, *Il nuovo Patto di stabilità (virtuoso) non fa i conti con il federalismo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2011, 11, 1163 ss.

IX. Crisi finanziaria e organizzazione amministrativa

Annalaura Giannelli

SOMMARIO: 1. Le esigenze di contenimento della spesa pubblica quale fattore determinante nel riparto di competenza legislativa in tema di organizzazione amministrativa a livello regionale e infraregionale. Cenni alla recente giurisprudenza costituzionale. – 2. La Provincia, tra proposte abolizioniste e prospettive di riforma del governo di area vasta. La disciplina dettata dal decreto “Salva Italia”. – 3. La dimensione comunale: l’esercizio associato delle funzioni amministrative dei piccoli comuni, e le novità per i Comuni medio-grandi. – 4. La soppressione delle Autorità d’ambito territoriali. – 5. Ulteriori misure di risparmio: gli interventi sugli enti non territoriali e sulla remunerazione delle cariche. – 6. Brevi conclusioni.

1. Le politiche di contrasto alla crisi economica si sono per lo più tradotte in una serie di iniziative di contenimento della spesa pubblica, accanto a quelle dirette a incrementare le entrate di cui in questa sede non ci si occupa. Ciò, evidentemente, ha comportato l’esigenza di intervenire sull’organizzazione amministrativa, contemperando gli obiettivi del risparmio e con l’esigenza di garantire l’adeguata soddisfazione dei bisogni espressi dalla collettività. Prima di addentrarsi nella descrizione delle singole iniziative di riforma volte a realizzare tale bilanciamento, occorre, tuttavia, soffermarsi su un tema preliminare: quello relativo al riparto di competenza legislativa rispetto alla formulazione di norme idonee a incidere sull’organizzazione amministrativa per garantire la contrazione delle voci di spesa dei bilanci pubblici. Il fronte problematico, invero, riguarda solo il livello regionale e infraregionale: l’art. 117 chiarisce, infatti, come l’organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali spetti alla legislazione statale in via esclusiva (cfr. co. 2 lett g). I dubbi di costituzionalità hanno, dunque, investito soprattutto quelle norme che, nel perseguire obiettivi di risanamento finanziario, formulavano prescrizioni idonee a ridisegnare l’organizzazione e il funzionamento degli enti locali e territoriali.

L’organizzazione amministrativa della Regione e degli enti infra-regionali, come noto, non figura tra le materie elencate dall’art. 117 Cost., il che si traduce, in base al criterio federale accolto dalla riforma costituzionale del 2001, nella devoluzione in via residuale della materia alla competenza regionale. È sulla scor-

ta di questo dato che negli ultimi anni le Regioni hanno spesso sollecitato il sindacato della Consulta sulla legittimità costituzionale di una serie di norme statali che, ispirate da generiche finalità di risparmio delle pubbliche risorse, realizzavano riforme idonee ad incidere significativamente sull'organizzazione interna degli enti locali e territoriali.

La predetta legislazione statale, invero, assumeva come proprio fondamento costituzionale il co. 3 dell'art. 117 Cost., in cui si annovera, tra le materie di competenza concorrente, "l'armonizzazione dei bilanci pubblici e coordinamento della finanza pubblica". L'orientamento espresso dalla Corte, pur nella eterogeneità delle fattispecie di volta in volta sottoposte al suo sindacato, pare incline a sottolineare la portata "finalistica" della materia da ultimo menzionata, quale espressione di un obiettivo in nome del quale ben possono essere intaccati ambiti di competenza astrattamente riconducibili all'esclusiva sfera regionale. Il coordinamento della finanza pubblica, in altre parole, sarebbe una delle cd. materie trasversali, in quanto tale fisiologicamente idonea ad innescare una continua dialettica con diversi ed ulteriori ambiti di competenza. I termini di questa dialettica sono puntualizzati dalle pronunce in cui la Consulta chiarisce come il contenimento della spesa ben possa declinarsi in termini di "coordinamento della finanza", alla luce di una duplice circostanza: la riconducibilità della finanza regionale e degli enti locali nell'ambito della cd. finanza pubblica allargata (Corte Cost., 12 gennaio 2004, n.4; 15 novembre 2005, n. 417), la quale, globalmente intesa, deve assoggettarsi all'obiettivo dell'equilibrio complessivo di bilancio nazionale imposto dall'appartenenza all'Ue (Corte Cost., 7 luglio 2006, n.267). Il tutto, nell'ambito di un limite più generale che attinge, per l'appunto, al carattere concorrente della materia in oggetto: la legislazione statale, infatti, potrà ingerirsi nell'organizzazione amministrativa regionale e sub regionale solo purchè si limiti ad individuare obiettivi di riduzione della spesa corrente, senza, di contro, prevedere in modo esaustivo gli strumenti e le modalità di perseguimento degli stessi.

L'urgenza della crisi pare, in definitiva, aver attivato spinte centraliste, che in qualche misura sembrano ricondurre il sistema agli scenari precedenti alla riforma costituzionale del 2001, nei quali la potestà legislativa regionale era soggetta, anche nelle materie di competenza esclusiva, al rispetto dei principi fondamentali espressi dalla legislazione statale. Queste dinamiche centraliste, peraltro, si pongono in una condizione di distonia rispetto alle odierne riforme ispirate al cd. federalismo fiscale, il quale, sempre nell'ottica del risanamento delle finanze pubbliche, punta sull'irrobustimento dell'autonomia decisionale degli enti territoriali e locali, sul presupposto che essi siano i soggetti più idonei a garantire l'efficiente allocazione delle risorse derivanti dal prelievo fiscale.

2. Al centro del dibattito sulle riforme volte a garantire una più efficiente distribuzione delle funzioni amministrative vi è, ormai da tempo, il tema della sorte delle Province. Di queste ultime si è, in particolare, lamentato il debole collegamento con la realtà territoriale, e dunque, in definitiva, la scarsa rappresentatività. Le proposte “abolizioniste” sono state molte e ricorrenti. Tra queste, quella più radicale – in quanto priva di previsioni volte alla creazione di un ente intermedio di area vasta – vi è il disegno di legge costituzionale A.S. n. 1152 nella XV legislatura, ispirato dall’idea, puntualmente espressa in sede di relazione illustrativa, per cui le province costituirebbero “l’elemento più debole nella legittimazione storica e nella presenza istituzionale effettiva”.

In tempi più recenti le proposte di revisione costituzionale di orientamento abolizionista hanno, talvolta, assunto vesti meno drastiche, affidando alla Regione la scelta sulla sorte degli enti provinciali e al tempo stesso prevedendo l’istituzione della Città metropolitana quale ente di area vasta idoneo a svolgere le funzioni un tempo attribuite alla provincia.

Da ultimo, occorre richiamare il disegno di legge costituzionale approvato l’8 settembre 2011, in cui si dispone, oltre alla generale soppressione della provincia, l’attribuzione alle regioni di una competenza legislativa esclusiva avente ad oggetto la disciplina di un livello di governo di area vasta. Questa competenza, anziché essere ricavata dal novero innominato delle materie residuali di cui all’art. 117 Cost., verrebbe ad essere espressamente conferita alla Regione dalla versione riformata del predetto articolo 117 Cost. Ciò, presumibilmente, al fine di presidiare i confini della novella materia regionale, mettendo quest’ultima al riparo da interpretazioni estensive delle materie statali e concorrenti – prime fra tutte quella del coordinamento finanziario – rintracciabili nella giurisprudenza costituzionale richiamata nel paragrafo precedente.

In questo contesto, di possibile ed imminente scomparsa dell’ente provinciale, si inserisce, invero in modo non del tutto armonico, il d.l. 6 dicembre 2011, n.201 (cd. manovra “Salva Italia”, convertito dalla l. 22 dicembre 2011, n. 214), che interviene in modo significativo sulle funzioni della Provincia e sulla sua rappresentatività. Sul fronte delle funzioni vengono, in particolare, lasciate alle Province solo le prerogative di indirizzo e coordinamento delle attività dei Comuni nelle materie indicate dalla legge (art. 23 co. 14). Dal punto di vista della rappresentatività si prevede, inoltre, che i membri del Consiglio provinciale, anziché essere direttamente eletti dai cittadini, siano designati dagli organi elettivi dei Comuni compresi nel territorio della Provincia.

Si tratta, evidentemente, di una riforma relevantissima, rispetto alla quale, tuttavia, non si può non registrare l’assenza di coordinamento rispetto al processo di riforma costituzionale in corso di approvazione, il quale, come si è visto, preve-

de la soppressione dell'ente provinciale. Per quanto specificamente attiene all'interruzione del circuito di legittimazione elettorale dei membri del Consiglio provinciale, occorre ricordare come una riforma in tal senso fosse già auspicata dalla dottrina contemporanea, la quale, sulla scorta del convincimento per cui province e città metropolitane non godano del medesimo rango costituzionale di regioni e comuni, da tempo sollecitava il legislatore a superare, anche a Costituzione invariata, l'idea dell'elezione popolare del consiglio provinciale e del presidente [RENNÀ, 2006; *contra* CIVITARESE MATTEUCCI, 2011; nel senso della non diretta rappresentatività dell'assemblea e del presidente della provincia disponeva anche la cd. Carta delle autonomie, cfr. art. 1 co. 16 e 17 d.d.l. S.2259, XVI legislatura]. La tesi in oggetto, come si è detto, è stata formulata sul presupposto della compatibilità costituzionale dell'assetto proposto – sostanzialmente ripreso dalle più recenti riforme – rispetto al dettato costituzionale vigente. Tale compatibilità, peraltro, è stata contestata da alcune Regioni – ric. 18/2012 della Regione Piemonte, n. 24/2012 della Regione Lombardia, n. 29/2012 della Regione Veneto – che hanno recentemente sottoposto allo scrutinio della Consulta le norme del d. l. 201/2011 che ridisegnano il ruolo della provincia, asserendo la contrarietà delle norme medesime agli artt. 5, 114 e 117, 118 e 119 Cost., oltre che al principio di leale collaborazione. L'attuazione della riforma del 2011, dunque, è subordinata al superamento del predetto vaglio di costituzionalità. Lo scenario più verosimile, nel contesto dapprima tratteggiato, è dunque quello di una prossima riforma costituzionale, che per l'appunto sancisca la soppressione dell'ente provinciale. È dunque presumibile che ben presto il fulcro del dibattito dottrinale e politico si sposti dal tema della rappresentatività della Provincia a quello della prefigurazione di un livello alternativo di governo di area vasta, sulla scorta della consapevolezza che “una generalizzata soppressione di un ente territoriale intermedio senza contestualmente disciplinare il destino delle funzioni da esso svolte comporterebbe una situazione di obiettiva difficoltà istituzionale” (cfr. relazione illustrativa del d.d.l. costituzionale dell'8 settembre 2011).

3. Tra i percorsi recentemente battuti per concretizzare obiettivi di riduzione della spesa pubblica figurano anche le riforme ispirate alla razionalizzazione del livello comunale di esercizio delle funzioni amministrative. Per quanto attiene i piccoli comuni, occorre registrare come, già nei decenni passati il legislatore avesse incoraggiato le esperienze associative: nel Tuel, infatti, vengono puntualmente disciplinate le comunità montane (art. 27), le convenzioni intercomunali (art. 31) e le unioni (art.32), tutte realtà intese quali esperienze non necessariamente

preordinate alla fusione tra comuni (come, invece previsto, con scarso successo, dalla l. 142/1990). Si trattava, dunque, di scenari associativi del tutto facoltativi.

Il d.l. 31 maggio 2010, n. 78 (convertito il l. 30 luglio 2010, n.122) all'art. 14 co. 26-31 ha impresso un forte segnale di discontinuità, obbligando i Comuni fino a 5000 abitanti ad esercitare in forma associata (in particolare mediante unioni o convenzioni) tutte le cd. funzioni fondamentali, come definite, in via provvisoria, dall'art. 21 della l. 42, recante la delega per l'attuazione del cd. federalismo fiscale (ad es. funzioni di polizia locale, di istruzione pubblica, etc.). La puntualizzazione dei tempi e delle modalità di passaggio verso la fase "a regime" della riforma era affidata dal d.l. del 2010 alla legislazione regionale e ad un successivo DPCM, da adottarsi entro 90 gg. dall'entrata in vigore del d.l. Esso, tuttavia, non ha mai visto la luce.

La relativa bozza, peraltro, non chiariva i punti cruciali dell'attuazione della riforma, primo fra tutti la scelta dello strumento istituzionale attraverso il quale realizzare l'esercizio associato. Il testo, in definitiva, si limitava a fissare la soglia demografica minima dell'unione/convenzione (il quadruplo della popolazione del comune più piccolo), e a puntualizzare una sorta di percorso di attuazione a tappe progressive, in base al quale in ogni anno compreso tra il 2011 e il 2014 i comuni soggetti all'obbligo di associazione avrebbero dovuto provvedere all'esercizio associato di almeno 2 funzioni fondamentali, secondo un ordine di priorità rimesso alla legislazione regionale.

Il Dpcm, come si è detto, non è mai stato adottato, il che si è riflesso, evidentemente, nella mancata emanazione delle previste leggi regionali, salvo isolate "fughe in avanti" (cfr. art 24 l.r. Basilicata 30 dicembre 2011, n. 27). In questo contesto di insoddisfacente attuazione del percorso di riforma tratteggiato a livello statale, si inserisce la cd. manovra di luglio, (d.l. 6 luglio 2011, n.98, convertito in l. 15 luglio 2011, n.111) la quale, preso atto della mancata adozione del DPCM, formula, in sede legislativa, i contenuti già espressi dalla relativa bozza, senza, peraltro, colmarne le lacune.

La situazione, che sembrava avviarsi ad una apparente, sia pure parziale, stabilizzazione, è stata, nel volgere di poche settimane, nuovamente modificata dalla cd. manovra di Agosto (d.l. 13 agosto 2011, n. 138 convertito con l. 14 settembre 2011, n.148), in cui il legislatore ha innalzato la soglia demografica minima dell'ente associativo in 10000 abitanti, e contestualmente ha accelerato il crono programma di attuazione della riforma, stabilendo l'esercizio associato di almeno 2 funzioni fondamentali entro il 2011, e delle rimanenti 4 entro la fine del 2012. La principale novità della manovra di Agosto tuttavia risiede nella norma che impone ai Comuni con popolazione pari o inferiore ai 1000 abitanti l'obbligo di esercitare in forma associata (non già le sole funzioni fondamentali di cui alla l. 5

maggio 2009, n. 42, ma ...) tutte le funzioni amministrative e tutti i servizi pubblici loro spettanti sulla base della legislazione vigente.

Sempre nella manovra di Agosto, si rintracciano, inoltre, alcune previsioni dettate per i Comuni medio-grandi: la riduzione dei componenti degli organi collegiali, e l'applicazione del patto interno di stabilità per i comuni con popolazione superiore ai 1000 abitanti.

La situazione appena descritta evidentemente si caratterizza per l'estrema frammentarietà degli interventi normativi, i quali risultano difficilmente collocabili nell'ambito di uno scenario unitario. Ne è la riprova, da ultimo, il contenuto del co. 21 dell'art. 23 del cd. decreto "Salva Italia", in cui si prevede che i comuni *possano* istituire unioni o organi di raccordo per l'esercizio di specifici compiti o funzioni amministrativi garantendo l'invarianza della spesa. La norma, evidentemente, si coordina a fatica con quelle precedentemente illustrate che, come si è visto, *impongono* ai comuni piccoli (e ancor più ai cd. comuni polvere) l'esercizio in forma associata delle proprie funzioni (o almeno di alcune tra esse). Anche il precedente co. 18 del medesimo articolo, nel prevedere la devoluzione, da parte della legge statale e regionale, delle funzioni già provinciali in favore dei comuni, non menziona le realtà associative intercomunali come possibile, o necessario, terminale della devoluzione medesima.

La sensazione, dunque, è che l'urgenza della crisi abbia, in qualche modo, obliterato le spinte verso una organica riorganizzazione dei meccanismi di organizzazione e distribuzione delle competenze presso i diversi livelli di governo del territorio. Ne è la riprova, del resto, anche l'affossamento di due corposi tentativi di riforma: la cd. carta delle autonomie (che, peraltro, in quanto norma di rango primario, non recava traccia dell'abolizione delle Province), e il disegno di legge per l'istituzione della conferenza permanente dei livelli di governo (d.d.l. 4567, XVI legislatura).

4. La legislazione "anti crisi" degli ultimi anni, come si è visto, si muove lungo la direttrice dell'accorpamento degli enti di dimensioni ridotte, nell'ottica della crescente economicità ed efficienza nell'espletamento delle funzioni amministrative. In questo contesto, tuttavia, si registrano anche iniziative volte, di contro, a sopprimere enti che, per l'appunto, avrebbero dovuto garantire la gestione coordinata di determinati servizi pubblici su scala sovracomunale. Il riferimento concerne le Autorità d'ambito ottimale, già affidatarie, in base a quanto previsto dal codice dell'ambiente, delle funzioni di programmazione, organizzazione e controllo del servizio idrico e del servizio rifiuti.

La norma che dispone la soppressione degli AA.t.o. (d.l. 25 gennaio 2010, n. 2, art. 1 co. 1 *quinquies*, poi convertito dalla l. 26 marzo 2010, n. 42) stabilisce, inoltre, che le regioni attribuiscono con legge le funzioni già esercitate dalle Autorità, nel rispetto dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza. Il dettato normativo, invero, non chiarisce a quale livello di governo del territorio debbano essere conferite le funzioni, lasciando presumere una preferenza in favore del livello comunale (eventualmente nelle declinazioni associative di cui si è detto nel paragrafo precedente), fatta salva, ad ogni modo, la possibilità di attribuzioni in favore di enti sovraordinati, ove ritenuto più idoneo in base ai parametri costituzionali di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza. L'entrata in vigore della norma è stata oggetto di una incalzante serie di proroghe, l'ultima delle quali apposta dall'art. 13 co. 2 del d. l. 29 dicembre 2011, n. 216 all'esito della quale il termine ultimo per l'attuazione della soppressione è slittato al 31 dicembre 2012).

Nonostante i differimenti, la norma ha già sollevato notevoli perplessità, tanto da essere sottoposta allo scrutinio della Consulta per asserita violazione delle competenze legislative regionali. La norma impugnata, in quanto ispirata da evidenti ragioni di risparmio, rientrerebbe, a detta delle regioni ricorrenti, nella materia concorrente "coordinamento della finanza": essa, tuttavia, non si sarebbe limitata alla fissazione dei principi fondamentali della materia, ossia alla riduzione di un aggregato rilevante della spesa corrente, ma avrebbe posto un limite puntuale ad una specifica fonte di spesa, violando così la sfera di competenza riservata alla legislazione regionale di dettaglio. La Consulta, tuttavia, non ha accolto le prospettazioni regionali, riconducendo le norme scrutinate alle materie di competenza statale della tutela della concorrenza e dell'ambiente. La stessa lettura "centralizzante" si attaglia anche alla realtà delle regioni a statuto speciale, pur non direttamente interessate dal contenzioso costituzionale in esame. Ciò in forza del riparto di competenze legislative dettato dai vari statuti, i quali riconoscono tutti la competenza statale delle materie dell'ambiente e concorrenza, nel cui ambito, come si è visto, la Consulta ricomprende le norme recanti la soppressione delle A.a.t.o.

Nella giurisprudenza costituzionale si riscontra dunque, ancora una volta, la tendenza centralista di cui si è detto in apertura: l'approccio della Consulta rispetto alla legislazione anti crisi pare, infatti, da un lato, ispirato ad un'interpretazione estensiva della materia del coordinamento della finanza (ritenuta dotata di una intrinseca trasversalità, cfr. par. 1) e dall'altro, ove le norme statali sottoposte allo scrutinio siano particolarmente dettagliate (e dunque non utilmente riconducibili alla materia concorrente di cui si è detto) volto a ricondurre le norme impuginate a materie di competenza esclusiva statale. Attraverso questo duplice, ed

alternativo, percorso ermeneutico, sono state, sinora, salvate dalla declaratoria di incostituzionalità alcune delle più cruciali norme che, nell'ottica della razionalizzazione della spesa, incidono sull'organizzazione amministrativa di livello regionale ed infra-regionale. La crisi, in altre parole, pare aver determinato una brusca frenata degli entusiasmi federalisti rintracciabili, oltre che presso l'opinione pubblica, anche nella legislazione e nella giurisprudenza del recente passato.

Per quanto specificamente attiene alla norma sugli AA.t.o. le criticità, peraltro, non riguardano solo il rispetto del riparto di competenza legislativa, ma concernono anche il difficile coordinamento con le contemporanee tendenze di riforma che riguardano le sorti della provincia. Solo nel 2008 il legislatore infatti aveva previsto, nella legge finanziaria, che le Regioni fossero obbligate a rideterminare gli ambiti territoriali ottimali, ispirandosi, oltre che ai principi di efficienza e riduzione della spesa, anche alla "valutazione prioritaria dei territori provinciali quali ambiti territoriali ottimali ai fini dell'attribuzione delle funzioni in materia di rifiuti alle province e delle funzioni in materia di servizio idrico integrato di norma alla provincia corrispondente" (cfr. art. 2 co. 38, l. 24 dicembre 2007, n. 244). Sino a pochi anni fa, dunque, il legislatore sembrava intenzionato a non abbandonare l'esperienza delle Autorità d'ambito, volendo fare di queste una sorta di ente parallelo, sul piano dimensionale, rispetto a quello provinciale. Orbene, in questo contesto la soppressione delle AA.to, in sinergia con le prospettive di riforma costituzionale di abolizione delle province, non può che destare una serie di dubbi e perplessità. Questi ultimi riguardano, in particolare, il fatto che dall'abolizione delle Province deriverebbe l'impossibilità di devolvere le funzioni delle A.a.to soppresse ad un ente intermedio tra Comune e Regione. Peraltro, anche laddove la riforma costituzionale "abolizionista" non dovesse perfezionarsi, sussisterebbe pur sempre l'art. 23 del decreto *Salva Italia*, che, come si è visto, limita le funzioni provinciali al solo coordinamento tra le funzioni dei comuni, il che si traduce nell'impossibilità, anche a Costituzione invariata, di assegnare alle province i compiti di organizzazione, coordinamento e controllo un tempo affidati alle AA.t.o.

A questa situazione di incertezza non ha posto rimedio neppure l'art 26 del d.l. 20 gennaio 2012 n. 1 (cd. decreto liberalizzazioni), il quale prevede l'inserimento nel d.l. 138/2011 di un novello art. 3 bis che dispone che le Regioni e le province autonome organizzino lo svolgimento dei servizi pubblici locali in ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei individuati in riferimento a dimensioni comunque non inferiori alla dimensione del territorio provinciale entro il 30 giugno 2012. Decorso tale termine la norma prevede l'esercizio l'intervento sostitutivo del Consiglio dei Ministri, a tutela dell'unità giuridica ed economica del paese.

La norma, evidentemente, fornisce un notevole elemento di chiarezza, nella misura in cui puntualizza come la soppressione delle Autorità d'ambito non possa

implicare il ritorno al modello di gestione comunale. Resta, tuttavia, sullo sfondo l'interrogativo adombrato in precedenza, relativo all'individuazione del livello istituzionale cui affidare la gestione dei servizi, posto che, in base alle riforme di cui si è detto, tale ente non potrà di certo identificarsi né con la Provincia né con le (sopprimende) Autorità d'ambito.

5. Per concludere la panoramica sulle iniziative di riforma che perseguono obiettivi di riduzione della spesa rivisitando l'organizzazione dell'amministrazione occorre brevemente menzionare il massiccio intervento orientato alla soppressione di una serie di enti pubblici non territoriali e al successivo accorpamento degli stessi nell'ambito di enti già esistenti. Al cd. decreto Salva Italia si deve la soppressione dell'Agenzia nazionale per la regolazione e la vigilanza in materia di acqua, incorporata da Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare; dell'Agenzia per la sicurezza nucleare, incorporata dal Ministero dello sviluppo economico d'intesa con il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare; dell'Agenzia nazionale di regolamentazione del settore postale, incorporata dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni. Inoltre, un significativo processo di semplificazione e accorpamento, ha interessato gli enti previdenziali, basti menzionare l'attribuzione, sempre da parte del d.l. Salva Italia, in capo all'Inps (Istituto nazionale previdenza sociale), delle funzioni svolte dai soppressi Ipost (Istituto Postelegrafonici), Enpals (Ente Nazionale di Previdenza e di Assistenza per i Lavoratori dello Spettacolo) e Inpdap (Istituto nazionale di previdenza per i dipendenti dell'amministrazione pubblica, nel quale, peraltro, erano già confluite, per effetto del d.l. 78/2010, le funzioni del soppresso Enam: Ente nazionale di assistenza magistrale). Sempre in tema di accentramento delle funzioni di previdenza sociale, giova inoltre menzionare l'attribuzione, disposta dall'art. 7 del d. l. 78/2010, all'Inail – Istituto nazionale infortuni sul lavoro – delle funzioni svolte dai soppressi Ipsema e Ispels, dedicati rispettivamente alla previdenza del settore marittimo e alla prevenzione degli infortuni sul lavoro.

In tema di Autorità amministrative indipendenti, si registra poi una trasversale riduzione, che per lo più si atteggia in termini di dimezzamento, del numero dei componenti dei rispettivi consigli deliberativi: i riferimenti principali, in tal senso, riguardano l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni; l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture; l'Autorità per l'energia elettrica e il gas; l'Autorità garante della concorrenza e del mercato etc. (cfr. art. 23 d. l. 201/2011)

Un ulteriore fronte di intervento, parimenti orientato alla contrazione della spesa pubblica connessa al funzionamento degli apparati amministrativi e politi-

ci, si apprezza nelle riduzioni del 10 % del trattamento economico complessivo dei Ministri e dei Sottosegretari di Stato (cfr. art. 5 co. 2 78/2010), nel carattere onorifico degli incarichi conferiti dalle pp.a.a.a. ai titolari di cariche elettive, inclusa la partecipazione ad organi collegiali (cfr. art. 5 co. 5 d.l. 78/2010, oggetto di ricorso costituzionale promosso dal Trentino Alto Adige e dalla Valle d'Aosta – ric. 104 e 96 del 2010 – per asserita violazione dell'art. 117 Cost. co. 3 e 4 oltre che dei rispettivi statuti) e così pure nella riduzione delle indennità dovute ai consiglieri comunali e provinciali e per i consiglieri circoscrizionali delle città metropolitane nonché nell'azzeramento delle indennità relative agli altri consiglieri circoscrizionali, di comunità montane, unioni di comuni, e altre forme associative di enti locali aventi per oggetto la gestione di servizi e funzioni pubbliche (cfr. art. 5 co. 7 del d.l. 78/2010, su cui la Regione Puglia ha promosso il giudizio di costituzionalità – ricorso n. 107 del 2010 – per asserita violazione della competenza legislativa residuale della Regione in materia di comunità montane e unioni di comuni, nonché per violazione della sfera di competenza legislativa regionale nella materia concorrente del coordinamento della finanza pubblica).

6. Le norme sinora menzionate non esauriscono il novero delle iniziative di riforma volte a perseguire obiettivi di risparmio attraverso la riscrittura della disciplina vigente in tema di organizzazione amministrativa. Si potrebbe, ad esempio, ricordare anche la soppressione delle circoscrizioni comunali nei comuni con meno di 250.000, cui si accompagna, per i Comuni che superino la predetta soglia, la possibilità di decidere discrezionalmente la sorte di questi organi di rappresentanza infracomunali (cfr. d.l. 2/2010); ovvero la soppressione dei contributi statali per il finanziamento delle comunità montane (cfr. art. 2 co. 187, l. 23 dicembre 2009, n. 191, finanziaria per il 2010). Volendo, in conclusione, tentare di rintracciare le invarianti degli innumerevoli, e non sempre coordinati, interventi anti-crisi in materia di organizzazione amministrativa, quel che emerge con evidenza è la duplicità di indirizzo che anima dall'interno la legislazione degli ultimi anni. Se, infatti, da un lato la riforma federalista intrapresa con la legge delega 42/2009, e concretizzata dai successivi decreti attuativi, prosegue formalmente il suo corso, dall'altro non si può non registrare come le principali norme di coordinamento della finanza pubblica abbiano innescato meccanismi ascensionali di allocazione delle competenze, i quali, come si è visto, hanno trovato nella giurisprudenza costituzionale un significativo conforto. Sarà dunque il prossimo futuro a svelare se una delle due tendenze si affermerà sull'altra come dispositivo più idoneo ad arginare le conseguenze più nefaste della crisi economica, ovvero se tra le due istanze l'ordinamento saprà rintracciare un adeguato ed efficiente baricentro.

Bibliografia

- L. CAMARDA, *La sforbiciata sulle circoscrizioni comunali*, in *Nuova rass.*, 2010, 578;
- S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La garanzia costituzionale della Provincia in Italia e le prospettive della sua trasformazione*, in *Istituzioni del federalismo*, 2011, 3, 467;
- F. FABBRIZZI, *La Provincia: storia istituzionale dell'ente più discusso. Dall'Assemblea costituente ad oggi*, ivi, n. 23, 2008; Id., *Soppressione di Province e manovra finanziaria. Profili politici, costituzionali, sociali e storici di un errore sventato*, ivi, n. 11, 2010; Id., *Sul riordino delle Province contenuto nel decreto legge Salva Italia*, ivi, n. 24, 2011;
- E. FERRARI, *Il sistema delle autonomie locali*, in *www.iuspublicum.com*, 2011;
- T. GROPPI, *Soppressione delle province e nuovo Titolo V (Audizione davanti alla I commissione Affari costituzionali della camera dei deputati, 30 luglio 2009)*, in *www.federalismi.it*;
- E. JORIO, *Si sopprimono le province per sostituirle con i succedanei*, in *Astrid rassegna*, 2011;
- F. MANGANARO-M.VIOTTI, *La Provincia negli attuali assetti istituzionali*, in *www.federalismi.it*;
- F. MERLONI, *Abolire le province? Molto meglio ridurle di numero e renderle operative*, in *Astrid rassegna*, 2011;
- M. MORDENTI - P. MONEA, *Le unioni di comuni, dall'unità d'Italia alla manovra di ferragosto*, in *www.lexitalia.it*, 2011;
- M. RENNA, *L'allocazione delle funzioni normative e amministrative*, in *Diritto dell'ambiente*, a cura di G.P. ROSSI, Torino, 2011, 145; Id., *Brevi considerazioni su province e altri enti "intermedi" o di area vasta*, in *Astrid Rassegna*, 2006, n. 36; Id., *Il principio di sussidiarietà*, in Aa. Vv., *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. RENNA e F. SAITTA, Milano, 2011.

X. Il pareggio di bilancio in Costituzione, tra le ragioni del diritto costituzionale e i vincoli comunitari

Ines Ciolli

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'attuale art. 81 Cost. – 3. Le proposte di riforma.

1. Il protrarsi della crisi finanziaria mondiale ha avuto diverse ripercussioni sulla debolezza degli Stati nazione, incapaci d'imporre la propria sovranità nei confronti dei mercati globali [v. *infra* il contributo di GRASSO].

Quel che è meno noto, però, è che i vincoli del mercato prevalgono e influenzano anche le decisioni comunitarie. L'Unione europea, infatti, è sempre meno autonoma dalle decisioni prese dal Fondo monetario e dalle volontà degli Stati più forti dell'eurozona.

La necessità di rassicurare i mercati in ordine alla capacità degli Stati di poter far fronte ai propri debiti sovrani impone delle soluzioni di emergenza, che hanno portato all'adozione del Patto Europlus, dei regolamenti che fanno parte del cosiddetto "six pack" e del più recente Trattato detto "Fiscal compact".

A questo proposito, si ricorda che dal marzo 2011, quando il Patto Europlus è stato adottato, l'Unione non ha più fatto ricorso alla procedura ordinaria di sorveglianza, né ai rimedi previsti dall'articolo 99 del Trattato, che prevede s'invii agli Stati membri le raccomandazioni necessarie affinché questi risanino i propri bilanci e il *deficit* nazionale. La Commissione e il Parlamento hanno invece adottato regolamentari (e direttive), che hanno reso immediatamente vincolante una sorveglianza più stringente sui bilanci dei Paesi della zona euro, misure per la prevenzione e sanzioni per la correzione degli squilibri macroeconomici eccessivi nella zona euro e nuove procedure per rimediare ai disavanzi eccessivi. Sempre sulla scia dell'emergenza e dell'instabilità dei mercati finanziari, il diritto ha inseguito la finanza e nel vertice informale del Consiglio europeo del 30 gennaio 2012, tutti gli Stati membri dell'UE, a eccezione del Regno Unito e della Repubblica ceca, hanno concordato un nuovo Trattato sulla stabilità, il coordinamento e la *governance* nell'Unione economica e monetaria (il cosiddetto "*fiscal compact*"), che è stato firmato nel Consiglio europeo del 1° e 2 marzo 2012. Esso contiene l'obbligo per gli Stati d'inserire tale "regola del pareggio di bilancio" nei

sistemi giuridici nazionali, entro un anno dall'entrata in vigore del trattato, *preferibilmente* a livello costituzionale (art. 3 del Patto).

Nonostante l'importanza che il nuovo Trattato riveste, la sua redazione non ha previsto procedure rappresentative ed è stato elaborato da un gruppo di lavoro composto di rappresentanti degli Stati membri, della Commissione europea, di un rappresentante del Regno Unito (come osservatore) e di tre rappresentanti del Parlamento europeo, che avevano il compito di riferire periodicamente alle Commissioni affari costituzionali e affari economici e monetari del Parlamento Europeo. In altre parole, trattandosi di una situazione emergenziale le decisioni sono state prese senza l'intervento dell'unico organo rappresentativo, che è il Parlamento europeo, ma anche al di fuori delle politiche di coordinamento che coinvolgono il Consiglio.

In risposta all'insolita procedura, il Parlamento europeo ha adottato una Risoluzione, il 18 gennaio 2012, nella quale sono enunciate una serie di perplessità per il metodo seguito, rimarcando che i principali obiettivi contenuti nel Fiscal compact si potevano raggiungere in modo più efficace attraverso misure adottate nell'ambito del diritto dell'Unione, avvalendosi del metodo comunitario, il solo che possa condurre l'Unione monetaria verso un'unione anche economica e fiscale. La Risoluzione prevede anche la necessità di rafforzare il coinvolgimento del Parlamento europeo e dei Parlamenti nazionali, nei rispettivi ambiti di competenza, così come contempla l'importanza della cooperazione tra i Parlamenti nazionali e il Parlamento europeo, che deve avvenire in modo conforme ai Trattati UE, a norma dell'articolo 9 del protocollo (n. 1) ai Trattati.

Il "*fiscal compact*", una volta ratificato, limiterà ulteriormente la sovranità degli Stati, imponendo regole drastiche in caso di non rispetto dei parametri previsti dal Patto di stabilità e crescita, che impone un disavanzo non superiore al 60% del PIL e un *deficit* non superiore al 3%. La rapidità della risposta europea ai mercati finanziari e la necessità di rispondere in maniera istantanea agli investitori per rassicurarli sulla capacità di gestione della crisi da parte delle istituzioni comunitarie, ha imposto dunque *iter* decisionali che si scostano anche notevolmente da quelli seguiti normalmente dall'Unione.

Per questo gli Stati membri non hanno tentato nemmeno una timida opposizione e già sulla base del Trattato Europlus molti dei più importanti Stati della zona euro hanno modificato le rispettive Costituzioni per inserirvi l'obbligo di pareggio di bilancio, sebbene il Trattato non richiedesse una revisione costituzionale, accontentandosi di una qualunque altra disciplina giuridica vincolante. Di fatto, nessuno Stato ha adottato una legge ordinaria per introdurre il pareggio di bilancio nell'ordinamento, Germania, Francia, Spagna e Italia hanno preferito ricorrere alla fonte costituzionale, segno che le Costituzioni, come del resto gli Sta-

ti, perdono potere e forza normativa, senza però essere sostituite da procedure decisionali che coinvolgono la società civile [TEUBNER, 2005, 57 e ss.] e senza garantire, in altri termini, una legittimazione democratica.

Uno degli svantaggi dell'inserimento di un vincolo di bilancio nelle singole Costituzioni è che ingessa fortemente la condotta di situazioni economiche variabili e che richiedono la massima flessibilità e vincola il legislatore futuro anche in tempi successivi a quelli emergenziali, posto che le Costituzioni non sono nate per essere modificate ogni volta che si verificano eventi nuovi [BRANCASI, 2012].

La revisione costituzionale è utilizzata in modo strumentale e alternativo alla modifica dei trattati, che richiederebbe tempi più lunghi. La stranezza risiede nel fatto che la normativa comunitaria è già vincolante allo stato attuale, grazie ai regolamenti pubblicati nella G.U.C.E nel novembre 2011, in forza degli articoli 11 e 117 Cost. Il solo scopo che si ottiene è un visibile indebolimento della politica di contrattazione tra gli Stati, che tra l'altro avrebbe dovuto essere un punto di partenza e non di arrivo delle politiche economiche comunitarie, orientate semmai a superare gli accordi intergovernativi a favore di una piena partecipazione delle istituzioni comunitarie alle decisioni più rilevanti [REPETTO, 2005], posizione che è, però, osteggiata dagli Stati più forti, Germania in testa, dove lo stesso Tribunale costituzionale ha sempre appoggiato un'idea dell'Unione incentrata sugli Stati, che restano sovrani.

Non da ultimo, calando dall'alto l'introduzione del pareggio di bilancio in Costituzione si rischiano di cancellare le differenze e le peculiarità dei diversi Paesi, che rappresentano un valore aggiunto per l'Unione europea [LUCIANI, 1990].

Se il raggiungimento dell'equilibrio di bilancio fosse stato l'obiettivo finale e di lungo termine, ottenuto mediante una politica economica comunitaria avrebbe probabilmente raggiunto lo scopo di raccordare le politiche economie nazionali e di colmare quelle fragilità economiche, e spesso anche politiche, dei Paesi più deboli, anche al fine di evitare una sempre più probabile Europa *à deux vitesses*.

Le stesse modifiche apportate in Europa ai vincoli di bilancio sono, dunque, la prova sia della debolezza dell'Unione in termini economici, sia della mancanza di una politica e di strategie comuni ai Paesi dell'Unione.

2. Nel dibattito nella Commissione dei Settantacinque la questione della menzione in Costituzione del pareggio di bilancio in Costituzione fu discussa, ma si preferì non inserire esplicitamente il vincolo in Costituzione [LUPO, 2006, 1578] anche se l'indicazione "tendenziale" di equilibrio di bilancio è comunque rintracciabile nell'ultimo comma dell'art. 81, che impone a qualunque legge che preveda nuove spese d'indicare i mezzi per farvi fronte [BOGNETTI, 2008, 17 e ss.].

La finalità dell'art. 81 Cost. era, pertanto, quella di prevedere “una gestione della politica finanziaria statale, impostata dal Governo e consentita dal Parlamento, ma condotta comunque in maniera ordinata” [RIVOSÉCCHI, 2012]. Quel che l'articolo prescrive è un *iter* che impedisca spese non concordate e non rientranti nell'indirizzo politico, formulando così un implicito deterrente alla crescita della spesa pubblica. Le scarse disposizioni costituzionali sono state integrate dal legislatore ordinario che ha operato in modo contraddittorio. Da una parte certamente ha sminuito la portata dell'art. 81, discostandosi fortemente dalla finalità di equilibrio complessivo di bilancio che non concedesse troppo a un forte indebitamento, posizione confermata anche in quegli anni dalla Corte costituzionale (sent. n. 226/1976), ma dall'altra ha provveduto a redigere anche un bilancio pluriennale (L. 468/1978) che in Stati come la Francia è invece una conquista recente, ottenuta con la riforma costituzionale del pareggio non ancora entrata in vigore.

Negli ultimi anni la materia contabile è già stata sottoposta a revisione sia dal punto di vista dell'armonizzazione tra lo Stato e le Regioni con la scrittura del nuovo 119 Cost., sia dal punto di vista legislativo, introducendo nuove regole di presentazione dei documenti contabili e favorendo un dialogo più fruttuoso tra Parlamento e Governo sulla programmazione finanziaria e sull'indirizzo politico in materia di bilancio [RIZZONI, 2011, 9]: proprio al fine di conformarsi alle scadenze imposte dall'Unione europea si è approvata la legge di contabilità pubblica L. 31 dicembre 2009, n. 196, poi modificata dalla L. 7 aprile 2011, n. 39, che anticipa il documento di economia e finanza all'aprile di ogni anno. La disciplina più recente ha perciò apportato miglioramenti alla funzione d'indirizzo politico in materia finanziaria e alla razionalizzazione anche temporale della presentazione dei piani annuali, che sono già in linea con le prescrizioni contenute nel Patto di stabilità e crescita europeo. Tuttavia, la lettera del Presidente del consiglio Berlusconi all'Unione nell'ottobre 2011 (in risposta alla lettera inviata gli nell'agosto precedente dalla BCE) aveva creato un'aspettativa difficilmente eludibile rispetto all'approvazione di un “auto vincolo” forte che non poteva non concretizzarsi in una riforma costituzionale e che sembrava a quel punto il solo strumento utile per rassicurare l'Europa e i mercati.

3. La riforma ormai avviata (il 6 marzo il testo è stato approvato alla Camera in seconda lettura a maggioranza dei due terzi) suscita però qualche incertezza teorica e alcune difficoltà pratiche.

Tra le incertezze teoriche vi è quella che riguarda la struttura della nostra Carta costituzionale che è una Costituzione pluralista e di compromesso per

quanto riguarda il modello politico ed economico di riferimento: molte delle norme costituzionali sono volutamente congegnate in modo da lasciare alla libera contrattazione politica le decisioni fondamentali. È il caso della politica economica, materia che rientra a pieno titolo nella funzione d'indirizzo politico come si deduce proprio dal comma 1, dell'art. 81, che prevede sia il Governo a presentare la legge di bilancio e il Parlamento a votarla [BRANCASI, 2012].

Se per la Germania modificare la cosiddetta Costituzione economica è stato meno problematico, poiché si tratta di una parte del testo facilmente riconoscibile ed evidenziabile, nella nostra Carta non esiste una materia economica autonoma come nella *Wirtschaftsverfassung* [RESCIGNO, 2001, 6], pertanto apportare modifiche precise e incisive dettate dall'Unione europea ha avuto come risultato quello di provocare uno squilibrio tra principi economici e finalità sociali [LUCIANI, *Economia*, 1990, 373 e ss.].

La particolare struttura della nostra Costituzione, che prevede un catalogo lungo e dettagliato dei diritti senza una vera distinzione tra diritti di libertà e diritti sociali, incide profondamente sul modo di leggere le disposizioni economiche. Queste non sono separate nettamente dalle altre norme perché in esse vi è sempre un riferimento alla protezione sociale, all'utilità sociale che costituisce il fine ultimo anche della proprietà e del mercato e quest'ultimo trova un limite proprio nei valori sociali. In altre parole, se la Costituzione è una al modificarsi della parte cosiddetta economica, pur volendo ipotizzare che esista, si modificherebbero irrimediabilmente anche le altre finalità della Costituzione.

Dal punto di vista pratico le incertezze sono più di una e sono legate al dubbio che l'inserimento in Costituzione abbia poi un'efficacia effettiva sul raggiungimento dell'equilibrio di bilancio [LUCIANI, 2011].

Nonostante le perplessità, la riforma costituzionale procede spedita e ciò è dovuto soprattutto all'urgenza di dare risposte in sede comunitaria per assicurare l'Europa e i mercati, così com'è stato per tutti gli altri Paesi che hanno approvato la riforma senza un vero e proprio dibattito pubblico.

Il testo della revisione è lacunoso nei contenuti e poco incisivo per lo scopo che si prefigge, poiché non pone vincoli o sanzioni al disavanzo in quanto tale, né vieta il ricorso all'indebitamento (clausola che è stata più volte richiesta dall'Unione europea, da ultimo nel Consiglio del 7 e 8 dicembre 2011). Appronta però un apparato procedurale che dovrebbe assicurare che nel ciclo economico – costituito da fasi talora avverse e talora favorevoli – i bilanci pubblici siano predisposti in modo da garantire un equilibrio complessivo.

La riforma dell'art. 81 Cost., in altri termini, non aggiunge nulla ai vincoli già previsti dalla normativa comunitaria e a quelli imposti nel nostro ordinamento dagli artt. 11 e 117, comma 1, Cost. (che rende peraltro vincolanti anche per

le Regioni i limiti previsti dal patto di stabilità europeo). La scelta di adottare un vincolo più vicino alla *Golden rule* che non allo *Schuldenbremse* tedesco e di aderire a un modello dinamico di raggiungimento del pareggio di bilancio [RIVOSECCHI, 2012], lasciano ampi margini alla contrattazione politica e un grado di elasticità della disciplina costituzionale talmente ampio da rendere del tutto inutile la riforma. La novità è invece contenuta nell'art. 5 del progetto di legge costituzionale, perché stabilisce, seppure sommariamente, i contenuti obbligatori della legge rinforzata che – ai sensi del nuovo art. 81 ultimo comma – deve essere votata a maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna Camera. Se l'art. 81 rinvia a questa legge l'individuazione dei criteri volti a stabilire un equilibrio di bilancio e la sostenibilità del debito, l'art. 5 del progetto prevede, tra l'altro, che tale legge definisca quando giuridicamente si è in presenza di una grave recessione economica, di una crisi finanziaria e di calamità naturali, condizioni che consentono di ricorrere all'indebitamento e di sfiorare il *deficit* [SALERNO, 2012, 6].

Sicuramente di grande portata e d'interesse generale è la modifica apportata all'art. 117 Cost. proprio dopo la sistemazione che ne era riuscita a dare la Corte costituzionale. L'armonizzazione dei bilanci, che effettivamente aveva creato tante difficoltà interpretative nella sua accezione di potestà legislativa concorrente, nella riforma diventa potestà legislativa statale, in linea con l'interpretazione che ne aveva dato la Corte costituzionale [CIOLLI, 2010].

L'art. 119 Cost., che ha rappresentato una delle novità introdotte dalla riforma del Titolo V e che ha disciplinato il Patto di stabilità interna, è ora modificato per introdurre il necessario raggiungimento dell'equilibrio di bilancio per tutti gli enti territoriali (così come l'art. 2 del progetto lo prevede per le amministrazioni statali).

Nei rapporti tra Stato e Regioni s'introduce, inoltre, una formula ambigua (contenuta nell'art. 5, comma 1, lettera g) secondo la quale la legge rinforzata potrà stabilire le modalità attraverso le quali lo Stato, nelle fasi avverse del ciclo economico o al verificarsi degli eventi eccezionali, concorre ad assicurare il finanziamento, da parte degli altri livelli di governo, dei livelli essenziali delle prestazioni e delle funzioni fondamentali inerenti i diritti civili e sociali. Si potrebbe intendere in senso negativo l'affermazione e ritenere che in tempi di recessione, economica anche tale finanziamento, previsto dalla Costituzione, possa essere ridimensionato, visto che l'articolo estremamente vago non fornisce ulteriori informazioni, né chiarisce quali possano essere gli strumenti utilizzati allo scopo.

L'ultima osservazione riguarda l'autorità prevista dall'art. 5, comma 1, lettera f) del progetto di riforma. Essa dovrà essere istituita dalla legge rinforzata di cui sopra e, sebbene sia stata criticata, rappresenta un modello già conosciuto in altre

Costituzioni: un'entità parlamentare, ma neutrale, dotata di competenze tecniche necessarie per valutare e soppesare le complesse decisioni economiche.

La previsione di questa autorità è stata più volte suggerita dall'Unione europea, in particolare dalla Direttiva 2011/85/UE e dai recenti Regolamenti comunitari pubblicati sulla G.U.C.E. del 23 novembre 2011 che, al fine di rafforzare il coordinamento e la sorveglianza dei processi di bilancio degli Stati, avevano indicato la necessità di servirsi di Enti indipendenti in grado di elaborare previsioni macroeconomiche imparziali e attendibili (dotate di autonomia funzionale rispetto alle autorità di bilancio degli Stati membri) e di svolgere analisi indipendenti sull'osservanza dei vincoli di bilancio e anche di elaborare previsioni macroeconomiche e di finanza pubblica.

Il fatto è che questa istituzione è da tempo raccomandata sia dal Fondo monetario, sia dall'Unione europea per operare valutazioni che solo formalmente possono essere considerate di natura tecnico-amministrativa, ma che rappresentano un altro significativo esempio di proliferazione dei poteri neutri, che hanno il compito di prendere decisioni di grande rilievo, senza però essere chiamati ad assumersi la conseguente responsabilità politica.

Quel che è certo è che l'introduzione del pareggio in Costituzione e l'approvazione del Trattato sul "fiscal compact" limiteranno ulteriormente la sovranità statale che non sarà sostituita da una sovranità europea, ma semplicemente da un controllo burocratico e tecnico da parte della Corte di giustizia delle Comunità europee, chiamata a controllare, ogni violazione sui criteri stabiliti per il deficit e il disavanzo degli Stati.

Bibliografia

- G. BOGNETTI, *Costituzione e bilancio dello stato: il problema delle spese in deficit*, in *Nomos*, n. 3, 2008;
- A. BRANCASI, *L'introduzione del principio del c.d. pareggio di bilancio: un esempio di revisione affrettata della Costituzione*, www.forumcostituzionali.it, 2012;
- I. CIOLLI, *La supremacy clause all'italiana: Regioni e strumenti finanziari derivati davanti alla Corte costituzionale*, www.rivistaaic.it, 2010;
- N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998;
- M. LUCIANI, *Economia nel diritto costituzionale, Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 1990, vol. V;
- M. LUCIANI, *Pareggio di bilancio: sei motivi per non toccare la Costituzione*, *L'unità*, 29 ottobre 2011;
- N. LUPO, *Art. 81, Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006;
- G. REPETTO, *Responsabilità politica e Governo della moneta: il caso BCE*, in *La responsabilità politica nell'era del maggioritario e nella crisi della statualità*, (a cura di G. Azza-riti), Torino, 2005;
- G. U. RESCIGNO, *Costituzione economica, Enc. Giur.*, vol. X, Roma, 2001;
- G. RIVOCCHI, *Il coordinamento dinamico della finanza pubblica tra patto di stabilità, patto di convergenza e determinazione dei fabbisogni standard degli enti territoriali*, www.rivistaaic.it, n.1, 2012;
- G. RIZZONI, *Il "semestre europeo" fra sovranità di bilancio e autovincoli costituzionali: Germania, Francia e Italia a confronto*, www.rivistaaic.it, n. 4, 2011;
- G. M. SALERNO, *Alla prova del nove la via europea e sovranazionale per la costituzionalizzazione del pareggio di bilancio*, *Guida al diritto-il sole 24 ore*, n. 4, 21 gennaio 2012;
- G. TEUBNER, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle Costituzioni civili*, Roma, 2005.

XI. Crisi economica e liberalizzazioni

Walter Giuliotti

SOMMARIO: 1. Le sfuggenti nozioni di liberalizzazione e di semplificazione. – 2. Tipi di condizionamenti pubblici e tipologie di liberalizzazioni. – 3. Costi pubblici e privati dei controlli sull'attività. – 4. Le contraddizioni delle recenti cd. "liberalizzazioni". – 5. Conclusioni.

1. Preliminarmente all'analisi delle politiche di liberalizzazione e di semplificazione adottate in risposta alla crisi economica e finanziaria, appare utile precisarne le nozioni, che, in realtà, sono riassuntive di fenomeni eterogenei.

Liberalizzazioni e semplificazione amministrativa sono tendenzialmente dirette a ripristinare nel settore economico la libertà di iniziativa privata, riducendo, ovvero eliminando, i condizionamenti pubblici su essa incidenti. Per condizionamenti pubblici si intendono, in particolare, le regole derogatorie alla disciplina comune a cui sono sottoposte determinate attività e, in senso stretto, le normative che, oltre a porre regole speciali, attribuiscono poteri di intervento e controllo preventivo ad un'autorità pubblica. In quest'ultimo caso, il condizionamento consiste in un vero e proprio regime amministrativo sul quale diversamente operano le politiche di liberalizzazione e di semplificazione.

La liberalizzazione, in particolare, può determinare la soppressione *tout-court* del condizionamento (liberalizzazione piena, intesa come affrancamento del privato dal potere amministrativo), ovvero la sostituzione dello stesso regime con un sistema avente la caratteristica di essere più rispettoso della libertà di impresa (liberalizzazione c.d. temperata). La liberalizzazione in senso radicale avviene tramite deregolazione (o *deregulation*), definita come la soppressione di regole di diritto pubblico che condizionano o limitano l'attività economica privata, senza sostituzione con altre regole di diritto pubblico [CORSO, 1998] riferita, in particolare, alle norme attributive di potere. Si deve, inoltre, distinguere tra "liberalizzazione amministrativa", intesa come «soppressione dei vincoli pubblici gravanti su operatori privati» e "liberalizzazione economica" intesa come soppressione di limiti all'entrata in settori economici particolari [CASSESE, 2000].

La semplificazione amministrativa incide, invece, sui moduli procedurali ed in particolare, con riguardo alle attività economiche, sui procedimenti di controllo. Si può parlare propriamente di semplificazione a seguito dello sposta-

mento del punto di osservazione dagli effetti della norma sul piano sostanziale a quelli sul procedimento [CASSESE, 1998]. La semplificazione non si identifica, tuttavia, con una mera accelerazione del procedimento – che può costituirne un aspetto –, bensì nell'intervento teso a determinare «alterazioni, radicali e profonde, dei normali moduli procedurali» [FERRARA, 1999], al fine di consentire che l'esercizio della funzione amministrativa abbia un peso minore per le imprese ed in generale per i cittadini senza necessariamente incidere in senso negativo sulla sua efficacia. Il termine semplificazione è spesso utilizzato in senso più ampio e comprensivo di tutte quelle misure che rendono meno oneroso il rapporto tra cittadino e amministrazione, ma l'estensione di significato che il termine assume in questo contesto lo rende inidoneo alla presente analisi, che mira proprio a distinguere gli interventi del legislatore sui poteri amministrativi da quelli sul procedimento.

I suddetti concetti – ed in particolare quello di liberalizzazione – hanno comunque una valenza contingente e storicamente determinata, in quanto le relative politiche incidono in senso riduttivo su condizionamenti pubblicistici precedentemente introdotti giudicati in un dato momento non più necessari (liberalizzazione) ovvero, ancorché necessari, troppo onerosi sul piano procedimentale (semplificazione).

Relativi sono, in particolare, gli istituti a cui si fa ricorso per la cd. liberalizzazione temperata e labile è a volte il confine con la semplificazione. Ad esempio, l'autorizzazione [FRACCHIA, 1996] può essere alternativamente uno strumento di condizionamento (rispetto ad un'attività precedentemente libera), ovvero uno strumento di liberalizzazione (rispetto ad un regime concessorio).

È così utilizzato indifferentemente il termine liberalizzazione nei seguenti casi:

- la soppressione di un regime di riserva pubblica mediante concessione;
- il superamento di un regime di contingentamento, ovvero di regimi discrezionali per l'accesso a scopo di direzione;

- la previsione di un mero accertamento di requisiti obiettivi mediante dichiarazione preventiva, secondo “un modello di liberalizzazione temperata che sostituisce l'assenso preventivo con il controllo successivo” (vds. Ad. plen. n. 15 del 2011 a proposito del regime della SCIA);

- l'eliminazione di un controllo all'avvio (preventivo o successivo).

Va, infine, evidenziato che, né liberalizzazione, né semplificazione si identificano con la deregolamentazione, ma quest'ultima, come osservato, può essere uno strumento per la liberalizzazione “piena” di un settore, laddove venga disposta la cancellazione di quelle norme attributive di potere su cui si fonda il regime amministrativo – ad es. autorizzatorio – che grava su un'attività. In particolare, il

fenomeno di liberalizzazione si sostanzia nella libertà di svolgimento e di accesso ad una data attività (economica) e non determina necessariamente la sottrazione ad ulteriori regole che prescrivono requisiti, presupposti ovvero modalità di svolgimento della medesima [FRACCHIA 1998]. Del resto, considerando la pluralità delle fonti, dei soggetti, nonché degli ordinamenti il cui oggetto è la disciplina delle attività private, è stato evidenziato come siano solo astrattamente immaginabili attività completamente libere, prive cioè di una regolazione pubblicistica, in quanto rimesse alla sola disciplina del diritto comune [DOMENICHELLI 2004]. Si sottolinea, anzi, che il fenomeno della regolamentazione delle attività private (e pubbliche), nonostante il c.d. processo di liberalizzazione, è destinato ad aumentare piuttosto che a diminuire [FALCON 1996] e che la “liberalizzazione economica”, intesa in termini di soppressione di limiti all’entrata in settori economici particolari, può comportare la necessità, almeno nella fase iniziale, di una più pesante disciplina pubblica dell’attività, fenomeno che va in senso contrario alla “liberalizzazione amministrativa”, intesa come soppressione dei vincoli pubblici gravanti su operatori privati. Ciò costituisce una contraddizione solo apparente, in quanto «il maggior controllo dell’attività che consegue alla liberalizzazione economica è la condizione stessa della liberalizzazione» [CASSESE, 2000].

Il condizionamento, e di conseguenza la derogolamentazione, può anche riguardare le modalità di svolgimento di alcune attività. Ne costituisce un esempio l’abolizione del sistema delle tariffe inteso rettamente come deregolamentazione del corrispettivo per una determinata attività (ad es. professionale) e non già come liberalizzazione.

2. Come evidenziato, nell’ampio concetto di liberalizzazioni si osservano interventi diversi connessi all’utilizzo di istituti diversi. Le distinzioni non si esauriscono però sotto questo profilo, rilevando anche gli scopi a cui sono dirette le politiche di liberalizzazione.

Sotto la copertura dell’art. 41 cost. i regimi pubblici di controllo a carattere autorizzatorio, infatti, hanno svolto, non solo una funzione di conservazione – in attuazione dei principi di precauzione o prevenzione –, ma anche una diversa funzione direzionale del settore economico interessato mediante regimi di cd. “autorizzazione con esame del bisogno” [SPAGNUOLO VIGORITA, 1962].

In merito a quest’ultima finalità dei controlli, la necessità di reinterpretare l’art. 41 cost. alla luce del diritto europeo e dell’affermazione della libertà d’iniziativa come libertà individuale ed interesse generale, nonché del principio della concorrenza, ha imposto il superamento del concetto dell’impresa-funzione e di direzione economica. Ciò, si è tradotto in un processo legislativo di revisione e nuova

disciplina di interi settori economici che, anche recependo direttive comunitarie, ha già in larga parte smantellato i condizionamenti con finalità di direzione, lasciandone soltanto limitati, ma non insignificanti residui (vds. taxi, farmacie, ecc.).

Nello smantellare i regimi di riserva pubblica e i controlli in funzione di direzione sono, in effetti, consistite le più significative liberalizzazioni poste in essere nell'ultimo ventennio (es. mercato bancario, commercio, carburanti, telecomunicazioni, energia, gas), sebbene con risultati non sempre univoci nel senso di consegnare il settore interessato ad un effettivo regime concorrenziale (ma la questione in questo caso si sposta dalle politiche di liberalizzazione alla corretta regolazione dei mercati liberalizzati).

I numerosi condizionamenti pubblici non direzionali o derivati dal suddetto processo di trasformazione – e di eventuale ri-regolazione – hanno diverse caratteristiche rispetto a quelle sopra enunciate, in quanto diretti ad un controllo ispirato alla protezione di interessi eterogenei rispetto all'andamento del mercato affidato alla concorrenza, come, ad esempio, la tutela della salute, della sicurezza, dell'ordine pubblico, dell'ambiente ecc. In tali casi, il diritto europeo consente ed addirittura – in alcuni casi – impone (ad esempio in materia ambientale) i predetti controlli pubblici.

Ebbene, la liberalizzazione di settori in cui i condizionamenti hanno la funzione di protezione di interessi non economici, ha una valenza diversa ed implica problematiche eterogenee, nonché approcci diversi rispetto alla liberalizzazione di settori in cui i condizionamenti avevano una funzione di direzione pubblica del mercato, oggi residuali.

In quest'ultimo caso, è necessario per il pubblico verificare quali modelli regolatori applicare per affidare – o ri-affidare – il settore integralmente (o parzialmente) alla concorrenza; nel primo caso è necessario, invece, valutare l'attualità degli interessi protetti, l'adeguatezza e la proporzionalità dei regimi di protezione.

La revisione di un regime amministrativo posto in funzione di protezione e non di direzione richiede, pertanto, l'esatta valutazione tecnica e politica della sua utilità attuale o della possibilità di sostituzione con regimi alternativi per tutelare efficacemente i medesimi interessi (dichiarazione preventiva in luogo dell'autorizzazione amministrativa). In questo quadro, assume rilevanza anche la politica di semplificazione che tende a mitigare il peso burocratico di un regime amministrativo di cui si valuta comunque utile la permanenza (autorizzazione - silenzio-assenso).

La direttiva 2006/123 CE appare un modello di riferimento utile per la disciplina delle attività economiche fondato sul principio di proporzionalità dei condizionamenti e degli istituti giuridici in cui essi si concretano [LONGOBARDI 2009]. In questo senso, la portata di liberalizzazione è esplicita nell'obiettivo

di operare una «limitazione dell'obbligo di autorizzazione preliminare ai casi in cui essa è indispensabile e l'introduzione del principio della tacita autorizzazione da parte delle autorità competenti allo scadere di un determinato termine» (considerando 43). Così, si prevede che i «Regimi di autorizzazione» devono essere giustificati «da un motivo imperativo di interesse generale» e, comunque, previsti solo se «l'obiettivo perseguito non può essere conseguito tramite una misura meno restrittiva, in particolare in quanto un controllo a posteriori interverrebbe troppo tardi per avere reale efficacia». La regola generale è dunque che, ove ritenuti necessari, i controlli non siano impeditivi dello svolgimento dell'attività e si fondino sul controllo successivo della dichiarazione privata da parte dell'Autorità.

I regimi autorizzatori devono avere, inoltre, carattere non «discriminatorio nei confronti del prestatore», prevedendo l'art. 12 della direttiva la soggezione ai principi di evidenza pubblica mediante «Selezione tra diversi candidati» nei casi in cui il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia obiettivamente limitato.

3. Stimolo ai recenti interventi di liberalizzazione è stata la crisi economica del 2009 e poi quella della finanza pubblica a partire dal 2010. Ciò, ha spinto a varare “politiche generali” – ma più spesso “tentativi generici” – di rimozione dei condizionamenti alla libertà d'impresa, in vista di un risultato globale in termini economici assunto ad interesse preminente.

Sul piano dell'impatto economico e di finanza pubblica delle politiche di liberalizzazione è noto che i condizionamenti, quali ad esempio i controlli pubblici all'ingresso, hanno un duplice costo suscettibile di essere facilmente avvertito e contabilizzato.

Il primo è quello pubblico degli apparati preposti al controllo, in termini di impiego di mezzi e di personale e ciò incide sulla spesa pubblica sotto il profilo del costo della funzione; il secondo costo è quello privato relativamente all'onere (in termini di istruttoria privata, di tempo, dell'acquisizione delle condizioni presupposte ecc.) per l'ottenimento del titolo per lo svolgimento dell'attività.

Tuttavia, se quelli sopra descritti sono i costi diretti in termini di spesa pubblica e spesa privata in riferimento agli attori coinvolti, in relazione al sistema economico occorre considerare il costo/beneficio del condizionamento in termini di esternalità positive e negative, soprattutto laddove i condizionamenti esistenti siano posti in funzione di precauzione o prevenzione.

In una prospettiva contabile, la soppressione dei controlli – e quindi una politica di liberalizzazione – ha in astratto l'effetto positivo di ridurre la spesa del controllo (apparati) e, in relazione all'effetto stimato incrementale sul PIL, di in-

cidere positivamente sulle entrate fiscali, nonché l'effetto derivato di migliorare il rapporto tra indebitamento/PIL e debito/PIL.

L'impostazione che muove dalle esigenze esogene (macroeconomiche) e non propriamente endogene dei singoli settori è ben rappresentata nella relazione al decreto legge n.1 del 2012 in cui si afferma: «*Finora il governo ha agito sul “numeratore” della crisi: i conti pubblici. Oggi è il momento di intervenire sul “denominatore”: la crescita (...). Il Bilancio pubblico non può più favorire la crescita. La Moneta unica ha reso impossibili le svalutazioni competitive che hanno anestetizzato la mancanza di riforme strutturali. Non resta, quindi, che liberare le risorse e la capacità di intraprendere propria delle imprese italiane, intervenendo proprio sugli ostacoli che hanno finora rallentato le potenzialità di crescita (...). Appare sempre più urgente promuovere le condizioni per una ripresa basata essenzialmente sullo sviluppo di autonome attività d'impresa: la liberalizzazione dell'economia rappresenta dunque una via ineludibile per il Paese, se vuole uscire dalla crisi rinsaldando le fondamenta della propria economia. Questa possibilità, tuttavia, si scontra con alcuni ostacoli che caratterizzano storicamente il nostro sistema sociale ed economico e che si sostanziano in una regolazione protezionistica o comunque di ostacolo allo sviluppo di autonome iniziative imprenditoriali (...). In Italia, i settori che producono servizi al riparo dalla concorrenza internazionale sono, sostanzialmente, tutti i settori diversi dal manifatturiero (commercio, trasporti, credito e assicurazioni, costruzioni, elettricità, gas, acqua, hotel e ristoranti, professioni) e rappresentano più del 50 per cento del valore aggiunto complessivo. In questi settori il grado di concorrenza, sulla base di confronti tra paesi OCSE, è relativamente basso. Vi sono, infatti, barriere all'entrata, regolamentazioni sui prezzi e/o limitazioni alle forme d'impresa che garantiscono alle imprese già presenti sul mercato un potere che permette loro di applicare margini di profitto molto elevati rispetto ai costi. Secondo i dati OCSE, per l'Italia il margine di profitto medio nei settori dei servizi sarebbe pari al 61 per cento, contro il 35 per cento nel resto dell'area dell'euro e il 17 per cento nei settori che producono beni e servizi sottoposti alla concorrenza internazionale».*

La mancata attenta valutazione delle esternalità è, tuttavia, il punto su si infrangono molto spesso le politiche di semplificazione e ancor più di liberalizzazione, soprattutto laddove esse sono eterodeterminate da esigenze di finanza pubblica in relazione agli scenari macroeconomici e non tengono conto della natura e delle diverse funzioni dei condizionamenti esistenti.

Occorre soprattutto ricordare che liberalizzazione di attività economiche significa oggi, non tanto eliminare i controlli pubblici direzionali – che sono ormai residuali –, quanto intervenire sui controlli posti in funzione di protezione di interessi sensibili o dello stesso corretto funzionamento del mercato. Si tratta di verificare, in quest'ultima prospettiva, l'utilità del controllo in ragione, non solo del buon funzionamento del settore a cui esso si riferisce ed a cui può essere diretto

(ad esempio i condizionamenti determinati dalla regolazione di un mercato), ma anche in relazione alla tutela dei diritti fondamentali che dalla specifica attività d'impresa possono essere incisi e minacciati (ambiente, sicurezza, ordine pubblico, come imposto del resto dal c. 2 art. 41 Cost. e dalla stessa normativa comunitaria), nonché le interazioni tra le due sfere. Specularmente, si tratta di ricercare le ipotesi in cui il condizionamento costituisce sviato presupposto per situazioni di ingiustificato privilegio di alcuni operatori del mercato o comunque sia causa di una ingiustificata inefficienza. Occorre del resto considerare che le situazioni di privilegio molto spesso non dipendono dalla regolazione pubblica o dai regimi amministrativi, ma da consolidati poteri privati che una corretta "manutenzione" del mercato dovrebbe individuare e ridurre.

Quella presupposta all'intervento di liberalizzazione nei casi nei casi suddetti costituisce un'operazione di revisione non facile e dagli esiti non scontati. Peraltro, non sempre una nuova regolamentazione, soprattutto quando è improvvisata e frammentaria, raggiunge il risultato economico sopra auspicato e comunque non lo raggiunge immediatamente. Soprattutto la liberalizzazione cd. temperata rischia con il mutamento del regime a cui è soggetta l'attività di introdurre nuovi costi di adeguamento a carico dell'impresa.

Così, nel 2011, ma anche negli anni precedenti, sono stati approntati una sequela di interventi in tema di liberalizzazioni e semplificazioni. Tale esperienza, sotto molti aspetti, è indicativa di come le politiche di liberalizzazione utilizzate in forma propagandistica rischiano di essere non solo inefficaci, ma addirittura controproducenti. Così, politiche di liberalizzazione e di semplificazione non correttamente impostate producono effetti irrazionali ed addirittura lesivi del buon funzionamento del mercato, dando luogo ad esiti patologici che possono essere in via meramente esemplificativa così descritti:

- un quadro contraddittorio determinato da interventi disorganici, dalla mancanza di partecipazione degli interessati, dall'episodicità ed estemporaneità dell'intervento;
- l'inefficacia delle norme manifesto;
- i maggiori costi determinati dall'ulteriore incertezza introdotta nel sistema, ovvero da soluzioni peggiorative;

Al riguardo, è sempre attuale l'insegnamento di A. Travi, secondo il quale «ha senso parlare di liberalizzazione di un'attività solo se per quell'attività vi è una normativa che assicura chiarezza, certezza ed organicità. Altrimenti, quasi paradossalmente, il risultato della riforma è opposto rispetto a quello voluto. Non si realizza una maggiore libertà di accesso al mercato, ma si disincentiva quell'attività, perché si introducono fattori nuovi di incertezza, di rischio, di responsabilità» [TRAVI, 1998].

4. A titolo esemplificativo delle suddette ipotesi di contraddizione nella formulazione di politiche di liberalizzazione e semplificazione si evidenziano i seguenti aspetti rilevabili nella normazione recente:

a) **QUADRO CONTRADDITTORIO, NORMAZIONE TRAMITE DECRETAZIONE D'URGENZA, INTERVENTI ETEROGENEI E MANCANZA DI PARTECIPAZIONE DEI SOGGETTI INTERESSATI.**

Nel solo 2011 si sono succeduti ben cinque articolati normativi a carattere economico finanziario – tra i quali la legge di stabilità – contenenti interventi diretti alla liberalizzazione (a volte negli stessi settori) da cui emerge un quadro estremamente confuso e frammentario, con previsioni radicalmente diverse anche tra il decreto legge e la stessa legge di conversione.

Le discipline che si sono succedute in questo senso nel 2011 sono le seguenti:

1. d.l. 13 maggio 2011, n. 70 (in GU n. 110 del 13 maggio 2011). – Decreto convertito, con modificazioni, in legge 12 luglio 2011, n. 106 – Semestre Europeo – Prime disposizioni urgenti per l'economia (1).
2. d.l. 6 luglio 2011 n. 98 (in GU n. 155 del 6 luglio) – Decreto convertito, con modificazioni, in legge 15 luglio 2011, n. 111 – Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria. (manovra economica 2);
3. d.l. 13 agosto 2011, n. 138. Decreto convertito, con modificazioni, in l. 15 settembre 2011 n. 148 «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, recante ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo. Delega al Governo per la riorganizzazione della distribuzione sul territorio degli uffici giudiziari» (GU n. 216 del 16 settembre 2011).
4. Legge 12 novembre 2011, n. 183 (Legge di stabilità 2012, ex legge finanziaria) approvata in via definitiva dal Parlamento il 12 novembre 2011 e pubblicata in GU n. 265 del 14 novembre 2011.
5. decreto legge 6 dicembre 2011 n. 201 (cd. Salva Italia) convertito con l. 22 dicembre 2011 n.214.

b) **INTRODUZIONE DI NORME MANIFESTO**

Costituisce un esempio di norma manifesto la più volte proclamata – in testi legislativi o in ipotesi di riforma – “libertà di impresa”, senza però che ne siano conseguiti concreti interventi sui regimi amministrativi nei diversi settori. Alla norma manifesto può essere ascritta, peraltro, solo eventualmente, una portata culturale ed una valenza interpretativa della disciplina vigente, ma più facilmente ha l'effetto di ingenerare confusione o di produrre risultati opposti alle intenzioni.

La riscrittura dell'art. 41 Cost. nel progetto di revisione costituzionale.

Attualmente il disegno di legge costituzionale (C 4144 Cost.), presentato dal Governo nel 2011, è stato assunto come testo base a cui sono stati accorpate altri disegni di riforma e si compone di 4 articoli che andrebbero ampiamente a modificare l'articolo 41 della Costituzione e parzialmente gli articoli 45, 97 e 118.

In particolare, l'art. 41 Cost. modificato disporrebbe che «1. *L'iniziativa e l'attività economica privata sono libere ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge.* 2. *Non possono svolgersi in contrasto con l'utilità sociale, con i principi fondamentali della Costituzione o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge e i regolamenti disciplinano le attività economiche unicamente al fine di impedire la formazione di monopoli pubblici e privati.*».

Tuttavia, la prospettata riforma appare, in primo luogo, non necessaria dal momento che l'art. 41 cost. ha subito i cennati condizionamenti in conseguenza dell'affermazione del diritto europeo che ne ha imposto una lettura più attenta al principio della concorrenza e della libertà economica individuale. Pertanto, già il diritto europeo ha fortemente limitato la portata potenzialmente dirigista del vigente art. 41 cost., senza necessità di introdurre un'ulteriore "cornice ordinamentale".

Oltretutto, le nuove norme che si intenderebbero introdurre, da un lato, sono meramente tautologiche ed inefficaci (c. 1), dall'altro, sono irrazionali e dannose, laddove al c. 3 dispongono che la disciplina legislativa e regolamentare sia diretta unicamente ad impedire la formazione di monopoli pubblici (?) e privati. Al di là della tutela della concorrenza, non si vede come, sulla base di questo presupposto (parziale ed erroneo), possa trovare concreta attuazione il secondo comma dello stesso art. 41 cost. che contiene i classici presupposti per l'intervento pubblico – in primo luogo normativo – sull'attività economica. Semmai, come in effetti si è già verificato, l'assunzione del valore della concorrenza ad interesse pubblico è suscettibile di ampliare la quantità della normazione e degli attori pubblici coinvolti (vds. Autorità antitrust; affidamento dei servizi e degli appalti pubblici ecc.).

Ulteriore esempio è la proclamazione della libertà di impresa nella legislazione ordinaria.

Il d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59, recante "Attuazione della Direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno" – prima richiamata – trova applicazione nei confronti di qualunque attività economica, di carattere imprenditoriale o professionale, svolta senza vincolo di subordinazione, diretta allo scambio di beni

o alla fornitura di altra prestazione anche a carattere intellettuale, al di fuori delle esclusioni espressamente previste. Il decreto, tuttavia, si limita a riprodurre la citata disciplina europea senza incidere sulle discipline di settore, omettendo di operare la revisione della normativa vigente come avrebbe richiesto il corretto recepimento della direttiva. Si osserva, al riguardo, che “per aprire il mercato dei servizi occorre(va) effettuare un capillare lavoro di revisione della legislazione esistente, caso per caso, alla luce dei criteri contenuti nella direttiva stessa invece di intervenire su norme generali quali l’art. 19” [PARISIO, 2011] ed ancora che “il d.lgs. n. 59/2010 ha operato un finto recepimento della direttiva, che non è stata attuata (tranne che per alcuni procedimenti di un paio di amministrazioni statali), ma sostanzialmente ricopiata” parlando espressamente di “pigrizia del legislatore” [MATTARELLA, 2010].

La medesima discutibile ed inefficace tecnica è stata fatta propria dalle discipline successive. La legge 15 settembre 2011 n. 148 «Conversione in legge del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, recante ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo» al Titolo II «*Liberalizzazioni, privatizzazioni ed altre misure per favorire lo sviluppo*», (art. 3), pone norme sull’«*Abrogazione delle indebite restrizioni all’accesso e all’esercizio delle professioni e delle attività economiche*» stabilendo che:

«1. [In attesa della revisione dell’articolo 41 della Costituzione,] Comuni, Province, Regioni e Stato, entro un anno dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, adeguano i rispettivi ordinamenti al principio secondo cui l’iniziativa e l’attività economica privata sono libere ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge nei soli casi di (1):

- a) vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali;
- b) contrasto con i principi fondamentali della Costituzione;
- c) danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana e contrasto con l’utilità sociale;
- d) disposizioni indispensabili per la protezione della salute umana, la conservazione delle specie animali e vegetali, dell’ambiente, del paesaggio e del patrimonio culturale;
- e) disposizioni relative alle attività di raccolta di giochi pubblici ovvero che comunque comportano effetti sulla finanza pubblica (2).

2. Il comma 1 costituisce principio fondamentale per lo sviluppo economico e attua la piena tutela della concorrenza tra le imprese».

La legge 11 novembre 2011, n. 180 «Norme per la tutela della libertà d’impresa. Statuto delle imprese» all’art. 2 enuncia i principi indicando, tra l’altro, «c) il diritto dell’impresa di operare in un contesto normativo certo e in un quadro di servizi pubblici tempestivi e di qualità, riducendo al minimo i margini di discrezio-

nalità amministrativa; d) la progressiva riduzione degli oneri amministrativi a carico delle imprese, in particolare delle micro, piccole e medie imprese, in conformità a quanto previsto dalla normativa europea».

Ancora, la legge 22 dicembre 2011 n.214, di conversione del decreto legge 6 dicembre 2011 n. 201 (Salva Italia), pone all'art. 34 norme sulla «Liberalizzazione delle attività economiche ed eliminazione dei controlli ex-ante», prevedendo che:

«1. Le disposizioni previste dal presente articolo sono adottate ai sensi dell'articolo 117, comma 2, lettere e) ed m), della Costituzione, al fine di garantire la libertà di concorrenza secondo condizioni di pari opportunità e il corretto ed uniforme funzionamento del mercato, nonché per assicurare ai consumatori finali un livello minimo e uniforme di condizioni di accessibilità ai beni e servizi sul territorio nazionale.

2. La disciplina delle attività economiche è improntata al principio di libertà di accesso, di organizzazione e di svolgimento, fatte salve le esigenze imperative di interesse generale, costituzionalmente rilevanti e compatibili con l'ordinamento comunitario, che possono giustificare l'introduzione di previ atti amministrativi di assenso o autorizzazione o di controllo, nel rispetto del principio di proporzionalità.

3. Sono abrogate le seguenti restrizioni disposte dalle norme vigenti:

- a) il divieto di esercizio di una attività economica al di fuori di una certa area geografica e l'abilitazione a esercitarla solo all'interno di una determinata area;
- b) l'imposizione di distanze minime tra le localizzazioni delle sedi deputate all'esercizio di una attività economica;
- c) il divieto di esercizio di una attività economica in più sedi oppure in una o più aree geografiche;
- d) la limitazione dell'esercizio di una attività economica ad alcune categorie o divieto, nei confronti di alcune categorie, di commercializzazione di taluni prodotti;
- e) la limitazione dell'esercizio di una attività economica attraverso l'indicazione tassativa della forma giuridica richiesta all'operatore;
- f) l'imposizione di prezzi minimi o commissioni per la fornitura di beni o servizi;
- g) l'obbligo di fornitura di specifici servizi complementari all'attività svolta.

4. L'introduzione di un regime amministrativo volto a sottoporre a previa autorizzazione l'esercizio di un'attività economica deve essere giustificato sulla base dell'esistenza di un interesse generale, costituzionalmente rilevante e compatibile con l'ordinamento comunitario, nel rispetto del principio di proporzionalità.

5. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato è tenuta a rendere parere obbligatorio, da rendere nel termine di trenta giorni decorrenti dalla ricezione del provvedimento, in merito al rispetto del principio di proporzionalità sui disegni di legge governativi e i regolamenti che introducono restrizioni all'accesso e all'esercizio di attività economiche.

6. Quando è stabilita, ai sensi del comma 4, la necessità di alcuni requisiti per l'esercizio di attività economiche, la loro comunicazione all'amministrazione competente deve poter essere data sempre tramite autocertificazione e l'attività può subito iniziare, salvo il successivo controllo amministrativo, da svolgere in un termine definito; restano salve le responsabilità per i danni eventualmente arrecati a terzi nell'esercizio dell'attività stessa (...).».

È evidentemente sinora mancata una attuazione dei principi enunciati nei diversi settori.

c) PERDITA DEL VALORE DELLA CERTEZZA (COSTO IMPLICITO) E SOLUZIONI ERRATE

Come osservato, un vero e proprio paradosso è che l'enfaticizzazione dei principi liberistici finisce con il diventare causa di una cospicua proliferazione delle fonti normative [SPASIANO 2003]. È ancor più grave quando le soluzioni adottate sono palesemente errate.

Paradigmatico è l'esempio delle dichiarazioni preventive, che, come osservato, costituiscono un fondamentale strumento di liberalizzazione. L'istituto dell'art. 19 della l. n. 241 del 1990 è ormai ripetutamente richiamato e rielaborato nell'ambito di interventi legislativi diretti a rafforzare la competitività del sistema economico e produttivo, spesso tuttavia in maniera propagandistica e contraddittoria. Significativa in questo senso è la ripetuta, quanto inutile, modifica della denominazione da Denuncia di inizio attività, a Dichiarazione di inizio attività ed infine a Segnalazione certificata di inizio attività.

Il punto di arrivo dell'evoluzione giurisprudenziale che stava lentamente mettendo a punto un sistema di tutela efficace e rispettoso della natura dell'istituto, rappresentato dalla pronuncia dell'Ad. plen., n. 15 del 2011, è stato sconvolto dal legislatore che, proprio nell'ambito di un intervento diretto alla liberalizzazione, ha posto una soluzione confusa e foriera di incertezza, nonostante la decisione dell'Adunanza plenaria. Le previsioni contenute all'art. 6 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, hanno allontanato certezza e stabilità in ordine alle tecniche di tutela utilizzabili dal terzo con effetti disfunzionali sull'intero istituto, in particolare operando un insanabile contrasto di impostazione tra la disciplina sostanziale, ispirata alla stabilità con forti limiti all'autotutela oltre la scadenza del termine, e quella processuale che fonda la tutela del terzo proprio sullo stimolo di un intervento successivo dell'amministrazione.

Il c. 1 dell'articolo 6 del decreto convertito ha introdotto il c. 6-ter nell'art. 19 l. proc. il cui testo è il seguente: «La segnalazione certificata di inizio attività, la denuncia e la dichiarazione di inizio attività non costituiscono provvedimenti taciti direttamente impugnabili. Gli interessati possono sollecitare esclusivamente l'esercizio delle verifiche spettanti all'amministrazione e, in caso di iner-

zia, esperire l'azione di cui all'art. 31, commi 1, 2 e 3 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104».

Non si vede cosa c'entri con la competitività, a cui si dovrebbe ispirare l'intervento del legislatore, lasciare *sine die* il dichiarante esposto alla possibilità (non circoscritta temporalmente) che il terzo solleciti la verifica della dichiarazione e che sulla base dell'apertura obbligatoria del relativo procedimento (di riesame?) possa avviare un'azione avverso l'inerzia (peraltro, proponibile entro un anno dalla chiusura del procedimento avviato con l'istanza). Non è nemmeno chiaro quale potere vada sollecitato: quello originario? (come ciò si concilia con l'estinzione del procedimento avviato d'ufficio con la presentazione della Scia?) quello di autotutela? (con quale efficacia, considerati i limiti contenuti all'art. 19 all'esercizio dell'autotutela?) o quello sanzionatorio? (che tuttavia non sempre è previsto in termini ripristinatori) [N. LONGOBARDI, W. GIULIETTI, 2011].

5. Avendo gli interventi di liberalizzazione e semplificazione, come osservato, carattere contingente e relativo in relazione ai fini e agli strumenti utilizzati, appare un'impostazione errata quella dell'approccio generalizzato e dell'intervento straordinario, per di più utilizzando impropriamente il termine liberalizzazione anche nei confronti di interventi che non incidono su poteri amministrativi.

La revisione e l'adeguamento dei regimi amministrativi dovrebbe costituire, invece, anche per il legislatore, attività ordinaria di comparazione dei vari interessi coinvolti, compreso – ma senza essere assolutizzato – quello allo sviluppo del sistema economico. L'intervento di liberalizzazione dovrebbe essere disposto ove i vincoli all'attività privata risultino ingiustificati, ovvero oltre lo schermo dell'interesse pubblico nascondano situazioni di privilegio, con particolare attenzione a garantire la migliore funzionalità del settore economico.

Se la predisposizione di regimi amministrativi che derogano al principio di libertà di impresa ed alla sottoposizione delle attività private al solo diritto comune (ed in particolare al principio dell'autonomia privata ed alle regole della responsabilità civile), trova costituzionalmente una giustificazione nelle ragioni di interesse pubblico, la rimozione o l'allentamento di quei vincoli può trovare unicamente fondamento nel superamento di quelle ragioni già riconosciute meritevoli di tutela.

Siffatta attività dovrebbe essere ordinaria e ricorrente in termini di valutazione della regolazione in via periodica al fine di monitorare la proporzionalità e l'efficacia dei regimi amministrativi, anche in funzione dell'evoluzione tecnologica e dei mercati. Tale approccio appare maggiormente razionale, superando la contraddizione di interventi estemporanei che, anche laddove raggiungano i pro-

grammati obiettivi economici, non assicurano nel lungo periodo la funzionalità del settore su cui intervengono e pongono i presupposti per ulteriori interventi correttivi.

In questo senso, positivi profili di diversità di approccio sono contenuti nello “Statuto delle imprese” all’art. 6 «Procedure di valutazione» in cui si stabilisce che *«1. Lo Stato, le regioni, gli enti locali e gli enti pubblici sono tenuti a valutare l’impatto delle iniziative legislative e regolamentari, anche di natura fiscale, sulle imprese, prima della loro adozione, attraverso:*

- a) l’integrazione dei risultati delle valutazioni nella formulazione delle proposte;*
- b) l’effettiva applicazione della disciplina di cui all’articolo 14, commi 1 e 4, della legge 28 novembre 2005, n. 246, relativa all’analisi dell’impatto della regolamentazione (AIR) e alla verifica dell’impatto della regolamentazione (VIR);*
- c) l’applicazione dei criteri di proporzionalità e, qualora possa determinarsi un pregiudizio eccessivo per le imprese, di gradualità in occasione dell’introduzione di nuovi adempimenti e oneri a carico delle imprese, tenendo conto delle loro dimensioni, del numero di addetti e del settore merceologico di attività. (...) 5. I soggetti di cui al comma 1 prevedono e regolamentano il ricorso alla consultazione delle organizzazioni maggiormente rappresentative delle imprese prima dell’approvazione di una proposta legislativa, regolamentare o amministrativa, anche di natura fiscale, destinata ad avere conseguenze sulle imprese, fatto salvo quanto disposto ai sensi dell’articolo 14, comma 5, lettera a), della legge 28 novembre 2005, n. 246, come sostituita dal comma 2 del presente articolo».*

L’attuazione della predetta previsione potrebbe rendere operativo il metodo auspicato.

D’altra parte, il d.l. 24 gennaio 2012, n. 1 recante «Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività», convertito con legge 24 marzo 2012, n. 27, ponendo all’art. 1 norme di «Liberalizzazione delle attività economiche e riduzione degli oneri amministrativi sulle imprese», oltre a riproporre ai cc. 1 e 2 i principi già enunciati nelle prvigenti citate discipline in merito alla libertà di impresa, al c. 3 profila finalmente un’opera di ricognizione della normativa vigente diretta a tradurre e concretizzare le citate generiche e generali previsioni mediante lo strumento della delegificazione.

Si prevede, in particolare, che *«Nel rispetto delle previsioni di cui ai commi 1 e 2 e secondo i criteri ed i principi direttivi di cui all’articolo 34 del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214, il Governo, previa approvazione da parte delle Camere di una sua relazione che specifichi periodi ed ambiti di intervento degli atti regolamentari, è autorizzato ad adottare entro il 31 dicembre 2012 uno o più regolamenti, ai sensi dell’articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, per individuare le attività per le quali permane l’at-*

to preventivo di assenso dell'amministrazione, e disciplinare i requisiti per l'esercizio delle attività economiche, nonché i termini e le modalità per l'esercizio dei poteri di controllo dell'amministrazione, individuando le disposizioni di legge e regolamentari dello Stato che, ai sensi del comma 1, vengono abrogate a decorrere dalla data di entrata in vigore dei regolamenti stessi. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato rende parere obbligatorio, nel termine di trenta giorni decorrenti dalla ricezione degli schemi di regolamento, anche in merito al rispetto del principio di proporzionalità. In mancanza del parere nel termine, lo stesso si intende rilasciato positivamente».

Nonostante sembri acquisita la consapevolezza della necessità di intervenire puntualmente sulle discipline di settore, mancano, tuttavia, garanzie sulla trasparenza e sulla partecipazione nella formazione dei predetti regolamenti, nonché troppo trasversale e generico rimane l'approccio, mancando, ulteriormente, quei criteri che in tali casi di delegificazione il legislatore dovrebbe specificamente porre. In ogni caso, l'esame della disciplina di settore è nuovamente spostata nel tempo al 31 dicembre 2012.

Bibliografia

- E. CASSETTA, *La difficoltà di semplificare*, in *Dir. amm.*, 1999, 335 ss.;
- S. CASSESE, *La semplificazione amministrativa e l'orologio di Taylor*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 699 ss.;
- S. CASSESE, *Quattro paradossi sui rapporti tra poteri pubblici ed autonomie private*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 389 ss.;
- G. CORSO, *Attività economica privata e deregulation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 629 ss.;
- M. DELSIGNORE, *Il contingentamento dell'iniziativa economica privata. Il caso non unico delle farmacie aperte al pubblico*, Milano, 2011;
- V. DOMENICHELLI, *Regolazione e interpretazione nel cambiamento del diritto amministrativo: verso un nuovo feudalesimo giuridico?*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 1 ss.;
- G. FALCON, *L'autoamministrazione dei privati*, in *Procedimenti e accordi dell'amministrazione locale (Atti del XLII convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Tremezzo, 19-21 settembre 1996)*, Milano, 1996, 139 ss.;
- R. FERRARA, *Le "complicazioni" della semplificazione amministrativa: verso un'amministrazione senza qualità?*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 322 ss.;
- R. FERRARA, *Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato: dalla "libertà dall'amministrazione" alla libertà dell'amministrazione?*, in *Dir. soc.*, 2000, 101 ss.;
- F. FRACCHIA, *Autorizzazione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive*, NAPOLI, 1996;
- F. FRACCHIA, *La «liberalizzazione» della distribuzione dei carburanti*, in *Giorn. dir. amm.*, 1998, 516 ss.;
- N. LONGOBARDI. - W. GIULIETTI, *SCIA: un ventaglio di azioni si apre a tutelare il terzo. Osservazioni alla sentenza n. 15 del 2011 dell'Adunanza Plenaria*, in *www.giustamm.it*, 2011;
- N. LONGOBARDI, *Attività economiche e semplificazione amministrativa. La «direttiva bolkestein» modello di semplificazione*, in *Diritto e Processo amministrativo*, 3/2009, 1 ss.;
- B.G. MATTARELLA, *La S.c.i.a., ovvero dell'ostinazione del legislatore pigro*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2010, 1329 ss.;
- V. PARISIO, *Direttiva Bolkesteinn, silenzio-assenso, d.i.a., liberalizzazioni temperate, dopo la sentenza del Consiglio di Stato, A.P. 29 luglio 2011 n. 155*, in *Foro amm. TAR*, 2011, 2978 ss.;
- V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Attività economica privata e potere amministrativo*, Napoli, 1962;
- M.R. SPASIANO *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003;
- A. TRAVI, *La liberalizzazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 648 ss.

XII. Crisi economico-finanziaria e tutela giurisdizionale: la legittimazione ad agire e la responsabilità delle autorità di vigilanza finanziaria*

Francesca Mattassoglio, Giuseppe Tropea

SOMMARIO: 1. Introduzione. Su alcuni problemi relativi al rapporto tra crisi economico-finanziaria, giudice amministrativo e politica. – 2. In particolare, il tema della legittimazione a ricorrere. – 3. La legittimazione dei consumatori e dei risparmiatori all'impugnazione delle delibere delle Autorità di regolazione. – 4. (*Segue*) Legittimazione e tutela della concorrenza. In particolare, la nuova legittimazione dell'Antitrust prevista dall'art. 35 del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201. – 5. Il problema della giurisdizione nel caso della c.d. omessa vigilanza finanziaria. – 6. La responsabilità delle autorità di vigilanza.

1. In un recente saggio dedicato al tema dei rapporti tra giudice amministrativo italiano e crisi finanziaria globale, si è sottolineata la persistente difficoltà di rinvenire spazi di tutela riservati al giudice amministrativo e la tendenza del nostro legislatore ad introdurre regimi in deroga, caratterizzati dalla velocizzazione dei processi, spesso a scapito di parte ricorrente [FRACCHIA 2010].

Fra le cause di tale (apparentemente paradossale) dequotazione, si è individuato l'incremento dello spazio riservato alle scelte politiche, come conseguenza a crisi finanziarie imponenti, e quindi lo spostamento dell'asse del controllo dal giudice ad altri piani, come quello della dialettica Parlamento-Governo; inoltre, sono stati messi in luce i molteplici problemi che si pongono sul fronte della legittimazione a ricorrere dinanzi al giudice amministrativo, specie in capo al risparmiatore eventualmente leso dall'azione (o dall'inerzia) di un'autorità di vigilanza o di un'amministrazione tradizionale (in particolare, il Ministero dell'Economia).

Si noti che questa situazione si verifica nonostante il nostro ordinamento sembri sempre più orientato ad attribuire proprio al giudice amministrativo rilevanti poteri in ordine alle vertenze di tipo economico [Napolitano, 2011]. Una decisiva spinta in tal senso è data dallo stesso codice sul processo amministrativo, ossia il d.lgs. n. 104 del 2 luglio 2010, il cui art. 133, lett. l), attribuisce alla giu-

* I parr. 5 e 6 sono stati scritti da F. MATTASSOGLIO, i parr. 2-4 da Giuseppe TROPEA; il par. 1 è stato congiuntamente redatto dai due autori.

risdizione esclusiva del g.a. tutte le controversie relative ad una serie di autorità, quali la Banca d'Italia, la Consob, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, l'Isvap, ecc., che svolgono fondamentali funzioni in ordine alla regolamentazione dei mercati.

In realtà, come si avrà modo di sottolineare nel corso di questo breve scritto, nonostante l'ampia formulazione dell'art. 33 appena cit. esso non risolve alcuni profili problematici relativi all'esatto riparto di giurisdizione con il giudice ordinario, soprattutto con riferimento all'ipotesi della c.d. omessa vigilanza finanziaria imputabile alla Banca d'Italia e alla Consob, nonché ai profili più propriamente attinenti al tipo di responsabilità ad esse imputabile ed alla questione relativa alla legittimazione a ricorrere, soprattutto con riferimento ai nuovi poteri attribuiti all'AGCM di impugnare gli atti adottati da altre amministrazioni nel caso ledano le regole della concorrenza. La scelta dei temi non è casuale. Data l'impossibilità di trattare in questa sede tutte le tematiche coinvolte, si è deciso di concentrare l'analisi su alcuni temi che, ultimamente, hanno dato vita ad un intenso contenziioso giurisprudenziale ed a dibattito dottrinale.

Da un diverso punto di vista, inoltre, gli argomenti indicati consentono di affrontare, seppur brevemente, alcune tematiche particolarmente delicate quale, ad esempio, la questione relativa alla tutela del singolo privato, sia esso un consumatore o un risparmiatore, nei confronti dell'attività poste in essere dalle richiamate *authorities*, preposte alla vigilanza sui settori economici. Come è noto, infatti, tradizionalmente il giudice amministrativo tutela le posizioni dei c.d. operatori economici, a cui riconosce la titolarità di un interesse legittimo, mentre più complessa è la situazione di coloro che entrano in contatto con questi soggetti come semplici utenti. Fatto che emerge sia con riferimento alla legittimazione ad impugnare i provvedimenti dell'AGCM, sia per la ricostruzione del rapporto che lega il privato risparmiatore con la Banca d'Italia e la Consob. D'altro canto, le recenti riforme intervenute aventi ad oggetto il richiamato potere dell'AGCM pongono interessanti spunti di riflessioni sulla stessa natura del processo amministrativo. Sul punto torneremo nel proseguo.

È evidente, però, che questi aspetti si pongono su un piano necessariamente diverso rispetto al rapporto tra politica e crisi. Come si è già anticipato, il giudice amministrativo sembra trovare spazio – seppur con i limiti che vedremo – nell'ambito della gestione c.d. “ordinaria” delle questioni economiche, diverso è invece il caso delle crisi e, anche alla luce della recente esperienza italiana, questa tendenza non sembra senza una ragione.

Lo scorso autunno, infatti, il Governo Berlusconi è stato costretto alle dimissioni dopo mesi di incessante assedio da parte dei mercati finanziari, concretamente rappresentato dall'inarrestabile ascesa dello *spread* sui titoli del debito

pubblico italiano. Un simile evento è stato determinato da una complessa serie di concause, ma sicuramente l'assenza di una chiara risposta politica per far fronte alla situazione di emergenza, sia a livello comunitario, sia e soprattutto a livello nazionale ha ampiamente contribuito all'epilogo finale.

Insediato il nuovo governo tecnico, presieduto dal prof. Monti, i mercati hanno reagito con un moderato e cauto ottimismo, soltanto recentemente, al termine di una prima serie di provvedimenti (decreto salva Italia, e decreto sulle liberalizzazioni) sembra tornata la fiducia sul "sistema Italia" e lo *spread* ha cominciato finalmente a scendere. Al di là degli evidenti risvolti costituzionali che una simile vicenda può porre, prima fra tutte il rischio che le forze del mercato possano alterare la stessa sovranità degli Stati nazionali [v. *infra*, il contributo di GRASSO] è indubbio che la realtà ha dimostrato, senza possibilità di errore, lo stretto vincolo che lega la crisi finanziaria, o meglio la fiducia dei mercati finanziari, con la politica. Anche ipotizzando un sistema giudiziario amministrativo estremamente rapido ed efficiente, i poteri, le tempistiche e, più in generale, l'interlocutore in caso di crisi non può che essere il livello politico. Il solo cui si può chiedere di rispondere con prontezza alle istanze provenienti da soggetti come BCE e FMI [v. sempre GRASSO, e in particolare la famosa lettera Trichet/Draghi dello scorso agosto].

Ciò detto, occorre ora rivolgere l'attenzione sui già richiamati punti che invece riguardano più propriamente l'ambito riservato al giudice amministrativo.

2. Lasciando ancora da parte il pur interessante tema della sindacabilità dell'atto politico, che potrebbe essere studiato, ad esempio, nell'ambito della problematica dell'*act of State*, considerando la limitata tutela del risparmiatore a fronte di atti di moratoria dei pagamenti esteri disposti da un Governo, fattispecie emblematicamente evidenziata dalla dichiarazione di difetto di giurisdizione del giudice italiano per la nota vicenda dei bond argentini [Cass., Sez. un., ord. 27 maggio 2005, n. 11225], concentriamoci in questa sede sulla vicenda della legittimazione

La questione presenta diversi risvolti, anche di ordine sistematico, ma in questa sede possono fornirsi solo alcune chiavi di lettura, rinviandosi a futuri approfondimenti la trattazione di un tema così centrale per l'intera teoria del processo amministrativo. Che, secondo la quasi unanime dottrina e giurisprudenza contemporanee ha carattere, come è noto, di giurisdizione soggettiva e di parti, fondata sul principio dispositivo.

Come diremo, l'impatto della crisi finanziaria, e il contrasto di quest'ultima non solo attraverso politiche di rigore e di riduzione del debito pubblico, ma anche "di crescita", e quindi di valorizzazione della concorrenza, può incidere su tale assetto della giurisdizione amministrativa, spostandone l'asse in senso più marca-

tamente oggettivo e di controllo [cfr. TROPEA, 2011-a; PROTTO, 2011], riportando così le lancette dell'orologio alla stessa nascita della giurisdizione amministrativa in Italia, con l'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato nel 1889.

Tutto ciò, oltre a creare dei problemi di ordine sistematico, ponendosi in contrasto con la più recente giurisprudenza in tema di legittimazione ad impugnare i provvedimenti di aggiudicazione di contratti pubblici [Cons. Stato, Ad. plen., 7 aprile 2011, n. 4], viene realizzato attraverso una recentissima disciplina che presenta vari nodi esegetici non risolti, che sicuramente impegneranno nei prossimi mesi dottrina e giurisprudenza.

3. Il primo profilo qui considerato attiene all'oramai annoso problema della legittimazione dei consumatori e dei risparmiatori all'impugnazione delle delibere delle Autorità di regolazione competenti.

Come è noto, la questione si è posta con riferimento alla possibilità di impugnare le decisioni dell'Agcm da parte di soggetti "terzi", siano essi imprese concorrenti ovvero consumatori. Tradizionalmente il giudice amministrativo ha risolto la questione in senso negativo, ritenendo che: a) i poteri dell'Autorità non sono preordinati alla garanzia di posizioni, individuali o associate, di soggetti fruitori del mercato, ma sono piuttosto finalizzati alla tutela oggettiva del diritto di iniziativa economica nell'ambito del libero mercato, sicché tutti i soggetti diversi da quelli nella cui sfera giuridico-patrimoniale la determinazione dell'Autorità incide immediatamente sarebbero portatori di un interesse indifferenziato; b) i procedimenti antitrust sarebbero procedimenti repressivi, in relazione ai quali neppure il soggetto denunciante assume legittimazione ad essere parte necessaria del giudizio amministrativo [in materia di intese restrittive della concorrenza: Tar Lazio, Sez. I, 11 febbraio 2003, n. 868; in materia di abuso di posizione dominante: Tar Lazio, Sez. I, 9 aprile 2001, n. 3056; in materia di concentrazioni: Tar Lazio, Sez. I, 7 settembre 2001, n. 7286]. Peraltro, pur a voler individuare una posizione differenziata in capo all'impresa o al consumatore, mancherebbe comunque l'elemento della qualificazione normativa [cfr. Tar Lazio, Sez. I, 5 maggio 2003, n. 3861].

Tale impostazione è apparsa alla dottrina [ZITO, 2005] obsoleta e contraddittoria. Obsoleta perché sembra evocare alcuni datati orientamenti sulla inidoneità delle norme pubblicistiche a tutelare situazioni giuridiche soggettive diverse da quelle direttamente incise dall'esercizio del potere amministrativo. Contraddittoria perché la giurisprudenza ipotizza una tutela oggettiva del diritto di iniziativa economica nell'ambito del libero mercato che non appare affatto inconciliabile con la protezione diretta delle posizioni individuali.

Più di recente, peraltro, il giudice ordinario e (più timidamente) il giudice amministrativo, hanno riconosciuto nell'ambito della disciplina antitrust e nell'ambito di quella sulla pubblicità ingannevole la titolarità di situazioni giuridiche soggettive in capo a tutti gli attori del mercato [cfr. Cass., Sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207; Cons. Stato, Sez. VI, 21 marzo 2005, n. 1113].

In ogni caso, può essere interessante notare come la dottrina spesso prospetti una rivisitazione critica della suddetta giurisprudenza muovendo da una rilettura di talune norme costituzionali. Ad esempio dell'art. 41 Cost., ritenendosi che la rilevanza piena e diretta dell'interesse del consumatore, oltre che di quello dell'imprenditore concorrente, possa discendere dalla libertà di iniziativa economica, intesa in senso estensivo, in modo da poter ricomprendere in essa tutte le forme dell'agire basate sul principio di razionalità economica e dunque sul calcolo economico volto alla massimizzazione dell'utilità personale [ZITO, 2005].

Allo stesso modo, venendosi al tema affine della tutela del risparmiatore, ancor più d'attualità nel contesto della grave crisi economico-finanziaria che attraversiamo, si è detto che l'art. 47 Cost. pone al centro della scena, più che la posizione dell'amministrazione, la tutela e l'incoraggiamento del risparmio, e dunque la posizione del risparmiatore, che invece sinora è emersa limitatamente ai casi in cui si è subito uno specifico pregiudizio patrimoniale, dunque in sede di risarcimento del danno [FRACCHIA, 2010].

Tutto ciò, naturalmente, porta con sé svariate implicazioni di carattere eminentemente processuale, da quella del riparto di giurisdizione nell'ambito delle questioni risarcitorie a quella della c.d. pregiudiziale di annullamento. Peraltro oggi, in base al codice del processo amministrativo, si dovrebbe prospettare una pressoché integrale giurisdizione del giudice amministrativo, anche sulle questioni risarcitorie (artt. 7 e 30 c.p.a.), giudice che comunque non sembra perdere la propria specialità nonostante il superamento della pregiudiziale d'annullamento, stanti gli intensi contemperamenti derivanti dall'art. 30, comma 3, c.p.a. [cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3].

In ogni caso, tornando al tema della legittimazione, resta fermo il problema rappresentato dal fatto che l'apertura a siffatti interessi (tendenzialmente innumerevoli) può portare alla surrettizia introduzione, per via giurisprudenziale, di un'azione popolare; sicché si prospetta la tendenza ad ammettere la legittimazione in capo alle associazioni, seguendosi una parabola simile a quanto avvenuto nell'ambito del diritto ambientale.

Peraltro, come vedremo tra breve, oggi la tutela della concorrenza conosce una recentissima ipotesi di legittimazione *ex lege*, sicché anche in questo settore, con riferimento al mutamento del rapporto tra interesse pubblico e privato ed alla necessità di trovare margini per riaffermare le ragioni di specialità del giudice am-

ministrativo, si può forse ricondurre la legittimazione *ex lege* al più generale fenomeno di funzionalizzazione del pubblico interesse, e di commistione di quest'ultimo con quello dei privati in un'amministrazione sempre più multipolare, ritenendosi con ciò rafforzata la polifunzionalità del processo amministrativo e la sua irriducibilità a quello ordinario [cfr. DURET, 1999].

Senonché, se appare apprezzabile che sia direttamente il legislatore e non la giurisprudenza ad ampliare la legittimazione a tutela della concorrenza, ciò non toglie che l'introduzione di elementi di tutela oggettiva nel nostro processo amministrativo non rischi di alterare il fragile equilibrio su cui esso riposa, specie ove la lettera della norma non sia del tutto perspicua.

Ci riferiamo, evidentemente, al recente art. 35 del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 (convertito, con modifiche, nella l. 22 dicembre 2011, n. 214), che aggiunge alla l. 10 ottobre 1990, n. 287 un art. 21-*bis*, rubricato "Potenziamento dell'Antitrust", secondo cui: «1. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato è legittimata ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato. 2. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, se ritiene che una pubblica amministrazione abbia emanato un atto in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, emette un parere motivato, nel quale indica gli specifici profili delle violazioni riscontrate. Se la pubblica amministrazione non si conforma nei sessanta giorni successivi alla comunicazione del parere, l'Autorità può presentare, tramite l'Avvocatura dello Stato, il ricorso, entro i successivi trenta giorni».

4. Quanto ai rapporti fra legittimazione a ricorrere e tutela della concorrenza, allo stato la giurisprudenza amministrativa appare assestata, dopo un importante precedente contrario [Cons. Stato, Ad. plen., 10 novembre 2008, n. 11], sull'idea che il sistema attuale di giustizia amministrativa, quale tipica giurisdizione "di diritto soggettivo", sia caratterizzato dal principio della domanda.

Questo implica, fra l'altro, che l'affermazione o la negazione delle richieste di tutela deve conseguire al riscontro dell'esistenza dei requisiti della domanda [Cons. Stato, Ad. plen., 7 aprile 2011, n. 4]. Sicché, secondo la Plenaria da ultimo citata, deve restare ferma la distinzione fra titolarità di una posizione sostanziale differenziata e utilità ricavabile dall'accoglimento di una domanda di annullamento. In tal senso, l'eventualità di un interesse alla rinnovazione della gara non dimostra, da sola, la legittimazione al ricorso: si tratta di un'aspettativa che non si distingue da quella che potrebbe vantare qualsiasi operante del settore, che aspiri a partecipare ad una futura gara. Peraltro vi sono dei casi peculiari in cui non

è richiesta la formale partecipazione alla procedura selettiva al fine di individuare la legittimazione. Ma si tratta pur sempre di posizioni ancorate a specifici presupposti normativi. Si pensi alla legittimazione del soggetto che contrasta in radice la scelta di indire una nuova procedura, in cui si ravvisa la posizione differenziata consistente, per esempio, nella titolarità di un rapporto incompatibile col nuovo affidamento. O, ancora, all'operatore economico "di settore", che intende contestare un affidamento diretto o senza gara, la cui legittimazione discende dall'assoluto disvalore manifestato dal diritto comunitario nei confronti di atti contrastanti col principio di concorrenza. Oppure, infine, alla legittimazione del soggetto che contesta immediatamente clausole escludenti del bando di gara, ove la certezza del pregiudizio rende superflua la domanda di partecipazione e l'adozione di un espresso atto di esclusione.

A fronte di tale ormai dominante opinione giurisprudenziale si pone la potenzialmente sconvolgente disposizione di cui si è detto, contenuta all'art. 35 del d.l. n. 201/2011. Tanto che, secondo alcuni [QUINTO, 2011], tale norma imporrebbe pure la rivisitazione dell'assunto giurisprudenziale sopra riportato in materia di controllo giurisdizionale dei procedimenti concorsuali per l'affidamento dei lavori pubblici.

Anche chi scrive [TROPEA, 2011-b] ha ritenuto che, *de iure condendo*, una delle strade per superare la (secondo alcuni) insoddisfacente soluzione della Plenaria n. 4/2011 potesse essere quella di un'estensione della legittimazione attraverso un espresso intervento di qualificazione normativa. Ciò, comunque, sempre se si ammette che la trama costituzionale non imponga un modello inderogabile di processo amministrativo fondato senza possibilità di eccezioni sull'applicabilità del principio della domanda e dei suoi corollari, ritenendosi invece che le norme costituzionali, come tutte le norme di garanzia, impongono un minimo (processo soggettivo e di parti) ma non precludono un più [TROPEA, 2010].

Sennonché sembra un pò forzato sostenere il superamento delle tesi della Plenaria n. 4/2011 sulla base dell'art. 35 d.l. n. 201/2011 [così, correttamente, VILLATA, 2012, secondo il quale <<in presenza di una nuova ipotesi di legittimazione straordinaria, colui che è privo di legittimazione ordinaria resta nella medesima situazione, che appunto gli preclude l'accesso al giudice>>]. Come pare improprio, se non altro per il limitato ambito di applicazione, parlare di introduzione nel nostro ordinamento della figura del pubblico ministero del processo amministrativo [QUINTO, 2011], a suo tempo prospettata dal d.l. 8 marzo 1993, n. 54, affidandosi tale competenza al neo-istituito Procuratore regionale presso la Corte dei Conti, previsione poi abbandonata anche per le implicazioni che essa avrebbe avuto sul processo amministrativo come processo soggettivo e di parti [DURET, 1999].

In ogni caso la norma in questione, nello specifico settore della concorrenza, sembra porsi in continuità con altre disposizioni che nel recente passato hanno, con lo scopo di tutelare in modo accentuato un dato valore (es. paesaggio, art. 146, comma 11, del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, il quale, nel delineare la disciplina processuale applicabile per l'ipotesi di impugnativa proposta attraverso l'autorizzazione paesaggistica, stabilisce che «il ricorso è deciso anche se, dopo la sua proposizione ovvero in grado di appello il ricorrente dichiara di rinunciare o di non avervi più interesse»), definito una tipologia diversa di processo amministrativo, che finisce per assumere in modo sempre più marcato i caratteri propri di un diffuso controllo di legalità [CONTESSA, 2008, sia pur nell'idea di una conciliabilità di tali profili col carattere soggettivo e di parti del processo amministrativo].

Non è questa la sede per soffermarci su aspetti tanto delicati; certo si concorda con quella autorevole dottrina secondo la quale la giurisdizione di diritto oggettivo non può essere soltanto evocata, definita o qualificata, ma va più complessivamente e pazientemente costruita [VILLATA, 1992], specie se da singole disposizioni si vuol far discendere un effetto espansivo sull'intero sistema processuale amministrativo [v. ad es. GIACCHETTI, 2011; QUINTO, 2011; QUINTO, 2012].

In ogni caso, anche al di là di tali più ampie questioni sistematiche, la norma in sé non è di agevole interpretazione.

Invero, il riconoscimento di una legittimazione *ex lege* in capo all'Autorità garante della concorrenza fu tentato sin dalla sua istituzione, quando venne predisposto il regolamento dell'Antitrust; ma non se ne fece niente, in quanto venne obiettato che il riconoscimento di una legittimazione processuale non poteva derivare da un atto normativo di grado secondario. Più di recente, in sede di redazione del codice del processo amministrativo, la Commissione Affari Costituzionali del Senato si era espressa sulla opportunità di prevedere la legittimazione dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, ad impugnare gli atti illegittimi delle procedure di appalto, ma tale invito non venne accolto in sede di formulazione definitiva del testo normativo. Oggi, peraltro, si pone il problema del "distorto" riparto di competenze e funzioni tra Autorità dei contratti pubblici ed Antitrust, che con la nuova norma ha poteri che vanno potenzialmente ad incrociare le funzioni della prima [QUINTO, 2012].

La norma oggi vigente, come detto, desta una serie di perplessità, pur essendo potenzialmente condivisibile sul piano della politica (economica) del diritto, in quanto volta ad accrescere il controllo nei confronti degli atti (specie degli enti locali) potenzialmente in contrasto con la tutela della concorrenza e del mercato.

Un primo problema che è sorto [cfr. LIBERTINI, 2011] è se l'Agcm possa ricorrere immediatamente al Tar contro gli atti che ritiene lesivi del principio di concorrenza (come sembrerebbe leggendo il comma 1), ovvero debba necessaria-

mente prima rivolgere all'amministrazione un "parere motivato", e poi agire dinanzi al Tar solo se l'amministrazione non si sia conformata allo stesso. Tale seconda interpretazione, più conforme al dato letterale (comma 2) e al principio di economia dei mezzi giuridici, rischia però di rendere particolarmente difficoltosa, visti i tempi, la possibilità da parte dell'Agcm di chiedere al giudice amministrativo un provvedimento cautelare sospensivo dell'atto che ritiene lesivo della concorrenza.

Altro problema [LIBERTINI, 2011] riguarda(va) il termine, originariamente non previsto, entro cui l'Agcm debba emettere il parere motivato: nel caso in cui l'Autorità avesse lasciato decorrere il termine per impugnare l'atto di cui ha avuto conoscenza legale, avrebbe potuto poi, tardivamente, avviare la procedura amministrativa che poteva avere come esito finale proprio l'annullamento dell'atto? In sede di conversione del d.l. tale lacuna è stata colmata, prevedendosi che il parere vada emesso entro sessanta giorni.

Infine, in caso di ricorsi giurisdizionali nel frattempo (presumibilmente) proposti da soggetti privati, potrà l'Autorità intervenire *ad adiuvandum* nel giudizio amministrativo o varrà anche in questo caso il perentorio divieto giurisprudenziale di intervento del cointeressato che, benché mitigato nel c.p.a. (cfr. art. 28, comma 2), è tuttora pacificamente affermato in giurisprudenza? [cfr. Cons. Stato, Sez. III, 21 dicembre 2011, n. 6777]. Senza considerare che il ricorso giurisdizionale dell'Antitrust potrebbe risolversi in un intervento a supplenza delle parti decadute dal termine di impugnazione [QUINTO, 2012]

Insomma, da questa rapida analisi ricaviamo la conferma di quanto detto sulla necessità di non fermarsi alla magia evocativa delle formule, e di costruire pazientemente – sempre che lo si reputi a monte ammissibile [da ultimo, per un'interessante esegesi restrittiva e "costituzionalmente orientata" della norma, in linea col carattere soggettivo e di parti del processo amministrativo, cfr. CINTIOLI, 2012] – un nuovo modello processuale più vicino al processo di stampo oggettivo, a tutela della concorrenza e del mercato, e quindi di taluni snodi fondamentali della crescita e della lotta alla crisi economico-finanziaria.

Ciò impone anche al giurista la necessità di tornare a misurarsi con quelli che parevano degli assunti indiscutibili del processo amministrativo, ma che, a quanto pare, partecipano dell'incompiuto processo di trasformazione generale nel quale ci troviamo immersi. Il diritto della crisi, appunto.

5. Dato atto dei problemi relativi alla legittimazione, occorre ora volgere l'attenzione su un altro importante tema già accennato in precedenza, relativo alla tutela del risparmiatore/investitore a fronte dell'attività delle autorità di vigi-

lanza finanziaria (circa la responsabilità delle agenzie di *rating*, v. *supra*, il contributo di LAROSA)

Come è noto, solo in anni recenti, il nostro ordinamento ha cominciato a riconoscere l'esistenza di un "rapporto" tra privati e Authorities, soprattutto nel caso della c.d. omessa vigilanza finanziaria, che si verifica quando i singoli lamentano danni derivanti da un non corretto esercizio del potere di vigilanza da parte, rispettivamente, della Banca d'Italia e della Consob. A partire dalla nota pronuncia della Corte di Cassazione n. 3132 del 3 marzo 2001, infatti, il giudice civile ha riconosciuto il diritto dei risparmiatori ad essere risarciti dalla Consob, che aveva omesso, per l'appunto di verificare la veridicità e la completezza delle informazioni fornite da alcuni promotori finanziari, riguardanti un collocamento presso il pubblico di titoli immobiliari atipici.

Come è noto, la cassazione con orientamento ormai costante, ritiene che il giudice ordinario ha competenza sulle domande di risarcimento del danno proposte dai risparmiatori e investitori in caso di violazione degli obblighi di vigilanza. La Suprema Corte, in particolare, sottolinea che il giudice amministrativo avrebbe competenza a conoscere delle vertenze intentate dai c.d. "soggetti abilitati" (ossia le imprese), nei cui confronti la commissione eserciterebbe una serie di poteri pubblici in senso proprio. Nel caso, invece, dei "risparmiatori" la giurisdizione apparterebbe al giudice ordinario in quanto, nei loro confronti, le menzionate autorità non eserciterebbero alcun tipo di potere e, di conseguenza, essi sarebbero titolari di veri e propri diritti soggettivi. In base a questa impostazione, in materia di risarcimento del danno nei confronti delle autorità di vigilanza finanziaria, sussisterebbe una duplice giurisdizione, del giudice ordinario o del giudice amministrativo, a seconda che l'istanza risarcitoria sia presentata dagli operatori professionali ovvero dai semplici risparmiatori [SICLARI, 2004].

Il codice del processo amministrativo del 2010, non affronta direttamente la questione relativa al risarcimento del danno, ma si limita a prevedere che sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo pressoché tutte le controversie riguardanti i provvedimenti delle autorità di vigilanza, con la sola esclusione dei rapporti di impiego privatizzati, inclusi i provvedimenti sanzionatori di Banca d'Italia e Consob.

Tuttavia, né la modifica legislativa, né la tendenza ad attribuire al giudice amministrativo le controversie di natura economica, sono riuscite a scalfire l'interpretazione della giurisprudenza e della dottrina dominanti, che continuano a ritenere che, pur nell'attuale contesto normativo, questo tipo di controversie dovrebbe restare nell'ambito della giurisdizione del giudice ordinario.

Come si è già sostenuto in altre sede, però, così facendo si finisce per sottrarre al g. a. questioni di grande impatto [Mattassoglio, 2011], che peraltro, invol-

gono penetranti valutazioni in punto di esercizio dei poteri di vigilanza da parte di due autorità indipendenti. Non si può infatti ignorare che un giudizio di responsabilità nei loro confronti implica necessariamente di affrontare l'annosa tematica relativa alla loro discrezionalità tecnica. Sindacato tradizionalmente precluso al giudice ordinario.

6. A questo appena detto, deve essere aggiunto un ultimo elemento. La responsabilità della Consob, della Banca d'Italia, dell'AGCM (ma anche di Covip e Isvap) è soggetta ad una peculiare disciplina. La c.d. legge risparmio n. 262 del 28 dicembre 2005, modificata dall'art. 4, c. 3, lett. d), del d.lgs. 29 dicembre 2006, n. 303 ha previsto che queste autorità, nonché i loro dipendenti, nel caso di esercizio delle funzioni di controllo, debbano rispondere dei danni cagionati da atti o comportamenti posti in essere solo con dolo o colpa grave. In questo modo il legislatore è intervenuto a disciplinare in modo particolare il profilo soggettivo dell'illecito richiesto alla p.a. con il chiaro intento di porre un freno alle pretese risarcitorie dei singoli.

La dottrina ha espresso giudizi diversi su questa disposizione. Secondo alcuni una simile previsione sarebbe finalizzata ad un equilibrato temperamento dei diversi interessi in gioco, non traducendosi in una lesione degli interessi dei risparmiatori [CARRIERO, 2008]. Per altri, invece, questo comporterebbe una diminuzione della protezione dei privati, in quanto limiterebbe la possibilità di ottenere un indennizzo [SICLARI, 2010].

È, peraltro, evidente che una simile previsione si pone in delicato equilibrio con il disposto dell'art. 28 Cost. secondo cui, i pubblici dipendenti ed i funzionari dell'amministrazione devono rispondere degli atti compiuti in violazione di diritti per dolo o colpa, in vista della tutela giurisdizionale del terzo. Ciononostante, la Corte di Cassazione, con la pronuncia n. 4587/2009, ha ritenuto legittima questa limitazione di responsabilità sul presupposto che essa «non significa che l'ordinamento tolleri un comportamento lassista di costoro o li esponga alla responsabilità nei confronti dei terzi danneggiati solo in presenza di macroscopiche inosservanze dei doveri di ufficio o di abuso delle funzioni per il perseguimento di fini personali, giacché si ha colpa grave anche quando l'agente, pur essendo obbligato "iure", non faccia uso della diligenza, della perizia e della prudenza professionale esigibili in relazione al tipo di servizio pubblico o ufficio rivestito».

La disciplina, inoltre, si pone in linea sia con le indicazioni provenienti dal Comitato di Basilea che richiede a ciascun ordinamento giuridico di approntare una «protezione giuridica degli organi di vigilanza ... che esima da responsabilità personale e istituzionale per le azioni compiute in buona fede nell'esercizio del-

le funzioni di vigilanza» [Comitato di Basilea per la vigilanza bancaria, *Principi fondamentali per un'efficace vigilanza bancaria*, Basilea, 1997, 12], mentre la stessa Corte di Giustizia ha espressamente affermato che le direttive comunitarie non avrebbero attribuito alcun diritto soggettivo ai singoli risparmiatori, tali da giustificare una responsabilità in capo alle autorità per aver omesso di adottare misure di vigilanza specifiche [sentenza Peter Paul, 12 ottobre 2004, causa C-222/02, per un commento SICLARI, 2005]. Detta pronuncia, infatti, ha precisato che la disciplina comunitaria, riguardante gli obblighi di vigilanza sugli enti creditizi, non attribuiscono direttamente diritti sebbene nei considerando delle direttive sia espressamente richiamato, tra gli obiettivi, la tutela dei depositanti. Di conseguenza, si può affermare che il sistema comunitario non si pone in contrasto con una norma nazionale che preveda che l'adempimento di tali obblighi sia preordinato alla protezione dell'interesse pubblico, posto che l'attività di vigilanza è caratterizzata un'estrema complessità connessa alla pluralità di interessi di cui occorre tener conto [ANDÒ, 2008].

Bibliografia

- B. ANDÒ, *Il problema della responsabilità delle autorità di vigilanza sui mercati finanziari: profili comparatistici*, Milano, 2008;
- G. CARRIERO, *La responsabilità civile delle autorità di vigilanza (in difesa del comma 6-bis dell'art. 24 della legge sulla tutela del risparmio)*, in *Foro it.*, V, 2008, 221 ss.;
- F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (art. 21 bis della legge n. 287 del 1990)*, in *www.giustamm.it*, 2012;
- P. DURET, *La legittimazione ex lege nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 40 ss.;
- F. FRACCHIA, *Giudice amministrativo, crisi finanziaria globale e mercati*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*, 2010, 451 ss.;
- S. GIACCHETTI, *Diritto d'accesso, processo amministrativo, effetto Fukushima*, in *www.giustamm.it*, 2011;
- M. LIBERTINI, *I nuovi poteri dell'Autorità Antitrust (art. 35, D.L. 201/2011)*, in *www.federalismi.it*;
- G. NAPOLITANO, *Il grande contenzioso economico nella codificazione del processo amministrativo*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2011, 677;
- M. PROTTO, *Le garanzie di indipendenza ed imparzialità del giudice nel processo amministrativo*, in *www.grupposanmartino.it*;
- P. QUINTO, *Un pubblico ministero nel processo amministrativo?*, in *www.giustamm.it*, 2011;
- P. QUINTO, *L'art. 35 del decreto Monti e il Codice del processo amministrativo*, in *www.giustamm.it*, 2012.
- D. SICLARI, *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulle controversie afferenti alla vigilanza sul credito: una conferma implicita e alcune considerazioni residue*, in *Foro amm.*, CDS, 2004, p. 1918;
- D. SICLARI, *La limitazione della responsabilità civile della autorità di vigilanza sui mercati finanziari recata dall'art. 24, comma 6-bis, della legge n. 262/05: un primo monito della Cassazione (nota a Cass. I, 25 febbraio 2009, n. 4587)*, in *www.dirittobancario.it*, 2010;
- D. SICLARI, *Drittbezogenheit del dovere d'ufficio, öffentlichen Interesse ed esclusione della responsabilità delle autorità di vigilanza bancaria nell'ordinamento tedesco*, in *Gior. Dir. Amm.*, 2005, 11, 1173;
- G. TROPEA, *L'interesse strumentale a ricorrere: una categoria al bivio?*, nota a Cons. Stato, Sez. IV, 26 novembre 2009, n. 7443;
- G. TROPEA, *L'“ibrido fiore della conciliazione”: i nuovi poteri del giudice amministrativo tra giurisdizione e amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 965 ss.;
- G. TROPEA, *I rapporti fra ricorso principale e ricorso incidentale di nuovo dinanzi alla Plenaria. Un revirement atteso dopo un'interessante (e per alcuni versi discutibile) ordinanza di remissione*, nota a Cons. Stato, Ad. plen., 7 aprile 2011, n. 4, in *Giur. it.*, 2011, 1652 ss.;
- R. VILLATA, *Riflessioni in tema di partecipazione al procedimento e legittimazione processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 171 ss.;

- R. VILLATA, *Ricorso incidentale escludente ed ordine di esame delle questioni: un dibattito ancora vivo*, in *www.giustamm.it*, 2012;
- A. ZITO, *Il difficile rapporto tra l'interesse del consumatore e la disciplina antitrust: storia di un paradosso in via di risoluzione*, in *www.giustamm.it*, 2005.

XIII. Crisi dei mercati e sovranità dello Stato: qualche elemento di discussione

Giorgio Grasso

SOMMARIO: 1. Rilievi introduttivi. – 2. Crisi e diritto costituzionale, tra economia e politica. – 3. Alcuni casi emblematici. – 4. In particolare: la lettera al Governo italiano dei Governatori della Banca centrale. – 5. La vicenda greca. – 6. Prime conclusioni.

1. La crisi dei mercati (finanziari), inaugurata dal dissesto dei mutui *subprime* statunitensi, intervenuto nel biennio 2007-2008, oltre ad aver contagiato drammaticamente una serie di strutture portanti dell'economia reale (in termini almeno di flessione del prodotto interno lordo, di aumento della disoccupazione, di crollo degli investimenti nel settore industriale, di riduzione di stipendi e di pensioni, di contrazione di spesa sociale e di progressivo allargamento della forbice tra i redditi bassi e quelli medio alti), ha aggredito agli inizi del 2010 i debiti pubblici di numerosi Paesi europei, i c.d. debiti sovrani, mettendo a dura prova anche la tenuta di alcune fondamentali categorie del diritto costituzionale, come quella di sovranità dello Stato.

Questa nozione, infatti, in entrambe le sue accezioni, di potere d'imperio dell'ordinamento statale, nei confronti di ogni altro centro di potere esistente all'interno del suo territorio, e di indipendenza verso l'esterno, nei confronti degli altri Stati e del diritto di altri ordinamenti, come quello comunitario, si trova in grandissima sofferenza rispetto agli effetti di una crisi di valenza mondiale, che ha inevitabilmente reso più fragile il già delicato tornante dei rapporti tra politica ed economia.

In tale cornice, il presente contributo intende offrire qualche iniziale elemento di discussione al tema, guardando in particolare alle modalità con le quali, a livello comunitario, le istituzioni pubbliche e gli attori fondamentali, deputati ad imbrigliare le conseguenze della crisi finanziaria ed economica in atto, hanno concretamente operato verso alcuni Stati membri dell'Unione europea, titolari di pesantissimi debiti sovrani, con specifica attenzione per le vicende italiane.

Il quesito finale al quale si potrà fornire solo un primo tentativo di risposta è se si possa davvero rinunciare all'essenza del potere sovrano, per la parte almeno in cui esso esprime, come avviene nei sistemi autenticamente democratici (v.

l'art. 1, comma 2, della Costituzione italiana), la misura ultima della stessa appartenenza della comunità politica allo Stato e il luogo d'elezione dove coltivare e promuovere, incessantemente, il rispetto dei diritti e delle libertà della persona.

2. Proprio la dimensione dei rapporti tra politica ed economia, cui si è fatto appena un breve cenno, costituisce, com'è facile intuire, un possibile argomento d'indagine, che ne fa una cornice ideale, se è vero che la crisi tende a spezzare i punti di (naturale) sutura tra le due prospettive, per poi dissolvere quasi interamente la prima nella seconda.

Ora non vi è dubbio [v. analogamente LUCIANI, 2011, 74; ma v. già LUCIANI, 1996, 161 e *passim*, nonché CIOLLI 2010, 4 e ss.] che compito essenziale del diritto costituzionale sia, anche, quello di salvaguardare il primato della politica sull'economia, politica che, nei regimi democratici (ma al di fuori di essi la Costituzione può esprimere davvero il nome e la cosa che le sono proprie, secondo l'insegnamento che si ricava già dall'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789?), trova nella rappresentanza politico-parlamentare la sua ineliminabile manifestazione.

È alla luce di tale ultimo rilievo che devono essere presi in considerazione i diversi profili critici (e gli avvenimenti) che hanno interessato, nel biennio concluso almeno, le relazioni tra la crisi dei mercati e il potere sovrano degli Stati.

Ciò, invero, secondo due differenti linee di sviluppo: l'una che ha visto, in realtà, più che la sconfitta del potere sovrano degli Stati rispetto al potere del mercato globale e dei nuovi attori del sistema economico, l'allargamento della divaricazione del ruolo politico dei singoli Stati, in rapporto alla capacità di influenzare le strategie elaborate da istituzioni come la Banca centrale europea, con una sovranità che, quindi, "si depaupera per i Paesi che contano di meno e si incrementa per quelli che pesano di più" [così già l'approccio di COCCO, 2000, 200, 201 e *passim*].

L'altra che è, invece, tutta schiacciata sullo spostamento del baricentro del potere decisionale effettivo a favore di "tecnostutture potenti ed efficienti" (la Banca centrale europea, su tutte), "delle multinazionali più floride e di una burocrazia tecnocratica assai potente" e invasiva [ancora COCCO, 2000, 200 e 202; ma v. anche PINELLI, 1997, 62 e *passim*], soggetti e organismi che, a vario titolo, sembrano integralmente dettare l'agenda agli Stati dell'Eurozona (o almeno a una parte consistente di essi), rendendo flebili davvero le istanze di sovranità che da Dublino, Lisbona, Atene, Roma, Madrid... possono (ancora) promanare.

3. Di tali vicende complessive, alcune di larga eco anche fuori dal più ristretto circuito degli addetti ai lavori, non si può che compiere, in questa sede, una ricognizione assai sintetica.

Ci si deve riferire, allora, in particolare: alla questione dell'inserimento nei testi costituzionali dell'obbligo di pareggio di bilancio, in base alle indicazioni del c.d. "Patto euro plus", allegato alle Conclusioni del Consiglio europeo del 24-25 marzo 2011 (e la cui esigenza è stata ribadita fermamente dal Consiglio europeo del 30 gennaio 2012), questione che non sarà peraltro oggetto di queste note, godendo di una sua autonomia concettuale che, seguendo lo schema suggerito dalla Direzione della Rivista, ha spinto a dedicare a essa una separata trattazione [v. *supra*, il contributo di CIOLLI nonché CIOLLI, 2012, 1 ss. e spec. 5 ss.]; alla lettera del 5 agosto 2011, del Governatore della Banca centrale europea in scadenza, Jean-Claude Trichet, e del neo Governatore della medesima Banca centrale, Mario Draghi, indirizzata al Governo italiano al fine di assumere misure immediate e decise per assicurare la sostenibilità delle finanze pubbliche (sulla quale v. *infra* il punto 4); alla vicenda del *referendum* popolare greco che il premier Papandreou, agli inizi di novembre 2011, aveva proposto, senza successo, in ordine all'approvazione delle misure di salvataggio del debito pubblico ellenico "imposte" dall'Unione europea; alla creazione nel 2010 del fondo salva Stati europeo (EFSF), pur recentemente declassato dall'Agenzia di *rating* Standard & Poor's, e del nuovo fondo permanente ESM; al crescente ruolo svolto dalle medesime Agenzie di *rating*, organismi privati la cui legittimazione è davvero assai incerta; in relazione all'attività svolta da questi ultimi soggetti (v. *supra*, LA ROSA) all'iniziativa giudiziaria intrapresa tra fine 2011 e inizio 2012 dalla procura di Trani nei confronti delle Agenzie Standard & Poor's, Fitch e Moody's, contestando in modo specifico l'esistenza di un cartello tra le tre Agenzie ai danni dei cittadini e dei risparmiatori italiani; ai condizionamenti che la crisi economico-finanziaria e fattori "esterni" al circuito politico-parlamentare hanno determinato sugli organi titolari della funzione di indirizzo politico, anche favorendo un "ricambio" nella composizione di alcuni Governi dei Paesi dell'Eurozona (Grecia, Italia, in particolare) e talvolta anticipando la scadenza naturale della legislatura (Irlanda, Portogallo, Spagna, Slovenia, Slovacchia...; ma sulla vicenda greca v. qualche spunto nel punto 5); più in generale, infine, a una verifica della persistente capacità dei testi costituzionali, sui quali la stessa nozione di sovranità trova linfa e fondamento (v. il punto 6), di reggere all'urto delle regole del mercato e della finanza, spesso così poco attente alle dinamiche dell'economia reale (anche in ragione delle modalità con cui, come si è scritto recentemente, la speculazione finanziaria è riuscita a emanciparsi dall'economia reale: v. DI GASPARE, 2011, 119 ss. e *passim*), ma pure in grado di dettarne le linee di indirizzo (come non considerare, ad esempio, in

tale ambito l'importanza assunta, specie nella prima fase della crisi economica di questi anni, dai c.d. fondi sovrani che molti problemi pongono anch'essi alla tradizionale concezione del potere sovrano statale?).

4. Due episodi, esemplari della partizione operata poco sopra (v. il punto 2), sembrano meritare uno specifico, pur breve, approfondimento.

La citata lettera indirizzata dalla coppia Draghi-Trichet al Governo italiano, nell'agosto del 2011, esprime, in modo marcato e "senza sconti", l'avvenuto passaggio del potere d'indirizzo politico, nel campo della politica economica, ma con ricadute ovviamente a largo raggio sull'intero ventaglio d'azione dell'indirizzo politico, dagli organi politici nazionali, rappresentativi politicamente, eletti in forma democratica (e pur con tutte le perplessità che si porta dietro, nel nostro Paese, un sistema elettorale, come quello della legge n. 270 del 2005), a un organo "tecnico", non rappresentativo politicamente, né eletto democraticamente, e fortemente irresponsabile, in ragione della sua (pretesa) indipendenza.

La lettera comprime fortemente lo spazio d'azione della politica nazionale e al contempo evidenzia una possibile torsione del ruolo stesso della Banca centrale europea, nell'assetto dei poteri dell'Unione.

La lettera, dettando al Governo italiano pezzi sostanziali di scelte d'indirizzo politico-economico, cerca una sua parziale giustificazione nella cessione (e limitazione) di sovranità che l'appartenenza all'Unione europea impone (e non a caso, nel suo esordio, essa cita il vertice dei capi di Stato e di governo dell'area-euro del 21 luglio 2011, nel punto in cui si era sancito che "tutti i Paesi dell'euro riaffermano solennemente la loro determinazione inflessibile a onorare in pieno la loro individuale firma sovrana e tutti i loro impegni per condizioni di bilancio sostenibili e per le riforme strutturali"); in modo inquietante [di una vicenda "preoccupante" nel merito e nella forma parla anche LUCIANI, 2011, 62] la missiva entra anche nel dettaglio delle modalità con le quali il nostro Paese dovrà operare, indicando termini di tempo (fine di settembre 2011), strumenti normativi da utilizzare (il decreto legge, accompagnato dalla legge di conversione parlamentare) e ignorando colpevolmente la funzione legislativa parlamentare e quelle che dovrebbero essere le dinamiche di una forma di governo nella quale l'indirizzo politico trae spunto anche dalla dialettica tra Governo e Parlamento (la lettera si rivolge, infatti, solo al Governo, affinché, conclusivamente, assuma le azioni appropriate).

Infine, la lettera sposta il suo raggio d'azione (forse sarebbe meglio dire "alza il tiro") anche sul piano delle riforme costituzionali, fuori dall'agone della lotta per il potere, considerando "appropriata una riforma costituzionale che renda più

stringenti le regole di bilancio” e manifestando “l’esigenza di un forte impegno ad abolire o a fondere alcuni strati amministrativi intermedi (come le Province)”.

È assai dubbio, però, che questo tipo di approccio sia davvero ammissibile e possa essere accettato passivamente (seppur si tratti, in questo caso, solo di una celata imposizione di richiedere un intervento a livello di revisione costituzionale: v. anche LUCIANI, 2011, 63), come peraltro sembra aver fatto l’attuale, larghissima, maggioranza parlamentare che, sulla questione cruciale e non certamente tecnica della modifica dell’art. 81 Cost. (e di altre disposizioni, costituzionali tra cui l’art. 119), ha votato con un *quorum* ben superiore ai due terzi già nella prima deliberazione, prevista dall’art. 138, e dopo un dibattito parlamentare piuttosto risicato.

5. Quanto alla vicenda greca, essa denota molto bene i limiti di quella che pare una sorta di graduatoria esistente tra le Nazioni più potenti e prestigiose, che occupano tradizionalmente una posizione autorevole nel consesso europeo (i primi posti di un’ipotetica classifica tra Paesi europei) e le Nazioni più deboli, che godono storicamente di minor credito e potere e che, per continuare nella metafora, occupano stabilmente la colonna destra di quella medesima classifica...

In particolare, ai fini di questo contributo, assumono rilievo due particolari momenti della tormentata storia della recente crisi economica e politica greca (per un riepilogo della quale v. l’informato Dossier rinvenibile in <http://www.presseurop.eu/it/content/topic/787481-grecia-la-lunga-crisi>): l’ipotesi di sottoporre, nel novembre 2011, a *referendum* popolare l’accordo dell’Eurozona del 27 ottobre 2011, e la successiva approvazione, il 12 febbraio 2012, da parte del Parlamento greco di un ulteriore, durissimo, piano di *austerity* redatto dal ministro delle finanze Venizelos, su richiesta della c.d. troika (Unione europea, Banca centrale europea e Fondo Monetario internazionale), piano la cui adozione ha rappresentato la condizione per la consegna alla Grecia di un nuovo prestito da 130 miliardi di euro.

Il *referendum* ha, nell’ordinamento costituzionale greco, caratteri sensibilmente diversi da quelli del *referendum* abrogativo dell’art. 75 della Costituzione italiana; esso viene indetto, infatti, dal Presidente della Repubblica su argomenti di cruciale rilievo nazionale (“*crucial national matters*”), sulla base di una risoluzione votata dal Parlamento a maggioranza assoluta, su proposta del Governo, oppure su leggi del Parlamento, riguardanti importanti materie sociali (“*important social matters*”), con eccezione della materia fiscale, su richiesta di una maggioranza qualificata del medesimo.

In tale contesto, quella del primo ministro Papandreou è parsa un po' una mossa disperata, per uscire da una situazione molto difficile, di fronte a una profondissima spaccatura tra popolo e forze politiche di governo, tanto che il *premier* ha poi dovuto rinunciare alla sua proposta, ben sapendo anche di non avere probabilmente all'interno del suo stesso partito, il Pasok, il consenso sufficiente per sostenere la richiesta referendaria, a maggioranza assoluta. I giornali greci hanno parlato di un "ricatto" di Papandreou al popolo greco, messo di fronte all'alternativa tra il voto a favore dell'accordo europeo e il fallimento della Grecia e l'uscita dall'Euro (v. il Dossier citato poco sopra). Ma l'idea di ricorrere, come *extrema ratio*, al voto popolare, osteggiata dai Paesi europei più forti (Germania e Francia, in particolare) e dagli organismi "finanziatori" dell'aiuto alla Grecia costituisce in sé un germe fortissimo per la costruzione di un percorso che contribuisca a garantire una qualche capacità di decisione agli Stati, in nome del primato di quel potere sovrano, di cui si sta discutendo, di una sovranità radicata nella volontà popolare, secondo i canoni tipici dei sistemi democratici (un analogo significato sembra poter avere il *referendum* popolare che il governo irlandese intende svolgere sull'accordo denominato "fiscal compact", siglato agli inizi di marzo 2012, da 25 Stati dell'Unione europea; altra questione delicatissima, sulla quale non si può qui prendere partito, è quella che riguarda la legittimità dei debiti pubblici contratti e dell'esistenza di un eventuale diritto all'insolvenza del debito e all'annullamento del debito, anche utilizzando meccanismi di c.d. *audit* del medesimo: ma sul problema v. il lavoro, pur eccessivamente sbilanciato sotto il profilo ideologico, di CHESNAIS, 2011).

A febbraio 2012, poi, il nuovo Governo di unità nazionale guidato da Lucas Papademos ha sostenuto in Parlamento l'approvazione di pesantissime misure di austerità, richieste dall'Europa e dal Fondo monetario internazionale, che oltre a provocare un clima di violentissimi scontri e proteste nelle piazze di molte città greche ha spaccato la tenuta stessa dei partiti di governo, in particolare il Pasok e Nuova Democrazia, che hanno espulso dai rispettivi gruppi parlamentari i deputati contrari all'adozione di un provvedimento che, certo, ha salvato almeno per ora la Grecia dal *default*, ma che pone enormi problemi di sostenibilità sociale: per questo profilo, si mette in luce un altro relevantissimo elemento di discussione per il nostro tema, quello appunto di una sovranità statale che, venendo sovrappiacciata quasi interamente, determina, però, contemporaneamente il collasso dei sistemi di *welfare* dei Paesi di democrazia pluralista.

Di fronte al rischio che questo accada, il discorso deve proseguire indagando se (e quanto) le Costituzioni possano ancora rappresentare un serio ed efficace argine in questo campo, quelle Costituzioni almeno che collocano i diritti sociali al centro stesso dell'impianto costituzionale e della forma di Stato (come avviene,

ad esempio, in Italia, in ragione del collegamento tra art. 3, comma 2, e art. 41, comma 2, Cost., tra uguaglianza sostanziale e utilità sociale: così persuasivamente LUCIANI, 2011, 47 e *passim*, nonché CIOLLI, 2012, 17; ma v. subito le conclusioni del punto 6).

6. Alla luce di quanto finora osservato e avviandomi a concludere queste note, la tesi che si può solo abbozzare, pur nella snellezza e agilità richiesta al lavoro, è che la forza normativa delle Costituzioni, nel loro nucleo di principi intangibili e immodificabili, non possa cedere dinanzi a logiche del tutto estranee a essi – frutto del prevalere di poteri extragiuridici, spesso sganciati dal rispetto delle più elementari norme etiche, la cui essenza ben si condensa affermando il primato della natura delle cose e/o il diritto del più forte – se si vuole davvero difendere, non tanto la rigidità di quei testi, per accontentare magari il fine palato dei giuristi costituzionalisti, ma l'intero patrimonio di valori della comunità politica di riferimento.

Peraltro, esiti come quello dell'inserimento in Costituzione di norme sul pareggio di bilancio, "imposte" dall'alto (a seguito delle decisioni prese nelle assise europee), più che autonomamente elaborate dal basso, nelle assemblee parlamentari o con il coinvolgimento del popolo, nello spirito più genuino di quello che dovrebbe essere il percorso di una riforma costituzionale, o di soluzioni come quella greca, basate su un vero e proprio *aut aut*, che ha privato il governo ellenico di qualsiasi potere di interdizione o almeno di negoziazione, per menzionare soltanto gli aspetti sui quali ci si è maggiormente soffermati in precedenza, sembrano dimostrare esattamente il contrario.

E forse non basta cercare conforto, in controcorrente rispetto all'insieme degli eventi ai quali si è fatto cenno, richiamando quanto accaduto, in conseguenza della crisi economico-finanziaria, in un Paese europeo, non membro peraltro dell'Unione europea, l'Islanda.

Questo Stato aveva accumulato, in particolare attraverso le sue banche, un debito (privato) altissimo, debito che è stato "ripudiato" a seguito di due successivi voti referendari nel marzo del 2010 e nell'aprile 2011; il prestito erogato dal Fondo monetario internazionale è stato contrattato e non subito passivamente dagli organi di governo; la classe politica considerata responsabile del rischio di *default* (è degli inizi di marzo 2012 la notizia di un processo penale nei confronti dell'*ex* primo ministro Geir Haarde) si è vista costretta ad avviare un procedimento per l'adozione di una nuova Costituzione, con la creazione di un'apposita Assemblea costituente che ha portato, con una larghissima partecipazione popolare e un ampio dibattito pubblico, anche mediante l'impiego delle più evolute tecno-

logie informatiche, alla stesura di un innovativo progetto di Costituzione che sarà sottoposto al voto popolare nel corso del 2012 [su quanto sintetizzato nel testo v. ad esempio BJÖRNSONN, VALTÝSSON, 2009; GYLFASON, 2011].

Tra isole greche e vulcani islandesi, in che modo le Costituzioni possono uscire dalla palude di una realtà che sfugge al controllo della loro valenza prescrittiva, potendo rappresentare, ancora, l'ultimo baluardo della sovranità degli Stati, pure contro le potenziali derive antidemocratiche che la crisi dei mercati (finanziari) rischia ulteriormente di veicolare?

Il punto di snodo implica, per lo studioso di diritto costituzionale, accettare di confrontarsi con un "ripensamento degli assetti istituzionali attraverso cui la democrazia funziona" (come notato, tra gli altri, da DAHRENDORF 2003, 4); questo significa che le Costituzioni, senza abdicare mai alle funzioni che storicamente si sono viste assegnare (di rappresentare un limite invalicabile all'esercizio del potere politico, di qualsivoglia natura esso sia, anche garantendo sempre una credibile responsabilità pubblica: così già PINELLI, 1997, 62, 90 e *passim*), devono muoversi realisticamente entro margini sempre più stretti, tra i dogmi della c.d. *lex mercatoria* e il diritto su cui si reggono quelle che sono state definite "le costituzioni civili della società globale" [TEUBNER, 2005, 105 ss.; ma di questo Autore v. anche il più recente contributo, pubblicato in KIAER, TEUBNER, FEBBRAJO, 2011, 3 ss.], i cui attori fondamentali non sono più gli Stati, "centri focali" delle tradizionali Costituzioni politiche, o altri corpi politici, pur diversamente denominati, ma "le organizzazioni internazionali, le imprese multinazionali, i sindacati internazionali, i gruppi d'interesse e le organizzazioni non governative che partecipano ai processi decisionali globali", e, solo marginalmente, gli individui titolari di diritti umani inalienabili (così ancora TEUBNER 2005, 109, nonché CIOLLI 2010, 61, che parla di uno "scenario, nel quale convivono in uno spazio globale istituzioni sopranazionali, imprese multinazionali e istituzioni nazionali", con "assonanze con il Medioevo, dove più istituzioni si trovavano a coesistere in un medesimo territorio"; v. pure PINELLI 1997, 74, che rileva una "carenza di tutela dei diritti fondamentali di lavoratori, consumatori, utenti, azionisti, risparmiatori, nei confronti di imprese, mercati, organizzazioni internazionali e unioni di Stati"; nonché THORNILL, 2011, 392, secondo il quale "right will continue to support power by offering a reflexivity that curtails and excludes the more extreme inclusionary dimensions and paradoxes of power").

Quelle Costituzioni, ricorrendo a quella che è soltanto una prima suggestione, rispetto a formidabili domande, per la cui risposta non basterebbe la lettura dei volumi della biblioteca d'Alessandria, potrebbero forse concedere qualcosa in termini di contrazione del potere sovrano dei singoli Stati (la maggioranza dei quali, del resto, non appartiene nemmeno alla famiglia delle democrazie di

stampo occidentale), ma dovrebbero contribuire a individuare inediti strumenti di contenimento del potere e di giustificazione dal basso dei soggetti che governano le dinamiche del villaggio globale.

Meno sovranità statale, allora, probabilmente, ma non minore legittimazione democratica dei processi decisionali mondiali.

Bibliografia

- E.J. BJÖRNSONN, K.T. VALTÝSSON, *Financial Crisis in Iceland. Icelandic Monetary Policy*, Aarhus School of Business, December 2009;
- F. CHESNAIS, *Debiti illegittimi e diritto all'insolvenza. Quando sono le banche a dettare le politiche pubbliche*, Roma, 2011;
- I. CIOLLI, *Il territorio rappresentato. Profili costituzionali*, Napoli, 2010;
- I. CIOLLI, *I Paesi dell'Eurozona e i vincoli di bilancio. Quando l'emergenza economica fa saltare gli strumenti normativi ordinari*, in *Rivista telematica giuridica dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, n. 1/2012;
- G. COCCO, *L'Europa dei tre disincanti*, in *Politica del diritto*, 2000, 197 ss.;
- R. DAHRENDORF, *Dopo la democrazia. Intervista a cura di Antonio Polito*, Roma-Bari, 2003;
- G. DI GASPARE, *Teoria e critica della globalizzazione finanziaria*, Padova, 2011;
- T. GYLFASSON, *Dopo la crisi, una nuova Costituzione per l'Islanda*, in www.lavoce.info, 28 ottobre 2011;
- P.F. KIAER, G. TEUBNER, A. FEBBRAJO (edited by), *The Financial Crisis in Constitutional Perspective. The Dark side of Functional Differentiation*, Oxford and Portland, Oregon, 2011;
- M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle Costituzioni*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1996, 124 ss.;
- M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, Relazione al Convegno annuale AIC, *Costituzionalismo e Costituzione nella vicenda unitaria italiana*, Torino, 27-29 ottobre 2011, *paper*;
- C. PINELLI, *Cittadini, responsabilità politica, mercati globali*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1997, 43 ss.;
- G. TEUBNER, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle Costituzioni civili*, Roma, 2005;
- C. THORNHILL, *The Future of the State*, in P.F. KIAER, G. TEUBNER, A. FEBBRAJO (edited by), *The Financial Crisis in Constitutional Perspective. The Dark side of Functional Differentiation*, Oxford and Portland, Oregon, 2011, 357 ss.