

Articoli e Saggi

La crisi e il diritto amministrativo¹

Fabio Merusi

SOMMARIO: 1. L'attuale crisi economica vista dal diritto pubblico, in particolare italiano.
– 2. Il debito pubblico degli Stati dell'Unione Europea alla prova del c.d. "triangolo magico".

1. L'attuale crisi economica vista dal diritto pubblico, in particolare italiano.

Il diritto amministrativo di fronte alla crisi economica dovrebbe avere notevoli possibilità di intervento.

Come abbiamo appreso dalle relazioni settoriali, sia italiane che spagnole, quando il mercato non funziona si invoca l'intervento dei pubblici poteri e cioè l'applicazione del diritto amministrativo al posto del diritto privato, dell'atto amministrativo al posto del negozio giuridico.

Detto questo in termini generali, viene spontaneo chiedersi se è possibile trarre insegnamenti da esperienze precedenti, in particolare degli interventi pubblici che caratterizzarono la grande crisi degli anni trenta del secolo scorso.

L'altra sera, durante il ricevimento nelle sale di un museo a molti fra i congressisti italiani sarà venuto in mente come nell'ordinamento italiano fu dato inizio alla soluzione della crisi degli anni trenta. Una domenica si incontrarono a Firenze, a metà strada fra Milano e Roma, due plenipotenziari incaricati di escogitare qualche soluzione per risolvere la sconvolgente crisi economica di quell'epoca, ed in particolare, la crisi delle banche italiane che rischiavano di fallire una dopo l'altra dopo la serrata della Banca Genovese di Sconto, il Governatore della Banca centrale, Azzolini, e un banchiere amico di gioventù di Mussolini e che il Capo

¹ Il presente lavoro riproduce, con l'aggiunta di qualche nota esplicativa, l'intervento svolto al XIX Congresso Italo-Spagnolo dei Professori di Diritto Amministrativo tenutosi a Madrid nei giorni 18-20 ottobre 2012.

del Governo aveva scelto come consulente per l'occasione dandogli carta bianca per identificare i provvedimenti opportuni. Per evitare che qualcuno li notasse, e traesse illazioni dal loro incontro, si incontrarono anch'essi in un museo, si accodarono ad un gruppo di turisti inglesi, finsero di ammirare dei famosi affreschi e anziché commentarli, uno di loro, il banchiere amico del Duce, tirò fuori dalla tasca un foglietto e illustrò al Governatore della Banca d'Italia la seguente soluzione: lo Stato con la liquidità presente in bilancio, risultante dalla distrazione da altre spese previste, avrebbe acquistato dalle banche le partecipazioni azionarie acquisite da imprese industriali insolventi che non potevano più far fronte ai mutui contratti; lo Stato avrebbe temporaneamente gestito le partecipazioni industriali tramite un Consorzio di diritto pubblico; le banche avrebbero così recuperato la liquidità necessaria per riprendere a finanziare l'economia reale, ma si impegnavano a concedere credito solo a breve termine, il c.d. credito commerciale; al credito a medio e a lungo termine, che aveva provocato l'immobilizzazione delle banche, e la conseguente acquisizione delle partecipazioni industriali avute in pegno, avrebbe provveduto lo Stato attraverso la costituzione di appositi enti pubblici creditizi che avrebbero esercitato il credito a medio e a lungo termine attraverso una raccolta del risparmio a mezzo di titoli anch'essi a medio e a lungo termine; le banche di credito ordinario sarebbero state inoltre sottoposte a controllo pubblico sulla base di una apposita disciplina pubblicistica. Nacquero così degli istituti di diritto amministrativo tipicamente italiani ed in seguito "esportati" in numerosi altri ordinamenti: le partecipazioni statali (l'acquisizione delle partecipazioni azionarie da parte dello Stato, poi concentrate in un apposito ente pubblico, l'Istituto per la Ricostruzione Industriale, si rivelò ben presto non temporanea, ma stabile) e un ordinamento giuridico particolare per le banche, poi istituito nel 1936, il c.d. ordinamento sezionale del credito, avente un organo normativo apposito, il Comitato interministeriale per il credito e il risparmio, e un organo amministrativo di vigilanza autonomo, l'Ispettorato per il credito e il risparmio, in origine organo speciale del Ministero delle Finanze e poi della Banca d'Italia, modello giuridico nel secondo dopoguerra per numerosi altri interventi dello Stato italiano nell'economia.

Va da sé che in serata uno dei due plenipotenziari andò con quel foglietto, al quale erano state apportate modeste correzioni di mero dettaglio, dal Capo del Governo, il quale, all'alba del lunedì successivo, provvide ad emanare un decreto legge col quale si stabiliva di stornare una serie di spese pubbliche a favore dell'acquisto delle partecipazioni azionarie immobilizzate presso le banche. Fra gli "storni" c'era anche la riduzione dello stipendio dei dipendenti statali. Non ci fu nessuna rivolta o dimostrazione contraria da parte dei soggetti "percossi" dal provvedimento. Anzi. Ci fu addirittura una associazione di categoria che inviò al Capo del Governo un telegramma così concepito: "grazie Duce". Ma, si sa, un regime

La crisi e il diritto amministrativo - *The economic crisis and administrative law*

L'Autore si interroga su quale possa essere il ruolo e il contributo del diritto amministrativo di fronte all'attuale crisi economica globale.

Dopo aver dato atto delle differenze tra l'attuale crisi e quella degli anni trenta, in particolare mettendo in luce come la prima sia caratterizzata da stretti legami tra attività bancaria e attività finanziaria, vengono evidenziati gli effetti negativi dell'applicazione della legge tedesca sulla stabilità all'intera Unione europea.

In questo quadro, l'Autore osserva come il ruolo degli studiosi del diritto amministrativo dovrebbe essere soprattutto quello di chiarire il funzionamento delle istituzioni semifederali europee.

The Author considers the possible role and contribution of administrative law in the context of the global economic crisis. After having analysed the differences between the current crisis and the great depression of the 1930s, underlining how the former is characterised by the close links between banking and financial activities, the negative effects of the application of German law on the stability of the entire European Union are highlighted. Within this framework, the Author reflects on how the role of administrative law academics should be that of clarifying the function of semi-federal European institutions.

Articoli e Saggi

I servizi pubblici locali italiani raccontati agli argentini*

Antonio Romano Tassone

Gli Amici argentini mi hanno chiesto, cortesemente ma insistentemente, di spiegare loro quali siano, in termini generali, i problemi che attualmente si agitano in Italia circa l'assetto generale dei servizi pubblici locali.

Ecco perché metto da parte la relazione ufficiale (del resto già distribuita ai convegnisti), e mi cimento in questa ardua impresa, di necessità attraverso un discorso drasticamente – ma spero non del tutto in accettabilmente – semplificato.

Dovendo infatti esporre in pochi minuti i termini di una questione che presenta notoriamente fin troppe sfaccettature – e che ha creato e crea ai nostri governanti molte impervie difficoltà – mi vedo costretto a delineare un quadro a tinte molto nette e con qualche inevitabile forzatura, di cui fin d'ora mi scuso con i Colleghi italiani, sperando che, malgrado ciò, il discorso corrisponda almeno in parte alle aspettative degli Amici di Oltreoceano.

I Fin dalla nascita del Regno d'Italia, nonostante che la allora dominante ideologia liberale volesse e predicasse tutt'altro, i poteri pubblici italiani hanno assunto a più riprese, ed in misura talora massiccia, il carico di molteplici e varie attività di rilievo economico-sociale.

Ciò fecero, in diversa misura, tutti i poteri pubblici italiani: sia quelli nazionali, cioè, che quelli locali. Ma furono soprattutto i Comuni governati dai socialisti, mossi dagli ideali del marxismo, a promuovere l'esperienza, più che in altri ambiti intensa e coinvolgente, delle municipalizzazioni, allo scopo di sovvenire

* Il presente scritto rappresenta la versione pressoché immutata della relazione tenuta nel corso del "VI Convegno italo-argentino di diritto amministrativo", Napoli, 22/23 settembre 2012, per il quale l'autore aveva preparato tutt'altro intervento, il cui testo era già stato peraltro consegnato agli atti. È sembrato necessario, quindi, mantenere lo stile colloquiale originale. L'autore coglie l'occasione per ringraziare gli organizzatori del Convegno, ed in particolare il Prof. Mario Spasiano, per l'affettuosa, oltre che splendida ospitalità.

alle esigenze primarie della popolazione, dando così vita al c.d. “socialismo municipale”.

Sia in sede nazionale che locale, le ragioni di fondo che spinsero all'intervento pubblico furono tuttavia, in sostanza, le medesime.

Ciò accadde infatti:

- a) o perché si trattava di attività in vario senso “fuori mercato”, vuoi oggettivamente (non risultando il loro svolgimento adeguatamente lucrativo, *ergo*: appetibile per il privato imprenditore), vuoi soggettivamente (non essendo pari al compito l'imprenditoria nazionale o locale);
- b) o, assai più frequentemente, per una scelta in larga misura “politica” ed “ideologica” dell'ente istitutore, tendente a far sì che alcune attività, avvertite come di particolare importanza per il benessere collettivo, fossero assoggettate ad un più intenso e diretto controllo della mano pubblica, alla quale si voleva quindi riservarne la gestione;
- c) talvolta, ancora, per il convergere e combinarsi di entrambi questi fattori.

L'istituzione di un pubblico servizio è dunque, in alcuni casi, la conseguenza di una necessità economica assimilabile ai c.d. “*market failures*”, ma molto più spesso è frutto della temperie politica (ed ideologica) del momento, in pieno accordo, del resto, con l'impostazione generale di quella che a quel tempo si definiva l'“attività sociale” dello Stato, di cui gli studiosi riconoscevano appunto il carattere politicamente condizionato e contingente (così, tra tutti, Vittorio Emanuele Orlando).

Accade dunque frequentemente che una certa attività sia assunta tra i servizi pubblici da alcune amministrazioni, ma non da altre.

Solo per farmi meglio comprendere dagli Amici argentini, mi si consenta un esempio, in cui, per far fronte alla medesima esigenza, l'Italia ha scelto, per considerazioni politiche, di affidarsi alla mano pubblica, e l'Argentina no: alludo alla costruzione della rete ferroviaria, per realizzare la quale, in entrambi i paesi, l'imprenditoria nazionale risultava tecnicamente e soprattutto finanziariamente impreparata.

Orbene, mentre in Italia, per evitare eccessivi condizionamenti nel campo della politica estera, la costruzione e la gestione delle linee ferroviarie non fu commessa all'imprenditoria straniera, ma venne assunta tra i primi e più importanti compiti del Governo nazionale, in Argentina, dove non si temevano analoghi rischi, a supplire all'inadeguatezza finanziaria e tecnologica dell'imprenditoria nazionale intervenne, per l'occasione, il capitale britannico.

II La contingenza “politica” di molte scelte, ed in particolare di quelle degli enti locali, ha comportato quindi una notevole differenziazione della tipologia delle

I servizi pubblici locali italiani raccontati agli argentini - *Local Italian services explained to the Argentinas*

Lo scritto si propone di delinare i principali problemi che attualmente riguardano l'assetto generale dei servizi pubblici locali.

L'Autore, dopo avere messo in luce che originariamente alla gestione del servizio pubblico si provvedeva mediante il diretto intervento del soggetto pubblico, si sofferma sulle criticità di questo modello di gestione che hanno determinato, negli anni Novanta del XX secolo, un mutamento di tale regime. In questo periodo, infatti, l'esigenza di introdurre nella gestione elementi e caratteri di imprenditorialità, in uno con le spinte concorrenziali derivanti dall'Unione europea, hanno indotto l'Italia ad avviare una massiccia operazione di "privatizzazione". Tuttavia, il successo di questa operazione è stato solo apparente, dal momento che il potere locale ha dimostrato di concepire la privatizzazione prevalentemente come uno strumento di auto-affrancazione dai controlli e dai limiti consueti nel settore pubblico e non anche come una modalità di apertura al mercato.

A risolvere le richiamate aporie di sistema, quindi, sono intervenuti, prima, gli organismi comunitari che hanno circoscritto l'utilizzo dell'"*in house providing*", quindi, il governo nazionale che, oltre a rendere ancor più difficile il ricorso all'"*in house providing*", si è spinto verso una riforma generale dei servizi pubblici locali.

L'Autore, quindi, analizzati gli strumenti di gestione dei servizi pubblici, affronta le inefficienze di sistema, tra cui, in particolare, la carenza di adeguati meccanismi di controllo.

The paper seeks to outline the main problems currently affecting the general local public services system. After pointing out the fact that the management of public services was originally performed directly by public authorities, the Author focuses on the problems in this management model which gave rise to a change in this system throughout the 1990s. At that time, in fact, the need to introduce free market elements and characteristics into the management process (coupled with European Union pressure to foster free competition) led to Italy embarking upon a huge "privatisation" programme. However, the success of this operation was only apparent, since local authorities conceived privatisation as a means of liberation from controls and from the usual limits imposed on the public sector and not as a means by which to adopt free market practices.

Therefore, in order to resolve the above-mentioned inconsistencies in the system, European Community bodies first limited the use of "in-house providing", and then the national government, besides making use of in-house providing even more difficult, opted for a general reform of local public services. After having analysed the tools used for managing public services, the Author describes the inefficiencies of the system, including, in particular, the lack of suitable control mechanisms.

Articoli e Saggi

Liberalizzazioni: una lettura giuridica

Margherita Ramajoli

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La vuota promessa della liberalizzazione dei grandi servizi a rete. – 3. La pseudoliberalizzazione dei servizi pubblici locali. – 4. Liberalizzazione come deregolamentazione. – 5. Le liberalizzazioni-manifesto. – 6. Il destino delle liberalizzazioni.

1. *Introduzione.*

Una lettura strettamente giuridica del fenomeno delle liberalizzazioni è opportuna visto che il tema soffre di eccessi ideologici dai quali va depurato.

La liberalizzazione è prima di tutto una nozione di politica economica: gli specifici strumenti giuridici di liberalizzazione introdotti in un ordinamento risentono di una precisa concezione circa il valore della libertà di mercato per la crescita economica¹.

In base a questa concezione il presupposto da cui parte la liberalizzazione è che la disciplina di diritto amministrativo sia un fattore impeditivo della crescita economica².

Da questo punto di vista lo strumento giuridico di liberalizzazione ha una valenza puramente negativa. Le previsioni di liberalizzazione sono norme abrogatrici di norme preesistenti, perché le disposizioni che pongono limiti alla libertà economica devono essere eliminate.

¹ Sui vari modelli di disciplina dei mercati cfr. M. LIBERTINI, voce *Concorrenza*, in *Enc. dir., Annali*, vol. III, Milano, 2010, pp. 191 ss.

² In tema cfr., da ultimo, R. GIOVAGNOLI, *Liberalizzazioni, semplificazioni ed effettività della tutela*, in *www.giustamm.it*; e, in precedenza, M. D'ALBERTI, *Il diritto amministrativo fra imperativi economici e interessi pubblici*, in *Dir. amm.*, 2008, pp. 51 ss.; sulla necessaria distinzione tra diritto ed economia cfr., da ultimo, F. FRACCHIA, *Il diritto dell'economia alla ricerca di un suo spazio nell'era della globalizzazione*, in questa *Rivista*, 2012, pp. 11 ss., spec. 31-32.

Di conseguenza ciò che viene messo anzitutto in discussione dalle politiche di liberalizzazione è il rapporto tra autorità e libertà: il limite alla libertà economica è considerato espressione di autorità e la liberalizzazione è conseguentemente rappresentata come un arretramento dell'autorità.

Ma quest'opzione deregolamentativa non è del tutto *disponibile* per il legislatore. La dialettica tra autorità e libertà esprime la tensione tra le ragioni della libertà e le ragioni dell'autorità e questa tensione non è semplicemente politica, ma diventa giuridica nella misura in cui si viene a toccare il fondamento costituzionale dell'organizzazione sociale.

È lo schema, che sempre si ripresenta nel diritto dell'economia, del rapporto tra libertà economica privata e limitazioni derivanti dall'utilità sociale, chiaramente enunciato dall'art. 41 della nostra Costituzione³, ma presente anche nella disciplina europea, laddove l'art. 3, c. 3, TUE, prefigura una "economia sociale di mercato"⁴.

Una lettura in chiave giuridica delle liberalizzazioni non può che cominciare da una verifica della tenuta di questo schema rispetto alle diverse esperienze di liberalizzazione.

Infatti se l'occasione di riflessione su queste tematiche è offerta dalla recente produzione normativa, molto abbondante e stratificata, tale da non offrire un quadro normativo né chiaro, né stabile⁵, la liberalizzazione è in realtà un fenomeno risalente nel tempo.

2. La vuota promessa della liberalizzazione dei grandi servizi a rete.

Per quanto l'attenzione oggi si appunti naturalmente sulle più recenti disposizioni di liberalizzazione, è importante esplorare l'intero campo dei fenomeni riconducibili a questo concetto.

³ Cfr., per tutti, U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, 1964; ID., *Potere pubblici ed attività produttive*, in *Scritti scelti*, Padova, 1999, pp. 643 ss.

⁴ Sulla nozione di economia sociale di mercato cfr. A. PREDIERI, *Economia sociale di mercato nell'Europa di Maastrich*, in *Dir. comm. internaz.*, 1995, pp. 531 ss.

⁵ Cfr. d.l. 13 maggio 2011, n. 70, convertito in l. 12 luglio 2011, n. 106; d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito in l. 14 settembre 2011, n. 148; d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito in l. 22 dicembre 2011, n. 214; d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito in l. 24 marzo 2012, n. 27; d.l. 9 febbraio 2012, n. 5, convertito in l. 4 aprile 2012, n. 35; d.l. 22 giugno 2012, n. 83, in attesa di conversione. Su questi provvedimenti normativi cfr. W. GIULIETTI, *Crisi economica e liberalizzazioni*, in *Crisi economico finanziaria e risposta del diritto. Approfondimenti de Il diritto dell'economia*, 2012, pp. 113 ss.; i commenti a *Il decreto "salva Italia"*, di G. NAPOLITANO, M. DE BENEDETTO, F. DI LASCIO, A. TONETTI, M. ARSÌ, R. ROMEI e G. VESPERINI, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, pp. 229 ss.; L. SALTARI, *Lo "stato del mercato"*, *ivi*, 2012, pp. 579 ss.

Liberalizzazioni: una lettura giuridica - *Liberalization: a judicial perspective*

Il lavoro intende offrire una lettura strettamente giuridica del fenomeno delle liberalizzazioni e, al tempo stesso, sottolineare che l'opzione deregolamentativa non è completamente disponibile per il legislatore.

L'ottica prescelta è quella del rapporto, che sempre si ripresenta nel diritto dell'economia, tra libertà economica privata e limitazioni derivanti dall'utilità sociale, chiaramente enunciato dall'art. 41 della nostra Costituzione, ma presente anche nella disciplina europea, laddove l'art. 3, c. 3, TUE, prefigura un'economia sociale di mercato.

Il campo d'indagine comprende le concrete esperienze di liberalizzazione dei grandi servizi a rete e dei servizi pubblici locali, nonché di liberalizzazione intesa più in generale come affrancamento dai poteri amministrativi di conformazione e di controllo.

L'analisi mostra come il più vistoso denominatore comune delle diverse politiche di liberalizzazione sia il *deficit* di effettività o comunque la difficoltà di realizzare gli obiettivi che il legislatore si è prefisso.

L'esperienza giuridica delle liberalizzazioni suggerisce che non ci si può limitare a propugnare l'assioma secondo cui le liberalizzazioni sarebbero utili alla crescita economica, ma è necessario assicurare la presenza di tutte le condizioni che rendano socialmente sostenibile la liberalizzazione. Le liberalizzazioni non avanzano se non superando concretamente il confronto con l'utilità sociale.

This paper aims to study liberalization from a strict judicial perspective, warning legislator of bonds and ties which deregulation must respect. The elected point of view will be the central relation in economy law between free enterprise-economic liberty, on one side, and bonds related to social utilities, on the other. Article 41 of Italian Constitution as well as article 3 paragraph 3 of European Union Treaty clearly refer to a social market economy.

The analysis will examine the main liberalization experiences in net services and local public utilities, where liberalization means disappearance of administrative power and control.

The deficit of effectiveness and difficulty of legislative power in achieving liberalization goals are the main common denominator in all the liberalization experiences examined.

The conclusion is the axiom that liberalization is helpful for the economic growth must be reconsidered and assessed together with the conditions of a social affordable liberalization.

Liberalization cannot advance without positively overcoming the social utility benefit.

Articoli e Saggi

La regolazione delle infrastrutture energetiche tra direzione pubblica e mercato

Eugenio Bruti Liberati

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Breve quadro della regolazione delle infrastrutture energetiche: i fini e gli strumenti. – 3. Le reti di trasmissione e di trasporto: un modello regolatorio (prevalentemente) finalistico, che include misure di *command and control*. – 4. Le altre infrastrutture: una regolazione anche finalistica senza tratti autoritativi. – 5. Alcune questioni giuridico-istituzionali: pianificazione strategica, dinamiche di mercato e regolatori indipendenti.

1. Premessa.

Il tema della regolazione delle infrastrutture energetiche ha ormai da tempo attratto l'attenzione della dottrina giuridica ed economica, che hanno dedicato ad esso tanto riflessioni di carattere generale (talora inserite in più ampie analisi relative ai problemi delle reti) quanto contributi inerenti a profili specifici¹.

Tale particolare attenzione non può del resto stupire, se si considera che la regolazione infrastrutturale è sempre stata, ed è tuttora, al centro della strategia dell'Unione Europea in materia di energia – coerentemente con quanto è avvenuto per gli altri servizi pubblici a rete, per i quali pure le questioni concernenti l'utilizzo e lo sviluppo delle infrastrutture assumono notoriamente rilievo dirimente².

¹ V., in particolare, l'ampia e completa ricostruzione di P. RANCI, *Le infrastrutture energetiche: l'Italia e il mercato unico europeo*, in P. MANACORDA (a cura di), *I nodi delle reti. Infrastrutture, mercato e interesse pubblico*, Firenze, 2010, 157 ss.; nonché G. NAPOLITANO, A. ZOPPINI (a cura di), *Il regime giuridico delle infrastrutture dell'energia*, *Annuario di diritto dell'energia* 2012, Bologna, 2012; F. DI PORTO, *La disciplina delle reti nel diritto dell'economia*, in E. PICOZZA, E. GABRIELLI (diretto da), *Trattato di diritto dell'economia*, Padova, Cedam, 2008; E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete. Il caso dell'energia elettrica e del gas*, Milano, 2006; F. VETRÒ, *Il servizio pubblico a rete. L'esempio paradigmatico dell'energia elettrica*, Torino, 2005.

² V. al riguardo, oltre agli Autori citati nella nota precedente, N. RANGONE, *I servizi pubblici*, Bologna, 1999; A. PERICU, *Impresa e obblighi di servizio pubblico*, Milano, 2001; G. MAR-

Alla disciplina delle infrastrutture energetiche, e in particolare delle reti di trasporto di elettricità e gas, è non a caso dedicata ampia parte delle norme introdotte con il c.d. Terzo Pacchetto Energia del 2009³. E ancora di recente la Commissione è intervenuta in materia con una specifica Proposta di Regolamento⁴.

I temi che in anni recenti sono stati maggiormente dibattuti sono anzitutto quelli attinenti alla questione dell'*unbundling* (cioè, della separazione) tra attività di carattere infrastrutturale e attività di produzione e vendita di elettricità e gas, riguardo ai quali si è prima animatamente discusso della legittimità e dell'opportunità della soluzione radicalmente proprietaria propugnata dalla Commissione per le reti di trasporto dell'energia⁵, poi della disciplina di compromesso accolta nel testo finale del Terzo Pacchetto⁶, e infine della normativa di recepimento dettata per l'Italia dal d.lgs. n. 93 del 2011 (con le recenti, rilevanti modifiche introdotte dal d.l. n. 1/2012)⁷.

ZI, L. PROSPERETTI, E. PUTZU, *La regolazione dei servizi infrastrutturali. Teoria e pratica*, Bologna, 2001; F. MERUSI, *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, in F. MERUSI, *Le leggi del mercato. Innovazione comunitaria e autarchia nazionale*, Bologna, 2002, 59 ss.; G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005; E. BRUTI LIBERATI, F. DONATI (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, 2010. Sul tema delle reti e delle connessioni tra il regime giuridico ad esse applicabile e le politiche di liberalizzazione dei servizi di interesse economico generale v. anche AA.VV., *Titolarità pubblica e regolazione dei beni*, Annuario AIPDA 2003, Milano, 2004 (e ivi, in particolare, i contributi di G. CORSO, B. TONOLETTI, M. RENNA e S. CASSESE).

³ È noto che il c.d. Terzo Pacchetto Energia, approvato il 13 luglio 2009, comprende i seguenti atti: la direttiva 2009/72/CE sul mercato interno dell'energia elettrica; la direttiva 2009/73/CE sul mercato interno del gas naturale; il regolamento (CE) n. 713/2009 che istituisce l'Agenzia per la cooperazione dei regolatori dell'energia; il regolamento (CE) n. 714/2009 sull'accesso alla rete per gli scambi transfrontalieri di energia elettrica; il regolamento (CE) n. 715/2009 sull'accesso alle reti di trasporto del gas naturale.

⁴ Proposta di Regolamento 19/10/2011, COM (2011) 658, «*On guidelines for trans-European energy infrastructure*».

⁵ V. al riguardo J. PIELOW, G. BRUNEKREFT, E. EHLERS, *Legal and Economic Aspects of Ownership Unbundling in the EU*, in *Journal of World Energy Law and Business*, 2009, 96, 1009; M. HUNT, *Ownership Unbundling: the Main Legal Issues in a Controversial Debate*, in B. DELVAUX, M. HUNT, K. TALUS (a cura di), *EU Energy Law and Policy Issues*, Brussels, 2008; M. DIATHESOPOULOS, *Ownership Unbundling in European Energy Market and Legal Problems under EU Law*, in *Selected Works*, available at http://works.bepress.com/michael_diathesopoulos/.

⁶ V., tra gli altri, F. LEVEQUE, J.M. GLACHANT, M. SAGUAN, G. DE MUIZON, *How to Rationalise the Debate About EU Energy Third Package? Revisiting Criteria to Compare Electricity Transmission Organizations*, RSCAS 2009/15.

⁷ Il d.lgs. n. 93 del 2011 aveva da un lato confermato il regime di separazione proprietaria già previsto per la rete di trasmissione elettrica (v. in particolare l'art. 36), dall'altro, per le reti di trasporto del gas naturale, aveva invece in linea di massima adottato la soluzione meno vincolante dell'*Independent Transmission Operator* (v. gli artt. 10 ss.). Il d.l. n. 1 del 2010, convertito con legge n. 27 del 2012, ha peraltro imposto, sia pure limitatamente alle infrastrutture del gas riconducen-

La regolazione delle infrastrutture energetiche tra direzione pubblica e mercato -
The regulation of energy infrastructures involving public and market management

Il lavoro affronta il tema della regolazione delle infrastrutture energetiche analizzando la disciplina nazionale ed europea sul punto.

Dopo una breve descrizione degli obiettivi di detta regolazione e degli strumenti utilizzati per perseguirli, l'Autore si concentra sulla disciplina nazionale ed europea riguardante le reti di trasmissione e trasporto di elettricità e gas e sull'individuazione del relativo modello regolatorio.

L'Autore procede poi all'analisi delle infrastrutture energetiche diverse dalle reti di trasmissione e trasporto di elettricità e gas evidenziando, in particolare, le differenze in punto di regolazione tra i vari modelli utilizzati.

Infine, sono illustrati i rischi e i problemi che un modello regolatorio così pervasivo può creare, da un lato, alla dinamica concorrenziale del mercato e alla libera iniziativa delle imprese, e dall'altro, all'indipendenza delle autorità di regolamentazione.

The paper tackles the question of the regulation of energy infrastructures, analysing national and European regulations on the matter. After a brief description of the objectives of such regulation and of the means used to pursue them, the Author focuses on national and European regulations regarding networks for electricity and gas transmission and transport, and on a description of the relative regulatory model.

The Author moves on to analyse energy infrastructures other than electricity and gas transmission and transport networks highlighting, in particular, regulatory differences between the different models used. Finally, the Author describes the risks and problems that such a widespread regulatory model could create: on the one hand for market competition and the free enterprise of businesses, and on the other hand for the independence of regulatory authorities.

Articoli e Saggi

Il procedimento “a segnalazione”. Cittadino e amministrazione nella liberalizzazione temperata. Qualche riflessione

Silvia Biancareddu

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La soluzione normativa circa la natura giuridica dell'istituto. – 3. Dalla natura al potere: dovere dell'amministrazione e procedimento necessario. – 4. Il temperamento pubblicistico della liberalizzazione.

1. Premessa.

Nella, ormai, ventennale evoluzione normativa della dichiarazione di inizio attività, di recente divenuta segnalazione¹, il panorama dottrinale e giurisprudenziale si è costantemente arricchito di interrogativi e questioni² solo in parte capaci di trovare adeguate risposte nella normativa di riferimento.

¹ Sull'evoluzione normativa dell'istituto, disciplinato dall'art. 19 della l. 7 agosto 1990, n. 241, si rinvia a M. P. CHITI, *Atti di consenso (dir. amm.)*, in *Enc. Giur.*, II, Roma, 1997; F. GAFFURI, *La denuncia di inizio attività dopo le riforme del 2005 alla 241/1990*, in *Dir. amm.*, 2007, II, p.369 e ss.; M. A. SANDULLI, *Competizione, competitività, braccia legate e certezza del diritto (note a margine della legge di conversione del d.l. 35 del 2005)*, in *www.giustamm.it*; G. VESPERINI, *La denuncia di inizio attività e il silenzio assenso*, in G. SCIULLO (a cura di), *Le nuove regole dell'azione amministrativa*, Bononia University Press, Bologna; M. A. SANDULLI, *Dalla d.i.a. alla s.c.i.a.: una liberalizzazione a rischio*, in *Riv. giur. edilizia*, 2010, II, p. 465 e ss.; A. TRAVI, *Silenzio assenso, denuncia di inizio attività e tutela dei controinteressati*, in *Dir. proc. Amm.*, 2002, p. 16 e ss.; P. MARZARO GAMBA, *La nuova disciplina della dichiarazione di inizio attività*, in *www.giustamm.it*; B. G. MATTARELLA, *La s.c.i.a. ovvero dell'ostinazione del legislatore pigro*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, XII, p.1328 e ss.; E. GIARDINO, *La natura giuridica della dia e la tutela del terzo*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2010, XII, 1249 e ss.; G. F. NICODEMO, *La Scia prende il posto della Dia?*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2011, V, p. 568 e ss. L'impianto sostanziale dell'istituto, così come definito dai diversi interventi del legislatore – fra cui l. 11 febbraio 2005, n. 15, d.l. 14 marzo 2005, n. 35 e l. 18 giugno 2009, n. 69, d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59 e d.l. 31 maggio 2010, n. 78, d.l. 13 agosto 2011 n. 188 conv. in l. 14 settembre 2011 n. 148 – è stato confermato anche dal recentissimo d.l. “Semplificazione e sviluppo” del 3 febbraio 2012, v. art. 2 “semplificazione delle procedure amministrative mediante SCIA”.

² Per una ricostruzione completa che, nell'economicità del presente lavoro, non sarebbe consentita, né apparirebbe opportuna, si rinvia a A. BIANCHI, *Denuncia di inizio attività edilizia e tute-*

Incontestabile è apparso lo spazio che il legislatore ha lasciato alla definizione di veri e propri impianti ricostruttivi e interpretativi della normativa, che, evidenziando l'uno o l'altro profilo del dato letterale, hanno ricercato le soluzioni più idonee a garantire l'applicazione di uno strumento che rileva innanzitutto sul piano sostanziale dell'attività amministrativa, in quella imperante logica di semplificazione capace di modificare “non solo la frontiera pubblico-privato, ma la configurazione stessa del potere pubblico, dei suoi contenuti e dei suoi modi di esercizio”³.

È stato, infatti, osservato come “sul piano della politica del diritto, la dichiarazione di inizio attività (oggi segnalazione) è segnale di un modo nuovo e meno costrittivo di disciplinare e intendere le interferenze di pubblici poteri nello svolgimento delle attività private di per sé lecite”⁴, di un modo “nuovo” di intendere l'intervento pubblico⁵ e il rapporto “iniziativa privata-pubblico potere”⁶.

la giurisdizionale del terzo, in L. PERFETTI (a cura di), *Le riforme della L. 7 agosto 1990, n. 241. Tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, Padova, 2008; W. GIULIETTI, *Attività privata e potere amministrativo. Il modello della dichiarazione di inizio attività*, Torino, 2008, pag. 76 e ss.; G. ACQUARONE, *La denuncia di inizio attività. Profili teorici*, Milano, 2000; P. MARZARO GAMBA, *La denuncia di inizio attività*, Padova, 2005. Fra le diverse questioni sollevate nel tempo, la natura giuridica dell'istituto ha assunto rilievo centrale in quanto sottesa alle altre: dalla consistenza della posizione giuridica del privato denunciante e del potere dell'amministrazione alla nuova configurazione del rapporto cittadino-amministrazione, dalla configurabilità di un regime amministrativo semplificato ovvero di un intervento di liberalizzazione ai profili di tutela giuridica del terzo. Sotto quest'ultimo profilo, evidenzia la stretta connessione tra la qualificazione della natura della dichiarazione-segnalazione e la problematica della tutela giuridica del terzo P. PROVENZANO, *Riassumendo sulla d.i.a.*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2010, p. 1155, derivante dal mancato adeguamento degli strumenti processuali a disposizione del terzo. Sul punto anche A. BIANCHI, *op. cit.*, p. 191 e W. GIULIETTI, *op. cit.*, p. 221.

³ L. TORCHIA, *Tendenze recenti della semplificazione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 1998, 3/4, p. 404, la quale evidenzia come “l'esigenza di semplificazione si connette strettamente alla ridefinizione delle cause giustificatrici dell'intervento pubblico con conseguente rideterminazione degli strumenti e dei modi dell'azione amministrativa” – *op. cit.*, p. 386. In relazione all'intervento pubblico e, quindi, al potere dell'amministrazione, vds. M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere*, Bologna, 2001, il quale suggerisce la necessità di considerare tale nozione a fini descrittivi, con riguardo a quel “tratto strutturale [per il quale] in ogni ordinamento giuridico, generale e particolare, esistono istituzioni gestite da pubblici poteri, le quali condizionano la vita di soggetti privati e di rapporti giuridici interprivati”, evitando di perpetuare quella “valenza ideologica-politica dell'ingerenza come intervento oltre le sfere di naturale competenza”. Da ciò, la configurazione dell'intervento pubblico in termini neutrali di svolgimento di funzioni, capace di condizionare l'esercizio di attività private, “positivamente” vincolato al perseguimento dell'interesse pubblico e “negativamente” limitato dal principio di buona amministrazione. Su cui v. *infra*.

⁴ F. G. SCOCA – M. D'ORSOGNA, *Silenzio, clamori di novità*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, III, p. 393 e ss.

⁵ Vds. *retro*, – M.S. GIANNINI, *op. loc. cit.*

⁶ M. P. CHITI, *op. cit.*, p. 11.

Il procedimento “a segnalazione”. Cittadino e amministrazione nella liberalizzazione temperata. Qualche riflessione - *The “reporting” process. The citizen and public administration in a diluted form of liberalisation. A number of observations*

Nello scenario della difficile ricerca di un equilibrio fra attività private e ruolo dell'amministrazione pubblica, il lavoro inquadra la segnalazione certificata di inizio attività nel processo di ridefinizione del rapporto pubblico-privato di cui considera chiave di svolta la diversa configurazione della funzione amministrativa.

L'intervento autoritativo sulle attività economiche, indispensabile, ma sussidiario, così come configurato dal legislatore con l'istituto, racchiude la portata liberalizzante nelle maglie della de-provvedimentalizzazione; limita il richiamo ai valori dell'informazione, dell'autonomia e della responsabilità del privato e diviene elemento centrale di riflessione sul rapporto cittadini – amministrazione.

Su tutto la riflessione che la logica del mercato, per un verso, importa forti condizionamenti sul rapporto dialettico fra i valori dell'autorità e della libertà e, quindi, sulla configurazione del potere pubblico; per altro verso quel rapporto, così come interpretato con l'istituto della segnalazione, soffre, ancora una volta, il peso dei permanenti elementi di incertezza.

Intorno ad essi si perde l'occasione di garantire una diffusa applicazione dell'istituto e una piena realizzazione del principio di sussidiarietà.

With regard to the difficult search for the right balance between private business and the role of public administration, the paper deals with the certified reporting procedure required for starting a new business as part of the process of redefining public-private relations, considering the different organization of the administrative function as a turning point.

The (essential but supplementary) authoritarian action taken on economic activities as framed by the legislator, with the institution of the above procedure, has a liberalising effect limited to the elimination of regulatory provisions; it limits any reference to the values of information, autonomy and the responsibility of the private citizen, and becomes a key aspect of reflection on the citizen – administration relationship.

The logic of the market, on the one hand, heavily influences the dialectic relationship between the values of authority and of freedom, and therefore the nature of public administration powers; on the other hand, that relationship (as interpreted with the introduction of the reporting procedure) suffers once more from the permanence of elements of uncertainty.

The result is that of missing an opportunity to guarantee a widespread application of the procedure and the full accomplishment of the principle of subsidiarity.

Articoli e Saggi

Problemi e tendenze dell'assetto regolatorio degli appalti pubblici*

Gian Domenico Comporti

«Quello sociale è un campo quanto mai precario sul piano morale; vi si respira un'aria di serraglio»
(T. MANN, *Considerazioni di un impolitico*)

«La storia non è che una sfilata di falsi Assoluti (...)
Tutti si sforzano di correggere la vita di tutti (...)
La società – un inferno di salvatori!»
(E.M. CIORAN, *Sommario di decomposizione*)

SOMMARIO: 1. L'anomalia di un rapporto negoziale orfano. – 2. Gli attori impropri delle gare pubbliche: il legislatore. – 3. L'ingombrante ruolo del giudice amministrativo. – 4. Un problema culturale: la discrezionalità della stazione appaltante. – 5. L'aggiramento del problema: tanti vincoli per un maggiore arbitrio delle stazioni appaltanti. – 6. Il regime di polizia che presiede la qualificazione alla gara. – 7. Le false misure di flessibilità. – 8. Economie di scala e razionalità decisoria. – 9. Conclusione: gli appalti pubblici per la rifondazione di una teorica moderna delle scelte pubbliche.

1. L'anomalia di un rapporto negoziale orfano.

L'attuale Presidente del Consiglio di Stato Giancarlo Coraggio, nel Discorso di insediamento del 19 aprile 2012, ha ricordato come proprio nella materia degli appalti «siamo ben lontani dall'aver garantito un sufficiente livello di correttezza». Infatti, la «moltiplicazione talvolta parossistica delle regole procedimenta-

* Relazione tenuta al Convegno organizzato dall'Osservatorio sui contratti pubblici dell'Università Commerciale Luigi Bocconi su «*La progettazione degli interventi: aspetti giuridici, finanziari e tecnici*», Milano, 19 giugno 2012.

li» comporta un «eccesso di oneri formali» che appesantisce l'azione amministrativa senza peraltro rappresentare un argine efficace contro abusi e corruzioni correndo anzi il rischio di «vanificare le poche regole necessarie che andrebbero applicate con fermezza». Sulla stessa linea appaiono le considerazioni di altri autorevoli magistrati, in sede di inaugurazione dell'anno giudiziario 2012. Per esempio, il Presidente del T.a.r. Umbria Cesare Lamberti ha ammesso che «è difficile farsi comprendere quando si espongono i sofisticati tecnicismi della materia degli appalti». Il Presidente del T.a.r. Veneto Bruno Amoroso ha lamentato «un eccesso rigoristico» (segnatamente nella clausole escludenti la partecipazione alle gare) che ha comportato «un rilevante aggravamento di lavoro», prevedendo altresì con preoccupazione che i recenti provvedimenti di liberalizzazione e semplificazione «potrebbero comportare, invece che chiarezza ed ordine, possibile disorientamento». Il Presidente del T.a.r. Lombardia Francesco Mariuzzo ha aperto la sua Relazione del 3 marzo 2012 citando l'accurato appello del Presidente Formigoni per procedure giurisdizionali e di controllo più adeguate all'esigenza di realizzazione di importanti opere pubbliche e ha invocato scelte coraggiose «per modificare inveterate abitudini e per adottare ogni misura capace di aumentare il tasso di rispettiva effettività».

Da questi autorevoli osservatori emerge una ennesima vibrata denuncia dell'insufficienza cronica delle politiche periodicamente adottate in materia di appalti. Politiche che, se ripercorse a ritroso, consentono di tracciare la storia di tante occasioni mancate.

In questo contesto, occorre quindi chiedersi quale sia la bussola capace di orientare una adeguata riflessione sul tema.

Un buona introduzione è fornita dalla seguente immagine letteraria.

«Dividete le terre, fra voi tre... senza liti, senza puntigli, senza farvi la guerra a vantaggio altrui... A vantaggio di chi, poi?... del comune! Vuol dire di nessuno! Mandiamo a monte l'asta... Il pretesto lo trovo io!... Fra otto giorni si riapre sul prezzo di prima; si fa un'offerta sola... Un'offerta sola sul prezzo di prima; e vi rimangono aggiudicate le terre senza un baiocco d'aumento... E il rimanente lo dividete fra voi tre, alla buona... d'amore e d'accordo. Vi piace? Siamo intesi?»¹.

La descrizione che Giovanni Verga fa del consiglio dato a Mastro don Gesualdo per risolvere la contesa nata tra i notabili concorrenti all'asta per la gabella delle terre comunali è significativa di un modo antiformalistico di rappresentazione del nostro tema. Prima che il «senso delle parole» e il mondo dei concetti prendessero il sopravvento sul «senso delle cose»², la gara è vista come il luogo

¹ G. VERGA, *Mastro-don Gesualdo* (1889), Milano, 1983, 141.

² Per ripetere le incisive espressioni di Luigi Pirandello, tratte da un discorso su Giovanni Verga tenuto il 3 dicembre 1931 alla Reale Accademia d'Italia, in occasione del cinquantenario an-

Problemi e tendenze dell'assetto regolatorio degli appalti pubblici - *Problems and trends in the regulation of public works contracts*

L'Autore, dopo aver delineato il ruolo del legislatore, del giudice amministrativo e dell'amministrazione in materia di contratti pubblici, si sofferma sui recenti interventi normativi nello svolgimento delle procedure di gara e sulle relative applicazioni della giurisprudenza e delle autorità di settore. Inoltre, il lavoro prende in considerazione la nuova proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sugli appalti pubblici e i suoi possibili effetti nel settore dei contratti pubblici del nostro ordinamento.

After outlining the role of the legislator, the administrative judge and that of the public administration in relation to public works contracts, the Author focuses on recent legislative measures regarding the conduct of tenders and the relative application of the law and the operation of authorities in the sector. The work also takes into consideration the new proposal for a European Parliament and Council Directive on public works contracts and its possible effects on the sector of public works contracts within our legal system.

Articoli e Saggi

Cultural diversity, citizenship, migration flows^{*}

Domenico D'Orsogna

1. The breadth of the theme of «Culture and Diversity» requires a choice to be made both as regards the approach and the selection of the topics to be dealt with.

The path I have chosen is divided into two lines of reflection.

The first, of an introductory character, is dedicated to providing a short overview of the theme of the protection and enhancement of cultural diversity in the European context.

In the second, the protection of cultural diversity is considered within the field of the process of reviewing the components traditionally linked to the concept of citizenship understood as belonging to the community, with related political and social rights, and a consequent enhancement of other legal institutes, e.g., residence, or the recourse to other forms of «belonging» to the political community, based on different assumptions.

In this first part, attention will be focused on the main focal points of a debate that, as regards the theme of citizenship, affects not only legal science, but covers the whole area of social sciences. The term «citizenship» will therefore be used also in that broad sense, as in the abovementioned debate, where alongside «citizenship» we find a number of aspects (such as being a member of a national community, political rights, social rights) which, although usually traced back to it, do not constitute its (legally) essential content¹.

^{*} Paper presented at the International Conference *Citizenship and Solidarity in the European Union - from the Charter of Fundamental Rights to the crisis, the state of the art*, to be published by PIE – Peter Lang SA – Éditions scientifiques internationales, Bruxelles.

¹ Originally in S. ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici subbietivi*, in *Trattato Orlando*, 1897, now in S. ROMANO, *Gli Scritti nel Trattato Orlando*, Milan, 2003, 5 ff., citizenship is conceived as a matter of positive law, in respect of which there is no point asking the question, pertaining to general theory, on the existence or otherwise of its essential core. On this topic cf. extensively, most recently, F. DINELLI, *Le appartenenze territoriali. Contributo allo studio della cittadinanza, della residenza e della cittadinanza europea*, Naples, 2011, in particular 32 ff., a study to which we refer for further bibliographical references.

The word «citizenship» has such a «surplus of meaning» that in current debate it is usually accompanied by an adjective: democratic²; social³; inclusive⁴; active⁵; administrative⁶; health⁷; global⁸; cosmopolitan⁹; cultural¹⁰; multicultural¹¹; virtual¹²; flexible¹³.

From a strictly technical-legal point of view the notion of «citizenship» is not a concept pertaining to the general theory of law (logically not eliminable): it is instead a notion of positive law, which takes the measure of its legal significance from positive law and which, within contemporary state systems, finds its «essential» core in the right to reside permanently in the state and in the right not to be expelled from it, thus revealing its intimate connection to the concept of «belonging»¹⁴.

Besides the fact that there is a strong link between citizenship and economy (and also economic law¹⁵), two aspects will be assumed in this section of the paper: first, that (state) citizenship, today, rightly or wrongly, continues to represent the fundamental status of the individual¹⁶, insofar as it is the only legal ti-

² J. HABERMAS, *Morale diritto politica*, Turin, 1992, 112.

³ T.H. MARSHALL, *Citizenship and Social Class and Other Essays*, Cambridge, 1950 (It. trans. *Cittadinanza e classe sociale*, Turin, 1976).

⁴ J. HABERMAS, *L'inclusione dell'altro*, Milan 1998.

⁵ F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venice, 1994.

⁶ C.E. GALLO, *La pluralità delle cittadinanze e la cittadinanza amministrativa*, in *Dir. Amm.*, 2002, 483 ff.; R. CAVALLO PERIN, *La configurazione della cittadinanza amministrativa*, *ivi*, 2004, 204.

⁷ E. MENICETTI, *Accesso ai servizi sociali e cittadinanza*, in *Dir. Pubbl.* 2000, 870.

⁸ A. ROMANO TASSONE, F. MANGANARO, (editors), *Dalla cittadinanza amministrativa alla cittadinanza globale*, Milan, 2005; S. BENHABIB, *Cittadini globali*, Bologna, 2008.

⁹ D. HELD, *Democracy and the Global Order. From the Modern State to Cosmopolitan Governance*, Cambridge, 1995.

¹⁰ T. MILLER, *Cultural Citizenship: Cosmopolitanism, Consumerism, and Television in a Neo-liberal Age*, Philadelphia, 2007.

¹¹ W.M. KYMLICKA, *Multicultural Citizenship: a Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford, 1995.

¹² D.M. DOWNES, R. JANDA, *Virtual Citizenship*, in *Canadian Journal of Law and Society*, vol. 13, 2, 1998, 27 ss.

¹³ S. BENHABIB, *The Claims of Culture: Equality and Diversity in the Global Era*, Princeton, 2002, Italian ed., Id., *La rivendicazione dell'identità culturale, eguaglianza e diversità dell'era globale*, Bologna, 2005.

¹⁴ F. DINELLI, *Le appartenenze territoriali*, cit., 36 ff.; G.U. RESCIGNO, *Cittadinanza: riflessioni sulla parola e sulla cosa*, in *Riv. Dir. Cost.*, 1997, 41. Cf. also G. AZZARITI, *La cittadinanza. Appartenenza, partecipazione, diritti delle persone*, in *Dir. Pubbl.*, 2011, 2, 425 ff.; ID, *Cittadinanza e multiculturalismo: immagini riflesse e giudizio politico*, in *Dir. pubbl.*, 2008, 1, 188. See also G. CORNINI, *Elementi per una teoria giuridica della cittadinanza*, Padova, 1998.

¹⁵ Immigration falls under the field of economic law, according to V. Gasparini Casari, *Introduzione*, in *Aa.Vv.*, *Il diritto dell'immigrazione*, in *Dir. econom.*, V Quaderno, Modena, 2010, 5 ff..

¹⁶ As recalled, by among others, S. STAIANO, *Migrazioni e paradigmi della cittadinanza: alcune questioni di metodo*, in *Federalismi.it*, 2008, 21, 8, European citizenship today derives from

Diversità culturale, cittadinanza, flussi migratori - *Cultural diversity, citizenship, migration flows*

L'articolo esamina il rapporto esistente tra il concetto di cittadinanza e quello di multiculturalismo, appuntandosi, in particolare, sul superamento della visione tradizionale: quella che considera il tema della "cittadinanza" concettualmente circoscritto alla dimensione dello Stato nazione. Ad essere analizzata, in particolare, è la dimensione europea del concetto di cittadinanza, il quale presuppone – e al tempo stesso innesca – il virtuoso funzionamento di processi di reciproca integrazione tra culture, quale indispensabile strumento di realizzazione degli obiettivi ispiratori dell'Unione.

The article examines the relationship between the concept of citizenship and that of multiculturalism, focusing in particular on overcoming the traditional view: that of considering the concept of "citizenship" as defined by the boundaries of a nation state. An analysis is specifically made of the concept of citizenship in a European context, which assumes – and at the same time prompts – the virtuous process of reciprocal integration between cultures as an indispensable means of achieving the Union's founding objectives.

Articoli e Saggi

Problemi relativi al nuovo strumento finanziario degli istituti di pagamento¹

Francesca Pluchino

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Natura giuridica e funzioni degli istituti di pagamento. – 3. Normativa Comunitaria: direttiva 2007/64/CE (*Payment Services Directive*) – 4. La normativa di attuazione: il d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 11. – 5. Implicazioni per il Testo Unico Bancario: art. 146. – 6. Il titolo V ter del Testo Unico Bancario a confronto con il recepimento della direttiva comunitaria sui servizi di pagamento in alcune aree europee: Francia, Germania, Regno Unito e Spagna. – 7. Conclusioni

1. *Premessa.*

Tra i compiti fondamentali che il Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, art. 127 comma 2, assegna al sistema europeo di banche centrali rientra quello di promuovere il regolare funzionamento dei sistemi di pagamento.

In questo contesto l'Eurosistema nel 2003 ha definito la cornice di riferimento per la sorveglianza sui sistemi di pagamento al dettaglio per l'area dell'euro, individuando tre categorie di sistemi (sistemi al dettaglio, di importanza sistemica, di importanza preminente e altri sistemi), nonché i principi di sorveglianza ad essi applicabili, basandosi sugli *standard* di sorveglianza per i sistemi di pagamento di importanza sistemica emanati nel 2001 dalla Banca dei Regolamenti Internazionali.

Nel 2004 l'Eurosistema e la Commissione Europea hanno promosso la realizzazione di un'area unica dei pagamenti in Euro (SEPA) per favorire la progressiva eliminazione delle barriere nazionali all'offerta dei servizi di pagamento e la creazione – per le infrastrutture di pagamento al dettaglio europeo – di un contesto più competitivo, caratterizzato da regole e standard comuni.

¹ Le opinioni espresse sono attribuibili esclusivamente all'autrice e non impegnano l'istituzione di appartenenza

Intendendosi per sistema di pagamento al dettaglio: un sistema caratterizzato da meccanismi di funzionamento formali e standardizzati e da regole comuni per lo scambio, la compensazione e/o il regolamento di operazioni di pagamento di importo pari o inferiore a € 500.000,00, generalmente con bassa priorità e trasmesse in forma aggregata.

Successivamente, l'Eurosistema nel 2005 ha pubblicato una dichiarazione relativa ai principi cui devono attenersi le Banche Centrali che offrono servizi di compensazione e regolamento per i pagamenti al dettaglio in concorrenza con i sistemi privati.

Si è reso quindi necessario disciplinare l'accesso dei prestatori dei servizi di pagamento ai sistemi di pagamento al dettaglio in conformità ai principi di cui all'art. 30 d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 11 e si è reso necessario rivedere la normativa secondaria per i sistemi di pagamento al dettaglio al fine di introdurre disposizioni che considerino unitariamente le funzioni di scambio, compensazione e regolamento ancorché gestite da soggetti diversi e che tengano conto dei principi di sorveglianza e delle migliori prassi condivise a livello internazionale².

In questo lavoro si cercherà di esaminare in particolare il ruolo e la funzione di una nuova categoria di soggetti, gli istituti di pagamento, che si affiancano alle banche e agli istituti di moneta elettronica nel prestare i servizi di pagamento.

2. Natura giuridica e funzioni degli istituti di pagamento.

Gli Istituti di Pagamento (da adesso in poi I.d.P.) sono imprese, diverse dalle banche e dagli Istituti di Moneta Elettronica (IMEL), autorizzati a prestare i servizi di pagamento di cui all'art.1, comma 2, lett. f del Testo Unico Bancario³ (TUB).

Gli I.d.P. si affiancano, quindi, ad un altro operatore non bancario gli IMEL. La differenza sta nel fatto che solo i secondi possono emettere moneta elettronica, es. carte prepagate, mentre gli I.d.P. possono collocare carte di debito con l'addebito immediato dell'importo speso o carte di credito.

La disciplina degli I.d.P. è contenuta nel d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 11⁴ di attuazione della direttiva 2007/64/CE⁵.

² Cfr. Banca d'Italia, disposizioni di vigilanza per gli istituti di pagamento, provvedimento del 15 febbraio 2011 e Banca d'Italia, disposizioni in materia di sorveglianza sui servizi e sui sistemi di pagamento, documento per la consultazione febbraio 2012.

³ Decreto Legislativo 1 settembre 1993, n. 385.

⁴ In G.U. 13 febbraio 2010, n. 36.

⁵ In G.U.C.E. 5 dicembre 2007, n. L 319.

Problemi relativi al nuovo strumento finanziario degli istituti di pagamento -
Problems relating to the new financial entity: payment institutions

Il lavoro cerca di esaminare il ruolo e la funzione di una nuova categoria di soggetti, gli istituti di pagamento, che si affiancano alle banche e agli istituti di moneta elettronica nel prestare i servizi di pagamento.

Dall'esame della disciplina sugli I.d.P., così come recepita in Italia, e da un breve confronto con la normativa recepita nei principali Stati europei in tema di competenze per autorizzazioni e vigilanza sugli stessi, risulta che in Italia, anche attraverso l'uso dell'art. 146 TUB, si è voluto procedere ad una assimilazione degli I.d.P. alle imprese bancarie facendo un largo uso del rinvio al potere normativo della Banca d'Italia.

Per gli Stati europei infatti che hanno provveduto a separare le funzioni di vigilanza dalla funzione di governo della moneta della banca centrale BCE e sue articolazioni nazionali, creando un'autorità ad hoc è stato logico assegnare a quest'ultima anche il compito di vigilare sugli IdP.

In Italia, una normativa eccessivamente stringente non ha portato al risultato che si era prefisso il legislatore comunitario di combattere l'oligopolio delle banche. L'intento originario della SEPA (Single Euro Payment Area), infatti, era quello di armonizzare il mercato dei servizi di pagamento europei, permettendo agli utenti di utilizzare strumenti di pagamento comuni all'interno dell'Unione Europea.

Il tema dell'integrazione, ancorché sia uno degli aspetti salienti caratterizzanti l'innovazione in questo settore, è tuttora

The paper aims to examine the role and the function of a new category of entities, payment institutes, which work alongside banks and credit institutes in providing payment services.

From an analysis of the regulations governing Payment Institutions (P.I.) as implemented in Italy, and from a brief comparison with the legal framework in major European states regarding jurisdiction for authorisations and supervision of the P.I.'s, it appears that in Italy, also through the application of art. 146 of the Consolidated Banking Law, the intention has been to assimilate the P.I.'s with the banking industry, making ample reference to the regulatory powers of the Bank of Italy.

For the other European states, in fact, which have taken measures to separate supervisory functions from the currency management function carried out by the BCE and its national associates, creating an ad hoc authority, it was logical to assign the latter authority the task of supervising the P.I.'s.

In Italy, an excessively rigid legal framework has not achieved the European Community legislator's aim of combating the oligopoly of the banks.

The original intention of SEPA (Single Euro Payment Area) was, in fact, to harmonise the European payments services market, allowing users to exploit common payment instruments within the European Union.

The theme of integration, albeit one of the principle elements characterising innovation in this sector, is still not free

non indenne da alcuni problemi riguardanti l'accesso al mercato che condiziona l'entrata dei nuovi fornitori di servizio, la standardizzazione tecnologica degli strumenti, la sicurezza dei medesimi, la trasparenza e l'efficacia delle politiche di *pricing* applicate ai servizi di pagamento da parte dei prestatori, nonché l'interoperabilità fra gli stessi fornitori di servizio.

Con queste premesse e su questo terreno di confronto, si è inteso indagare gli ostacoli che si frappongono alla realizzazione di un'armonizzazione piena del mercato, che contempra sia i pagamenti tradizionali con carte, sia quelli più innovativi tipici del Mobile Payment e dell'e-Commerce.

of certain problems regarding access to the market which places constraints on the introduction of new service providers, the technological standardisation of instruments, their security, the transparency and efficiency of the pricing policies applied to payment services on the part of lenders, as well as the interaction between service providers.

In the light of the above, and with reference to the field of comparison, the aim has been to investigate the obstacles preventing the achievement of full market harmonisation, taking account both of traditional payment with paper documents, and more innovative methods typical of Mobile Payment and e-Commerce.

Articoli e Saggi

Un nuovo ambito di giurisdizione del giudice amministrativo nel diritto dell'economia: la competenza esclusiva in materia di esercizio dei *golden powers*

Miriam Allena

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'assetto precedente della giurisdizione sulla *golden share*: significato e problemi della giurisdizione di legittimità. – 3. La giurisdizione esclusiva sui *golden powers*: il problema della sua *ratio*-utilità e quello della sua legittimità costituzionale in relazione alla riserva di legge *ex artt.* 25 (e 103) Cost. – 4. La giurisdizione esclusiva non si estende alle conseguenze privatistiche e societarie dell'inadempimento ai provvedimenti governativi. – 5. Una giurisdizione in realtà di legittimità, con l'unico effetto di estendere al giudice amministrativo la giurisdizione di merito sulle sanzioni amministrative pecuniarie. – 6. Conclusioni: il giudice amministrativo di merito come giudice naturale della potestà sanzionatoria amministrativa, quale necessario completamento della sua competenza sul grande contenzioso economico.

1. *Introduzione.*

Scopo del presente lavoro è interrogarsi sulla legittima estensione, *ratio* e utilità della nuova giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo introdotta dal legislatore in sede di riforma della disciplina della *golden share*.

In specie, con il decreto legge 15 marzo 2012, n. 21¹, si è provveduto a ricondurre i poteri speciali dell'azionista pubblico sulle società privatizzate (c.d.

¹ Cfr. il d.l. 15 marzo 2012, n. 21, conv., con modificazioni, dalla l. 11 maggio 2012, n. 56, recante «Norme in materia di poteri speciali sugli assetti societari nei settori della difesa e della sicurezza nazionale, nonché per le attività di rilevanza strategica nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni». In particolare, l'art. 1 è rubricato «Poteri speciali nei settori della difesa e della sicurezza nazionale», mentre l'art. 2 fa riferimento ai «Poteri speciali inerenti agli attivi strategici

golden shares) a poteri speciali del Governo in quanto tale (c.d. *golden powers*) esercitabili, a determinate, rigorose, condizioni, nei confronti di società sia pubbliche che private, in vista della tutela di preminenti interessi nazionali in specifici ambiti (quali quelli della difesa e della sicurezza nazionale), nonché con riferimento a talune attività di rilevanza strategica nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni².

Tutto ciò per superare la decisione, adottata dalla Commissione europea il 24 novembre 2011, di deferire il nostro Paese alla Corte di Giustizia per avere riscontrato, all'esito di una procedura d'infrazione (n. 2009/2255), pretese violazioni delle libertà comunitarie di stabilimento e di circolazione dei capitali in relazione alla disciplina generale italiana dei poteri speciali attribuiti allo Stato nei confronti di varie società privatizzate (Eni, Enel, Finmeccanica e Telecom).

In estrema sintesi, il Governo ha deciso di disgiungere l'esercizio di tali poteri speciali dalla qualità di socio (sicché, come si è anticipato, essi non riguardano più le sole società oggetto di privatizzazione o comunque a partecipazione pubblica³) e, allo stesso tempo, di meglio determinare i presupposti per l'eserci-

nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni». Su tale normativa cfr. C. SAN MAURO, *La disciplina della nuova golden share*, in *Federalismi.it* (<http://www.federalismi.it>), ottobre 2012.

² Si è dunque optato per un chiaro regime amministrativo, prescindendo dalla partecipazione azionaria dello Stato e, più in generale, superando ogni tentativo di dare una veste privata ai poteri dello stesso, riconoscendone chiaramente la natura amministrativa. Questa soluzione era stata prospettata in dottrina, per primo, da G.C. SPATTINI, *Poteri pubblici dopo la privatizzazione. Saggio di diritto amministrativo dell'economia*, Torino, 2006, 208 ss., 219-220, al quale si rinvia anche per ulteriori citazioni bibliografiche. Sotto questo profilo, la nuova disciplina sui *golden powers* sembra richiamare quella di cui alla originaria formulazione dell'art. 2450 c.c., il quale prevedeva, pur con riferimento alla diversa ipotesi dell'esercizio di poteri di nomina di amministratori o sindaci nell'ambito di talune società, che ciò potesse avvenire a opera dello Stato o di altri Enti pubblici, in qualità di "organi extrasociali", in tal modo disgiungendo la partecipazione azionaria dai poteri di amministrazione della società: su questi profili e per un inquadramento più generale del tema delle società pubbliche cfr. il saggio di F. FRACCHIA, *La costituzione delle società pubbliche e i modelli societari*, in *Il diritto dell'econ.*, 2004, 589 ss., 596.

³ In realtà, l'art. 2 del d.l. 31 maggio 1994, n. 332, conv., con modificazioni, dalla l. 30 luglio 1994, n. 474, faceva riferimento solo all'esercizio dei poteri speciali, da parte del Ministro del Tesoro, sulle imprese nazionali «controllate direttamente o indirettamente dallo Stato» e «operanti nel settore della difesa, dei trasporti, delle telecomunicazioni, delle fonti di energia, e degli altri pubblici servizi». In se stessa, dunque, la previsione consentiva il mantenimento di tali poteri in capo allo Stato a prescindere dalla sua qualità di azionista (il profilo è evidenziato da G.C. SPATTINI, *Poteri pubblici dopo la privatizzazione. Saggio di diritto amministrativo dell'economia*, cit., 212); tuttavia, non può non notarsi che tali poteri (di sostanza pubblicistica) erano però di origine statutaria e, dunque, avevano una fonte almeno formalmente privatistica (sempre l'art. 2 del d.l. n. 332 del 1994, prevedeva infatti che la clausola attributiva dei poteri speciali al Ministero del tesoro dovesse essere introdotta negli statuti delle società con deliberazione dell'assemblea straordinaria, prima di ogni atto che determinasse la perdita del controllo). Viceversa, con la modifica del 2012, tali poteri possono ritenersi sia formalmente che sostanzialmente pubblicistici. Più in generale, la preceden-

Recensione al volume di Giuseppe Di Gaspare,
*Teoria e critica della globalizzazione finanziaria. Dinamiche
del potere finanziario e crisi sistemiche*, Padova, Cedam, 2011,
pp. XXXII-478.

L'analisi svolta da Giuseppe Di Gaspare nel suo volume è dedicata alla crisi finanziaria globale, esaminata nelle sue cause, prossime e remote, nei suoi effetti, diretti e indiretti, nei suoi possibili rimedi, a livello italiano ed europeo. Nell'affrontare un tema di indubbia complessità, il lettore è agevolato dall'impegno alla "semplicità concettuale" assunto dall'A. nella *Prefazione* e fedelmente mantenuto, pagina dopo pagina. Da tale impegno sembra discendere la strutturazione del volume, basata su un approccio coerentemente cronologico e limpidamente ricostruttivo. Così le nove parti – a loro volta articolate in XXVIII capitoli complessivi – in cui il volume si suddivide descrivono le dinamiche della globalizzazione finanziaria, dall'abbandono, nel 1971, della convertibilità del dollaro in oro, fissata dall'accordo di Bretton Woods del 1944, sino ai nostri giorni. Particolare attenzione viene condivisibilmente dedicata al mutamento della politica monetaria statunitense, realizzatosi durante la presidenza Reagan (1981-1989): la fine del sistema di Bretton Woods fa sì che il ruolo centrale del dollaro possa essere mantenuto grazie alla liberalizzazione dei movimenti dei capitali, sia in entrata, sia in uscita, anche a fini meramente speculativi e dunque sganciati dai (corrispondenti, prima di allora) scambi commerciali. Si agevola così la finanziarizzazione dell'economia, espressione della perdurante egemonia geopolitica statunitense e, non a caso, ideologicamente ed entusiasticamente sostenuta dai monetaristi della Scuola di Chicago.

Cronologia e descrizione non esauriscono però l'analisi, risultando invece prodromiche a un momento valutativo e prescrittivo. Per riprendere una metafora utilizzata dall'A., se la crisi finanziaria globale è la malattia, per poterla curare occorre anzitutto diagnosticarla, vale a dire determinarne la natura e possibilmente le cause; diagnosi elaborata ricostruendo i fenomeni mediante una "spiegazione causale e non casuale", secondo la suggestiva metatesi utilizzata da Giuseppe Di Gaspare, in garbata polemica con quanti, di fronte alla gravità e alla complessità della crisi, la reputano inevitabile, quasi fosse una calamità naturale che al massimo può essere prevista, ma non scongiurata.

A ben vedere, l'approccio valutativo e prescrittivo è presente, in filigrana, anche nelle parti del volume che paiono maggiormente rispondenti ai canoni della cronologia e della descrizione. Così, la stessa successione delle parti del volu-

me, ciascuna delle quali viene riferita a una scansione cronologica via via più breve, ben esprime il ritmo progressivamente sempre più accelerato delle dinamiche finanziarie globalizzate e delle loro periodiche crisi, capaci oramai di propagarsi informaticamente, in tempo reale, da un capo all'altro dell'Occidente. D'altra parte, tanto più l'analisi di Giuseppe Di Gaspare si avvicina alla stretta attualità, quanto più alla descrizione dei fenomeni economico-finanziari e della corrispondente cornice istituzionale si affianca (e negli ultimi capitoli quasi si sostituisce) l'indicazione di possibili rimedi alle crisi sistemiche da essi generate.

Com'è noto, il tema della globalizzazione è già stato oggetto dell'attenzione dei giuristi in genere e dei giuspubblicisti in specie (basti qui richiamare i pregevoli lavori di Sabino Cassese e di Maria Rosaria Ferrarese). Ad essi non è infatti sfuggita l'influenza che la globalizzazione esercita sugli ordinamenti giuridici contemporanei, con particolare riferimento all'allocazione del potere sovrano nella "realtà effettuale", per dirla col *Principe* di Niccolò Machiavelli, cui non a caso Giuseppe Di Gaspare dedica una delle prime citazioni ornamentali premesse alle varie parti del volume e capaci di suggerirne altrettante chiavi di lettura.

Nel quadro degli studi giuridici sulla globalizzazione, il volume che qui si recensisce ne approfondisce un aspetto particolare, quello finanziario, rimasto finora ai margini della riflessione giuspubblicistica. L'A. ha dunque compiuto un'opera meritoriamente pionieristica, suggerendo ai cultori del diritto pubblico un nuovo ambito di approfondimento, il cui ruolo centrale nel quadro delle dinamiche globalizzanti emerge chiaramente dalla lettura del volume: la globalizzazione finanziaria costituisce un fattore decisivo di sviluppo e di accelerazione della globalizzazione *tout court*. Potrebbe a riguardo osservarsi, parafrasando Georges Clémenceau, che la globalizzazione finanziaria è qualcosa di troppo serio – anche in ragione delle accennate conseguenze sugli ordinamenti statuali – per essere abbandonata alla riflessione dei (soli) economisti. Così come, per analoghe ragioni, si è già avuto modo di osservare in passato come la materia elettorale non possa essere lasciata all'analisi dei soli politologi. In altre parole e da un angolo visuale euristico, può rilevarsi come Giuseppe Di Gaspare realizzi una vera e propria *actio finium regundorum*, capace di ricondurre il tema della globalizzazione finanziaria (anche) al mondo del diritto pubblico; il che va ascritto a merito dell'A., in quanto la diffusa afasia dei giuspubblicisti sulle dinamiche della finanza globalizzata e delle sue periodiche crisi non ha certamente giovato né alla comprensione delle prime, né alla soluzione delle seconde.

Richiamare l'attenzione dei giuspubblicisti sul tema della globalizzazione finanziaria non significa naturalmente negare il carattere eminentemente economico di tale fenomeno; si tratta piuttosto di valorizzare una possibile sinergia tra analisi giuridica e analisi economica, vista nella prospettiva del giurista. Altrimenti-

ti detto, nel caso di specie l'incontro fra diritto ed economia si traduce in una sorta di analisi giuridica dell'economia (per riprendere letteralmente, ma con un'accezione più ampia, il titolo della nota rivista edita dal Mulino), specularre all'ormai consolidata analisi economica del diritto. Con qualche semplificazione concettuale, può dirsi che come quest'ultima esamina i fenomeni giuridici mediante una logica di tipo economico, così – appunto specularmente – l'analisi giuridica dell'economia pare in grado di utilizzare la tradizionale logica giuridica per esaminare i fenomeni economici, e in particolare, per quel che qui interessa, la globalizzazione finanziaria.

Non è casuale che la pista di ricerca ora brevemente descritta venga implicitamente suggerita da un giuspubblicista radicato in un ordinamento di *civil law*, qual è Giuseppe Di Gaspare.

La matrice giuspubblicistica della riflessione dell'A. lo rende anzitutto particolarmente capace di una vigile attenzione critica nei confronti dei soggetti *legibus soluti*. Si pensi in particolare al fenomeno del *forum shopping* che permette ai grandi gruppi finanziari transnazionali di scegliersi la giurisdizione più favorevole. Per un cultore del *marketing* territoriale detto fenomeno probabilmente appare come la razionale risposta del soggetto economico rispetto alla virtuosa concorrenza fra differenti *regulations* dei vari Stati, ciascuno dei quali cerca in tal modo di attrarre gli investitori; ma al giuspubblicista il *forum shopping* mostra un volto decisamente più sinistro, traducendosi molto semplicemente in una grave violazione del principio del giudice naturale precostituito per legge. Altrimenti detto, la tradizionale logica giuridica sembra qui rammentarci che *non rex facit legem, sed lex facit regem*. Non per nulla, Giuseppe Di Gaspare stigmatizza la descritta prassi dei grandi gruppi finanziari transnazionali che, sottraendoli di fatto al controllo giurisdizionale, ne favorisce comportamenti irresponsabili, tali da agevolare il prodursi delle crisi della finanza globale (p. 206).

Nella stessa prospettiva, al giuspubblicista appare intollerabile “l'incontrollato potere delle agenzie di *rating*” (come Cesare Pinelli letteralmente intitola un suo attento contributo, pubblicato in *costituzionalismo.it*), derivante in buona misura dalle commistioni tra le società che dette agenzie sono chiamate a valutare e le agenzie stesse, vale a dire tra controllati e controllori. Viene qui spontaneo chiedersi: *quis custodiet ipsos custodes?*

La matrice di *civil law* rende Giuseppe Di Gaspare assai meno sensibile al fascino della liquidità baumaniana di quanto non lo siano i giuristi d'Oltremarica o d'Oltreoceano. Al giurista di *common law* detta liquidità potrà apparire come causa e conseguenza, ad un tempo, dell'induttivo ed empirico procedere delle istituzioni per approssimazioni successive, *by trial and error*; mentre il giurista di

civil law ne avvertirà più facilmente lo stridore con la dimensione della statualità, cui dedica decisamente più attenzione rispetto al giurista anglosassone.

Il contenuto del volume può essere esaminato cogliendone, in filigrana rispetto alla descritta scansione cronologica, la tradizionale distinzione fra *pars destruens* e *pars construens*.

Quanto alla prima, l'opera di demolizione critica del modello della finanza globalizzata viene intrapresa dall'A. descrivendone la progressiva edificazione, nel quarantennio che va dall'abbandono del sistema di Bretton Woods ad oggi. Come i pezzi di un *puzzle*, il sistema finanziario globale si compone progressivamente così sotto gli occhi del lettore, spesso con le modalità e la *suspence* degne di un *legal thriller*. Sarebbe peraltro vano cercare tra le pagine del volume il nome dell'assassino: condivisibilmente, l'A. non propone alcuna teoria del complotto (definita "semplicistica e fuorviante" a p. 426); la globalizzazione finanziaria appare piuttosto il risultato dell'azione, non sempre coordinata e consapevole, di una molteplicità di soggetti, istituzionali ed economici. Certo, dalla globalizzazione finanziaria hanno tratto innegabili vantaggi alcuni di questi ultimi, come si accennava qui sopra. Tra i soggetti avvantaggiati, l'A. menziona soprattutto quella che definisce l'"anglosfera", vale a dire gli ambienti finanziari sostanzialmente riconducibili alle borse di New York e di Londra; quest'ultima, vera e propria testa di ponte della prima all'interno nell'Unione europea e dell'Eurozona. Sebbene possa talvolta richiamare al lettore la "perfida Albione", l'anglosfera non è però così malvagia, né può essere considerata l'unica diretta responsabile della globalizzazione finanziaria.

Per restare alla metafora del *legal thriller*, se proprio si vuole identificare un assassino, questi è proprio la finanza globalizzata, mentre nella ricostruzione digasperiana il ruolo della vittima ben si addice all'economia reale. La descrizione dell'A. rivela infatti la natura del sistema finanziario globale quale sistema assolutamente autopoietico e dunque sganciato dall'economia reale – anche perché fondato sul debito e sul consumo a prescindere in larga misura dal risparmio e dalla produzione – ma capace di dominarla, in particolare scaricando periodicamente su di essa i suoi effetti perversi. Si pensi ad esempio al mercato dei derivati nel quale l'insostanzialità dei secondi e la conseguente illiquidità del primo, ben evidenziate nel volume, fanno sì che la liquidità venga immessa dai singoli risparmiatori, acquirenti finali di titoli più o meno tossici. Di guisa che, in occasione delle crisi del mercato finanziario globalizzato, sono detti risparmiatori a veder evaporare improvvisamente e irrimediabilmente la loro liquidità, l'unica effettivamente presente nel mercato al dettaglio.

L'autopoesi caratteristica del sistema finanziario globale ne manifesta dunque il distacco dall'economia reale, tanto è vero che, come rileva l'A., la globalizza-

zione finanziaria non si pone in rapporto di continuità con l'“economia mondo”, per riprendere la definizione con la quale Fernand Braudel indicava lo sviluppo degli scambi commerciali internazionali e la parallela compenetrazione fra le economie nazionali realizzatisi a partire dagli albori dell'età moderna. Tra economia mondo, da un lato, e, dall'altro, sistema finanziario globale, al di là della continuità delle forme, vi è in realtà rottura nella sostanza, in ragione, come ben sintetizza Giuseppe Di Gaspare, del rovesciamento del “macroparadigma della strumentalità della moneta all'economia reale”, proprio della prima, nel suo opposto, vale a dire nell'“asservimento dell'economia reale alla speculazione finanziaria”, tipico del secondo (p. 13). Non per nulla l'A. intitola la parte prima del volume “la fuoriuscita dall'economia mondo”. Torna qui alla mente la felice allegoria proposta da Massimo Severo Giannini nella nota *Prefazione* alla traduzione italiana del *Regime parlarmentare* di Georges Burdeau, laddove evoca le basiliche pagane trasformate in cristiane: edifici costruiti per scopi commerciali mantengono la medesima struttura ma viene loro assegnato uno scopo nuovo, quello di culto; così come i tradizionali istituti degli scambi commerciali e monetari internazionali vengono ad assumere funzioni inedite nel mondo della globalizzazione finanziaria.

La continuità delle forme che caratterizza l'avvento del sistema finanziario globale non è peraltro casuale: come ben illustra il volume, le “codificazioni simboliche della realtà economica” vengono utilizzate dai mercati finanziari – e dai loro apologeti, come il *Wall Street Journal* – per celare ideologicamente la realtà, ricorrendo a una neolingua orwelliana che mostra agli investitori “poco informati e creduloni” (p. 86) soltanto ciò che essi vogliono vedere. A riguardo risultano emblematici: da un lato, il ricorso a locuzioni che evocano l'economia reale per indicare oggetti meramente virtuali o cartacei, dando vita a ossimori quali “industria finanziaria” o “prodotti finanziari”; dall'altro, la manipolazione degli indici economici che, lungi dal rispecchiare oggettivamente l'andamento del ciclo economico, lo deformano, riflettendone un'immagine assai più ottimistica. Così, negli Stati Uniti, anche grazie al concorso delle autorità pubbliche, sia il tasso di disoccupazione sia quello di inflazione sono stati tenuti artificialmente bassi, avendo espunto dal loro calcolo quegli elementi che ne avrebbero determinato l'incremento (rispettivamente i disoccupati cronici, nel primo caso, e l'aumento dei prezzi delle abitazioni, nel secondo). Lo stesso principio degli indici economici statunitensi, il *Dow Jones*, non è esente da manipolazioni, praticate includendovi società e settori in crescita ed espungendovi parallelamente le imprese in calo delle realtà economiche ormai mature.

In tal modo, l'A. compie un'efficace opera di disvelamento degli occulti meccanismi di funzionamento del sistema finanziario globale; opera promessa al lettore ricorrendo alle parole di Paolo di Tarso, in una citazione ornamentale

che riporta l'*incipit* del versetto della I lettera ai Corinzi (13, 12), laddove si preannuncia il passaggio dalla conoscenza imperfetta a quella completa. L'impegno che Giuseppe Di Gaspare assume col lettore viene mantenuto: la lettura del volume provoca il progressivo evaporare delle cortine di nebbia che impediscono di vedere con chiarezza gli elementi costitutivi del sistema finanziario globale. Dalla chiara visione di quest'ultimo, ne emerge al di sopra degli altri un tratto caratteristico: la dinamica autodistruttiva della finanza globalizzata, da questo punto di vista *species* riconducibile al *genus* capitalismo che quasi due secoli di riflessione economica e filosofica hanno mostrato essere portatore della medesima dinamica.

Da tale angolo visuale, la crisi finanziaria globale sembra riproporre la crisi del 1929. Ma, come ci rammenta Karl Marx in un noto passo de *Il 18 brumaio di Luigi Bonaparte*, quando la storia si ripete, la tragedia si ripresenta nelle vesti della farsa; in effetti, vi è davvero qualcosa di farsesco in una crisi dovuta non alla sovrapproduzione di beni (come notoriamente lo fu quella del '29), ma alla sovrapproduzione di titoli cartacei, sganciati dall'economia reale. Tanto è vero che detti titoli costituiscono una pseudo-massa monetaria talmente ampia che, quando si tenti di calcolarla, utilizzando come riferimento il dollaro, sembra corrispondere ad almeno quaranta volte la consistenza della liquidità monetaria mondiale (p. 239).

Il parallelismo con la crisi del crollo di *Wall Street* del 1929 può utilizzarsi per introdurre la *pars construens* del volume: come la crisi del 1929 è stata superata attraverso interventi dei pubblici poteri – si pensi, negli USA, al *New Deal* e alle politiche economiche keynesiane – così l'odierna crisi finanziaria mondiale può essere affrontata, sembra suggerire l'A., individuando possibili rimedi politico-istituzionali.

In particolare, a livello europeo, si propone condivisibilmente il rafforzamento dell'Unione monetaria e politica dell'eurozona rispetto all'anglosfera, inserendo nella prima elementi di stabilità, primo fra tutti un Governo vero e proprio, poiché "la crisi ha in definitiva messo a nudo la mancanza di un centro politico coeso a difesa di quello che una volta si chiamava l'interesse comunitario" (p. 394).

A livello italiano, le proposte di Giuseppe Di Gaspare – talvolta assai dettagliate, come ad esempio l'indicazione del contenimento della spesa sanitaria attraverso il ricorso ai DRG – potrebbero sussumersi nell'indicazione di ritornare alla Costituzione, dove, afferma l'A., è "scritto il metodo per rendere efficiente la spesa, lo *spending review*". Il riferimento è naturalmente anzitutto all'art. 81 Cost., non soltanto in quanto prevede, nel testo novellato dalla legge cost. n. 1 del 2012, "l'equilibrio tra le entrate e le spese" del bilancio statale, ma anche laddove, già nel testo originario, viene disposta l'indicazione legislativa dei mezzi per far fronte a "nuove o maggiori spese"; indicazione che dovrebbe innescare "un confronto parlamentare trasparente sull'allocazione ottimale delle risorse" (p. 449).

Ma, accanto all'art. 81, l'A. menziona altre disposizioni costituzionali, meno frequentemente presenti nel dibattito odierno: l'art. 28, di cui si auspica l'applicazione diretta da parte del giudice civile, a tutela dei diritti costituzionali dei cittadini, in modo che i funzionari pubblici siano immediatamente responsabili per danni a terzi; in proposito, viene richiamato l'art. 100 Cost., con particolare riguardo all'obbligo di rendere conto della gestione del danaro pubblico. Giuseppe Di Gaspare fa poi riferimento all'art. 53 Cost., per proporre un sistema fiscale meno incentrato sull'imposizione patrimoniale e più impegnato nella lotta all'evasione fiscale, e, *last but not least*, all'art. 35 Cost., la cui previsione di tutela del lavoro "in tutte le sue forme ed applicazioni" va riferita anche al lavoro precario.

I rimedi proposti da Giuseppe Di Gaspare non possono non risultare graditi al giurista in genere e al giuspubblicista in specie, poiché indicano anche nella rivalutazione del diritto e delle istituzioni pubbliche una possibile via d'uscita – italiana ed europea – dalla crisi finanziaria globale.

Nella parte finale il ragionamento si apre a una visione critica di alcune categorie economiche tradizionali; così il PIL, ancora venerato come un totem della crescita, viene considerato dall'A. un indice erroneo e fuorviante della ricchezza nazionale, in quanto si è trasformato sempre più in un aggregato crescente di debiti e di consumi. L'attenzione delle politiche economiche, suggerisce Giuseppe Di Gaspare, si dovrebbe spostare su una politica fiscale che premi il risparmio e gli investimenti nell'economia reale e sul contenimento dei deficit, da quello commerciale a quello energetico e ambientale che risultano nell'analisi svolta strettamente correlati. C'è però da chiedersi se tali rimedi saranno sufficienti ad arginare la crisi o se le forze distruttive della finanza globalizzata – destinate per avidità e/o per leggerezza da tanti apprendisti stregoni più o meno inconsapevoli – non siano oramai ingovernabili, in quanto espressione di un sistema finanziario globale che, come si è visto, risulta compiutamente autopoietico.

Si rimane così in sospenso tra angoscia e speranza confrontando le immagini allegoriche che introducono le ultime parti del libro. Con la citazione ornamentale che l'A. trae da *Il signore degli anelli*, potrebbe dirsi che forse l'ombra e le fiamme che la speculazione finanziaria, avidamente scavando troppo in profondità nelle viscere della terra, ha risvegliato dall'oscurità, difficilmente potranno esservi ricacciate. L'immagine conclusiva, tratta da *Alice nel paese delle meraviglie*, si apre invece alla speranza fattiva, espressa dalla consapevolezza di Alice, tornata alla sua dimensione normale, di non doversi spaventare di fronte a nient'altro che "un mazzo di carte".

Matteo Cosulich

*Sezione di diritto
costituzionale**

Liberalizzazione e semplificazione: la giurisprudenza costituzionale 2012 in tema di concorrenza

Filippo Pizzolato e Camilla Buzzacchi*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La concorrenza “nel” mercato. – 3. La concorrenza “per” il mercato. – 4. L’influenza del diritto comunitario nella giurisprudenza della Corte in tema di attività economiche. – 5. Conclusioni.

1. Premessa.

L’interesse che suscita la giurisprudenza costituzionale del 2012 in tema di concorrenza dipende, più che da cambiamenti sensibili di indirizzo della Corte, dalla normativa oggetto di alcune pronunce. Facendo uso dei criteri elaborati dalla Corte nella sua giurisprudenza successiva alla riforma del titolo V, può risultare utile presentare le decisioni in materia di “tutela della concorrenza” articolandole nei profili che la Consulta stessa ha distinto. In particolare, risulta utile la coppia concettuale “concorrenza *per* il mercato” e “concorrenza *nel* mercato”¹. All’analisi delle pronunce riconducibili all’una e all’altra dimensione seguirà un esame di alcune altre decisioni che, vertendo in “materia” economica, utilizzano come parametri norme europee poste a garanzia dell’apertura dei mercati e del mantenimento della libera concorrenza.

Val la pena ricordare che sotto la voce concorrenza *per* il mercato la Corte sussume quelle misure legislative che perseguano il fine di strutturare procedure concorsuali di garanzia volte ad assicurare la più ampia apertura del mercato delle commesse pubbliche a tutti gli operatori economici; l’obiettivo della concorren-

* Pur essendo il saggio frutto di un lavoro comune quanto alla stesura finale sono da attribuire a Filippo Pizzolato i paragrafi 1, 2 e 5, mentre a Camilla Buzzacchi i paragrafi 3 e 4.

¹ Tale distinzione è stata utilizzata dalla Corte costituzionale in numerose sentenze. Senza pretesa di esaustività, si v. le sentt. nn. 401/2007, 430/2007, 63/2008, 148/2009, 160/2009, 45/2010, 232/2010, 200/2012 e 291/2012.

za *nel* mercato offre invece fondamento a quelle misure legislative finalizzate, in senso lato, alla liberalizzazione, intesa come rimozione di vincoli, di tipo normativo, amministrativo e/o fattuale, al dispiegamento, entro i mercati, dell'iniziativa e dell'attività economica, o anche all'eliminazione dei vincoli al libero esplicarsi della capacità imprenditoriale o alla libera circolazione di merci, capitali, servizi, lavoratori. L'importanza complementare di questi profili, spesso sovrapposti, è evidente quando si pensi che l'obiettivo della tutela della concorrenza, in linea con i principi comunitari, è quello di promuovere l'apertura dei mercati, affinché siano luoghi di esercizio effettivo di sfere plurali di libertà e non ambiti in cui si cristallizza il potere pubblico o privato².

Se si muove alla ricerca di un tema che, in sintesi, possa fornire la cifra espressiva delle più rilevanti questioni in materia di concorrenza emerse in questo anno, non si fatica ad identificarlo nel rapporto tra liberalizzazione e semplificazione. Si tratta di un rapporto controverso, che la Corte costituzionale è stata chiamata ad analizzare su più piani (rapporto tra fonti di grado diverso, interferenza di competenze, ecc...) e che, com'è ovvio, è strettamente implicato dai provvedimenti, spesso d'urgenza, adottati dal Governo in temperie di crisi al fine di rilanciare lo sviluppo economico, attraverso la riduzione del peso, che su esso grava, degli oneri amministrativi. Anche nella giurisprudenza della Corte, dunque, si avverte inevitabilmente e si scarica parzialmente la pressione della crisi³. Come elementi di una strategia di uscita dalla crisi economico-finanziaria, il Governo ha adottato provvedimenti volti, da un lato, alla riduzione della spesa pubblica, dall'altro, alla promozione della crescita economica. Proprio sul completamento della liberalizzazione di mercati protetti o asfittici hanno insistito, nei confronti dell'Italia, le raccomandazioni provenienti dalla BCE e dalla Commissione europea. Nei limiti posti dai Trattati comunitari in ambito di aiuti di Stato, la promozione della crescita ha preso la direzione qualificante della semplificazione amministrativa, sul presupposto che la riduzione dei relativi oneri possa attrarre investimenti e agevolare lo svolgimento dell'attività economica. Tale convincimento ha trovato autorevole conforto nelle posizioni espresse dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, la quale, ancora nella relazione sull'attività svolta nel 2011, non ha mancato di giudicare «importanti» le misure di liberaliz-

² Si rinvia all'analisi svolta in F. PIZZOLATO, *La concorrenza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Il diritto dell'economia*, 2010, 532 ss.

³ Su Corte costituzionale e crisi economica si rinvia alla ricostruzione offerta da M. BENVENUTI, *La Corte costituzionale*, in F. ANGELINI – M. BENVENUTI (a cura di), *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, Jovene, Napoli 2012, 375 ss.