

Capitolo primo. Introduzione

1. I tre significati di costituzione economica

Il termine “costituzione economica” deriva dalla cultura giuspubblicistica tedesca e può essere inteso in tre sensi:

- un primo senso di “costituzione economica” è riconducibile a quello di sintesi delle norme di carattere economico (es. Art. 42 e 44 della Costituzione Italiana). Inoltre, tale senso indica anche tutte le norme che pur essendo contenute in leggi ordinarie sono di rilevanza costituzionale (come ad es. la legge antitrust);

- un secondo senso di “costituzione economica” può essere inteso come un insieme di istituti che, pur facendo parte del diritto, non appartengono necessariamente alla Costituzione scritta. Tale espressione proviene dal costituzionalista inglese Albert Venn Dicey. Egli individuò un forte carattere interventista dello Stato nell’ambito economico per la sempre crescente influenza del “collettivismo”. Pertanto, Dicey registrò il cambiamento di quella che definiva “legislative public opinion” intesa come nuova visione secondo cui gli istituti del diritto positivo consacrati in leggi e l’insieme di leggi tra loro collegate rientrano in un’unica corrente di pensiero. In tal senso, il significato di “costituzione economica” può quindi essere allargato all’analisi dei cambiamenti dell’opinione pubblica;

- un terzo senso di “costituzione economica” fa riferimento agli aspetti amministrativi. Lo studio del diritto non deve essere limitato alla Costituzione e alla legislazione ma deve essere esteso a tutte le altre fonti, come ad esempio le circolari per poter evidenziare le differenze formali ed applicative delle stesse. Questo terzo significato comprende quindi le norme costituzionali (primo significato), le leggi e l’opinione pubblica (secondo significato) e in modo più ampio il c.d. “diritto vivente”.

Infine, l’espressione “costituzione economica” non deve essere limitata agli istituti, ai rapporti economici e alle imprese, ma deve comprendere anche aspetti sociali e culturali come l’assistenza sanitaria, l’istruzione scolastica poiché generano delle spese.

2. I metodi di studio della costituzione economica

Lo studio della costituzione economica è compiuto in tre modi diversi.

Il primo metodo è giuridico classico, tipico del diritto pubblico dell’economia, che studia gli atti amministrativi e legislativi che incidono sulla proprietà e sull’impresa e analizza le relazioni tra Stato e privati.

Il secondo metodo è quello dell'analisi delle politiche di settore. In tal caso, la costituzione economica viene studiata con tecniche definite di "policy analysis" o analisi delle politiche. Secondo tale approccio si studiano contemporaneamente l'indirizzo politico e le leggi e gli altri atti che ne sono la manifestazione.

Il terzo metodo è quello che analizza il governo dell'economia, inteso come azione svolta dai poteri pubblici sulle "quantità globali", ovvero, risparmio, reddito, spesa.

Riassumendo ulteriormente, il primo approccio è di tipo tradizionale in cui i giuristi analizzano l'equilibrio stabilito dalla legge e le relazioni tra potere pubblico e la singola fattispecie giuridica privata. Il secondo approccio è quello delle politiche di settore finalizzato ad evidenziare gli effetti dell'azione statale per ciascun settore. Il terzo approccio è quello che considera il governo degli aggregati, ovvero le politiche generali.

Capitolo secondo. La “vecchia” costituzione economica: i rapporti tra stato ed economia dall’Unità ad oggi

1. Quattro periodi storici

L’analisi della vecchia costituzione economica verrà articolata in precisi periodi storici:

il primo è quello che va dal 1861 alla fine del secolo XIX (Stato liberista);

il secondo è quello che giunge fino agli anni ’20 del secolo XX (prima industrializzazione);

il terzo è quello che arriva fino alla metà del secolo XX (Stato imprenditore e pianificatore);

il quarto è quello che va dalla metà del secolo XX al 1970 (Stato del benessere o Stato sociale).

2. Lo Stato liberista (il primo quarantennio)

Nel primo periodo considerato sono determinanti 3 aspetti: a) la costituzione di un mercato nazionale realizzato mediante l’unificazione legislativa; b) la difesa del mercato verso l’esterno; c) le privatizzazioni e il liberismo:

a. La costituzione di un mercato nazionale realizzato mediante l’unificazione legislativa

In Italia l’unificazione legislativa è avvenuta con l’adozione del codice civile del 1865 e del codice di commercio (del 1865) e con l’estensione della legislazione piemontese all’ex Regno delle due Sicilie e allo Stato pontificio nel 1861.

La disciplina unitaria si ispirò al codice napoleonico pertanto, l’istituto fondamentale dell’economia era rappresentato dalla proprietà ritenuta, in un’economia prevalentemente agricola, molto più importante dell’impresa. La proprietà era disciplinata come diritto della persona e quindi come un attributo della libertà ed era presente in tutte le forme di codificazione dell’800, mentre l’impresa era assente nel codice di commercio in quanto quest’ultimo si limitava a regolare l’atto di scambio.

Il secondo strumento di unificazione di l’estensione della legislazione piemontese. L’allargamento della legislazione della casa Savoia all’intero territorio nazionale fu un processo complesso che divise l’opinione pubblica circa la possibilità di realizzazione. Da un lato vi era chi riteneva tale processo impossibile in virtù dell’esistenza di diversi gradi di sviluppo del Paese, soprattutto delle zone del Mezzogiorno. Dall’altro vi era chi sosteneva la tesi opposta, in linea con il pensiero ottimistico dell’Illuminismo tipico dell’epoca, ritenendo che leggi più moderne avrebbero consentito lo sviluppo economico delle aree più arretrate. All’epoca, infatti, l’idea prevalente era che uno Stato Moderno dovesse dotarsi un’uniformità legislativa. Tuttavia, tale corrente di pensiero

è andata in disuso e appare piuttosto astratta.

b. La difesa del mercato: il protezionismo doganale

La costituzione di un mercato unico non poteva prescindere dall'istituzione di una rete protettiva intorno ad esso. Tale rete fu realizzata attraverso le tariffe doganali del 1878 e 1887 che stabilivano dazi a difesa dei prodotti nazionali: le tariffe doganali rendevano più costosi i prodotti stranieri che di conseguenza divenivano meno competitivi rispetto a quelli nazionali.

D'altro canto, l'eliminazione della concorrenza esterna accentuò quella interna, soprattutto tra le imprese del Nord e quelle nascenti del Sud creando un'economia dualistica, a due velocità. Il dualismo che si voleva combattere con l'unificazione legislativa viene invece accentuato dalla protezione doganale sorta per proteggere il mercato unico.

c. Le privatizzazioni e il liberismo

Il liberismo di tale periodo storico si manifesta in tre modi.

Il primo è l'ondata di privatizzazioni del patrimonio demaniale dello Stato: alienazione del demanio (1861); alienazione dei beni dell'Asse ecclesiastico (1867); alienazione del demanio degli stabilimenti termali, delle miniere, dei canali navigabili; quotizzazione dei demani.

La vendita dei beni demaniali determinò anche la redistribuzione delle terre coltivabili di uso collettivo: le zone boschive vennero ripartite in pochi ettari e distrutte dai contadini per utilizzarne il terreno a fini produttivi. Nella maggior parte dei casi, però, essi furono costretti a cederne la proprietà poiché tali terreni risultavano essere unità produttive troppo piccole facendo nascere il latifondo.

Il secondo aspetto del liberismo è l'assenza di un'istituzione statale di governo dell'economia. Solo nel 1878 viene istituito il Ministero unico dell'agricoltura, dell'industria e del commercio ma con competenze estremamente limitate. Vi era inoltre il Ministero dei lavori pubblici, che costituiva il più importante strumento di intervento statale, svolgendo attività diretta alla realizzazione dei c.d. impianti fissi o infrastrutture, necessari per lo sviluppo di un mercato nazionale.

Terzo aspetto è rappresentato dall'idea di raggiungere l'autosufficienza economica. A tal fine vennero istituite le Camere di commercio rappresentative di interessi di produttori che realizzavano l'autodisciplina: l'economia controlla se stessa senza l'intervento dello Stato. Lo Stato crea il mercato e le condizioni del suo funzionamento, ma non ne è presente. Tuttavia, il liberismo non fu sempre coerente. In Italia, ad es. mentre si procedeva alla privatizzazione, fu istituita la prima impresa pubblica: la Cassa depositi e prestiti nel 1863.

3. La prima industrializzazione (il primo ventennio del secolo XX)

Il periodo che va dalla fine dell'Ottocento agli anni '20 del XX secolo è caratterizzato da 4 aspetti fondamentali: a) la differenziazione legislativa; b) la politica dei lavori pubblici; c) le imprese pubbliche; la previdenza sociale.

a. La differenza legislativa

L'unità legislativa tipica del periodo precedente viene abbandonata a favore della differenziazione legislativa con la predisposizione di leggi speciali per Napoli (1885 e 1904), la Calabria (1906), la Basilicata (1908). La differenziazione si realizza in tre modi: aumentando gli interventi infrastrutturali nelle aree meno sviluppate, introducendo procedure speciali e istituendo organi speciali.

b. La politica dei lavori pubblici

Si verifica un forte incremento degli investimenti infrastrutturali, soprattutto nelle reti ferroviaria, con l'istituzione dell'Azienda delle Ferrovie dello Stato nel 1905. L'incremento degli investimenti nei lavori pubblici determinò l'aumento dei contratti stipulati con privati per l'esecuzione delle opere pubbliche e, dunque, l'immissione di risorse pubbliche nell'economia privata.

c. Le imprese pubbliche

In tale periodo si verifica la nascita di numerose imprese pubbliche, di cui le principali sono l'Azienda delle Ferrovie dello Stato (1905); l'Impresa per la telefonia interurbana (1907); l'Istituto Nazionale delle Assicurazioni-INA (1913); l'Istituto Nazionale del Credito per la Cooperazione, poi Banca Nazionale del Lavoro-BNL (1913).

Le imprese pubbliche coprono due settori fondamentali: quello dei servizi pubblici (in particolare quello delle telecomunicazioni) e quello del credito. È evidente il legame esistente tra questi centri di accumulazione finanziaria e la politica delle opere pubbliche nell'ottica dell'industrializzazione della pubblica amministrazione.

Le Ferrovie dello Stato furono istituite su proposta di Giolitti. Lo Stato eseguì il riscatto delle concessioni riconosciute ai privati assumendo così il controllo diretto del servizio pubblico.

L'Istituto Nazionale delle Assicurazioni, istituito nel 1913 sempre su proposta di Giolitti, ma sotto la forte influenza di Nitti, e nasce come un "importante ausiliario del tesoro".

Un ulteriore aspetto di questo periodo è quindi rappresentato da una forte crescita dell'intervento dello Stato che opera non come organo di disciplina dell'esterno, ma come gestore diretto di

imprese.

d. La previdenza sociale

Con l'istituzione nel 1898 della Cassa nazionale di previdenza e le leggi sull'emigrazione nel 1901 e 1919 nasce la prima forma di Stato del benessere. In tale periodo si assiste ad un graduale passaggio da un sistema mutualistico ad un sistema previdenziale, fondato sulla istituzione di organismi pubblici e sulla trasformazione di un fatto volontario in un fatto obbligatorio, che coinvolge o lavoratori e i datori di lavoro (contributi obbligatori).

Pertanto si viene a creare un rapporto tripolare: lo Stato obbliga i privati a fornire risorse finanziarie a favore di enti pubblici che, a loro volta, erogano prestazione a favore di altri privati. Si rafforzano tre aspetti fondamentali dello Stato: Stato erogatore; Stato produttore; Stato provvidenza che arricchiscono gli strumenti e le tecniche di intervento dello Stato in economia.

4. L'economia mista (dagli anni '20 alla metà del secolo XX)

Le istituzioni economiche del periodo che va dagli anni '20 agli anni '50 sono caratterizzate dalla a) nuova codificazione del 1942; b) delle nuove forme di intervento diretto e indiretto; c) dalla crescita del numero degli enti pubblici.

a. Un nuovo codice

Nel 1942 viene abbandonata la distinzione tra codice civile e codice di commercio e viene adottato il codice civile oggi esistente. Il codice viene concepito come una norma generale contenente le "teste di capitolo" delle discipline di settore, ovvero, è composto come una sorta di costituzione economica che contiene non solo gli statuti di base (come la proprietà, l'imprenditore, l'azienda ecc.), ma anche i principi delle discipline di settore, come quella della proprietà edilizia, della proprietà agricola, quella delle società di interesse nazionale regolata dalla legge bancaria. Il codice civile è inteso come una legge a tutti gli effetti.

b. La riserva originaria, il regime delle autorizzazioni e il dirigismo economico

La riserva originaria (o monopolio per gli economisti) consiste nella disposizione con cui lo Stato esclude i privati e assume direttamente o indirettamente la gestione di un determinato settore. Questa trovò applicazione nel 1922 per il trasporto marittimo e per il servizio di telefonia; nel 1923 per il trasporto aereo; nel 1927 per le miniere e per la radiodiffusione; nel 1933 per le acque.

Oltre al sistema della riserva fu introdotto il sistema delle autorizzazioni con cui alcune attività imprenditoriali passano da un regime di accesso libero ad uno di accesso controllato (all'entrata). Tra tutte, di particolare rilievo è l'autorizzazione degli impianti industriali di cui fu fatto un uso distorto. Questa venne utilizzata per evitare la concorrenza delle imprese esistenti e favorire i grandi monopolisti e oligopolisti.

In questo periodo nasce un nuovo regime di intervento dello Stato nell'economia detto dirigismo economico, attuato mediante vere e proprie pianificazioni. Ne sono un esempio la legge sulla pianificazione urbanistica del 1942; l'ordinamento sezionale del credito (1936); il regime vincolistico su alcuni beni, come quelli relativi all'arte e paesaggistici (1939). Alcune di queste norme sono ancora in vigore e conferiscono allo Stato il potere di disciplinare l'attività privata relativa.

c. Gli enti pubblici, le società con partecipazione pubblica e il corporativismo

Tale periodo è caratterizzato dalla costituzione di un gran numero di enti pubblici definiti enti pubblici "di privilegio" disponendo di poteri derogatori, sia che avessero compiti operativi o di impresa, sia che avessero compiti di regolamentazione. Accanto agli enti pubblici, furono istituiti enti ordinati in forma di società per azioni con partecipazione statale, di cui i primi furono l'AGIP (Agenzia Generale Italiana Petroli) e la ROMSA (Raffinerie Oli Minerali Società per Azioni). In tal modo lo stato assunse la veste di azionista in società di diritto comune con altri azionisti.

Una maggiore diffusione delle società per azioni con partecipazione pubblica si ha nel 1933, quando viene istituito l'IRI (Istituto per la Ricostruzione Industriale) creato per il "salvataggio" delle imprese in crisi per poi assumere un'importanza sempre crescente nel corso degli anni.

La banca italiana, fino al 1933, era del tipo definito "banca mista" (che effettuava sia operazioni di raccolta del risparmio sia operazione di credito a breve e lungo termine). Le tre più grandi banche dell'epoca, la Banca commerciale italiana, il Credito italiano, il Banco di Roma, erano azioniste di società che controllavano interi settori dell'economia italiana ed erano, quindi, società holding di controllo dei più importanti settori industriali. A seguito della crisi finanziaria del 1929, le aziende in crisi si rivolsero ai loro azionisti chiedendo credito. Le banche, che erano allo stesso tempo azioniste e finanziatrici furono doppiamente esposte e trascinate dalle aziende controllate nella crisi, mettendo in crisi la stabilità della Banca d'Italia stessa.

Beneduce, impose con convenzioni, sia alle banche sia gli azionisti delle banche di cedere ad un ente pubblico quale l'IRI le azioni che si trovavano nel loro portafoglio. L'IRI divenne così una holding dalla quale vennero a dipendere sia le società "figlie" delle banche, sia le banche stesse. Lo Stato divenne attraverso l'IRI il più grande banchiere italiano.

Nell'epoca del corporativismo fascista, l'ordinamento corporativo ebbe una struttura piramidale. Alla base vi erano i sindacati i cui rappresentanti, per ciascun settore della produzione, entravano nelle relative corporazioni. Tale apparato doveva assolvere due funzioni: risolvere i conflitti sindacali di lavoro e governare l'economia.

5. Lo Stato del benessere (dalla metà agli anni '70 del secolo XX)

Il periodo che va dalla metà degli anni '70 del XX secolo è caratterizzato: a) dall'approvazione della Costituzione; b) dal completamento del sistema delle partecipazioni statali e la nazionalizzazione elettrica; c) dallo Stato finanziatore; d) dallo Stato pianificatore; e) dallo Stato del benessere.

a. La Costituzione del 1948

Le fondamentali disposizioni costituzionali in ambito economico hanno ad oggetto la proprietà (art. 42) e l'impresa (art. 41 e 43) regolate in 4 modi diversi.

Un primo modo prevede che si possa realizzare in ordine a specifici beni o determinate imprese una riserva originaria attraverso un'apposita legge. La riserva originaria riconducibile ad un determinato settore di riferimento, impedisce l'acquisizione della qualità di imprenditore al settore "riservato".

Il secondo principio è quello del riconoscimento della proprietà e dell'impresa. L'art.41 afferma che "l'iniziativa economica è libera" e l'art. 42 dispone che "la proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge". Tuttavia, nella Costituzione né la proprietà, né l'impresa sono riconosciute come un attributo necessario della persona, ovvero, come un diritto inviolabile, bensì come un certo contenuto del diritto che lo Stato non può limitare.

Il terzo principio consiste nella "funzionalizzazione" della proprietà e dell'impresa. Si riteneva che le facoltà che compongono le situazioni giuridiche soggettive costituzionalmente garantite non potessero essere lasciate alla autonomia dei privati, se non a prezzo di gravi costi per la società. Di qui la predisposizione di limiti non di carattere esterno o negativo ma di carattere interno positivo con i quali l'autorità pubblica stabilisce finalità e modi di uso di un bene o di un'impresa.

Il quarto principio è costituito dalla possibilità di espropriare imprese o categorie di imprese per motivi di interesse generale, salvo il riconoscimento di un indennizzo (art. 43). La garanzia del diritto di proprietà rappresenta la regola, mentre il potere di espropriazione l'eccezione. Il rapporto tra tali disposizioni sono regolati dal riconoscimento di vincoli al potere pubblico. Questi sono di due tipi: di ordine formale e di ordine sostanziale.

b) Il completamento del sistema delle partecipazioni statali e la nazionalizzazione elettrica

Nel 1953 venne istituito l'ENI (Ente Nazionale Idrocarburi), costituito come ente pubblico con partecipazioni in società per azioni, a cui fu attribuita la gestione esclusiva della ricerca e della coltivazione dei giacimenti di idrocarburi. Esistevano quindi 2 grandi enti pubblici: l'IRI e l'ENI e pertanto maturò l'idea che le partecipazioni statali, dirette nel primo caso e indirette nel secondo, potessero divenire uno strumento di azione statale. A tal fine, nel 1956, venne istituito il Ministero delle partecipazioni statali dal quale venivano a dipendere gli enti pubblici economici di gestione delle partecipazioni statali. Con l'istituzione di questo Ministero si stabilì il principio secondo cui lo Stato non potesse essere azionista diretto: le azioni di proprietà diretta dello Stato vennero attribuite agli enti di gestione a loro volta sottoposti al controllo dello Stato. Il sistema delle partecipazioni statali si articola su tre livelli: il Ministero delle partecipazioni statali, gli enti pubblici di gestione e le società per azioni controllate dagli enti di gestione. Di particolare rilievo è la nazionalizzazione dell'industria elettrica attraverso la costituzione dell'ENEL (Ente Nazionale per l'Energia Elettrica) in quanto rappresenta l'unico caso in cui sia stato esercitato il potere di espropriazione previsto dall'art. 43 della Costituzione. In questo caso il termine nazionalizzazione è utilizzato in modo improprio e sarebbe più corretto utilizzare quello di pubblicizzazione in quanto si verificò il passaggio di imprese elettriche dai privati ad un ente pubblico appositamente costituito.

La pubblicizzazione avvenne in due fasi distinte ma non cronologicamente separate. La prima è quella dell'espropriazione delle imprese elettriche e la seconda relativa all'istituzione di una riserva originaria a favore del neo costituito ente pubblico, l'ENEL.

c. Lo Stato finanziatore

Il finanziamento statale rappresenta un elemento peculiare della storia degli anni '60. Il finanziamento statale è regolato dalla legge che prevede tutte le fattispecie (es. calamità naturali) in cui lo Stato è tenuto a erogare fondi ai privati. Dalla legge nasce un'obbligazione di dare della pubblica amministrazione a fronte della quale non vi è sempre un diritto del privato, ma può esservi un interesse legittimo quando l'amministrazione conserva la discrezionalità della scelta. Il finanziamento statale non si configura come atto di liberalità in quanto presuppone in ogni caso l'esistenza di un fine pubblico o generale e non l'interesse specifico del singolo privato beneficiario. La prima forma di ausilio finanziario pubblico è rappresentata dal contributo a fondo perduto destinata ad un privato in percentuale dell'investimento effettuato da quest'ultimo.

Una seconda forma di è rappresentata dal premio che viene erogato "ex-post" (a differenza della modalità precedente) al raggiungimento di un determinato obiettivo o prodotto il servizio.

Un'ulteriore forma di finanziamento statale è rappresentata dal contributo a fondo perduto in diminuzione degli interessi da corrispondere in base ad un rapporto di credito.

L'ausilio pubblico ha il fine di abbattere il costo del denaro preso a prestito, rappresentato dal tasso di interesse. Esso si traduce nella possibilità per il privato di ottenere credito ad un tasso di interesse inferiore a quello di mercato. Per la sua convenienza, l'istituto del finanziamento statale ha prodotto numerosi distorsioni, soprattutto legate al suo abuso.

Gli ausili finanziari hanno avuto un notevole sviluppo con l'istituzione della Cassa per le opere straordinarie nel Mezzogiorno/Cassa per il Mezzogiorno.

d. Lo Stato pianificatore

Negli anni '60 si discusse sulla differenza tra pianificazione e programmazione, la prima coercitiva e compatibile solo con regimi economici di stampo sovietico, mentre la seconda indicativa e compatibile con regimi ad economia aperta.

In tale contesto, il Ministero del bilancio fu trasformato in Ministero del bilancio e della programmazione economica e fu istituito un Comitato interministeriale per la programmazione economica (CIPE). Tuttavia, il tentativo di programmazione economica globale si rivelò un fallimento a differenza dei programmi settoriali e intersettoriali (come quello chimico o elettrico) e del controllo dei prezzi legati alla produzione. Questi hanno avuto un enorme peso nei rapporti tra Stato-economia in quegli anni.

e. Le istituzioni del benessere

Lo Stato del benessere si basa sul principio di uguaglianza sostanziale, riconosciuto nella Costituzione all'art.3. Questo richiede un'attività pubblica positiva, di rimozione degli ostacoli all'uguaglianza di fatto tra i cittadini. Nel c.d. piano Beveridge furono individuati i maggiori ostacoli al pieno sviluppo della persona umana nei campi dell'istruzione, della salute, del lavoro e delle pensioni. A tal riguardo, in Italia, nel 1962 fu sancita l'obbligatorietà e la gratuità dell'istruzione inferiore per almeno 8 anni. Nel 1978 è stato istituito il Servizio Sanitario che assicura il diritto dei cittadini alla salute (cura, prevenzione, tutela ambiente ecc.). Per quanto riguarda la previdenza sociale, notevole importanza ricopre l'istituzione delle pensioni sociali.

La previdenza è originariamente una forma di assicurazione obbligatoria. Questo, prima a carico del solo lavoratore, passa poi a carico anche del datore di lavoro e anche allo Stato (fiscalizzazione oneri sociali). Tuttavia, in tal modo, la protezione previdenziale era riconosciuta solamente a coloro che avessero lavorato. Le pensioni sociali ovviano tale restrizione, in quanto vengono riconosciute a

coloro che avessero raggiunto l'età pensionabile pur non avendo prestato attività lavorativa nel corso della sua vita, e non avessero redditi sufficienti al proprio sostentamento.

La parte mancante del Welfare State è quello relativo all'occupazione. Mentre in altri Paesi gli interventi per l'occupazione sono diretti a tutti e hanno carattere di "entitlements" (diritti dei cittadini a prestazioni gratuite subordinate al verificarsi di determinati eventi previsti dalla legge), in Italia gli interventi della Cassa integrazione guadagni straordinaria (strumento di tutela dell'occupazione) sono diretti solo a favore dei disoccupati e hanno carattere discrezionale.

6. I rapporti tra poteri pubblici e privati in ordine all'economia: ricapitolazione

Nel seguente paragrafo verrà effettuata una sintesi dei rapporti tra privati e Stato in campo economico.

a. Rapporti tra poteri pubblici e privati in relazione al tipo di disciplina

I rapporti tra poteri pubblici e privati possono essere classificati nei seguenti modi: in primo luogo, vi sono rapporti che si instaurano in base ad una disciplina "conformativa" di diritti o di istituti, come ad es. il codice civile per le società per azioni in cui viene definita la loro organizzazione, le modalità di composizione degli organi ecc.

Un secondo tipo di disciplina è quello di "intervento dello Stato nell'economia". Tali interventi possono essere diretti o indiretti: i primi sono posti in essere dallo Stato che assume la veste di proprietario, imprenditore erogatore di servizi (in tal caso si parla di impresa pubblica); i secondi sono posti in essere dallo Stato che indennizza e controlla l'economia privata.

A proposito delle imprese pubbliche, esse possono essere di tre tipi: impresa-organo dello Stato; impresa-ente pubblico; impresa-società per azioni con partecipazione statale o pubblica. A queste si aggiunge il gruppo pubblico che rappresenta una forma composita. Ciascun tipo di impresa pubblica presenta numerose varianti. L'impresa-organo presenta la variante dell'azienda o amministrazione autonoma. L'impresa-ente pubblico presenta due varianti: da un lato vi sono gli enti pubblici imprenditoriali a carattere operativo, mentre dall'altro, vi sono gli enti pubblici imprenditoriali di gestione. Nel primo tipo l'attività imprenditoriale è svolta direttamente dall'ente, mentre nel secondo l'attività è svolta da società che dipendono dall'ente.

Le società con partecipazioni pubbliche, a loro volta, sono divise in due categorie a seconda che la partecipazione sia necessaria o meno. Nel primo caso, le azioni detenute dagli enti non possono circolare liberamente sul mercato in quanto sottoposte a vincoli all'alienazione. L'espressione

“partecipazione statale” non è del tutto corretta in quanto azionista non è lo Stato ma gli enti pubblici di gestione.

L'intervento “indiretto” dello Stato nell'economia può essere di due principali. Il primo è costituito dagli interventi che consistono in indirizzi, direttive o piani; il secondo da interventi che consistono in disposizioni “condizionali”. Il primo tipo si realizza attraverso provvedimenti pubblici che determinano condizioni di soggezione, allo scopo di finalizzare l'attività privata ad un interesse pubblico. Le norme “condizionali” non vietano lo svolgimento di determinate attività, né lo impongono, ma contengono disposizioni che mirano a incoraggiare o scoraggiare il privato al compimento di determinate attività.

b. Rapporti tra poteri pubblici e privati in relazione alla fase dell'attività economica oggetto della disciplina

I rapporti tra i poteri pubblici e privati, in relazione alla fase dell'attività economica oggetto della disciplina, si distinguono a seconda che condizionino l'inizio e la fine dell'attività economica; i fattori produttivi; i processi produttivi e i prodotti.

L'inizio e la fine dell'attività economica di privati sono frequentemente sottoposti a provvedimenti amministrativi, che condizionano l'accesso e l'uscita dell'impresa dal settore.

L'utilizzo dei fattori produttivi è sottoposto a vincoli pubblici. In particolare, la raccolta delle risorse finanziarie è condizionata, direttamente o indirettamente, dai poteri pubblici. Direttamente, attraverso aumenti di capitale delle società per azioni e al finanziamento mediante emissioni di obbligazioni. Indirettamente, attraverso il prelievo fiscale.

Altro fattore produttivo condizionato dai poteri pubblici è quello umano: il diritto del lavoro contiene norme attinenti all'assunzione di personale, cessazione del rapporto lavorativo ecc.

Infine, subiscono forti condizionamenti pubblici i processi produttivi e i prodotti: le norme possono riguardare la composizione, le modalità di produzione, e i prezzi dei prodotti sottoposti alla disciplina.

I rapporti tra Stato ed economia non devono essere intesi come contrapposti, bensì complementare. Il rapporto non è bipolare ma tripolare in quanto i poteri pubblici non intervengono per soddisfare un interesse proprio ma per tutelare gli interessi di una parte della collettività nei confronti di quelli di un'altra parte.

c. Rapporti tra poteri pubblici e privati in relazione al modo e alle finalità della disciplina

I rapporti tra poteri pubblici e privati in relazione al modo e alle finalità della disciplina possono essere classificati nei seguenti tipi.

Le prime forme di disciplina pubblica indiretta dell'economia derivavano dall'esigenza d'altruismo di tipo umanitaristico e dal collettivismo con norme dirette a proteggere i lavoratori nelle fabbriche o a diminuire il lavoro minorile e delle donne. Successivamente, l'evoluzione della disciplina pubblica dell'economia tese non più solo alla tutela del lavoratore, bensì anche a correggere il malfunzionamento dell'economia stessa. L'insufficienza del mercato ("market failure") rese necessario per i governi avere una propria politica agricola o industriale. Si sviluppano così due tipologie di modelli rappresentate dalla pianificazione e dalle politiche di "regulation".

Il modello di pianificazione più sviluppato è quello che si affermò nell'Unione delle Repubbliche socialiste sovietiche. Esso è importante non solo per i suoi limitati successi ma soprattutto per il suo generale fallimento. La pianificazione era così eseguita: il piano veniva elaborato dal "Gosplan" (Commissione statale per la Pianificazione) delle Repubbliche e il Gosplan dell'Unione e sottoposto all'approvazione del Consiglio dei Ministri e del Soviet Supremo dell'Unione. L'esecuzione del piano era rimessa alle imprese, che dovevano eseguire tutte le indicazioni contenute nel piano. La complessità di quest'ultimo rendeva necessario un costante controllo della sua esecuzione svolto dall'organo di rilevazione statistica. La pianificazione sovietica si estese altrove soprattutto a seguito della crisi mondiale del 1929. Tuttavia, dopo la seconda guerra mondiale le pianificazioni subirono una crisi per due motivi principali: in primo luogo, esse disciplinavano troppo e troppo minutamente; in secondo luogo non riuscivano a tenere davvero sotto controllo tutte le componenti dell'economia.

A seguito della grande crisi mondiale e in concomitanza con il "New Deal", negli Stati Uniti si afferma un modello opposto alla pianificazione caratterizzato nell'attribuzione di compiti di disciplina di settore ad organismi indipendenti. Tale modello presenta profonde differenze rispetto alla pianificazione:

- non vi è un organo centrale di indirizzo dell'intera economia, né altro organo di orientamento;
- sono apposite strutture tecniche (e non organi politici) che determinano gli indirizzi da seguire;
- gli indirizzi non sono determinati con leggi ma con provvedimenti delle autorità amministrative;
- le autorità amministrative sono istituite per specifici settori e possono operare solo nell'ambito loro assegnato;
- nelle regolazioni pubbliche, le autorità indipendenti entrano in rapporti interprivati costituendo un rapporto tripolare tra potere pubblico e due o più privati;
- le autorità indipendenti non curano interessi pubblici ma collettivi, per cui non sono portatrici di interessi propri ma di interessi di terzi;
- i poteri pubblici con gli strumenti regolatori definiscono condizioni per lo svolgimento di attività private e non i fini per cui queste devono essere svolte.

La principale debolezza di questo modello risiede nella tendenza degli organi di regolamentazione ad assecondare le esigenze dei privati sottoposti a disciplina: in tal modo i primi venivano “catturati” dai secondi e il controllo diveniva semplicemente nominale. Ulteriori criticità del modello fanno riferimento al fatto che i poteri pubblici, protettori di interessi privati, agissero in funzione di questi anziché di quelli collettivi. In ogni caso, a differenza del modello della pianificazione, il modello della regolamentazione fa parte di autorità amministrative indipendenti è ancora utilizzato in quasi tutti i paesi moderni.

Negli anni '60 si sviluppano forme miste di disciplina pubblica dell'economia fondate sull'uso di una molteplicità di misure pubbliche. I primi interventi effettuati in tal senso sono quelli realizzati negli Stati Uniti dal presidente Kennedy e basati sull'uso di poteri pubblici in funzione di minaccia (“retaliatory measures”) per ottenere un comportamento in linea con quello consigliato dai poteri pubblici.

Altra forma di intervento è costituita dagli accordi o contratti, denominati anche accordi o contratti di programma. Tale forma si sviluppa soprattutto in Francia, in cui i poteri pubblici adoperano strumenti diretti come minaccia o promessa per indurre imprenditori privati ad un accordo.

Anche questa forma di intervento presenta degli inconvenienti. In primo luogo, esso si presta a pratiche collusive tra poteri pubblici e privati. In secondo luogo, esso può comportare il riconoscimento di funzioni pubbliche a privati privilegiati. Infine, l'uso degli strumenti tradizionali di intervento pubblico come minaccia o promessa per assicurare il comportamento conforme dei privati lascia pochi mezzi di risposta legale in caso di abusi.

Capitolo terzo. Il mercato interno e le politiche dell'Unione europea

1. Introduzione: le organizzazioni sovrastatali regionali, l'Unione Europea e lo spazio economico europeo

La Comunità economica europea (CEE), il cui obiettivo fu quello di istituire un mercato comune, era una delle tre comunità europee istituite negli anni '50 del XX secolo insieme alla Comunità europea del carbone e dell'acciaio (CECA) e l'Euratom.

Con il trattato di Maastricht del '92 la CEE fu trasformata in Comunità europea (CE) e successivamente, con l'entrata in vigore del trattato di Lisbona del 2007, l'Unione Europea (UE) sostituì definitivamente la CE. L'UE si occupa non solo del settore economico ma anche di quello sociale e dell'istruzione.

La struttura dell'UE è ripartita in tre organi: organi sovranazionali (rappresentano interessi dell'UE, cioè ultrastatali); organi multinazionali (rappresentano interessi delle collettività nazionali appartenenti agli Stati membri); organi intergovernativi (rappresentativi dei governi nazionali). La Commissione e la Corte di giustizia appartengono alla prima categoria, il Parlamento alla seconda, il Consiglio e il Consiglio europeo appartengono alla terza.

La distribuzione delle funzioni è ripartita nel seguente modo: il Consiglio europeo definisce gli orientamenti e le priorità politiche dell'unione; la Commissione ha compiti di proposta legislativa; il Parlamento e il Consiglio svolgono una funzione decisoria; la Corte di giustizia ha la funzione di risolvere i conflitti e di verificare il rispetto del diritto dell'UE.

Accanto all'UE, l'accordo sullo Spazio economico europeo (Oporto '92) ha istituito un ulteriore organismo internazionale denominato Spazio economico europeo-SEE. Di questo fanno parte l'UE, i suoi stati membri e i tre membri dell'Associazione europea di libero scambio (EFTA), ovvero l'Islanda, il Liechtenstein e la Norvegia. L'accordo di Oporto contiene tre ordini di disposizioni: il primo gruppo riguarda la libera circolazione delle persone, delle merci, dei servizi e dei capitali; il secondo gruppo contiene norme sulla concorrenza e sugli aiuti di Stato; il terzo gruppo contiene disposizioni sulla cooperazione al di fuori delle quattro libertà di circolazione. Tale organismo internazionale ha propri organi: il Consiglio, composto da membri del Consiglio e della Commissione dell'UE e da un membro del governo di ciascuno degli Stati aderenti all'EFTA; il Comitato misto, di cui fanno parte rappresentanti della Comunità e Stati dell'EFTA, che si esprimono con una sola voce; il Comitato parlamentare misto e infine un Comitato consultivo finalizzato a realizzare la cooperazione tra le parti economiche e sociali. L'obiettivo dell'accordo

sullo Spazio economico europeo-SEE era quello di stabilire un legame tra la Comunità e i paesi dell'Associazione europea di libero scambio.

2. I tre strumenti per la formazione del mercato interno

Con l'apertura dei mercati nazionali e la formazione di un "mercato interno" transazionale, cambiano i termini del rapporto Stato-mercato: da un lato, i mercati perdono la loro identità nazionale, e dall'altro lo Stato viene affiancato da un organismo sovranazionale.

La formazione di un mercato interno europeo fu resa possibile utilizzando tre strumenti: la libertà di circolazione delle merci, dei lavoratori, dei servizi e dei capitali; la disciplina della concorrenza; la limitazione degli aiuti statali alle imprese. Di questi strumenti, il principale è il primo rispetto al quale gli altri sono funzionali. Infatti, gli Stati possono impedire la formazione di un mercato interno, limitando la circolazione delle merci o attraverso tariffe doganali, oppure ampliando l'autonomia dell'impresa concedendo aiuti, rendendo in questo modo difficile l'accesso al mercato di imprese di altri paesi. Il divieto di porre limiti alla libertà di circolazione e la limitazione posta agli aiuti dello Stato alle imprese costituiscono limiti di origine sovranazionale all'attività dello Stato nei confronti del mercato, mentre la disciplina europea della concorrenza stabilisce un limite al ruolo che le imprese stesse, abusando di una posizione dominante o mediante intese o accordi, possano svolgere nell'impedire la formazione e il funzionamento di un mercato interno.

3. Le quattro libertà di circolazione

Il primo strumento per assicurare il mercato interno è la libertà di circolazione delle merci, dei lavoratori, dei servizi e dei capitali nell'ambito del mercato.

a. La circolazione delle merci

La libera circolazione delle merci nel mercato interno è assicurata in cinque modi: unione doganale; divieto di imposizioni fiscali discriminatorie e eliminazione delle disparità fiscali; abolizione delle restrizioni quantitative e delle misure di effetto equivalente; ridimensionamento dei monopoli; ravvicinamento delle legislazioni nazionali.

Le disposizioni contenute negli artt. 28 e 30 del TFUE vietano sia i dazi doganali sia le tasse che abbiano effetto equivalente. Il divieto riguarda il risultato discriminatorio e non lo strumento giuridico che lo produce. Il divieto è rivolto ai dazi doganali esistenti, al passato e anche al futuro nel senso che obbliga gli Stati ad astenersi dall'introdurre nuovi dazi doganali all'importazione.

L'aspetto relativo al divieto di disposizioni fiscali discriminatorie e all'eliminazione delle disparità fiscali è disciplinato dall'art. 110 del TFUE che vieta agli Stati membri di applicare direttamente o indirettamente ai prodotti degli altri Stati membri imposizioni interne superiori a quelle applicate direttamente o indirettamente ai prodotti nazionali simili. Inoltre, nessuno Stato membro deve applicare ai prodotti degli altri Stati membri imposizioni interne intese a proteggere indirettamente altre produzioni.

Altro strumento per assicurare la circolazione delle merci è l'abolizione delle restrizioni quantitative e delle misure di effetto equivalente (artt. 34 e 35 del TFUE). Infatti, sono vietate fra gli Stati membri le restrizioni quantitative all'importazione nonché qualsiasi misura di effetto equivalente, così come sono vietate fra gli Stati membri le restrizioni quantitative all'esportazione e qualsiasi misura di effetto equivalente. Le disposizioni degli articoli 34 e 35 lasciano impregiudicati i divieti o restrizioni all'importazione, all'esportazione e al transito giustificati da motivi di moralità pubblica, di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di tutela della salute e della vita delle persone e degli animali o di preservazione dei vegetali, di protezione del patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale, o di tutela della proprietà industriale e commerciale. Tuttavia, tali divieti o restrizioni non devono costituire un mezzo di discriminazione arbitraria, né una restrizione dissimulata al commercio tra gli Stati membri.

L'art. 37 del TFUE disciplina il regolamento dei monopoli disponendo che gli Stati membri debbano procedere ad un riordinamento dei monopoli nazionali che presentano un carattere commerciale in modo che venga esclusa qualsiasi discriminazione fra i cittadini degli Stati membri per quanto riguarda le condizioni relative all'approvvigionamento e agli sbocchi. Le disposizioni di tale articolo si applicano a qualsiasi organismo per mezzo del quale uno Stato membro, "de jure" o "de facto", controlla, dirige o influenza sensibilmente, direttamente o indirettamente, le importazioni o le esportazioni fra gli Stati membri. Tali disposizioni si applicano altresì ai monopoli di Stato delegati. Gli Stati membri devono inoltre astenersi da qualsiasi nuova misura contraria ai principi enunciati in precedenza o tale da limitare la portata degli articoli relativi al divieto dei dazi doganali e delle restrizioni quantitative fra gli Stati membri.

Un ultimo strumento per assicurare la circolazione delle merci è il ravvicinamento delle legislazioni nazionali. L'art. 114 del TFUE prevede che il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria e previa consultazione del Comitato economico e sociale, possano adottare le misure relative al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno. Secondo l'art. 115, il Consiglio, deliberando all'unanimità secondo una procedura legislativa speciale e previa consultazione del Parlamento europeo e del Comitato economico e

sociale, adotta direttive volte al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che abbiano un'incidenza diretta sull'instaurazione o sul funzionamento del mercato interno.

b. La circolazione dei lavoratori

La libertà di circolazione dei lavoratori è regolata dall'art. 45 del TFUE. Secondo tale art., la libera circolazione dei lavoratori implica l'abolizione di qualsiasi discriminazione, fondata sulla nazionalità, tra i lavoratori degli Stati membri, per quanto riguarda l'impiego, la retribuzione e le altre condizioni di lavoro. Salvo limitazioni giustificate da motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica, essa comporta il diritto: a) di rispondere a offerte di lavoro effettive; b) di spostarsi liberamente a tal fine nel territorio degli Stati membri; c) di prendere dimora in uno degli Stati membri al fine di svolgervi un'attività di lavoro, conformemente alle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative che disciplinano l'occupazione dei lavoratori nazionali; d) di rimanere sul territorio di uno Stato membro, dopo aver occupato un impiego. Tali disposizioni però non sono applicabili agli impieghi nella pubblica amministrazione quando le funzioni sono collegate all'esercizio della sovranità (es. difesa, giustizia, ordine interno), mentre è consentito quando si tratta di attività non necessariamente statali come l'insegnamento o l'erogazione di servizi pubblici (es. i trasporti).

La libertà di circolazione dei lavoratori si estende anche alla dimora, alla residenza e al lavoro, e non sarebbe completa in assenza della protezione sociale, del diritto al lavoro, della formazione professionale. A tal fine, l'art. 48 del TFUE stabilisce che il Parlamento europeo e il Consiglio, adottano in materia di sicurezza sociale le misure necessarie per l'instaurazione della libera circolazione dei lavoratori prevedendo un sistema che consenta ai lavoratori migranti di continuare a godere delle varie prestazioni alla persona nei diversi Stati membri nei quali hanno svolto attività lavorativa. Inoltre, l'Unione (art. 153 TFUE) sostiene e completa l'azione degli Stati membri nei seguenti settori: a) miglioramento dell'ambiente di lavoro, per proteggere la sicurezza e la salute dei lavoratori; b) condizioni di lavoro; c) sicurezza sociale e protezione sociale dei lavoratori; d) protezione dei lavoratori in caso di risoluzione del contratto di lavoro; e) informazione e consultazione dei lavoratori; f) rappresentanza e difesa collettiva degli interessi dei lavoratori e dei datori di lavoro, compresa la cogestione; g) condizioni di impiego dei cittadini dei paesi terzi che soggiornano legalmente nel territorio dell'Unione; h) integrazione delle persone escluse dal mercato del lavoro; i) parità tra uomini e donne per quanto riguarda le opportunità sul mercato del lavoro ed il trattamento sul lavoro; j) lotta contro l'esclusione sociale; k) modernizzazione dei regimi di protezione sociale.

Infine, l'Unione ha posto in essere una politica di formazione professionale che rafforza ed integra le azioni degli Stati membri, e ha costituito il Fondo sociale europeo che ha l'obiettivo di promuovere all'interno dell'Unione le possibilità di occupazione e la mobilità geografica e professionale dei lavoratori al fine di migliorare le possibilità di occupazione dei lavoratori stessi nell'ambito del mercato interno e contribuire così al miglioramento del tenore di vita.

c. Il diritto di stabilimento e la circolazione dei servizi; le direttive in materia di società e di contratti pubblici

Secondo l'art. 49 del TFUE le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro vengono vietate. Tale divieto si estende anche alle restrizioni relative all'apertura di agenzie, succursali o filiali, da parte dei cittadini di uno Stato membro stabiliti sul territorio di un altro Stato membro. La libertà di stabilimento importa l'accesso alle attività autonome e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società, alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini, fatte salve le disposizioni del capo relativo ai capitali.

Inoltre l'art. 53 dispone che al fine di agevolare l'accesso alle attività autonome e l'esercizio di queste, il Parlamento europeo e il Consiglio, stabiliscono direttive intese al reciproco riconoscimento dei diplomi, certificati ed altri titoli e al coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri relative all'accesso alle attività autonome e all'esercizio di queste.

Relativamente ai servizi, l'art. 56 del TFUE dispone che le restrizioni alla libera prestazione dei servizi all'interno dell'Unione sono vietate nei confronti dei cittadini degli Stati membri stabiliti in uno Stato membro che non sia quello del destinatario della prestazione. Sono considerate come servizi (art. 57) le prestazioni fornite normalmente dietro retribuzione, in quanto non siano regolate dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone. I servizi comprendono in particolare: a) attività di carattere industriale; b) attività di carattere commerciale; c) attività artigiane; d) attività delle libere professioni.

Per assicurare la libertà di stabilimento l'Unione ha adottato varie direttive di coordinamento della formazione professionale nei diversi Stati e di mutuo riconoscimento del titolo ottenuto a seguito del percorso formativo coordinato: ha cioè stabilito un sistema di generale basato sul principio del mutuo riconoscimento delle qualifiche.

Per assicurare la circolazione dei servizi sono state adottate una normativa generale e varie discipline settoriali. La normativa generale si applica a qualunque servizio fornito dietro corrispettivo economico ad eccezione dei servizi espressamente esclusi. Essa è volta a facilitare la

libertà di stabilimento e di prestazioni di servizi nel mercato interno e a migliorare la qualità dei servizi offerti. Questi obiettivi sono perseguiti attraverso cinque strumenti: lo Stato membro nel quale l'operatore economico si stabilisce e presta i propri servizi può interrompere il rispetto dei regimi di autorizzazione solo a condizione che questi siano discriminatori o contrari all'ordine pubblico, alla sicurezza, alla salute, alla tutela dell'ambiente; rafforzando i diritti dei destinatari di servizi; incoraggiando la certificazione volontaria delle attività e l'elaborazione di carte di qualità; semplificazione amministrativa; meccanismi di cooperazione tra le amministrazioni competenti degli Stati membri.

Le discipline settoriali sono poste da regolamenti e direttive in materia societaria, di contratti pubblici, assicurativa, creditizia ecc.

Le direttive e i regolamenti in materia di società hanno introdotto uno statuto europeo delle società e un corpo di norme societarie. Esso riguarda: a) struttura capitale e obblighi delle società; b) fusioni, scissioni e relazioni tra società madre e figlie; c) aspetti contabili e di pubblicità; d) offerte pubbliche di acquisto. Questo statuto è ispirato a sette principi fondamentali: garantire un'informazione adeguata dei soci e dei terzi; assicurare la certezza nei rapporti tra le società ed i terzi, nonché nel rapporto tra i soci; norme finalizzate a proteggere il capitale sociale (capitale minimo e obbligo di ricostituirlo in caso di perdite); tutela dei soci e dei terzi nonché dei dipendenti nelle operazioni di acquisizione del controllo e di ristrutturazione di altre società; obblighi di garantire la trasparenza della gestione e la chiarezza e l'omogeneità dei criteri di redazione e valutazione dei bilanci; incoraggiare gli imprenditori individuali ad adottare forme societarie; facilitazione della riorganizzazione delle attività delle imprese su scala europea (norme fusioni transfrontaliere).

Le direttive in materia di contratti hanno modificato la disciplina dei contratti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, prima nei settori tradizionali dell'economia, e poi nei settori esclusi delle public utilities (acqua, energia elettrica, trasporti). La nuova disciplina si basa su sei principi: garantire la massima copertura dei mercati nazionali; norme finalizzate a garantire un'adeguata informazione e trasparenza; divieto di discriminazione dei concorrenti; norme volte ad assicurare la partecipazione delle imprese europee alle gare di appalto; tutela della serietà dell'offerta; procedure di aggiudicazione degli appalti basati su tre modelli: gara aperta, in cui tutti i soggetti interessati possono presentare un'offerta, gara ristretta, in cui possono presentare un'offerta solo i soggetti invitati dalle amministrazioni aggiudicatrici, procedura negoziata, in cui le amministrazioni aggiudicatrici scelgono i soggetti e negoziano con essi un contratto.

d. La circolazione dei capitali

L'art. 63 del TFUE vieta tutte le restrizioni ai movimenti di capitali tra Stati membri. Ciò contribuisce alla rimozione degli ostacoli alla circolazione dei fattori produttivi nell'ambito del mercato interno. Lo stesso art. 63 vieta anche tutte le restrizioni sui pagamenti tra Stati membri. Infatti, alla liberalizzazione dei capitali si accompagna quella dei pagamenti, che si distinguono dai precedenti perché il trasferimento di denaro o di valori rappresenta il corrispettivo di una prestazione negoziale.

Il principio di libertà di circolazione dei capitali, così come quello dei pagamenti, si applica non solo tra Stati membri ma anche tra Stati membri e paesi terzi.

4. La disciplina della concorrenza

Essendo l'UE ispirata a principi liberistici le regole di concorrenza costituiscono una parte essenziale del mercato: si fa riferimento alla "politica della concorrenza".

a. Evoluzione delle legislazioni "antitrust"

Le legislazioni antitrust sono il risultato dell'affermazione del liberismo, il che ha prodotto due effetti: la soppressione dei vincoli per l'economia derivanti dallo Stato; il divieto per le imprese di abusare di posizioni dominanti a danno dei consumatori. Per realizzare la libertà economica occorre garantire la libertà di scelta del consumatore e la libertà di entrata di nuovi imprenditori per assicurare la sovranità del mercato.

Le legislazioni antitrust si sono sviluppate anche sotto la pressione della teoria economica, secondo le quali il mercato assicura il massimo di efficienza nelle scelte economiche.

Gli USA sono stati i primi ad adottare una legislazione antitrust nel XIX secolo.

Le legislazioni antitrust hanno attraversato due fasi: nella prima, hanno adottato una concezione statica del monopolio, inteso come posizione dell'operatore che occupi una ampia sfera del mercato; nella seconda si notò che si confondevano le dimensioni dell'impresa (bigness) con le pratiche monopolistiche, le quali consistono nell'offrire ai consumatori prodotti a prezzi più superiori a quello del mercato concorrenziale, venendosi così ad affermare una concezione dinamica del monopolio (nel senso di condotta monopolistica). Di conseguenza venne abbandonata l'idea che possano esservi monopoli naturali, termine che sta ad indicare quei settori dove, per ragioni tecniche, non conveniva la concorrenza (es. trasporto ferroviario). Secondo tale concezione, per le leggi attuali diventa necessario dimostrare che l'imprenditore abbia sfruttato un'intesa, una concentrazione, una posizione dominante a danno del consumatore o di altri produttori.

b. I divieti del trattato sul funzionamento dell'Unione europea: abuso di posizione dominante, intese, accordi

Le regole di concorrenza dell'UE contengono sia una disciplina di mercato interno, sia una disciplina di rilevanza nazionale, affinché non venga impedito, ristretto o falsato il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno. Tali regole trovano applicazione quando intese, accordi e abuso di posizioni dominante possano pregiudicare il commercio tra gli Stati membri, mirando a rafforzare le quattro libertà di circolazione. Le disposizioni principali sono dettate dagli artt. 101 e 102 del TFUE.

Art. 101: sono incompatibili con il mercato interno e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno ed in particolare quelli consistenti nel: a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di transazione; b) limitare o controllare la produzione, gli sbocchi, lo sviluppo tecnico o gli investimenti; c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento; d) applicare, nei rapporti commerciali con gli altri contraenti, condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, così da determinare per questi ultimi uno svantaggio nella concorrenza; e) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi.

Art. 102: è incompatibile con il mercato interno e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo.

La prima disposizione riguarda comportamenti in cui sono coinvolti più soggetti; la seconda, invece, riguarda comportamenti posti in essere anche da una sola impresa. Il rispetto di tale disciplina è garantito attraverso un sistema di controllo basato sulla cooperazione tra Commissione ed autorità nazionali.

5. La limitazione degli aiuti di Stato alle imprese

Anche gli aiuti concessi dagli Stati sono disciplinati dal TFUE, e sono funzionali alla libertà degli scambi e alla concorrenza.

a. Il divieto degli aiuti Statali

Secondo l'art. 107 del TFUE, sono incompatibili con il mercato interno, nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza. Il trattato, dunque, non pone un divieto ma un limite: gli aiuti sono legittimi solo se rispettano la concorrenza.

b. Le procedure di controllo

L'organo di controllo è la Commissione (art. 108 TFUE), la quale procede con gli Stati membri all'esame permanente dei regimi di aiuti esistenti in questi Stati. Essa propone a questi ultimi le opportune misure richieste dal graduale sviluppo o dal funzionamento del mercato interno. Qualora la Commissione, dopo aver intimato agli interessati di presentare le loro osservazioni, constati che un aiuto concesso da uno Stato, o mediante fondi statali, non è compatibile con il mercato interno, oppure che tale aiuto è attuato in modo abusivo, decide che lo Stato interessato deve sopprimerlo o modificarlo nel termine da essa fissato. Qualora lo Stato in causa non si conformi a tale decisione entro il termine stabilito, la Commissione o qualsiasi altro Stato interessato può adire direttamente la Corte di giustizia dell'Unione europea.

Queste disposizioni prevedono tre tipi di interventi: in primo luogo, vi è un'attività di vigilanza permanente non procedimentalizzata svolta dalla Commissione con gli Stati membri sugli aiuti esistenti, che si conclude con la proposta della Commissione agli Stati per adottare misure opportune volte a ridurre gli aiuti; in secondo luogo, vi è un'attività procedimentalizzata, in base alla quale l'iniziativa spetta alla Commissione che intima agli interessati di presentare osservazioni, e laddove si constati che l'aiuto è incompatibile con il mercato interno intima allo Stato di sopprimerlo o modificarlo; in terzo luogo, vi è un'attività che si collega al mancato adempimento da parte dello Stato destinatario, che prende forma di un vero e proprio processo che costringe il paese interessato ad adempiere.

6. Caratteristiche della disciplina uniforme del mercato interno

a. Strumenti

La disciplina uniforme del mercato interno viene realizzata con tre strumenti: una disciplina sovranazionale che dispone limiti agli interventi statali; una disciplina sovranazionale contenente limiti all'attività dei privati; una disciplina sovranazionale di limite dell'azione dei poteri pubblici nazionali, interagente con limiti gravanti su privati.

Nel primo caso il limite ha per risultato di ampliare l'autonomia dei privati: vengono garantiti i diritti dei privati nei confronti degli Stati che sono obbligati ad astenersi; nel secondo caso la disciplina si riferisce direttamente ai privati: vengono stabiliti obblighi dei privati di astenersi da comportamenti vietati; nel terzo caso il limite è diretto agli Stati, ma non alla loro attività negativa, bensì ad un'attività positiva consistente in un'erogazione di denaro: vengono stabiliti divieti per lo Stato di conferire aiuti ed obblighi dei privati a non avvalersi di posizioni di privilegio singolare, create da aiuti dello Stato.

Gli strumenti con i quali viene attuato il mercato interno sono di tre tipi: divieti posti dall'Unione agli Stati; il ravvicinamento, l'armonizzazione e il divieto delle norme, promossi con direttive europee (sostituiscono scelte nazionali con quelle sovranazionali); controllo del paese di origine e mutuo riconoscimento, che consiste nel riconoscimento, in un ordinamento, di soggetti o di attività derivanti da un altro ordinamento e di sottoporli alla disciplina di controllo di quest'altro ordinamento (concezione degli ordinamenti nazionali come concorrenti).

Strumento alternativo all'armonizzazione e al mutuo riconoscimento è il mantenimento delle discipline nazionali.

b. Interessi protetti e situazioni giuridiche soggettive prodotte

Con gli strumenti vengono protetti interessi che hanno natura collettiva (interessi pubblici). Le situazioni soggettive prodotte dalla tutela possono classificarsi in quattro tipi: diritti che comportano astensione dei poteri pubblici nazionali; diritti a trattamenti paritari; diritti a comportamenti positivi degli Stati sulla base del diritto europeo; diritti a prestazioni positive dell'UE. nell'ordinamento europeo complessivo, situazioni giuridiche soggettive del cittadino nei confronti dello Stato si intrecciano con situazioni del cittadino nei confronti dell'Unione e con situazioni attive e passive degli Stati rispetto ai cittadini e all'Unione.

c. Tecniche di protezione

Le tecniche di protezione consistono nelle garanzie di libertà o diritti principali e, contemporaneamente, di libertà o diritti strumentali a quello principale.

La seconda tecnica è quella che consiste nel divieto sia delle misure principali, sia di quelle che abbiano un effetto equivalente, ovvero non si può fare indirettamente quello che è vietato fare direttamente.

La terza tecnica di protezione è quella stabilita nel principio di adeguamento, cioè nell'obbligo degli Stati di astenersi dall'introdurre nuove misure simili a quelle vietate.

La quarta tecnica di protezione consiste nello stabilire sia garanzie dirette consistenti in diritti riconosciuti ai singoli, sia garanzie indirette consistenti in obblighi disposti a carico dei legislatori nazionali.

La quinta tecnica di protezione consiste nell'utilizzazione di azioni negative (obbligo di astenersi), di obblighi di fare (obblighi di assicurare determinati comportamenti), di altro tipo di azioni positive (obbligo di abolire leggi o istituti).

Va inoltre considerata come tecnica di protezione anche il modo in cui si attua l'ordinamento europeo in quello interno. Al centro dell'attuazione è posta la Commissione dell'UE che può promuovere l'attuazione per via normativa, oppure provvedere all'attuazione in via amministrativa (o giudiziaria). Quest'ultimo tipo di attuazione dell'ordinamento europeo si realizza in tre modi: attività amministrativa diretta; attività amministrativa indiretta (attraverso l'utilizzazione europea di uffici statali); attività amministrativa comune svolta congiuntamente da autorità europee e nazionali.

d. Effetti “verticali” e “orizzontali”

Gli effetti degli interventi europei sono di due tipi: “verticale” e “orizzontale”. Il primo è quello che si produce tra UE e amministrazione statale, ed è affrontato nei termini di rapporti tra fonti del diritto o di rapporti tra legge ed atto amministrativo. Il secondo è quello che si produce nei rapporti tra privati, e consiste nell'attribuzione di diritti singoli appartenenti ad uno Stato, nei confronti di altri Stati e di altri produttori, diritti che sono garantiti dalla normativa europea.

7. Le politiche dell'Unione Europea

L'UE non si limita ad aprire i mercati nazionali formando un mercato transazionale, ma sovrappone in numerosi settori la propria disciplina a quella domestica: le politiche dell'UE alcune volte si aggiungono a quelle nazionali, mentre altre volte le sostituiscono.

a. Estensione e tipi

Il TFUE attribuisce all'UE una competenza in settori quali la politica commerciale comune, la politica monetaria, la politica sociale, la coesione economica, sociale e territoriale, l'agricoltura e la pesca, l'ambiente, la protezione dei consumatori, i trasporti, le reti transeuropee, l'energia la cooperazione allo sviluppo e l'aiuto umanitario, la salute umana, l'industria, la cultura, il turismo, l'istruzione, la formazione professionale, la gioventù, lo sport, la protezione civile.

Nei settori di propria competenza, l'Unione può svolgere azioni e sviluppare politiche. Nella disciplina sovranazionale sono inclusi settori nei quali l'intervento dell'UE è molto diverso: da un

lato vi sono interventi relativi alla formazione del mercato e alla disciplina della concorrenza (norme conformi al mercato), dall'altro vi sono le norme sui veri e propri interventi settoriali (norme modificative del mercato).

La prevalenza del diritto europeo sugli interventi pubblici nazionali è stata raggiunta in modo progressivo, mediante più tecniche. La prima è quella indicata dall'art. 34 del TFUE secondo il quale sono vietate fra gli Stati membri le restrizioni quantitative all'importazione nonché qualsiasi misura di effetto equivalente. Grazie all'opera della Corte di giustizia il divieto delle misure di effetto equivalente è servito ad affermare il primato delle regolazioni di fonte sovranazionale su quelle di fonte interna.

Il secondo modo di per consolidare il primato del diritto europeo è stato quello del ravvicinamento delle legislazioni (regolato dall'art. 114 del TFUE) nella misura necessaria al funzionamento del mercato interno. Tuttavia, il ravvicinamento delle normative presenta due inconvenienti: comporta misure giustificate dal fine di eliminare ostacoli al commercio e distorsioni alla concorrenza; l'armonizzazione è fondata sulla collaborazione degli Stati membri, i quali una volta adottata una direttiva europea diretta all'armonizzazione devono recepirla nell'ordinamento nazionale e darle attuazione (per attenuare tale effetto negativo le direttive sono divenute sempre più dettagliate).

In terzo luogo, le regolazioni pubbliche di fonte europea sono giunte a prevalere su quelle nazionali grazie all'attività diretta dall'Unione stessa. Sia in settori tradizionali, come l'agricoltura, sia in settori nuovi, come l'ambiente, la protezione dei consumatori, la tutela dei lavoratori, l'Unione agisce in modo diretto, sia nell'esercizio di competenze esclusive, sia esercitando competenze concorrenti a quelle degli Stati membri, sviluppando così politiche comuni.

Infine, è stata adottata la tecnica del mutuo riconoscimento.

b. La politica agricola comune

La disciplina dell'agricoltura è contenuta negli artt. 38-44 del TFUE. Questi articoli disciplinano sia il mercato dei prodotti sia le politiche agricole.

Il mercato interno comprende l'agricoltura e il commercio dei prodotti agricoli. Il funzionamento e lo sviluppo del mercato interno per i prodotti agricoli devono essere accompagnati dall'instaurazione di una politica agricola comune, la quale deve incrementare la produttività dell'agricoltura, assicurare un tenore di vita equo alla popolazione agricola, stabilizzare i mercati, garantire gli approvvigionamenti, assicurare prezzi ragionevoli ai consumatori. Per ogni prodotto deve essere istituita una organizzazione comune dei mercati agricoli, che può assumere tre forme: regole comuni in materia di concorrenza, coordinamento obbligatorio delle diverse organizzazioni nazionali del mercato, organizzazione europea del mercato. L'organizzazione comune può

comprendere tutte le misure necessarie al raggiungimento degli obiettivi della politica agricola (es. regolamentazione dei prezzi, costituzione di scorte ecc.). Le modalità per l'istituzione dell'organizzazione comune dei mercati agricoli è stabilita dal Parlamento europeo e dal Consiglio, secondo la procedura legislativa ordinaria. Su proposta della Commissione poi, il Consiglio adotta le misure relative alla fissazione dei prezzi, dei prelievi, degli aiuti e delle limitazioni quantitative. L'organizzazione comune va a sostituirsi alle organizzazioni nazionali quando offra garanzie equivalenti per l'occupazione ed il tenore di vita dei produttori interessati, e assicuri agli scambi all'interno dell'Unione condizioni analoghe a quelle esistenti in un mercato nazionale. Vengono così istituite tante organizzazioni comuni dei mercati agricoli quanti sono i prodotti o gruppi di prodotti. La politica agricola viene attuata direttamente dall'UE ed ha un margine d'azione ampio ed esteso che trova origine nella fluttuazione dei prezzi dei prodotti agricoli, influenzati dal volume della produzione mondiale.

c. La politica industriale

L'Unione e gli Stati membri devono provvedere affinché siano assicurate le condizioni necessarie alla competitività dell'industria dell'Unione. A tal fine l'Unione e gli Stati devono: accelerare l'adattamento dell'industria alle trasformazioni strutturali; promuovere un ambiente favorevole all'iniziativa ed allo sviluppo delle imprese di tutta l'Unione; promuovere un ambiente favorevole alla cooperazione tra imprese; favorire un migliore sfruttamento del potenziale industriale delle politiche d'innovazione, di ricerca e di sviluppo tecnologico. Per queste finalità è prevista la consultazione reciproca tra Stati e Commissione; il coordinamento delle attività degli Stati su iniziativa della Commissione; misure specifiche destinate a sostenere le azioni svolte negli Stati membri e adottate dal Parlamento e dal Consiglio.

In materia di industria è stato adottato il regolamento che introduce il Gruppo europeo di interesse economico-GEIE, che è uno strumento di cooperazione sovranazionale. Il Gruppo ha la capacità di essere titolare di diritti e di obbligazioni e, qualora previsto dal diritto nazionale, personalità giuridica. Può essere istituito per agevolare o sviluppare l'attività economica dei suoi membri, migliorare o aumentare i risultati di questa attività, non per realizzare profitti per se stesso. Il Gruppo deve essere composto da almeno due società, o altri enti giuridici, o persone fisiche aventi l'amministrazione centrale in Stati membri diversi. Sono organi sia i membri, che agiscono collegialmente, sia uno o più amministratori. Non può avere più di 500 dipendenti e può non avere proprio capitale, per cui i membri sono illimitatamente responsabili per le organizzazioni del Gruppo. I profitti dell'attività del Gruppo sono considerati come profitti dei membri del Gruppo e distribuiti tra questi secondo le modalità stabilite nel contratto di gruppo, o in parti uguali. Il GEIE è

stato utilizzato come associazione per raggruppare imprese operanti nello stesso settore e rappresentarne gli interessi nelle sedi comunitarie.

d. La tutela dei consumatori

Al fine di promuovere gli interessi dei consumatori ed assicurare un livello elevato di protezione degli stessi, l'Unione contribuisce a tutelare la salute, la sicurezza e gli interessi economici dei consumatori nonché a promuovere il loro diritto all'informazione, all'educazione e all'organizzazione per la salvaguardia dei propri interessi.

La tutela dei consumatori rappresenta l'elemento essenziale delle politiche dell'Unione, come espresso dall'art. 12 del TCUE: nella definizione e nell'attuazione di altre politiche o attività dell'Unione sono prese in considerazione le esigenze inerenti alla protezione dei consumatori. Al raggiungimento degli obiettivi la Comunità contribuisce mediante: a) misure adottate nel quadro della realizzazione del mercato interno; b) misure di sostegno, di integrazione e di controllo della politica svolta dagli Stati membri. Tali misure non impediscono ai singoli Stati membri di mantenere o di introdurre misure di protezione più rigorose, purché compatibili con i trattati.

Su queste basi sono state adottate molte direttive relative alla pubblicità e all'informazione, ai contratti, alla responsabilità, alla tutela giurisdizionale, recepite dagli ordinamenti interni.

La disciplina relativa alla pubblicità ha lo scopo di tutelare il consumatore e le persone che esercitano un'attività commerciale, industriale, artigianale e professionale, nonché gli interessi del pubblico in generale, dalla pubblicità ingannevole e dalle sue conseguenze sleali. Per pubblicità ingannevole si intende la pubblicità che induce in errore o che può indurre in errore le persone alle quali è rivolta o che essa raggiunge e che, dato il suo carattere ingannevole, può pregiudicare il comportamento economico di dette persone e lede o può ledere un concorrente. Per pubblicità comparativa si intende la pubblicità che identifica un concorrente o beni o servizi offerti da un concorrente: è lecita quando non sia ingannevole, e confronti in maniera obiettiva le caratteristiche dei beni o dei servizi, non crei confusione, non si appropri dei pregi del concorrente o dei suoi prodotti. La normativa nazionale distingue la pubblicità permessa e quella vietata e, inoltre, dispone: che la pubblicità deve essere chiaramente riconoscibile come tale; la pubblicità subliminare è vietata; è vietata la pubblicità che riguardano prodotti suscettibili di porre in pericolo la salute e la sicurezza dei consumatori o ometta di darne notizia; è vietata la pubblicità che in quanto suscettibile di raggiungere bambini ed adolescenti, possa minacciare la propria sicurezza. Le attribuzioni in materia di tutela della pubblicità ingannevole sono esercitate dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato. Questa può inibire gli atti di pubblicità ingannevoli, ordinare che ne vengano eliminati gli effetti, sospendere o vietare tale pubblicità.

Vi sono direttive che stabiliscono obblighi di informazione a favore dei consumatori che disciplinano, in relazione a determinati prodotti o servizi, i contenuti informativi delle etichette e della eventuale documentazione che deve essere fornita al consumatore, nonché le modalità di indicazioni dei prezzi.

L'Unione ha introdotto anche molte disposizioni in materia di contratti. Queste riguardano soprattutto le clausole abusive nei contratti con i consumatori. Le norme mirano ad impedire che i consumatori siano vincolati da clausole particolarmente svantaggiose (vessatorie) inserite dalle imprese nei contratti che non siano oggetto di trattativa individuale. L'identificazione delle clausole vessatorie avviene in due modi: elencazione delle clausole presunte vessatorie; clausole che generano un significativo squilibrio nei diritti e negli obblighi delle parti contrario a buona fede. L'applicazione della disciplina è affidata al giudice civile.

L'UE è poi intervenuta a disciplinare la responsabilità del produttore di beni e di servizi e la sicurezza dei prodotti. La disciplina pone una responsabilità speciale in capo al produttore, a metà strada tra la responsabilità oggettiva e la responsabilità per colpa presunta. Il danneggiato deve fornire prova del danno, del difetto del prodotto e della connessione causale tra il primo e il secondo. Spetta invece al produttore fornire la prova degli eventi esonerativi della responsabilità. La disciplina relativa alla sicurezza dei prodotti impone un requisito generale di sicurezza per ogni prodotto di consumo e disciplina gli obblighi dei produttori e dei distributori e le procedure di controllo, consultazione e coordinamento delle amministrazioni pubbliche.

Infine, è stata disciplinata la cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa in materia di protezione dei consumatori. Le disposizioni sono contenute nel codice del consumo che contiene un elenco dei diritti fondamentali dei consumatori e degli utenti; consolida e riordina le varie normative europee adottate in materia di informazione, pubblicità, contratti e sicurezza; legittima le associazioni di consumatori e utenti ad agire a tutela degli interessi collettivi (è istituito presso il Ministero dello sviluppo economico, il Consiglio nazionale dei consumatori e degli utenti).

8. La politica monetaria e il controllo della valuta

Tra le politiche dell'Unione Europea, ricopre un particolare rilievo la politica monetaria affidata al Sistema Europeo di Banche Centrali (SEBC).

IL controllo della moneta, perseguito attraverso la stabilità dei prezzi, rappresenta una delle principali finalità dell'Unione economica e monetaria UEM. Con l'adozione della moneta unica e di

una politica sovranazionale, è divenuta sempre più importante la disciplina europea che regola i rapporti tra l'euro e le valute diverse attraverso accordi di cambio.

a. Moneta e politica monetaria. L'indipendenza delle banche centrali

La moneta è sia unità legale di misura dei valori economici, sia mezzo di pagamento e di estinzione delle obbligazioni. La base monetaria è il complesso delle passività liquide emesse dall'autorità monetaria: la moneta avente corso legale, detta anche circolante, e le attività finanziarie in essa prontamente trasformabili. La regolazione della base monetaria e la determinazione dei tassi di interesse a breve termine rappresentano gli strumenti principali della politica monetaria per raggiungere gli obiettivi di stabilità della moneta e tenere sotto controllo il livello di inflazione. L'ammontare di base monetaria viene modificato tramite operazioni di acquisto e vendita di titoli sul mercato e operazioni di rifinanziamento o di deposito attivate dalle istituzioni creditizie (imposizione di una riserva obbligatoria) attraverso le quali l'autorità monetaria immette o assorbe liquidità al sistema espandendo o restringendo la quantità di base monetaria.

L'efficacia della politica monetaria risiede nel principio secondo cui gli assetti istituzionali riconoscono l'indipendenza della banca centrale rispetto all'autorità politica nell'utilizzo dei suddetti strumenti volti alla stabilità dei prezzi. L'indipendenza della banca centrale conferisce credibilità all'azione di politica monetaria e ne qualifica l'esercizio in termini di trasparenza e responsabilità. La trasparenza implica la comunicazione al pubblico e ai mercati degli obiettivi strategici perseguiti e i principali parametri su cui si basano le decisioni assunte. La responsabilità fa riferimento al dovere di spiegare la strategia e le decisioni in apposite sedi istituzionali.

In Italia il ruolo di banca centrale è ricoperto dalla Banca d'Italia che ha acquisito sempre maggiore indipendenza nel corso degli ultimi decenni. La Banca d'Italia ha acquisito il pieno controllo degli strumenti di politica monetaria con la legge 7 febbraio 1992, n.82, con cui si attribuisce al Governatore della Banca la determinazione dei tassi di sconto e di finanziamento. La legge 26 novembre 1993, n. 483 attribuisce alla Banca d'Italia il potere di imporre agli enti creditizi la costituzione di una riserva a fronte della raccolta effettuata. Successivamente, con la realizzazione della moneta unica europea, le funzioni relative all'amministrazione e al governo della moneta sono state trasferite a livello sovranazionale, al SEBC. Quest'ultimo è composto dalla BCE e dalle banche centrali nazionali degli Stati membri dell'Unione Europea. La Banca d'Italia, quale parte del Sistema, contribuisce a definire gli indirizzi e le scelte della politica monetaria europea ed è responsabile dell'attuazione a livello nazionale. L'indipendenza della BCE e delle banche centrali nazionali si rileva sotto diversi profili:

- funzionale: esige la chiara definizione del mandato delle banche centrali, nonché dei mezzi e degli strumenti finalizzati alla stabilità dei prezzi;
- istituzionale: comporta il divieto per i governi e per le altre istituzioni nazionali o europee, di influenzare l'azione delle banche centrali;
- personale: prevede delle garanzie per la durata dei vertici delle banche centrali, intesi come termini minimi di permanenza in carica;
- finanziaria: implica che le banche centrali reperiscano autonomamente le risorse finanziarie sufficienti per svolgere le proprie attività.

b. La Banca d'Italia

La Banca d'Italia viene fondata nel 1893 come società di diritto speciale e trasformata in istituto di diritto pubblico con proprio statuto nel 1936.

Nell'esercizio delle proprie funzioni, la Banca d'Italia opera in modo indipendente nel rispetto del principio di trasparenza e riferisce del suo operato al Parlamento e al governo con una relazione semestrale sulla propria attività. Gli atti emessi dai suoi organi hanno sempre forma scritta e sono motivati. Per adeguare la propria organizzazione e il proprio operato ai principi di indipendenza e trasparenza, la Banca ha riformato il proprio statuto previa approvazione del Presidente della Repubblica nel 2006.

Sono organi della Banca d'Italia il Governatore, il Direttorio (composta dal Governatore, dal Direttore generale e da tre Vice direttori generali), il Consiglio superiore, il Collegio sindacale e l'Assemblea generale dei partecipanti.

Il Governatore viene nominato con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri, sentito il parere del Consiglio superiore della Banca d'Italia. Analogo procedimento si applica per la revoca della carica, possibile solo nei casi previsti dall'art.14.2 del Protocollo sullo statuto del SEBC e della BCE. La nomina degli altri membri del Direttorio è demandata al Consiglio superiore. Tutti i membri del Direttorio, compreso il Governatore, durano in carica sei anni, con la possibilità di un solo rinnovo del mandato. Le decisioni vengono assunte in modo collegiale a maggioranza.

Il Consiglio superiore, composto dal Governatore e da tredici consiglieri nominati presso le sedi periferiche della Banca, svolge la funzione di amministrazione generale nonché di vigilanza sull'andamento della gestione e il controllo della Banca.

Il Collegio sindacale svolge funzioni di controllo sull'amministrazione della Banca per l'osservanza della legge, dello statuto e del regolamento generale, ed espleta il controllo contabile.

L'Assemblea dei partecipanti presenta una fisionomia simile a quella dell'assemblea degli azionisti di una società privata. Le quote di partecipazione al capitale della Banca (il cui ammontare complessivo è di 156.000 euro) sono ripartite unicamente tra le banche.

Per quanto riguarda le funzioni della Banca d'Italia, occorre distinguere quelle svolte dalla Banca quale parte del SEBC dalle altre ad essa attribuite. In primo luogo, essa contribuisce a determinare gli indirizzi e le scelte di politica monetaria e del cambio per l'intera area dell'euro e ne cura l'attuazione sul territorio nazionale. In secondo luogo, la Banca d'Italia partecipa alle decisioni della BCE circa l'emissione delle banconote all'interno dell'Unione, secondo le esigenze di liquidità del sistema. In tal senso, è riconosciuto alla Banca d'Italia il compito di produrre una quote di banconote in euro attraverso la propria officina fabbricazione carte valori. In terzo luogo, la Banca d'Italia gestisce una quote delle riserve in valuta della BCE e la investe attendendosi alle direttive strategiche e ai criteri operativi stabiliti dalla stessa BCE. Sotto il profilo operativo la Banca d'Italia agisce come un vero e proprio "gestore di portafoglio" della BCE. Infine, la Banca svolge in maniera congiunta con la BCE la gestione del sistema dei pagamenti e la relativa sorveglianza. Il sistema dei pagamenti può essere definito come l'insieme di strumenti giuridici, tecnologici e infrastrutturali preposti al trasferimento della moneta. Tale sistema ha vissuto una rapida evoluzione. Nel 1999, fu realizzato il sistema europeo in tempo reale per i pagamenti in euro (Tans-European Automated Real-Time Gross Settlement Express Transfer System detto semplicemente TARGET). Questo favoriva il regolamento immediato e definitivo delle operazioni di politica monetaria e dei pagamenti in euro in condizioni di sicurezza. Nel 2007 il sistema è stato sostituito dal TARGET 2 che ne rappresenta la naturale evoluzione per i pagamenti al dettaglio e di importo ridotto, nel 2010 è stata creata la "Single Euro Payments Area" o SEPA, che consente ai cittadini europei di effettuare pagamenti in tutta l'area dell'euro con strumenti e costi uniformi.

La Banca svolge anche compiti di supervisione sui mercati di maggior rilievo per la trasmissione degli impulsi di politica monetaria e sui servizi di compensazione, garanzia, liquidazione e gestione degli strumenti finanziari, nonché compiti di vigilanza sugli istituti di credito e su altri intermediari finanziari. Inoltre la Banca d'Italia svolge, mediante convenzione, funzioni di tesoreria provinciale e centrale dello Stato. La legge 28 marzo 1991, n.104 ha portato da dieci a vent'anni la durata della convenzione, prevedendone il rinnovo tacito salvo disdetta da comunicare entro cinque anni dalla scadenza.

La Banca (quale Tesoriere dello Stato) esegue le disposizioni di pagamento emesse dalle amministrazioni dello Stato e riscuote le somme a qualsiasi titolo dovuto allo Stato, sia direttamente sia indirettamente tramite le banche, le Poste e i concessionari della riscossione. La Banca, inoltre, detiene il "Conto disponibilità del Tesoro per il servizio di tesoreria" sul quale sono regolate le

operazioni svolte per conto dello Stato: la tesoreria ha assunto un ruolo sempre più importante dapprima, con l'attuazione nel 1984 della tesoreria unica e poi con lo sviluppo delle tecnologie e la crescente informatizzazione delle procedure di incasso e pagamento.

Infine, la Banca d'Italia svolge compiti in materia di debito pubblico. In particolare, essa sfornisce consulenza e assistenza al Ministero dell'economia nella definizione della politica di emissione dei titoli dello Stato. Elabora statistiche monetarie, creditizie e finanziarie e le diffonde attraverso le sue pubblicazioni.

c. La legge dell'Unione economica e monetaria-UEM

L'art. 99 del trattato istitutivo della Comunità europea prevedeva che gli Stati considerassero la politica dei tassi di cambio come materia di interesse comune da realizzarsi con il c.d. "serpente monetario", ovvero, un sistema di cambio basato su margini bilaterali di fluttuazione oltre i quali sorgeva l'obbligo di intervento delle autorità monetarie. Tale sistema fu abolito nel 1979 con la creazione del Sistema monetario europeo-SME consistente in un meccanismo di cambio e di intervento fondato sull'"European Currency Unit-ECU". Lo SME fu adottato fino al 1992, quando a seguito del trattato di Maastricht si attribuì alla Comunità europea l'obiettivo di promuovere uno sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche, una crescita sostenibile e non inflazionistica, un elevato grado di convergenza dei risultati economici ecc.

Per la realizzazione dell'Unione, il trattato ha previsto tre fasi:

- prima fase (1 luglio 1990, 31 dicembre 1993), dedicata al completamento del mercato unico e alla rimozione delle residue restrizioni ai movimenti di capitale;
- seconda fase (1 gennaio 1994, 31 dicembre 1998), dedicata alla preparazione delle condizioni di convergenza macroeconomica e istituzionale tra gli Stati. In questa fase, un ruolo importante è stato svolto dall'Istituto Monetario Europeo-IME, a cui erano demandati due compiti: accrescere la cooperazione tra le banche centrali nazionali e preparare il quadro logistico, organizzativo, e giuridico necessario alla conduzione della politica monetaria unica da parte della BCE;
- terza fase (1 gennaio 1999, 31 dicembre 2001), dedicata all'individuazione dei paesi allineati ai parametri di convergenza macroeconomica e istituzionale dettati a Maastricht. Dopo la liquidazione dell'IME, ha iniziato ad operare la BCE ed è divenuto pienamente operativo il SEBC per la conduzione della politica monetaria unica nell'Unione.

Successivamente sono stati fissati i tassi di cambio delle monete degli undici paesi partecipanti rispetto alla nuova moneta europea, l'euro, che ha cominciato a circolare il 1 gennaio 2002. Hanno adottato l'euro i paesi che, oltre ad aver conseguito livelli di convergenza economica elevati e

sostenibili, hanno modificato le legislazioni nazionali rendendole compatibili con il trattato e con lo statuto del SEBC.

d. Finalità dell'Unione economica e monetaria-UEM

L'Unione economica monetaria-UEM è caratterizzata da tre elementi. Il primo, è l'assegnazione di priorità all'obiettivo della stabilità dei prezzi. Il secondo, è l'indipendenza totale dell'organo di controllo rispetto ai governi. Il terzo, è l'istituzionalizzazione della separazione tra politica monetaria e vigilanza bancaria, la prima delle quali è affidata alla BCE e svolta in sede comunitaria, mentre la seconda è svolta dal paese di origine e dal paese ospitante.

Le finalità dell'Unione economica e monetaria sono indicate dagli artt. 3 del TUE e 119 del TFUE. Questi stabiliscono la definizione e la conduzione di una politica monetaria e di una politica del cambio uniche grazie all'introduzione della una moneta unica.

e. La moneta unica europea

Il Consiglio europeo di Madrid del 1995 pose in essere le indicazioni fondamentali per l'introduzione di una moneta unica a livello europeo definite in tre regolamenti europei. Il regolamento CE n.1103/97 del 17 giugno 1997 contiene l'insieme delle disposizioni per l'introduzione dell'euro; il regolamento CE n.974/98 del 3 maggio 1998 definisce le caratteristiche tecniche della nuova moneta; il regolamento CE n.975/98 del 3 maggio 1998, definisce i valori unitari e le specificazioni tecniche delle monete metalliche destinate alla circolazione negli stati membri. Le disposizioni comunitarie sono state recepite in Italia con alcuni provvedimenti legislativi che hanno definito l'ambito operativo per assicurare l'effettiva e corretta introduzione dell'euro. La transizione dalla Lira all'Euro si è svolta secondo alcuni principi guida finalizzati a: mantenere la continuità degli strumenti e dei rapporti; l'automatica sostituzione dei parametri di indicizzazione; l'adattamento spontaneo e progressivo all'uso della nuova moneta.

La produzione delle monete metalliche è competenza delle Zecche nazionali, in conformità delle indicazioni e delle specifiche tecniche dettate dalla BCE.

f. Il Sistema europeo delle banche centrali-SBCE e la Banca centrale europea-BCE

La finalità del SBCE è il mantenimento della stabilità dei prezzi, tuttavia, il TFUE attribuisce dei compiti al SBCE e alla BCE:

- definire ed attuare la politica monetaria della Comunità;
- svolgere le operazioni sui cambi;
- detenere e gestire le riserve ufficiali in valuta estera degli Stati membri;

- promuovere il regolare funzionamento dei sistemi di pagamento;
- autorizzare l'emissione di banconote ed emettere banconote insieme alle banche centrali;
- contribuire alla vigilanza prudenziale degli enti creditizi e alla stabilità del sistema finanziario e svolgere compiti specifici in materia di vigilanza prudenziale assegnati dal Consiglio europeo.

In merito a quest'ultimo punto, vige in ambito comunitario un modello decentrato che prevede la separazione delle funzioni di politica monetaria da quelle di vigilanza. Il modello decentrato è stato parzialmente rivisto dopo la crisi finanziari mondiale. Nel 2011, hanno iniziato ad operare tre autorità di vigilanza europee, distinte per settore, le quali pur continuando a basarsi sul decentramento a livello nazionale dei compiti operativi, mirano ad assicurare l'armonizzazione delle regole e delle prassi di vigilanza e a rafforzare il coordinamento tra le autorità nazionali.

Il SBCE comprende la BCE e le banche centrali nazionali. Poiché nell'unione vi sono Paesi che non utilizzano l'Euro (Paesi con deroga), un ruolo fondamentale è svolto dall'Eurosistema che conduce la politica monetaria dell'Unione.

Gli organi della BCE, quali il Consiglio direttivo e il Comitato esecutivo, reggono il SBCE. Il primo è l'organo decisionale comprendente i membri del Comitato esecutivo e i governatori delle banche centrali nazionali. Esso assume le decisioni necessarie l'attuazione dei compiti del SEBC e formula la politica monetaria dell'Unione, ivi comprese le decisioni relative agli obiettivi monetari intermedi, ai tassi di interesse di riferimento e all'offerta di riserve nell'Eurosistema.

Il Comitato esecutivo è composto da un presidente, da un vicepresidente e da quattro membri, tutti nominati, per otto anni, di comune accordo, tra i governi, su raccomandazione del Consiglio dell'Unione europea e previa consultazione del Parlamento europeo e del Consiglio direttivo della BCE. Il Comitato esecutivo prepara le decisioni del Consiglio direttivo, attua la politica monetaria conformemente agli indirizzi e alle decisioni del Consiglio direttivo, impartisce istruzioni alle banche centrali nazionali, gestisce l'attività corrente della BCE.

Nelle decisioni di politica monetaria, il Consiglio direttivo delibera di norma a maggioranza semplice e in caso di parità prevale il voto del presidente.

La BCE si avvale delle banche centrali nazionali dell'Eurosistema per eseguire le operazioni che rientrano tra i suoi compiti. Questo modello, basato sull'accentramento delle decisioni e sul decentramento operativo, concilia l'esigenze di unicità della politica monetaria con il principio di sussidiarietà che riserva alle autorità nazionali l'attuazione di ciò che non sia meglio realizzabile da parte delle istituzioni europee.

g. La politica monetaria unica

L'obiettivo principale della politica monetaria unica è la stabilità dei prezzi: per stabilità dei prezzi si intende un aumento annuo dell'indice armonizzato dei prezzi al consumo nell'area dell'euro inferiore al 2%. Ciò implica il mantenimento dell'inflazione su livelli inferiori al 2% nel periodo medio. Un'inflazione bassa e stabile è una condizione essenziale per una crescita economica equilibrata e sostenibile nel tempo e per creare benessere e occupazione.

Le decisioni di politica monetaria vengono assunte dall'Eurosistema non sulla base di un'unica variabile ma di un complesso più vasto di informazioni sull'andamento futuro dell'inflazione e tenendo conto anche dei rischi. Per il raggiungimento degli obiettivi di politica monetaria, l'Eurosistema ha a disposizione un insieme di strumenti: condurre operazioni di mercato aperto; operazioni su iniziativa delle controparti; riserve obbligatorie.

Le operazioni di mercato aperto, attraverso cui si fornisce o si sottrae liquidità, svolgono un ruolo importante al fine di controllare i tassi di interesse, determinare le condizioni di liquidità del sistema e segnalare l'orientamento della politica monetaria. Tali operazioni possono essere temporanee (acquisti pronti contro termine) o definitive (acquisti e vendita di titoli). Le operazioni di mercato aperto possono essere attuate sulla base di aste standard, aste veloci o procedure bilaterali. Con riferimento alle finalità, alla cadenza e alle procedure adottate, si distinguono: a) le operazioni di rifinanziamento principale, che forniscono la maggior parte del rifinanziamento necessario al settore finanziario, sono temporanee, hanno durata settimanale e sono effettuate dalle banche centrali nazionali tramite aste standard; b) le operazioni di rifinanziamento a più lungo termine, che mirano a fornire ulteriori finanziamenti, sono temporanee, hanno frequenza mensile e scadenza a tre mesi e sono svolte mediante aste standard; c) le operazioni di "fine-tuning", che mirano a regolare la liquidità del mercato e a controllare l'evoluzione dei tassi di interesse, sono temporanee, non hanno una cadenza prestabilita e vengono effettuate dalle banche centrali attraverso aste veloci o procedure bilaterali; d) le operazioni di tipo strutturale, che servono per modificare la posizione strutturale dell'Eurosistema nei confronti del settore finanziario, sono effettuate mediante l'emissione di certificati di debito, operazioni temporanee o definitive e svolte attraverso aste standard o procedure bilaterali.

Le operazioni su iniziativa delle controparti sono finalizzate a immettere o ad assorbire liquidità per periodi molto brevi. Le controparti possono attivare, di loro iniziativa, operazioni di rifinanziamento oppure di deposito per ottenere o depositare liquidità presso le banche centrali nazionali, a un tasso di interesse prestabilito.

Il regime di riserva obbligatoria dell'Eurosistema si applica agli istituti di credito dell'area dell'euro e implica il mantenimento, in conti aperti presso la BCE o le banche centrali nazionali, di una quota

prefissata dei depositi raccolti dalla clientela. Le istituzioni creditizie ricevono lo stesso tasso di interesse al quale la liquidità viene fornita attraverso le operazioni di mercato aperto. La riserva obbligatoria mira a stabilizzare i tassi di interesse del mercato monetario, favorendo la crescita della base monetaria.

h. Le misure straordinarie di politica monetaria dopo la crisi finanziaria

La crisi economica-finanziaria globale, ha innescato una situazione di diffusa instabilità e sfiducia dei mercati, e pertanto sono stati necessari interventi d'emergenza incentrati sul coordinamento tra banche centrali, i governi e le autorità di vigilanza, col fine di allentare le tensioni sui mercati, normalizzare i tassi di interesse, realizzare piani di salvataggio di banche in difficoltà.

La crisi ha indotto l'Eurosistema a modificare il normale assetto operativo di politica monetaria. Come "exit strategy", la BCE ha adottato misure non convenzionali, ma straordinarie e temporanee. Tali misure sono incentrate principalmente sull'erogazione di liquidità alle banche. In seguito al progressivo deterioramento delle condizioni di liquidità, la BCE ha fatto ricorso all'erogazione di liquidità a tasso fisso nelle operazioni di mercato aperto, all'ampliamento dell'elenco delle attività stanziabili in garanzia, all'erogazione di liquidità a più lunga scadenza in valuta estera.

L'ulteriore evoluzione della crisi ha determinato, in Europa, forti tensioni anche sul mercato dei titoli del debito pubblico di alcuni paesi dell'area, che a loro volta hanno accentuato le difficoltà del sistema creditizio. La crisi dei debiti sovrani degli Stati ha richiesto nuove misure straordinarie: per garantire il corretto funzionamento dei canali di trasmissione degli impulsi di politica monetaria, la BCE ha avviato un programma di acquisto sul mercato di titoli degli Stati in difficoltà, sottolineando, tuttavia, il carattere eccezionale e temporaneo del programma (era cioè una forma di sostegno).

Lo scoppio e il successivo evolversi della crisi finanziaria mondiale hanno dunque reso più complesso il ruolo delle banche centrali sulla scena internazionale. Nell'area dell'euro, la politica monetaria ha dovuto fronteggiare le sfide legate all'interazione tra l'andamento dell'economia reale e le turbolenze sui mercati finanziari.

Tuttavia, la ripresa delle normali modalità di conduzione della politica monetaria è legata alla graduale rimozione di tutte le misure non convenzionali adottate dall'Eurosistema, in quanto una loro proroga rischierebbe di incidere sul comportamento delle banche e dei governi, disincentivando l'adozione di autonome politiche di risanamento e innescando meccanismi di "moral hazard".

i. Il controllo della valuta

Con il termine valuta (o “divisa”) si indica l’insieme dei titoli rappresentativi di credito denominati in moneta estera. La disciplina valutaria è invece l’insieme delle disposizioni legislative e amministrative che disciplinano i pagamenti tra una paese e gli altri. Poiché tale disciplina dei pagamenti è finalizzata a controllare il rapporto tra la propria moneta e le monete estere, assumono rilievo gli accordi di cambio tra moneta nazionale e valute. Rientrano nell’ambito della disciplina della valuta gli accordi volti a limitare le fluttuazioni tra monete o fissare rapporti di cambio tra di esse. Inoltre, costituiscono un’evoluzione delle norme valutarie alcune disposizioni in materia di trasferimenti di capitali, sia all’interno del territorio nazionale, sia nei rapporti con l’estero: disciplina antiriciclaggio.

Il controllo della valuta ha ormai perso il suo connotato nazionale. Con l’introduzione dell’euro, alla moneta nazionale si è sostituita una moneta europea condivisa tra più paesi, e di conseguenza non esiste più una disciplina valutaria nazionale ma solo una disciplina valutaria europea.

Nel diritto europeo la disciplina valutaria è costituita dalle norme che riguardano i rapporti di cambio tra euro e valute diverse dall’euro. L’insieme più ristretto è quello che comprende il rapporto tra moneta unica e valute dei paesi che sono dentro l’Unione europea ma ancora fuori dalla moneta unica (es. Inghilterra, Danimarca). Per questo insieme sono stati stipulati gli Accordi europei di cambio al fine di evitare eccessive fluttuazioni dei tassi di cambio tra le valute interessate e l’euro, suscettibili di compromettere la stabilità all’interno del mercato unico. La BCE e le banche centrali nazionali che hanno aderito all’accordo si impegnano ad intervenire sul mercato dei cambi ogni volta che i tassi di cambio nei confronti dell’euro raggiungano i limiti di oscillazione consentiti. Queste possono anche sospendere gli interventi automatici qualora questi entrano in conflitto con l’obiettivo del mantenimento della stabilità dei prezzi.

La crisi dei debiti sovrani degli Stati della zona euro, ha determinato un diffuso euroscetticismo, tanto da portare alcuni paesi ad uscire dalla moneta unica (es. Ungheria).

L’insieme più ampio delineato dal disegno normativo europeo è quello che riguarda i rapporti tra euro e valute terze (es. Stati Uniti, Giappone). Con l’obiettivo della stabilità dei prezzi, è possibile concludere accordi di cambio con le valute di Stati terzi. Il Consiglio, oltre ad accordi formali di cambio, può formulare orientamenti generali per la politica del cambio dell’Eurosistema.

Infine, vi sono i rapporti valutari che utilizzano l’euro ma che sono al di fuori dell’UE (es. San Marino, Monaco, Città del Vaticano). Questi hanno sottoscritto accordi formali con l’UE per utilizzare l’euro. Tuttavia, essi non sono considerati giuridicamente parte della zona euro e non hanno rappresentanti in seno alla BCE.

Capitolo quarto. Le discipline della concorrenza

1. Introduzione

In Italia, la concorrenza viene disciplinata attraverso numerose norme. Da un lato, ci sono le norme generali a tutela della concorrenza e del mercato che vengono applicate dall'autorità "antitrust" nazionale; dall'altro vi sono discipline speciali relative alle comunicazioni e al credito, applicate dalle autorità di settore.

Rispetto ad altri Paesi, come Germania, Inghilterra, Francia e Stati Uniti, l'Italia si è dotata di una disciplina della concorrenza in un periodo più recente e tale ritardo ha determinato una sovrabbondanza di norme non bene armonizzate tra loro.

2. La disciplina generale: divieto di concentrazioni, intese e abusi di posizione dominante

Gli artt. 101 e 102 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea sono dedicati alla disciplina della concorrenza ed hanno ad oggetto le intese restrittive della concorrenza e gli abusi di posizione dominante.

A livello nazionale, la disciplina generale della concorrenza è contenuta nella legge 10 ottobre 1990 n.287, che riprende in gran parte il contenuto della disciplina "antitrust" europea. Oggetto della normativa sono le intese restrittive della concorrenza, l'abuso di posizione dominante e le operazioni di concentrazione. L'art. 2 di suddetta legge dispone che "sono vietate le intese tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante". L'art. 3 dispone che "è vietato l'abuso di posizione dominante all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante".

Sia nel caso delle intese, sia nel caso dell'abuso di posizione dominante, la norma definisce il divieto generale, ma contiene anche una enumerazione degli specifici comportamenti vietati. L'art. 9 attribuisce all'autorità antitrust il potere di vietare o sanzionare gli abusi di dipendenza economica (nell'ambito di rapporti di subfornitura in cui un soggetto detiene nei confronti della controparte una forza contrattuale preminente), qualora rilevanti per la tutela della concorrenza e del mercato.

L'art. 5 dispone che l'operazione di concentrazione si realizza: "a) quando due o più imprese procedano a fusione; b) quando uno o più soggetti in posizione di controllo di almeno un'impresa ovvero una o più imprese acquisiscono direttamente o indirettamente, sia mediante l'acquisto di azioni o di elementi del patrimonio, sia mediante contratto o qualsiasi altro mezzo, il controllo

dell'insieme o di parti di una o più imprese; c) quando duo o più imprese procedano, attraverso la costituzione di una nuova società, alla costituzione di un'impresa comune”.

Le intese limitative della concorrenza e l'abuso di posizione dominante sono vietate in via diretta dalle norme, mentre per le operazioni di concentrazione è prevista la comunicazione all'Autorità garante della concorrenza e del mercato e una valutazione da parte di quest'ultima finalizzata a verificare se la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante elimini o riduca in modo durevole la concorrenza.

a. I rapporti tra la disciplina generale nazionale e quella europea

L'art. 1 della legge generale sulla concorrenza del 1990 dispone che la legge si applica in tutti i casi che non ricadono nell'ambito di applicazione della normativa comunitaria. Inoltre dispone che l'Autorità garante della concorrenza e del mercato informi la Commissione della Comunità ogni qualvolta ritenga che un caso in suo esame non rientri nell'ambito della sua competenza.

Esso stabilisce, pertanto, il principio di prevalenza del diritto europeo su quello interno e introduce due doppi raccordi: i primi relativi al rapporto tra le norme europee e quelle dell'ordinamento nazionale; i secondi relativi ai rapporti tra procedimenti europei e procedimenti nazionali.

Per quanto riguarda il rapporto tra le norme, l'art. 1 stabilisce due principi: quello del completamento dell'ordinamento nazionale in base ai principi dell'ordinamento europeo e quello della residualità della disciplina nazionale rispetto a quella europea. La residualità deriva dal fatto che i casi oggetto della normativa nazionale sono tutti quelli che sono esclusi dall'applicazione del diritto europeo. Per quanto riguarda il principio di “preferenza” delle norme europee, l'amministrazione nazionale deve deferire alla Commissione della Comunità le questioni che non rientrano nell'ambito dei suoi poteri, oppure sospendere l'istruttoria quando il procedimento risulti iniziato presso la Commissione. Viene così stabilito il principio della prevalenza del procedimento europeo rispetto a quello nazionale.

Per quanto riguarda i rapporti tra autorità nazionali e Commissione particolare rilievo rivestono altri due principi: il principio di sussidiarietà che limita l'intervento della Commissione ai soli casi in cui l'azione degli Stati membri non sia idonea a raggiungere efficacemente gli obiettivi previsti, e quello del decentramento, secondo il quale qualsiasi decisione è più efficace se adottata dal soggetto più vicino al destinatario. In riferimento a quest'ultimo, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha il potere di procedere all'applicazione diretta degli artt. 101 e 102 del TFUE, utilizzando i poteri ed agendo secondo le procedure previste dalla legge 287/90.

Tuttavia, gran parte dei procedimenti avviati dinanzi ai organi giudiziari e alle autorità nazionali venivano sospesi a causa delle richieste di esenzione notificate alla Commissione impedendo a

quest'ultima di concentrarsi sulle fattispecie europee più rilevanti. Per porvi rimedio, il regolamento CE n.1 del 2003 ha abolito il regime di notifica preventiva e ha riconosciuto l'applicabilità diretta delle disposizioni contenute nell'art. 101 da parte delle autorità e dei giudici nazionali. In tal modo la Commissione può dedicarsi alla fattispecie di violazione del diritto europeo più gravi.

Il regolamento contiene anche disposizioni riguardo lo scambio di informazioni tra le autorità della rete per incrementarne il coordinamento e la cooperazione. In questo contesto si colloca il regolamento di esenzione in materia di intese verticali che contiene una serie di indici oggettivi ai quali ci si deve riferire nella valutazione dell'esenzione.

b. Le autorità di controllo: la Commissione e l'Autorità garante della concorrenza e del mercato

La Commissione europea ha il compito di controllare l'applicazione delle regole di concorrenza. Tale orientamento rappresenta però un'anomalia in quanto nella maggior parte dei paesi europei si è fatto ricorso ad autorità amministrative indipendenti per il controllo della concorrenza. La scelta compiuta in ambito europeo è, quindi, un'asimmetria tra l'ufficio pubblico di controllo della concorrenza in sede europea e quello in sede nazionale. Questa asimmetria è particolarmente rilevante in quanto le discipline nazionali della concorrenza si innestano su quella europea.

Infatti, la Commissione applica direttamente gli artt. 101 e 102 solo: a) in presenza di intese che incidono sulla concorrenza in più di tre Stati membri; b) quando sia necessario adeguare la politica di concorrenza europea a problemi nuovi; c) quando vi sia il pericolo dell'adozione da parte delle autorità nazionali di decisioni contrastanti con il diritto antitrust europeo. Al di fuori di queste ipotesi, la competenza ad applicare le disposizioni antitrust europee è demandata all'autorità nazionale. Alla Commissione resta invece attribuita, in via esclusiva, la competenza a valutare le operazioni di concentrazione di dimensione europea.

Nel nostro ordinamento la funzione di tutela della concorrenza spetta all'Autorità garante della concorrenza e del mercato. Essa è composta da cinque membri, nominati dai presidenti della Camera dei deputati e della Camera del Senato della Repubblica, e scelti tra persone di notoria indipendenza e con particolari qualificazioni tecniche. I suoi componenti durano in carica sette anni e non possono essere confermati. La sua attività si svolge in piena autonomia ed indipendenza che vengono garantite da questi provvedimenti. Si tratta di un'autorità amministrativa indipendente ordinata secondo il criterio del monismo. Tutte le amministrazioni sono, infatti, apparati serventi al governo nei confronti del quale sono tenute a rispondere. In altri Paesi, come gli Stati Uniti, il sistema amministrativo è ordinato in autorità indipendenti, denominate "agencies", "commissions", "boards", che non sono organi di indirizzo politico in quanto l'unico organo di indirizzo politico è il Presidente.

Di particolare rilievo, al fine di garantire l'indipendenza delle diverse autorità, sono anche le modalità di finanziamento delle stesse. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato è finanziata con uno stanziamento annuale inserito in un apposito capitolo dello stato di previsione del Ministero dello sviluppo economico. Inoltre è stata prevista la possibilità per l'Autorità di procedere ad una forma parziale di autofinanziamento, commisurato alla copertura dei costi relativi al controllo delle operazioni di concentrazione. Infatti, le imprese che procedono alla notifica delle operazioni di concentrazione sono tenute al pagamento di una "fee" (commissione) pari al 1,2% del valore della transazione. La "fee" non può essere inferiore a tremila euro né superiore a sessantamila. Le somme dovute a titolo di sanzione per gli illeciti in materia di pratiche commerciali scorrette devono essere, per legge, versate sul conto di tesoreria dell'Autorità ed essere destinate a spese di carattere non continuativo e non obbligatorio, con esclusione dunque delle spese per il personale. Ulteriore forma di finanziamento è costituito dal versamento di un contributo da parte di altre autorità.

Per quanto riguarda le imprese assicurative e quelle operanti nel settore delle comunicazioni di massa e dell'editoria, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato nell'applicazione della disciplina antitrust deve provvedere sentito il parere dell'ISVAP e dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni.

La separazione delle funzioni di vigilanza da quelle di tutela della concorrenza, consente di evitare che al medesimo organismo sia attribuito il perseguimento di interessi potenzialmente conflittuali tra loro quali sono. Tutti questi poteri rendono l'agire dell'Autorità più omogeneo rispetto a quello della Commissione, garantendo una maggiore uniformità nell'applicazione del diritto antitrust europeo. Nei confronti delle restrizioni alla concorrenza derivanti da provvedimenti amministrativi, leggi e regolamenti l'Autorità gode di poteri di segnalazione e consultivi per mezzo dei quali indica al regolatore i problemi riscontrati e suggerisce le possibili soluzioni.

Infine, nel corso degli anni alla funzione di tutela della concorrenza si sono aggiunte quella di tutela del consumatore e quella di controllo sul conflitto di interessi: la prima è legata (in via indiretta) con la funzione di tutela della concorrenza, la seconda non presenta alcun legame con l'attività originaria dell'Autorità. La concentrazione di più funzioni svolte dall'Autorità rischia di minarne la sua autorevolezza derivante dall'essere un organismo mono funzione.

c. I procedimenti di controllo

I procedimenti di controllo vanno distinti a seconda che vengano seguiti dalla Commissione o dall'Autorità garante: i primi sono disciplinati dal diritto europeo, mentre i secondi dal solo diritto

nazionale in materia di concentrazioni, e in via integrativa al diritto europeo per quanto riguarda le intese restrittive della concorrenza e gli abusi di posizione dominante.

I procedimenti di controllo della Commissione sono articolati su tre ordini di interventi: il primo consiste in un'attività di vigilanza e monitoraggio. Il secondo si presenta come un procedimento che si articola a sua volta in una fase di iniziativa, che può essere d'ufficio o provenire da uno Stato membro, ed in una fase istruttoria, compiuta in collegamento con le autorità antitrust nazionali. Il terzo intervento è eventuale e consiste in un procedimento ripristinatorio o sanzionatorio. La Commissione compie un'istruttoria per accertare l'infrazione, al termine della quale, provvede con decisione motivata. La Commissione può definire le condizioni e le modalità per rimediare alla situazione, ma deve rimettersi alle misure adottate dagli Stati.

In ambito nazionale, i procedimenti di controllo dell'Autorità garante in materia di intese, abusi di posizione dominante e di concentrazioni è regolamentata dalla legge 287/90 e dal decreto del Presidente della Repubblica 30 aprile 1998 n.217.

In materia di programmi di clemenza, decisioni di accettazione di impegni e di misure cautelari, l'Autorità ha adottato alcune comunicazioni sulle procedure da seguire nell'applicazione di tali istituti. L'Autorità definisce con proprio provvedimento generale i casi in cui la sanzione amministrativa pecuniaria può essere non applicata o ridotta secondo le modalità previste dal diritto comunitario.

I procedimenti di controllo sono diversi, a seconda che si tratti di intese restrittive della libertà di concorrenza e di abuso di posizione dominante. I divieti relativi alle intese e all'abuso di posizione dominante derivano direttamente dalla legge, mentre i limiti relativi alla concentrazione sono oggetto di una previa "valutazione" dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

L'Autorità svolge un'attività di monitoraggio in quanto ha il compito di procedere alle indagini conoscitive di natura generale dei settori economici nei quali l'evoluzione degli scambi, l'andamento dei prezzi o altre circostanze facciano presumere che la concorrenza sia impedita, ristretta o falsata. Essa svolge anche l'attività che si articola in un procedimento. L'autorità procedente deve valutare tutti gli elementi in suo possesso e conseguentemente procedere ad un'istruttoria laddove lo ritenga opportuno. In questa fase l'Autorità, se agisce ai sensi della normativa europea (artt. 101 e 102 TFUE), deve informare per iscritto la Commissione, ed eventualmente le autorità nazionali degli altri Stati membri, della sua decisione. Dopo l'iniziativa, si apre un'istruttoria articolata in due diverse fasi. In primo luogo, si ha una pre-istruttoria, per verificare l'esistenza di infrazioni. Poi, un'attività istruttoria formalizzata, che inizia con la notifica dell'apertura dell'istruttoria alle imprese e agli enti interessati. In questa fase, l'Autorità può assumere misure cautelari, laddove vi sia un'urgenza dovuta al rischio di un danno grave e

irreparabile per la concorrenza. L'adozione delle misure cautelari deve avvenire previo contraddittorio con le parti interessate, che possono decidere di essere sentite davanti al Collegio.

Segue la fase della decisione. Quando, l'Autorità ravvisi in frazioni ai divieti disposti dalla legge, dispone la cessazione dei comportamenti vietati, stabilendo un termine per l'eliminazione delle infrazioni e, in caso di infrazioni gravi, una sanzione amministrativa pecuniaria. In caso di reiterata inottemperanza, l'Autorità può disporre la sospensione dell'attività di impresa fino a 30 giorni.

L'istruttoria del procedimento è di tipo contenzioso in quanto si svolge in contraddittorio, sia orale che scritto. L'autorità procedente è dotata di poteri strumentali a fini probatori: può richiedere l'esibizione di documenti, disporre ispezioni, prendere copie, disporre perizie ecc.

Il procedimento può concludersi anche senza accertamento dell'infrazione laddove le parti, nella fase iniziale dell'istruttoria, presentino impegni ritenuti idonei dall'Autorità a superare i "profili concorrenziali oggetto dell'avvio". Con la decisione di accettazione degli impegni presentati, l'Autorità li rende obbligatori per le imprese, potendo, nel caso in cui gli stessi non vengano rispettati, imporre una sanzione e riaprire il procedimento istruttorio.

Se gli impegni non vengono ritenuti idonei a risolvere i problemi concorrenziali ipotizzati nell'atto di avvio dell'istruttoria, gli stessi vengono rigettati e il procedimento istruttorio prosegue per accertare l'esistenza dell'infrazione. Il rigetto può essere impugnato dalle parti in sede di ricorso contro il provvedimento finale. Il potere dell'Autorità in materia di impegni ha carattere discrezionale e deve essere esercitato entro i limiti previsti dall'ordinamento europeo.

Questo tipo di procedimento introduce una sorta di "patteggiamento" tra le imprese e l'Autorità, che produce due effetti. Da un lato, consente alle imprese di non essere dichiarate responsabili dell'illecito antitrust e si evitano azioni di risarcimento danni in sede civile. Dall'altro, premette all'Autorità di giungere ad un rimedio più rapido ed efficace della concorrenza in tutela dell'interesse pubblico. L'immunità, o la riduzione della sanzione dovrebbero rappresentare un incentivo per le imprese partecipanti ad un cartello segreto ad autodenunciarsi. Tuttavia, il programma di clemenza si applica solo alle intese orizzontali e l'immunità totale dalla sanzione è garantita all'impresa che per prima fornisca evidenze dell'esistenza del cartello. La riduzione dell'importo della sanzione (in ogni caso non superiore al 50%), è invece riconosciuta alle imprese che cooperano in modo qualificato nell'accertamento dell'infrazione. Ai fini dell'analisi della domanda di clemenza, vengono presi in considerazione la tempestività della richiesta e la valenza del materiale probatorio fornito.

L'impresa che non sia in grado di fornire immediatamente gli elementi probatori richiesti dall'Autorità può ottenere un "marker" ossia un termine ulteriore per il perfezionamento della

domanda presentata. La domanda può essere presentata in forma semplificata o in forma orale su richiesta adeguatamente motivata dell'impresa.

Per quanto riguarda i procedimenti di controllo relativi alle concentrazioni, questi si differenziano dai precedenti in quanto le operazioni di concentrazione non sono vietate direttamente dalla legge ma devono essere preventivamente comunicate all'autorità procedente quando sussistono determinate caratteristiche indicate dalla legge. La mancata comunicazione è sanzionata.

Il procedimento si apre quando l'autorità ritenga che un'operazione di concentrazione possa essere vietata. Una volta avvenuta la notificazione della concentrazione, l'Autorità svolge un'attività di pre-istruttoria al termine della quale si presentano due possibilità: a) l'Autorità non ritiene necessario avviare l'istruttoria formale dandone comunicazione alle imprese interessate e al Ministro dello sviluppo economico; b) l'Autorità ritiene l'operazione di concentrazione suscettibile di essere vietata e istituisce un'istruttoria formale. In tal caso, questa, non è contenziosa in quanto non prevede il contraddittorio. In caso di esito negativo (laddove non sussistano elementi sufficienti alla decisione), l'Autorità ne deve dare comunicazione alle imprese e al Ministro dello sviluppo economico. In caso di esito positivo, l'Autorità vieta o autorizza con condizioni la concentrazione.

A differenza del procedimento istruttorio previsto per le intese e gli abusi di posizione dominante, il termine di conclusione è fissato dal legislatore in 45 giorni, più i 30 entro i quali l'Autorità deve decidere l'avvio dell'istruttoria.

Per assicurare il rispetto del divieto di concentrazione è previsto che i privati che non rispettino le indicazioni dell'Autorità possano essere suscettibili di sanzioni amministrative pecuniarie.

3. Le discipline speciali

Accanto alle discipline generali di cui al paragrafo precedente, ci sono discipline di carattere speciale relative a specifici settori.

a. Il sistema integrato delle comunicazioni

L'art. 43 del decreto legislativo 177/2005 vieta la costituzione di posizioni dominanti nei singoli mercati che compongono il sistema integrato delle comunicazioni, individuate secondo i limiti percentuali di concentrazione di risorse economiche in esso indicati. Inoltre prevede che, nell'ambito dell'assegnazione delle frequenze radiofoniche e televisive, uno stesso fornitore di contenuti non possa essere titolare di autorizzazioni che consentano la diffusione di più del 20% del totale dei programmi televisivi e più del 20% dei programmi radiofonici in ambito nazionale. Si tratta di due norme diverse: la prima contiene limiti che riguardano il mantenimento di una

determinata struttura di mercato definita “a priori” e in via legislativa. La seconda introduce limiti relativi alla fase di accesso al mercato. L’art. 43 inoltre vieta ai soggetti che esercitano attività televisiva i cui ricavi siano superiori all’8% del valore economico del sistema integrato delle comunicazioni, e alle società i cui ricavi nel settore siano superiore al 40% dei ricavi complessivi del settore stesso, di acquisire partecipazioni in imprese editrici di giornali quotidiani.

Il controllo sul rispetto del divieto di posizione dominante e sulla formazione delle altre posizioni indicate dall’art. 43, spetta all’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni. Essa è un’autorità mista, scelta in parte dal governo e in parte dal Parlamento ed esercita anche funzioni di regolazione, di istruttoria e di vigilanza.

Se l’Autorità accerta che un’impresa o un gruppo di imprese si venga a trovare nella condizione di superare i limiti fissati dall’art.43, adotta un atto pubblico di richiamo in cui segnala la situazione a rischio e indica le imprese coinvolte. In caso di accertata violazione, l’Autorità apre un’istruttoria in contraddittorio con le parti, al termine della quale interviene proibendo alle imprese la continuazione dell’infrazione. Il superamento dei limiti relativi all’acquisizione di risorse economiche deve essere verificato entro un termine non superiore a dodici mesi.

L’Autorità a il potere di comminare sanzioni amministrative pecuniarie nei confronti dei soggetti che non rispettino gli ordini impartiti. Se la violazione è reiterata e di particolare gravità, l’Autorità può disporre anche la sospensione dell’attività per un periodo non superiore ai sei mesi e la revoca della concessione.

Per quanto riguarda la trasmissione della pubblicità, le disposizioni in materia fissano limiti giornalieri o settimanali alla programmazione di messaggi pubblicitari attraverso radio e televisione. Obiettivo di questa norma è la tutela dell’utente del servizio. Anche in tal caso, l’attività di controllo è affidata all’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni. Questa, in caso di inosservanza delle disposizioni, può disporre, entro novanta giorni dall’accertamento del fatto, l’adozione di un atto di contestazione che, oltre alla sommaria esposizione dei fatti, deve contenere l’indicazione dei termini di conclusione del procedimento. Se l’infrazione persiste oltre il termine l’Autorità può comminare una sanzione amministrativa pecuniaria. Oppure se la violazione è reiterata e di particolare gravità la sospensione dell’attività per un periodo non superiore ai sei mesi e la revoca della concessione o dell’autorizzazione.

b. La partecipazione al capitale delle banche

L’art. 19 del testo unico delle leggi bancarie disciplina l’acquisto di partecipazioni nelle banche. Questa norma, in primo luogo, sottopone ad autorizzazione della Banca d’Italia l’acquisizione di partecipazioni dirette e indirette al capitale di banche, da chiunque effettuata, che comporti il

controllo o la possibilità di esercitare un'influenza notevole sulla banca stessa, o che sia almeno pari al 10% del capitale, tenuto conto delle azioni e quote già possedute. È soggetta ad autorizzazione anche la variazione delle partecipazioni, quando la quota dei diritti di voto o del capitale sociale diventa pari o superiore al 20, il 30 o il 50%, o comporta il controllo sulla banca. In secondo luogo, stabilisce che l'autorizzazione non possa essere rilasciata quando si sospetta che sia connessa ad operazioni di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo e quando non siano rinvenibili condizioni atte a garantire la sana e prudente gestione della banca.

Il procedimento di autorizzazione è articolato nel seguente modo: il Comitato interministeriale per il credito e il risparmio-CICR adotta deliberazioni generali; la Banca d'Italia emana disposizioni attuative; poi, la Banca d'Italia, in conformità alle proprie disposizioni, rilascia l'autorizzazione, quando ricorrano le condizioni atte a garantire una gestione sana e prudente dell'ente creditizio.

L'acquisizione di partecipazioni, quando pari al 10% del capitale o quando conferisce il potere di controllo è sempre sottoposta ad autorizzazione.

c. Il settore del gas naturale

Misure "antitrust" sono state previste anche nel settore del gas naturale attraverso l'introduzione di tetti che limitano la quota di mercato detenibile dalle imprese attive nel mercato e, in particolare, da parte dell'incumbent ENI. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato nel caso di omessa o falsa attestazione della quota detenuta può infliggere una sanzione amministrativa pecuniaria: sentito il Ministero dello sviluppo economico, irroga una sanzione amministrativa pecuniaria fino al 10% del fatturato dell'anno precedente. In caso di ritardo di realizzazione delle misure entro i tempi previsti, l'Autorità irroga al medesimo soggetto una sanzione non superiore a 15 milioni di euro per ogni mese di ritardo.

4. Tipi di disciplina nazionale del mercato e della concorrenza

Il seguente paragrafo, funge da sintesi degli argomenti trattati fino a questo punto.

La disciplina generale è affidata ad un ufficio generale, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato che ha il compito di tutela del mercato e della concorrenza.

Le discipline speciali o di settore dono quelle relative alle comunicazioni di massa, alle partecipazioni al capitale delle banche e ai tetti antitrust. Le discipline speciali hanno la caratteristica di essere aggiuntive rispetto a quella generale e di assumere una concezione statica del monopolio e della concorrenza. Infine, le discipline di settore affiancano spesso norme sulla concorrenza con norme che più correttamente vanno definite sull'accesso.

Capitolo quinto. I servizi pubblici

1. Le trasformazioni dei servizi pubblici

I servizi che soddisfano esigenze fondamentali della collettività (es. energia elettrica, trasporti) sono tradizionalmente definiti servizi pubblici.

2. Il regime tradizionale

La disciplina normativa dei servizi pubblici si è consolidata in Italia nel primo trentennio del XX secolo. Il regime tradizionale dei servizi pubblici è caratterizzato da due elementi: il primo è la riserva originaria o esclusiva e produce l'effetto di privare tutti i soggetti della legittimazione ad assumere la qualità di imprenditori nel settore "riservato"; il secondo è dato dalla gestione pubblica diretta o indiretta. Innanzitutto, al regime della riserva originaria può far seguito la gestione diretta delle attività riservate (es. Ferrovie dello Stato, gestite dall'apposita azienda autonoma del Ministero dei trasporti). In altri casi, le attività riservate vengono assunte dai poteri pubblici in gestione indiretta, cioè attraverso un ente pubblico, anche se tale figura è stata abbandonata in molti casi (es. Ferrovie dello Stato ed ENEL trasformati in S.p.A.).

Anche il regime della concessione ha operato quasi sempre in favore di imprese pubbliche, ordinate in forma societaria. In tal caso, l'attività riservata è attribuita, con provvedimento dello Stato, a società per azioni, che svolgono in forma imprenditoriale il servizio, ma nella veste di concessionari. Ciò significa che esse acquisiscono la qualifica di imprenditore in virtù di un provvedimento autoritativo e singolare, che conferisce loro il compito di svolgere l'attività di impresa con esclusione di altri. L'attività della concessionaria è sottoposta all'indirizzo e al controllo del concedente. Nella maggior parte dei casi, le concessioni sono conferite a società giuridicamente private ma in controllo pubblico (es. RAI, Alitalia).

Dall'esame di regimi tradizionali dei servizi pubblici si ricava che al forma prevalente era quella pubblica. I servizi erano, in larga misura, assunti dallo Stato, per soddisfare particolari esigenze della collettività. Un ruolo determinante era assunto anche da obiettivi più generali di sviluppo economico e sociale del paese, che facevano dei servizi pubblici e delle imprese chiamate a gestirli importati strumenti di governo dell'economia.

Il regime della riserva originaria e della concessione era però in contrasto con quelli di libertà di iniziativa economica, di libertà di circolazione dei servizi e di concorrenza stabiliti dall'art. 41 della Costituzione.

3. Le discipline generali

A partire dagli anni '80 del XX secolo, la disciplina europea e quella nazionale mirano, da un lato, ad aprire i servizi pubblici al mercato e alla concorrenza e, dall'altro, a garantire i diritti delle imprese che operano nel settore e degli utenti che fruiscono di prestazioni essenziali.

a. Le liberalizzazioni e la concorrenza

La disciplina della concorrenza ha stentato ad affermarsi nel settore dei servizi pubblici. Per molti anni, il regime di riserva e gestione pubblica è stato salvaguardato sulla base di due norme dei trattati: la prima afferma l'irrelevanza del regime pubblico o privato della proprietà delle imprese ai fini dell'applicazione del diritto comunitario; la seconda consente una deroga all'applicazione delle norme a tutela della concorrenza alle imprese incaricate di una missione di interesse economico generale.

Soltanto negli anni '80 e '90 del XX secolo il rilancio dell'obiettivo di una piena integrazione e di un mercato unico europeo senza limiti e barriere artificiali ha imposto il riconoscimento delle libertà di circolazione e di concorrenza anche in settori fino a quel momento riservati. Si sono dunque affermate nel diritto comunitario la soppressione o la limitazione delle riserve originarie e la libertà di entrata nei settori tradizionalmente pubblici.

Si sono così susseguiti regolamenti e direttive che hanno disposto la liberalizzazione di diversi servizi (es. trasporti, telecomunicazioni, elettricità).

I diversi servizi pubblici sono stati considerati allo stesso modo di altrettanti mercati e sottoposti ad una disciplina uniforme a livello europeo. La liberalizzazione di questi settori ha comportato la limitazione e la soppressione del precedente regime di riserva e monopolio legale.

Con l'affermazione della libertà di entrata, si è consentito a più operatori di divenire imprenditori nei settori prima riservati, senza riguardo alla loro natura pubblica o privata e vietando discriminazioni fondate sulla nazionalità. L'accesso al mercato non è più subordinato al rilascio di concessioni esclusive o di autorizzazioni discrezionali. I poteri pubblici rilasciano licenze individuali o stabiliscono con un'autorizzazione generale le condizioni di esercizio dell'attività: i privati possono immediatamente offrire al pubblico i servizi. Anche il regime dei prezzi e delle condizioni di fornitura delle prestazioni è progressivamente liberalizzato per consentire il pieno dispiegarsi della concorrenza.

Le imprese di servizio pubblico sottostanno alle regole della concorrenza, salvi i casi in cui l'adempimento dei compiti loro specificamente affidati renda necessario il riconoscimento di taluni

diritti speciali ed esclusivi. Ciò significa che le regole della concorrenza si applicheranno anche ai soggetti che svolgono un'attività sottoposta a riserva originaria.

Qualora l'Autorità garante della concorrenza e del mercato individua casi di particolare rilevanza nei quali norme di legge o di regolamento o provvedimenti amministrativi determinano distorsioni della concorrenza, deve provvedere a segnalarle al Parlamento e al Presidente del Consiglio dei Ministri.

b. La regolazione e il servizio universale

La liberalizzazione dei servizi pubblici non determina soltanto il loro assoggettamento alla disciplina della concorrenza, ma anche un ampio intervento di regolazione, ispirato a principi e regole comuni ai diversi settori.

La regolazione, innanzitutto, mira a garantire l'apertura dei mercati. L'esigenza di un intervento pubblico è particolarmente avvertita nei casi di liberalizzazione parziale nei mercati o di barriere tecniche che ne intralciano il funzionamento. Per questi motivi i regolamenti e le direttive di liberalizzazione obbligano gli Stati a conferire poteri percettivi e di controllo ad autorità di settore, affinché queste impongano alle imprese in posizione dominante responsabilità speciali e misure asimmetriche. Quelle comuni ai diversi settori sono di due tipi. Un primo gruppo di misure riguarda l'accesso all'infrastruttura e l'interconnessione tra le reti. Si tratta di garantire ai nuovi entranti la possibilità di fornire i servizi agli utenti finali assicurando loro l'utilizzo delle infrastrutture e dei beni essenziali detenuti dall'impresa dominante, la quale avrebbe interesse a impedire o a rendere particolarmente oneroso tale utilizzo. In questi casi il legislatore prevede un intervento regolatorio che disciplina "en ante" le modalità tecniche e le condizioni economiche. In altri casi, si prevedono semplicemente obblighi di informazione, trasparenza e correttezza nelle trattative e un sindacato eventuale e successivo al raggiungimento dell'accordo. Un secondo tipo di interventi intende prevenire l'offerta di prezzi di livello eccessivamente basso fissati allo scopo di eliminare i concorrenti (prezzi predatori). A tal fine, si tenta di impedire il sussidio incrociato, imponendo per legge la separazione societaria o affidando all'autorità di settore il compito di emanare direttive per la separazione contabile e amministrativa tra le diverse attività svolte dal medesimo gestore.

Il secondo tipo di regolazione intende assicurare il funzionamento dei mercati in ragione delle loro particolari caratteristiche tecniche e strutturali. La disciplina pubblica stabilisce le modalità di assegnazione delle risorse scarse (senza le quali non è possibile svolgere l'attività) e organizza lo svolgimento delle transazioni, qualora queste richiedano meccanismi complessi di amministrazione delle negoziazioni.

Il terzo tipo di regolazione ha, invece, contenuti sociali e mira a garantire la fruizione diffusa e uniforme di servizi essenziali.

Al fine di garantire la fruizione universale dei servizi, il diritto europeo impone di rispettare i principi di parità di trattamento, adeguatezza, e continuità; di disciplinare le modalità di offerta; di garantire l'accessibilità dei prezzi; di assicurare determinati livelli qualitativi. Il servizio universale, a differenza di quello pubblico, non viene associato a uno specifico regime organizzativo o economico, in quanto si limita ad imporre il raggiungimento di un obiettivo, quello della fruizione diffusa di prestazioni essenziali.

In Italia, sono state adottate carte dei servizi pubblici, poi sono stati introdotti sistemi regolatori complessi, affidati ad apposite autorità indipendenti, aventi il compito di promuovere la concorrenza, garantire elevati livelli di qualità dei servizi e la loro diffusione sul territorio, garantire un sistema tariffario certo e trasparente, promuovere la tutela degli utenti.

Per il raggiungimento di tali, fini le autorità di regolazione settoriale hanno poteri precettivi, di controllo e di risoluzione delle controversie. Questi poteri intervengono sia sui rapporti tra imprese sia sui rapporti tra gestori ed utenti finali.

4. Le discipline speciali

Accanto ai principi stabiliti dal TFUE e dalle discipline generali della concorrenza e della regolazione, vi sono leggi speciali relativi a singoli settori.

a. L'energia elettrica e il gas

La legge del dicembre '62 ha disposto la riserva originaria della produzione, del trasporto e della distribuzione dell'energia elettrica, attribuendo il relativo servizio all'Ente nazionale per l'energia elettrica-ENEL.

Il diritto comunitario ha imposto la profonda modificazione di questo regime, al fine di costruire il mercato interno dell'energia elettrica e di introdurre la concorrenza. la normativa procede alla separazione tra le diverse fasi del servizio, che nel precedente regime erano integrate all'interno di un monopolio pubblico. Innanzitutto, l'attività di produzione è libera. Per facilitare la transizione dal monopolio alla concorrenza, la normativa ha posto a carico dell'ENEL un obbligo di cessione di capacità produttiva e ha vietato a ciascun soggetto di produrre o importare più del 50% dell'energia elettrica prodotta e importata in Italia. Ulteriori misure hanno mirato a facilitare la costruzione e gestione di nuove centrali elettriche, semplificando le relative procedure amministrative e

prevedendo il rilascio di un'autorizzazione unica, comprensiva della valutazione di impatto ambientale.

Le attività di trasmissione e dispacciamento, a causa delle condizioni di monopolio naturale, sono assoggettate a regime di riserva e affidate in concessione al gestore della rete di trasmissione nazionale: questa è una S.p.A. costituita dall'ENEL (quest'ultima detiene sempre la proprietà della rete).

Anche l'entrata di distribuzione può essere esercitata soltanto previo rilascio di concessione. Per ciascun ambito comunale è rilasciata soltanto una concessione. Ciò ha comportato una razionalizzazione del sistema distributivo, attraverso trasferimenti e aggregazioni tra l'ENEL e le imprese elettriche degli enti locali.

Il funzionamento della concorrenza del mercato elettrico è assicurato da una "borsa" dell'energia elettrica. L'organizzazione di tale mercato è affidata ad una società controllata dal Gestore dei servizi energetici-GSE a integrale partecipazione pubblica. La disciplina del mercato predisposta dal gestore è approvata co decreto dal Ministro sentita l'Autorità: essa definisce i compiti del gestore in ordine al bilanciamento della domanda e dell'offerta.

La vendita agli utenti finali è stata completamente liberalizzata. Permangono tuttavia misure di tutela a favore di consumatori domestici e piccole imprese, in quanto soggetti deboli sul piano contrattuale. A tal fine, l'Autorità emana direttive in ordine alle modalità di erogazione dei servizi, con specifico riferimento ai livelli qualitativi. L'Autorità quindi controlla la corrispondenza del comportamento imprenditoriale alle regole che presiedono allo svolgimento dell'attività ed eventualmente ordina all'esercente la cessazione dei comportamenti lesivi dei diritti degli utenti e il pagamento di indennizzi in loro favore. Per tali tipologie di clienti l'Autorità stabilisce le condizioni economiche e contrattuali di fornitura dell'energia elettrica (servizio di maggior tutela) fino a quando essi non decidano di cambiare fornitore. Le condizioni del servizio di maggior tutela si applicano anche ai clienti domestici e alle piccole e medie imprese che rimangono senza fornitore di elettricità, mentre per i clienti di medie e grandi dimensioni è previsto un servizio di salvaguardia che garantisce la continuità della fornitura dell'energia elettrica a condizioni economiche che non sono preventivamente stabilite dall'Autorità, ma sono il risultato di un'asta al ribasso svolta ogni due anni.

Per i clienti che non hanno esercitato la libertà di scelta sul mercato la fornitura del servizio è assicurata da una S.p.A. denominata "acquirente unico" controllata dal GSE.

Con la liberalizzazione del settore, anche le fonti energetiche rinnovabili (eolica, solare ecc.) e il risparmio energetico sono stati oggetto di crescente attenzione da parte del legislatore. Le direttive stabiliscono che sui produttori e sugli importatori di energia elettrica prodotta da fonti

convenzionali grava l'obbligo di immettere nel sistema elettrico nazionale una quota minima di elettricità prodotta da impianti alimentati da fonti rinnovabili. Tale obbligo può essere assolto o mediante l'immissione in rete della quantità di elettricità da fonti rinnovabili richiesta o acquistando titoli negoziabili sul mercato (certificati verdi) rilasciati dal GSE e comprovanti la produzione dell'equivalente quota. All'energia prodotta da impianti alimentati da fonti rinnovabili la normativa riconosce un regime privilegiato, garantendo un accesso prioritario alla rete, condizioni tecnico-economiche favorevoli e modalità di cessione semplificate.

Quanto al risparmio energetico la normativa di settore ha previsto obblighi di incremento dell'efficienza energetica a carico dei grandi distributori di energia elettrica e di gas naturale. Per assolvere a tali obblighi i distributori possono realizzare interventi di risparmio energetico direttamente o attraverso società specializzate, richiedendo quindi la certificazione della riduzione dei consumi conseguita e l'emissione in loro favore dei titoli di efficienza energetica in quantità pari ai risparmi certificati. In alternativa, i produttori possono ottemperare agli obblighi posti a loro carico acquistando i titoli da altri soggetti, mediante contratti bilaterali o attraverso un'apposita piattaforma gestita dal Gestore dei mercati energetici-GME.

Anche nel settore del gas naturale è possibile registrare un'analogia evoluzione nella direzione della parziale apertura del mercato, sulla base degli impulsi provenienti dall'UE. Se in passato le attività di prospezione, ricerca e coltivazione degli idrocarburi erano esercitate con riserva da società controllate a capitale pubblico, per la nuova disciplina tali attività sono aperte ai privati. Al fine di assicurare l'accesso non discriminatorio alle risorse, si introducono procedure concorsuali per il rilascio dell'autorizzazione all'esercizio del diritto esclusivo di ricerca e coltivazione degli idrocarburi in una determinata area geografica.

Anche le attività di importazione, esportazione, trasporto, dispacciamento, distribuzione e vendita di gas naturale sono libere. È previsto un meccanismo basato su delle soglie per il calcolo delle quote di mercato (variabili da 40 al 55%), e per ridurre i costi di sistema viene incentivata la realizzazione di nuova capacità di stoccaggio da rendere disponibile sul mercato a condizioni stabilite dall'Autorità. In caso di superamento delle soglie sono previsti programmi di cessione forzata, attraverso vendita all'asta del gas naturale ai concorrenti (gas release), nonché specifiche sanzioni da parte dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato. Lo stoccaggio strategico è posto a carico dei soggetti produttori e dei soggetti importatori di gas naturale. L'Autorità per l'energia elettrica e il gas fissa le modalità atte a garantire a tutti gli utenti la libertà di accesso a parità di condizioni, la massima imparzialità e la neutralità del servizio di stoccaggio.

Al fine di evitare distorsioni della concorrenza, il gestore del sistema di trasporto deve disporre di poteri decisionali effettivi e indipendenti dall'impresa verticalmente integrata per quanto riguarda i

beni necessari alla gestione, alla manutenzione e allo sviluppo del sistema di trasporto del gas naturale. Deve, inoltre, avere la capacità di raccogliere fondi sul mercato dei capitali, in particolare mediante operazioni di assunzione di prestiti o di aumento del capitale.

Il servizio di distribuzione locale è affidato mediante gara, per periodi non superiori a dodici anni. Le modalità di fornitura delle prestazioni sono disciplinate da ciascun ente locale, mediante appositi contratti. Le imprese distributrici possono essere autorizzate in via eccezionale a svolgere transitoriamente l'attività di vendita ai clienti finali: di norma la distribuzione è separata dalla vendita.

Per i clienti vulnerabili vige l'obbligo di assicurare, con un elevato livelli di sicurezza, le forniture di gas naturale anche in momenti critici o in situazioni di emergenza del sistema del gas naturale. Per gli stessi clienti vulnerabili l'Autorità per l'energia elettrica e il gas continua transitoriamente a determinare i prezzi di riferimento. Tutti i clienti hanno il diritto di essere riforniti di gas naturale da un fornitore, ove questo lo accetti, a prescindere dallo Stato membro in cui il fornitore è registrato.

La regolazione del settore è affidata all'Autorità per l'energia elettrica e il gas. È un organo collegiale composto da un presidente e quattro commissari scelti tra le persone dotate di alta e riconosciuta professionalità e competenza nel settore, nominati dal Presidente della Repubblica su proposta del Ministro competente, durano in carica sette anni e non possono essere confermati. L'Autorità gode di autonomia contabile, amministrativa e organizzativa. I costi di funzionamento non gravano sulla finanza pubblica, perché sono coperti attraverso l'imposizione di un contributo a carico degli operatori del settore. L'Autorità ha poteri consultivi e di proposta, con i quali fornisce a governo e Parlamento elementi di conoscenza e di valutazione; ha potere di adottare atti normativi o amministrativi generali, come ad esempio disciplinare le tariffe e i livelli qualitativi del servizio; ha poteri di controllo esercitati mediante atti amministrativi individuali; può adottare l'adozione di atti di soluzione delle controversie tra imprese e tra queste e gli utenti anche con potere di ordine e di sanzione. Nell'esercizio delle sue funzioni, l'Autorità opera con autonomia e indipendenza di giudizio e di valutazione, anche se deve tenere conto degli indirizzi generali formulati dal governo.

b. I trasporti di linea

Anche nel settore dei trasporti di linea, tradizionalmente pubblici, il riconoscimento della libera prestazione dei servizi è avvenuto gradualmente nell'ambito della politica comune dei trasporti prevista dal TFUE.

I primi interventi riguardarono i trasporti ferroviari, in quanto i relativi interventi disciplinano un settore caratterizzato da monopolio pubblico e particolarmente oneroso per lo Stato.

L'UE è intervenuta al fine di equiparare il trasporto ferroviario a quello su strada, distinguendo tra rete e servizio. La disciplina si ispira a diversi principi: autonomia e indipendenza gestionale, amministrativa e contabile delle imprese ferroviarie; separazione contabile o costituzione di imprese separate per la gestione dell'infrastruttura ferroviaria e per l'esercizio delle attività di trasporto a mezzo ferrovia; libertà di accesso al mercato dei trasporti dei passeggeri e di merci per ferrovia da parte delle imprese ferroviarie dell'UE a condizioni eque, non discriminatorie e trasparenti.

Possono chiedere il rilascio della licenza (da parte del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti) le imprese ferroviarie aventi sede in Italia, in possesso di requisiti di onorabilità, capacità finanziaria e competenza professionale, che dispongono direttamente di materiale rotabile, del personale incaricato della guida e dell'accompagnamento dei convogli e che abbiano stipulato un contratto di copertura assicurativa per la responsabilità civile in caso di incidenti.

Il gestore dell'infrastruttura ferroviaria è soggetto autonomo e indipendente, sul piano giuridico, organizzativo o decisionale, dalle imprese operanti nel settore dei trasporti. Non vige, invece, il regime della separazione proprietaria.

Le imprese licenziatarie hanno il diritto di accesso e di transito sull'infrastruttura ferroviaria per l'espletamento di servizi di trasporto internazionali con gli Stati membri dell'UE. Il gestore dell'infrastruttura ferroviaria procede alla ripartizione della capacità su base equa e non discriminatoria, garantendo un utilizzo efficace e ottimale dell'infrastruttura. In caso di saturazione delle capacità infrastrutturali è prevista un'apposita procedura volta alla definizione dei necessari interventi di sviluppo della rete.

L'organismo di regolazione è il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti o sue articolazioni. Esso vigila sulla concorrenza nei mercati dei servizi ferroviari e agisce in piena indipendenza sul piano organizzativo, giuridico, decisionale e della strategia finanziaria, dall'organismo preposto all'assegnazione della capacità e dai richiedenti. L'organismo di regolazione collabora con gli organismi degli altri paesi dell'UE scambiando informazioni sulla propria attività e sui principi adottati. Ogni richiedente ha il diritto di adire l'organismo di regolazione se ritiene di essere stato vittima di un trattamento ingiusto, di discriminazioni o di qualsiasi altro pregiudizio, in particolare avverso decisioni prese dal gestore dell'infrastruttura o eventualmente dall'impresa ferroviaria.

Per evitare che l'apertura alla concorrenza metta a repentaglio il buon funzionamento del sistema ferroviario e la salute dei cittadini e dei viaggiatori è stato istituito l'Agenzia ferroviaria europea che ha il potere di emanare raccomandazioni e pareri al fine di contribuire sul piano tecnico all'attuazione della normativa comunitaria finalizzata a migliorare la posizione concorrenziale del settore ferroviario e la sicurezza del sistema (in Italia è stata istituita l'Agenzia nazionale per la sicurezza delle Ferrovie).

La gestione e la fornitura del servizio di trasporto pubblico è affidata ad un operatore di servizio pubblico attraverso la stipula di un contratto con l'autorità competente. Il contratto di servizio pubblico può comprendere: norme di continuità, regolarità, capacità e qualità dei servizi; servizi di trasporto complementari; tariffe e condizioni per categorie di soggetti o per alcuni percorsi. Per l'assolvimento di tali obblighi, l'operatore ha diritto a una compensazione monetaria o all'assegnazione di diritti di esclusiva, le cui modalità di calcolo devono essere chiaramente individuati nel contratto al fine di evitare una compensazione eccessiva. Alla separazione tra infrastruttura e servizio si aggiunge la scissione tra gestore e natura pubblica del servizio.

La disciplina europea stabilisce, inoltre, i diritti e gli obblighi dei passeggeri nel trasporto ferroviario. In particolare, definisce gli obblighi di informazione, regola il regime della responsabilità, detta disposizioni in materia di reclami e indennizzi in caso di disservizio.

La liberalizzazione del settore aereo avviene per fasi successive e interessa i servizi di dimensione comunitaria e anche il cabotaggio interno.

Inizialmente la Comunità adotta misure di adeguamento degli accordi internazionali alle norme di concorrenza e libera la circolazione, rendendo meno rigide le norme sui prezzi e servizi. Successivamente la comunità provvede ad allargare ulteriormente la libertà dei vettori sotto il profilo della capacità di trasporto e della fissazione delle tariffe. Poi, introduce il rilascio delle licenze ai vettori aerei: l'esercizio dei trasporti aerei di linea è subordinato al rilascio di una licenza, cioè di un atto autorizzatorio non discrezionale. Ai vettori comunitari muniti di licenza è consentito svolgere liberamente i traffici commerciali sulle rotte intracomunitarie.

La disciplina comunitaria sancisce, inoltre, il principio della libera fissazione delle condizioni economiche di offerta e la conseguente cessazione dei poteri tariffari previsti dalle legislazioni nazionali. I pubblici poteri possono eccezionalmente intervenire qualora si riscontri un'eccessiva onerosità delle tariffe.

Nel disporre la liberalizzazione del settore, la disciplina comunitaria prevede che ciascuno Stato membro possa imporre oneri di servizio pubblico riguardo ai servizi aerei di linea effettuati verso un aeroporto che serve una regione periferica o in via di sviluppo o una rotta a bassa densità di traffico.

L'effettiva liberalizzazione del trasporto aereo dipende, tuttavia, dal superamento dei residui ostacoli al pieno sviluppo della concorrenza. Il principale di essi è rappresentato dall'accesso alle infrastrutture aeroportuali, e cioè alla possibilità del vettore aereo di operare su un aeroporto in determinate fasce orarie. A tal fine, la disciplina europea ha introdotto norme comuni per l'assegnazione di bande orarie negli aeroporti della Comunità. La normativa prevede che gli "slots" vengano assegnati da un coordinatore indipendente, vincolato al rispetto dei principi di imparzialità,

trasparenza e non discriminatori età. I criteri di assegnazione preservano la posizione degli operatori degli operatori già presenti sul mercato. Le bande orarie non utilizzate vengono messe in un “pool” a disposizione per il 50% dei vettori nuovi arrivati.

L’obiettivo delle istituzioni europee è quello dell’istituzione del “cielo europeo” poiché lo spazio aereo costituisce una risorsa limitata di cui bisogna garantire un utilizzo equo e non discriminatorio, e perché tale obiettivo non può essere realizzato dagli Stati membri, ma può essere realizzato meglio a livello comunitario. A tal fine, si prevede una disciplina comune dei servizi di controllo, di navigazione di traffico aereo, alla quale sono chiamate a sovrintendere “autorità nazionali di vigilanza” appositamente istituite. Le autorità nazionali di vigilanza devono essere indipendenti dai fornitori di servizi di navigazione aerea. Tale indipendenza richiede l’adeguata separazione (a livello funzionale) delle autorità nazionali di vigilanza dai fornitori di servizi.

Per garantire un elevato livello di sicurezza per i cittadini, è stata prevista una regolamentazione comunitaria in materia di sicurezza e protezione ambientale nell’aviazione civile che prevede la costituzione di un’apposita agenzia: l’Agenzia europea per la sicurezza aerea (AESA).

In materia di traffici marittimi internazionali, i regolamenti europei hanno eliminato le riserve di traffico esistenti a favore delle navi di bandiera disposte unilateralmente o mediante accordi bilaterali. Il diritto alla libera prestazione di servizi di trasporto marittimo è riconosciuto agli armatori comunitari che impiegano navi registrate in uno Stato membro e che battono la relativa bandiera. Esso è, inoltre, subordinato al possesso di tutti i requisiti necessari per l’ammissione al cabotaggio nello Stato membro. Gli Stati possono concludere contratti di servizio pubblico come condizione per la fornitura di servizi di cabotaggio alle compagnie di navigazione che partecipano ai servizi regolari da, tra e verso le isole, su base non discriminatoria per tutti gli armatori comunitari. Gli Stati possono porre condizioni relative ai porti che devono essere serviti, alla regolarità, alla continuità, alla frequenza, alla capacità di fornitura del servizio, alle tariffe richieste, all’equipaggio della nave.

c. Le comunicazioni elettroniche

Il servizio di telecomunicazione è stato tradizionalmente sottoposto a riserva originaria. Il divieto di attività poteva essere superato soltanto mediante concessione pubblica.

L’evoluzione delle tecnologie delle telecomunicazioni ha consentito di far transitare sulla rete pubblica numerosi servizi e ha reso anche economicamente conveniente moltiplicare le reti. Si sono, quindi, determinate le condizioni di uno straordinario sviluppo prima della concorrenza sulla rete e poi della concorrenza tra le reti.

La rapida evoluzione del mercato ha indotto perciò la Comunità europea ad adottare un nuovo pacchetto di direttivo. L'obiettivo è adeguare la regolazione alle mutate condizioni tecnologiche ed economiche di prestazione dei servizi, attraverso tecniche di intervento più trasparenti, flessibili ed efficaci. A tal proposito, i regolamenti europei sono stati armonizzati con la realizzazione del "codice delle comunicazioni elettroniche". Il codice afferma che la fornitura di reti e servizi di comunicazione elettronica è attività libera e di interesse generale. La disciplina mira a garantire la libertà di comunicazione, la segretezza delle comunicazioni, la libertà di iniziativa economica e il suo esercizio in regime di concorrenza. Gli obblighi imposti a tal fine devono rispettare principi di trasparenza, non distorsione della concorrenza, non discriminazione e proporzionalità.

In questo nuovo quadro, la fornitura di reti e servizi di comunicazione elettronica è subordinata ad un'autorizzazione generale che sostituisce la licenza. L'autorizzazione consegue alla presentazione di una semplice dichiarazione di denuncia di inizio attività. Dall'autorizzazione derivano obblighi determinati secondo condizioni proporzionate, trasparenti e non discriminatorie.

Per assicurare l'introduzione della concorrenza e il funzionamento del mercato, il codice stabilisce che gli operatori hanno il diritto e l'obbligo di negoziare l'accesso e l'interconnessione. Gli operatori offrono l'accesso e l'interconnessione nei termini e alle condizioni conformi agli obblighi imposti dall'autorità pubblica. Alle imprese detentrici di un significativo potere di mercato possono essere imposti obblighi ulteriori di trasparenza, non discriminazione, separazione contabile, accesso e uso di determinate risorse, controllo dei prezzi e dei costi.

L'adozione delle misure regolamentari a carico degli operatori che detengono un significativo potere di mercato è sottoposta ad una articolata scansione procedimentale. Sulla base di una raccomandazione della Commissione che individua i mercati assoggettabili a regolamentazione ex ante in ragione delle loro carenze da un punto di vista concorrenziale, l'autorità procede ad un'analisi di mercato al fine di imporre, modificare o revocare un obbligo imposto a un operatore che detiene significativo potere di mercato. Al termine dell'analisi, l'autorità formula un "progetto di misura" e lo comunica sia agli operatori, sia alla Commissione. Se quest'ultima non solleva obiezioni, l'Autorità adotta la misura. Se, invece, la Commissione ritiene che il progetto di misura crei un ostacolo al mercato unico o sia incompatibile con il diritto europeo, notifica all'autorità i motivi che contrastano all'adozione del provvedimento finale e il procedimento subisce una sospensione di tre mesi. In tale arco temporale è previsto un negoziato tra le diverse autorità coinvolte. A quel punto, l'Autorità, entro i tre mesi di sospensione, accogliendo in tutto o in parte le obiezioni, può modificare o ritirare l'iniziale progetto di misura, oppure ripresentare il testo iniziale. A sua volta, la Commissione può sciogliere le iniziali riserve oppure formulare una raccomandazione motivata, in cui si invita nuovamente l'Autorità a modificare o ritirare il progetto

di misura e si formulano proposte specifiche. In ogni caso, l'ultima parola spetta all'Autorità. La decisione finale deve essere comunicata alla Commissione e alle altre autorità nazionali di regolamentazione. La decisione di non modificare o ritirare il progetto è soggetta a obbligo di motivazione.

Tra i rimedi regolamentari figura l'obbligo della separazione funzionale della rete di accesso all'incumbent. Quest'ultimo è un operatore verticalmente integrato, in quanto presente sul mercato all'ingrosso e su quello al dettaglio. Con tale misura si riproducono normali rapporti di mercato tra gli operatori concorrenti e l'ex monopolista. La disciplina comunitaria contempla un'ipotesi di separazione obbligatoria e una volontaria. La separazione può essere imposta dall'Autorità nazionale di regolamentazione soltanto a titolo di misura eccezionale. L'introduzione di tale obbligo si svolge sotto il controllo della Commissione, chiamata ad autorizzare la misura sulla base delle concrete condizioni di mercato. Qualora la separazione sia frutto della libera decisione dell'operatore, l'Autorità nazionale è tenuta a valutarne le conseguenze sui mercati.

La normativa si preoccupa di assicurare anche lo sviluppo delle reti di comunicazione elettronica. Per l'installazione di nuove infrastrutture, le autorità competenti alla gestione del suolo sono chiamate ad adottare procedure trasparenti e non discriminatorie. Particolare attenzione è dedicata alla realizzazione di reti tecnologicamente avanzate in grado di fornire servizi su banda ultra larga. Sono possibili deroghe al normale regime dell'accesso per incoraggiare gli investimenti effettuati dall'operatore nelle reti di prossima generazione. Di conseguenza, le Autorità nazionali di regolamentazione tengono conto degli investimenti effettuati dall'operatore e gli consentono un ragionevole margine di profitto sul capitale investito.

Il codice, inoltre, garantisce il servizio universale e i diritti degli utenti. Sono messi a disposizione degli utenti finali (a prescindere dall'ubicazione geografica) l'accesso alla rete telefonica pubblica la fornitura di elenchi e di servizi di informazione sugli abbonati, l'installazione di apparecchi telefonici pubblici a pagamento, misure speciali per utenti disabili. L'Autorità può incaricare una o più imprese del compito di garantire il servizio universale e imporre loro l'erogazione del servizio a prezzi accessibili. L'eventuale costo netto verrà ripartito tra i fornitori di reti e servizi di comunicazione elettronica attraverso un apposito fondo.

I rapporti tra consumatori e imprese sono retti da contratti che assicurino informazioni e livelli quantitativi adeguati. Le eventuali controversie sono risolte mediante procedure extragiudiziali.

All'esercizio delle complesse funzioni di regolazione del settore è proposta l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni. I poteri dell'Autorità sono stati parzialmente diminuiti dal Ministero delle comunicazioni, al quale spettano specifiche competenze, soprattutto in materia di accesso al mercato e servizio universale. Si tratta di un organo collegiale, articolato in una commissione per le

infrastrutture e le reti, in una commissione per i servizi e i prodotti e in un consiglio. È composto da otto commissari eletti dal Parlamento e un presidente nominato dal Presidente della Repubblica su proposta del Ministro delle comunicazioni. L'Autorità gode di piena autonomia organizzativa, finanziaria e contabile. Essa, infatti, adotta un regolamento concernente l'organizzazione e il funzionamento, i bilanci, i rendiconti e la gestione delle spese. È inoltre preclusa la revoca dei vertici dell'autorità nazionale di regolazione: essa, infatti, è consentita soltanto nel caso in cui vengano meno le condizioni previste dalla legge per la nomina. La decisione di revoca deve essere comunque motivata e resa pubblica. Gli Stati devono assicurare che le autorità nazionali dispongano di adeguate risorse finanziarie ed umane. Infine, l'Autorità è chiamata ad una stretta collaborazione con la Commissione europea e con le autorità degli altri Stati membri: sia nell'adozione di specifici atti di propria competenza; sia nella partecipazione agli organismi istituiti a livello europeo.

d. I servizi postali

Anche i servizi postali erano soggetti a riserva originaria (art. 43 Costituzione). Tuttavia, era prevista anche la possibilità della concessione: era facoltà del direttore provinciale delle poste di dare in concessione alcuni servizi. La concessione poteva essere di due tipi: una di carattere generale che non aveva limiti espressi, ed era rimessa alla discrezione dell'amministrazione; un'altra di carattere limitato che riguardava solo alcuni servizi, ed era sottoposta al limite territoriale dell'autorità concedente.

La disciplina del settore è stata completamente riformata in seguito all'intervento della normativa comunitaria che ha introdotto un'apertura alla concorrenza.

La fornitura dei servizi relativa alla raccolta, smistamento, al trasporto e alla distribuzione degli invii postali, nonché la realizzazione e l'esercizio della rete postale pubblica, è definita dalla legge come attività di preminente interesse generale.

Il servizio universale comprende la raccolta, il trasporto, lo smistamento e la distribuzione degli invii postali fino a 2 kg e dei pacchi postali fino a 20 kg e i servizi relativi agli invii raccomandati e assicurati. Gli utenti hanno diritto a presentare reclami e a ricevere rimborsi e indennizzi in caso di disservizi.

Il fornitore del servizio universale è designato nel rispetto del principio di trasparenza, non discriminazione e proporzionalità. Il servizio universale è affidato direttamente dalla legge per quindici anni a Poste Italiane. Per finanziare gli oneri derivanti dalla fornitura del servizio universale, la normativa prevede l'istituzione di un fondo di compensazione alimentato dagli operatori del settore.

L'offerta al pubblico di servizi non riservati è, invece, soggetta ad atti di autorizzazione.

Il ruolo di autorità nazionale di regolamentazione è svolto dall'Agenzia nazionale di regolamentazione del settore postale. L'Agenzia è un soggetto ibrido (distinto e indipendente dagli operatori del settore postale) riconducibile, per gli aspetti amministrativi, alle agenzie amministrative. L'Agenzia opera sulla base di principi di autonomia organizzativa, tecnico-operativa, gestionale, di trasparenza e di economicità. Sul piano funzionale, l'Agenzia svolge, con indipendenza di giudizio e di valutazione, i compiti propri di un'autorità di regolazione. Essa, infatti, adotta i provvedimenti in materia di qualità e caratteristiche del servizio universale, promuove la concorrenza, disciplina l'accesso alla rete postale e i relativi servizi, determina le tariffe dei settori regolamentari. Inoltre, controlla e verifica il rispetto degli standard di qualità e vigila sull'assolvimento degli obblighi a carico del fornitore del servizio universale e su quelli derivanti da licenze e autorizzazioni. Infine può adottare sanzioni in caso di inosservanza dei propri provvedimenti.

Le funzioni dell'Agenzia sono affidate ad un collegio costituito da tre membri, di cui uno con funzione di presidente, nominati dal Presidente della Repubblica su proposta del Ministro dello sviluppo economico. I membri del collegio sono scelti tra persone dotate di indiscusse moralità e indipendenza, alta e riconosciuta professionalità e competenza nel settore. Durano in carica tre anni e possono essere confermati una sola volta. Al collegio si affianca un direttore generale il quale svolge funzioni di direzione, coordinamento e controllo della struttura, formula proposte al collegio, dà attuazione alle deliberazioni e ai programmi da questo approvati e assicura gli adempimenti di carattere tecnico-amministrativo, relativi all'attività dell'Agenzia e al perseguimento delle sue finalità istituzionali. Il direttore generale è nominato dal governo per un periodo di cinque anni, non rinnovabili.

e. I servizi pubblici locali

Molti servizi pubblici sono organizzati a livello locale. Nella maggior parte dei casi, gli enti locali, in particolare i comuni, gestivano i servizi mediante aziende municipalizzate. Queste, sono state trasformate da imprese organo in enti pubblici economici, dotati di autonoma personalità giuridica.

In base alla legge, gli enti locali devono verificare la realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. A seguito di tale verifica, vanno liberalizzate tutte le attività economiche compatibilmente con le caratteristiche delle universalità e accessibilità del servizio. L'attribuzione di diritti di esclusiva va limitata alle ipotesi in cui, in base ad un'analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità. L'esito di tale verifica deve essere formalizzato in un'apposita delibera che illustra i settori sottratti alla liberalizzazione e le ragioni della decisione. A tale delibera deve

essere data adeguata pubblicità, e inviata all'Autorità garante della concorrenza e del mercato ai fini della relazione al Parlamento.

Gli enti locali, per assicurare agli utenti l'erogazione di servizi pubblici che abbiano ad oggetto la produzione di beni e attività rivolte a realizzare fini sociali, vengono definiti obblighi di servizio pubblico, prevedendo le eventuali compensazioni economiche alle aziende esercenti i servizi stessi. Nel caso in cui l'utente locale intenda procedere all'attribuzione di diritti di esclusiva, il conferimento della gestione di servizi pubblici locali avviene in favore di imprenditori o di società mediante procedure competitive ad evidenza pubblica.

Nel tentativo di assicurare il buon funzionamento della concorrenza per il mercato, la legge contiene un'analitica disciplina di principi e criteri di gara. Il bando di gara deve escludere che la disponibilità a qualunque titolo delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni possa costituire elemento discriminante per la valutazione delle offerte dei concorrenti. I requisiti tecnici ed economici di partecipazione alla gara devono essere proporzionati alle caratteristiche e al valore del servizio. La definizione dell'oggetto della gara deve garantire la più ampia partecipazione e la durata dell'affidamento va commisurata alla consistenza degli investimenti in immobilizzazioni materiali previsti a carico del soggetto gestore.

La gestione delle reti deve essere affidata ai soggetti privati, pur rimanendo di proprietà pubblica. Alla scadenza della gestione del servizio pubblico locale o in caso di sua cessazione anticipata, il precedente gestore cede al gestore subentrante i beni strumentali e le loro pertinenze necessari per la prosecuzione del servizio. I rapporti tra l'ente locale e il gestore del servizio sono regolati da un contratto di servizio, in cui sono definiti i diritti e gli obblighi delle parti e le garanzie riconosciute agli utenti finali. La vigilanza sul rispetto del contratto può essere attribuita all'organo di revisione previsto dagli statuti locali.

La regolamentazione del servizio idrico integrato è affidata all'Agenzia nazionale per la regolazione e la vigilanza in materia di acqua. Si tratta di un organismo collegiale dalla natura giuridica ibrida, costituita da tre componenti, di cui uno con funzioni di presidente, nominati dal Presidente della Repubblica, due su proposta del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, e uno su proposta della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le provincie autonome di Trento e di Bolzano. I componenti durano in carica tre anni e possono essere confermati per una sola volta. Il direttore generale svolge funzioni di direzione, coordinamento e controllo della struttura dell'Agenzia. Il direttore, inoltre, attua le deliberazioni e i programmi da questa approvati e assicura l'esecuzione degli adempimenti di carattere tecnico-amministrativo, relativi alle attività dell'Agenzia. Il direttore attua anche le deliberazioni e i programmi da questa approvati e assicura l'esecuzione degli adempimenti di carattere tecnico-amministrativo, relativi

alle attività dell'Agenzia ed al perseguimento delle sue finalità istituzionali. Egli è nominato dall'Agenzia per un periodo di tre anni non rinnovabile.

L'Agenzia è chiamata a svolgere, con indipendenza di giudizio e di valutazione, molteplici funzioni di regolazione, vigilanza e controllo. a queste competenze si aggiungono quelle più propriamente amministrative.

La competenza regolatoria più importante è quella tariffaria. L'Agenzia definisce le componenti di costo per la determinazione della tariffa relativi ai servizi idrici per i vari settori di impiego dell'acqua. L'Agenzia predispone il metodo tariffario per la determinazione, con riguardo a ciascuna delle quote in cui tale corrispettivo si articola, della tariffa del servizio idrico. La potestà di regolazione tariffaria è esercitata sulla base della valutazione dei costi e dei benefici dell'utilizzo delle risorse idriche tenendo conto sia del costo finanziario del fornitura del servizio che dei relativi costi ambientali e delle risorse. Tra le funzioni regolatorie dell'Agenzia assume particolare rilievo la definizione dei livelli minimi di qualità del servizio. L'effettività di tali misure è rafforzata dalla previsione di poteri di controllo e di sanzione. L'Agenzia può determinare obblighi di indennizzo automatico in favore degli utenti in caso di violazione degli standard qualitativi fissati. L'Agenzia ha il compito di tutelare i diritti degli utenti anche valutando reclami, istanze e segnalazioni. Inoltre, svolge ulteriori compiti di sostegno alla corretta programmazione e regolazione a livello locale. L'Agenzia è quindi chiamata a verificare la corretta redazione del piano d'ambito e delle convenzioni di gestione.

5. Conclusioni

Come per la disciplina della concorrenza, anche in questo caso si è in presenza di una normativa mista, in parte sovranazionale (europea) e in parte statale. La disciplina prevede una coesistenza di concorrenza e di regolazione. La liberalizzazione dell'entrata consente ad una pluralità di soggetti di operare in settori prima riservati.

La liberalizzazione dell'entrata, tuttavia, produce il paradosso della regolazione dell'attività. L'entrata di nuovi operatori ha reso necessario disciplinare gli spazi tra le imprese del settore; regolare l'accesso alle reti; stabilire criteri per la distribuzione e l'uso delle risorse scarse.

Viene a crearsi un circolo vizioso: l'apertura alla concorrenza produce la necessità di regolazioni che fanno arretrare l'applicazione della disciplina della concorrenza. La regolazione, infatti, è necessaria per il passaggio dal monopolio alla concorrenza. Però diviene importante adeguare continuamente le tecniche e i contenuti all'evoluzione dei mercati. A ciò si aggiunga che soprattutto i consumatori domestici resistono all'esercizio pieno e consapevole della libertà di scelta sul

mercato e continuano a rivolgersi ai poteri pubblici per ottenere la garanzia di servizi essenziali e la tutela dei loro diritti e interessi.

Capitolo sesto. Il controllo sui mercati finanziari

1. La tripartizione dei mercati finanziari

I mercati finanziari sono divisi in tre parti tradizionali: bancario, mobiliare, assicurativo. A ciascuna delle tre parti corrisponde un diverso tipo di operatore (impresa bancaria, intermediario bancario e non bancario) e un diverso organo di controllo (Banca d'Italia, Commissione nazionale per le Società e la Borsa-CONSOB e Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private e di interesse collettivo-ISVAP). Questi settori sono disciplinati separatamente anche se i confini operativi tra essi sono sempre meno marcati.

2. La disciplina del credito

La disciplina del credito è contenuta nel decreto legislativo 385/93 che ha modificato tutta la normativa preesistente, determinando un nuovo assetto regolamentare.

Le tappe principali dell'evoluzione dell'ordinamento bancario sono quattro:

- la prima, è incentrata sulla legge bancaria del 1926 e del 1936;
- la seconda, ha avuto inizio quando, alla legge bancaria del 1936 si sono affiancate le norme comunitarie e le direttive in materia bancaria;
- la terza, ha inizio con l'emanazione nel 1993, della terza legge bancaria finalizzata ad armonizzare e coordinare le regole comuni agli altri settori del mercato finanziario e col recepimento del c.d. secondo "accordo di Basilea sul capitale delle banche";
- la quarta, è incentrata sugli sviluppi che la regolamentazione e le prassi di vigilanza stanno registrando in seguito alla crisi finanziaria del 2008.

a. La legge bancaria del 1936, le modificazioni del 1944-1947 e la programmazione

La prima legge bancaria è quella contenuta nei regi decreti legge 7 settembre 1926, n.1511.

Il credito veniva sottratto alle norme generali del codice di commercio e sottoposto ad uno statuto speciale. La norma storicamente più importante è quella del 1936 n.375 adottato dopo la grande crisi e il fallimento delle banche-holding.

L'assetto predisposto dalla normativa del 1936 può essere riassunto in quattro punti:

- unificazione dei poteri sparsi tra numerose autorità, affidandoli ad un apparato composto di quattro organismi quali, il Comitato di ministri; il Ministero del tesoro; un Ispettorato per la difesa

del risparmio e per l'esercizio del credito diretto dal Governatore della Banca d'Italia; la Banca d'Italia trasformata in ente pubblico;

- attribuzione della guida del credito ai poteri pubblici, ai quali era attribuito il compito di difendere il risparmio e indirizzare il credito;

- attribuzione all'apparato pubblico di poteri amministrativi pervasivi, ovvero relativi all'entrata nel settore bancario, le dimensioni territoriali e funzionali delle imprese, la loro gestione e il controllo dello stato di crisi;

- divisione del lavoro tra le banche sotto il profilo funzionale e territoriale. La norma consolidava la separazione tra banca e industria e la raccolta a breve termine da quella a medio e lungo termine. Stabiliva inoltre una specializzazione territoriale, per cui ad ogni categoria giuridica corrispondeva un ambito territoriale di azione.

Nel periodo del dopoguerra, caratterizzato da un forte liberismo economico, fu emanato il decreto legislativo luogotenenziale 14 settembre 1944, n.226, che soppresse l'Ispettorato e il Comitato dei ministri istituiti nel '36 e ne trasferì le funzioni alla Banca d'Italia.

Al momento dell'entrata in vigore della Costituzione, quindi, il credito si presentava come un ordinamento sezionale retto da organi amministrativi.

b. Le modificazioni indotte dall'ordinamento europeo

Negli anni '70 le direttive comunitarie apportano diverse modifiche relative al regime dell'entrata nel settore; alla disciplina dell'attività; alle finalità di vigilanza; alla divisione del lavoro bancario; alle finalità dei controlli.

Per quanto riguarda i controlli sull'entrata, la direttiva comunitaria consente l'ingresso sul mercato bancario a qualunque impresa che presenti qualità oggettive indicate dalla legge. La seconda direttiva comunitaria in materia bancaria prevede un'autorizzazione unica per operare nel territorio degli Stati membri della Comunità europea. Non sono richieste altre autorizzazioni, oltre quella del paese di provenienza. L'impresa bancaria resta soggetta ai controlli dell'autorità che ha autorizzato, detto "home country control", attuato con il principio del mutuo riconoscimento, secondo cui gli enti creditizi possono svolgere negli altri paesi membri della Comunità tutte le attività che essi sono autorizzati ad esercitare nel proprio paese.

Il regime dell'attività viene modificato dal cambiamento della giurisprudenza in quanto, la Corte di cassazione e la Corte costituzionale hanno riconosciuto che l'attività bancaria non deve essere intesa come servizio pubblico avendo, invece, carattere di impresa.

Per quanto riguarda la vigilanza, questa diviene vigilanza prudenziale o di stabilità, finalizzata a verificare che le banche operino secondo criteri di oculata assunzione dei rischi, di piena efficienza funzionale, di correttezza nello svolgimento degli affari.

La divisione del lavoro bancario, invece, si attenua per effetto di numerosi interventi: in primo luogo, le aziende ordinarie di credito e gli istituti creditizi sono sottoposti agli stessi controlli; in secondo luogo, si realizza la riforma delle banche pubbliche che ha trasformato le banche pubbliche in società per azioni mediante la dismissione del controllo delle imprese bancarie da parte delle fondazioni; in terzo luogo, si introduce la figura del “gruppo bancario polifunzionale” al quale si affianca la “banca universale”. Il gruppo bancario polifunzionale è un aggregato imprenditoriale composto da più soggetti con propria specializzazione operativa, ma sottoposti all’unica direzione della holding, che costituisce il referente diretto dell’organo di vigilanza. La banca universale unifica in un unico soggetto tutte le attività, indipendentemente dalla durata della raccolta e dalla durata e destinazione del credito. Infine, sono da segnalare l’eliminazione delle barriere tra le categorie giuridiche e la riconduzione di tutte le imprese bancarie a due tipologie: le società per azioni e le società cooperative, le quali a loro volta, possono assumere la forma di banche popolari o di banche di credito cooperativo.

Altra modifica importante è quello che riguarda interessi pubblici relativi alla concorrenza e alla tutela dei consumatori. Il primo è riconosciuto dalla legge n.287/90 relativa alla tutela della concorrenza e del mercato che rimette alla Banca d’Italia il ruolo di autorità speciale di tutela della concorrenza nel mercato bancario, attribuita, successivamente alla modifica del decreto legislativo n.303/2006, all’Autorità garante della concorrenza e del mercato. Il secondo tipo di interesse pubblico è stato riconosciuto dalle leggi relative alla trasparenza bancaria e sui rapporti banca-cliente, e sul credito al consumo successivamente abrogate e assorbite nel testo unico bancario del 1993.

c. Il testo unico del 1993

Il testo unico raccoglie tutta la normativa in materia bancaria, con l’eccezione di quella relativa alla concorrenza. È diviso in titoli dedicati, rispettivamente, alle autorità creditizie, alle banche, alla vigilanza, alla disciplina delle crisi, ai soggetti operanti nel settore finanziario, agli istituti di moneta elettronica e agli istituti di pagamento, alla trasparenza bancaria, agli agenti e mediatori creditizi, agli altri controlli e sanzioni.

La legge bancaria del 1993 fa riferimento alla banca definendola come impresa autorizzata all’esercizio dell’attività bancaria. Inoltre stabilisce che l’attività bancaria ha carattere d’impresa consistente nella raccolta di risparmio tra il pubblico e nell’esercizio del credito. Le banche possono

esercitare, oltre all'attività bancaria, ogni altra attività finanziaria nonché attività connesse e strumentali. L'impresa bancaria è sottoposta a cinque principali limiti: all'entrata; sull'attività; sui rapporti contrattuali; sulla concorrenza; sulla disciplina delle crisi. Questi controlli sono attribuiti tutti alla Banca d'Italia che esercita le sue funzioni in armonia con le disposizioni comunitarie.

Per quanto riguarda l'entrata. Le imprese bancarie debbono essere autorizzate. L'autorizzazione concessa solo in presenza di condizioni oggettive e soggettive indicate dalla legge.

Il controllo sull'attività è svolto dalla Banca d'Italia, che determina e rende pubblici i principi e i criteri dell'attività di vigilanza. La vigilanza è esercitata avendo riguardo alla sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, alla stabilità complessiva dell'efficienza e alla competitività del sistema finanziario, nonché all'osservanza delle disposizioni in materia creditizia.

La vigilanza si esplica in quattro modi: con il controllo degli statuti, a mezzo della vigilanza informativa, attraverso la vigilanza regolamentare e con la vigilanza ispettiva. La vigilanza informativa si esplica attraverso obblighi di "disclosure", la vigilanza regolamentare riguarda l'emanazione di disposizioni di carattere generale relative all'adeguatezza patrimoniale, al contenimento del rischio, alle partecipazioni detenibili, all'organizzazione amministrativa e contabile, ai controlli interni.

La vigilanza ispettiva si esplica mediante ispezioni ed inchieste. La disciplina delle crisi è regolata in modo diverso per le banche e per il gruppo bancario. Essa si articola su due regimi, quello di amministrazione straordinaria in caso di gravi irregolarità, e quello di liquidazione coatta amministrativa in caso di irregolarità o violazioni di eccezionale gravità.

Nei rapporti contrattuali, la banca deve assicurare la trasparenza delle operazioni e la correttezza dei rapporti con i clienti. Per questo sono previsti obblighi di informazione articolati in due specie. Da un lato, obblighi di informazione a favore di tutti; dall'altro, obblighi di comunicazione, a favore dei clienti. L'intervento normativo che mira all'ampliamento degli strumenti di tutela a disposizione dei consumatori, obbliga gli intermediari ad aderire a sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie con la clientela. Nel 2008, il CICR ha determinato i criteri di svolgimento delle procedure di risoluzione delle controversie e di composizione dell'organo decidente denominato Arbitro bancario e finanziario, che è un organismo indipendente e articolato in tre collegi (a Milano, Roma e Napoli): egli decide riguardo controversie circa operazioni e servizi bancari e finanziari per un valore non superiore a centomila euro.

Per alcune attività caratterizzate da rilievo sociale o da finalità solidaristiche sono state dettate regole specifiche e previsti controlli semplificati, svolti da organismi a loro volta controllati dalla Banca d'Italia. Infine, per gli operatori attivi nei canali distributivi sono state dettate norme tese ad accrescerne il livello di professionalità e affidabilità.

Per quanto riguarda la disciplina della concorrenza nel settore del credito, le banche devono sottostare alle norme sulle intese restrittive della libertà di concorrenza, sull'abuso di posizione dominante e sulle operazioni di concentrazioni restrittive della libertà di concorrenza.

Nel 2002 il Consiglio di Stato ha attribuito all'Autorità garante della concorrenza e del mercato la valutazione degli effetti concorrenziali sui mercati non bancari derivanti da concentrazioni bancarie, e nel 2005 ha trasferito le competenze generali in materia di concorrenza bancaria all'Autorità. Competenze che precedentemente spettavano alla Banca d'Italia. L'Autorità può, in deroga al divieto generale, autorizzare per un tempo limitato, intese restrittive della libertà di concorrenza laddove sussistano esigenze di funzionalità del sistema dei pagamenti, ovvero per garantire la stabilità di uno o più soggetti coinvolti.

d. L'evoluzione dell'ordinamento bancario

L'evoluzione dell'ordinamento bancario dopo il 1993 deriva dalla crescente integrazione tra attività bancaria e attività finanziarie di tipo diverso e dall'esigenza di armonizzare le regole e i controlli su tutti gli intermediari finanziari considerati. Il Testo Unico Finanziario (TUF) ha uniformato le regole di vigilanza confermando il principio della ripartizione dei compiti: alla Banca d'Italia è affidata la salvaguardia della stabilità finanziaria, mentre la tutela della trasparenza e della correttezza dei comportamenti spetta alla CONSOB.

L'evoluzione dell'ordinamento bancario è legata anche ai processi di internazionalizzazione dell'economia e a tal riguardo hanno svolto un ruolo importante i principi elaborati nelle sedi della cooperazione internazionale e le normative comunitarie.

La principale sede della cooperazione in materia di credito è il Comitato di Basilea per la vigilanza bancaria (istituito nel 1974), che persegue l'obiettivo del rafforzamento della qualità e dell'efficacia della vigilanza bancaria. Nel 1977, il Comitato ha concentrato i lavori sull'armonizzazione della disciplina sul patrimonio delle banche, considerato il principale presidio a tutela della stabilità.

Il secondo Accordo di Basilea, elaborato nel 2004, ha previsto requisiti patrimoniali minimi per la capitalizzazione delle banche, il rafforzamento dei controlli interni di valutazione ed obblighi di trasparenza informativa a carico degli intermediari. L'Accordo si basa su tre elementi detti pilastri: l'efficiente gestione del rischio da parte delle banche, un'attività di vigilanza per verificare gli assetti organizzativi e le procedure di autovalutazione adottate dagli intermediari, il funzionamento della disciplina e del controllo del mercato. Il diritto europeo ha continuato a fissare principi fondamentali tra cui: il rafforzamento della vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e di trasparenza della struttura proprietaria e dei gruppi bancari e finanziari internazionali; la regolamentazione dell'attività di emissione di mezzi di pagamento in forma di moneta elettronica; il risanamento e la

liquidazione degli enti creditizi con l'applicazione dei principi di universalità e unità delle procedure di gestione delle crisi bancarie nei paesi dell'Unione europea; la direttiva sull'abuso di informazioni privilegiate e sulle manipolazioni del mercato, che ha rafforzato l'azione contro comportamenti discorsivi del corretto funzionamento dei mercati finanziari.

È infatti venuto delineandosi un modello di vigilanza "incentive compatible", che si esplica attraverso incentivi all'adozione di sane pratiche di condotta e di gestione dei rischi e sull'individuazione e diffusione delle "best practices" in materia. Questo modello di vigilanza, responsabilizza maggiormente gli intermediari, in quanto rimette loro l'individuazione delle modalità ritenute più idonee al conseguimento degli obiettivi di sana e prudente gestione e di competitività.

L'elemento unificante dei criteri di esercizio della vigilanza risiede nel principio di proporzionalità: in base a questo principio, l'esercizio del potere di vigilanza deve essere commisurato alla rilevanza degli interessi protetti dall'ordinamento, avendo riguardo della situazione concreta e all'obiettivo di minimizzare i costi a carico dei destinatari della vigilanza. Questo principio richiede all'autorità di vigilanza di calibrare la frequenza e l'intensità dei propri controlli in ragione del livello di rischio dell'intermediario. Al principio di proporzionalità si ispira il processo di revisione e valutazione prudenziale che la Banca d'Italia svolge nei confronti delle banche secondo criteri e metodologie unitari e cadenze standardizzate.

Questo modello di vigilanza si caratterizza, dunque, per l'affermazione di schemi di tipo consensuale e partecipativo, fondati su una maggiore dialettica tra regolatore e regolati, che si realizza, in via continuativa e strutturale.

e. L'impatto della crisi finanziaria internazionale sull'ordinamento bancario

La quarta tappa dell'evoluzione dell'ordinamento bancario ha preso avvio con la crisi che dal 2007 ha investito la finanza e l'economia di tutto il mondo. La crisi è stata innescata da una serie di fattori concomitanti. In primo luogo, i pesanti investimenti delle banche in strumenti finanziari complessi particolarmente redditizi anche se rischiosi e il crollo del mercato americano dei mutui. In secondo luogo, la crisi è derivata dall'assenza, a livello internazionale, di regole uniformi in materia di requisiti patrimoniali delle banche e di gestione della liquidità bancaria.

Da un lato, la mancata armonizzazione internazionale della definizione di capitale e patrimonio bancario aveva favorito la competizione tra le piazze finanziarie internazionali, in alcune delle quali le regole in materia erano più tolleranti. Dall'altro, errate valutazioni, da parte di numerose banche, circa la possibilità di smobilizzare prontamente risorse investite a lungo termine per fronteggiare

ingenti passività a breve o brevissima scadenza avevano determinato pesanti squilibri nei bilanci e dunque una diffusa sfiducia degli investitori e dei mercati sulla solidità di tali intermediari.

Un'ulteriore causa della crisi è legata all'assenza di adeguate misure di vigilanza di carattere macroprudenziale, volte a contenere gli effetti negativi per il sistema prodotti dall'insieme degli operatori.

Il Dipartimento del Tesoro americano ha varato un piano di salvataggio incentrato sulla creazione di un fondo pubblico di emergenza che ha posto a carico dello Stato l'acquisto dei titoli "tossici" delle banche, legati ai mutui ad alto rischio.

In Europa, la linea politica sui salvataggi bancari è stata quella di demandare ai governi nazionali la gestione delle crisi e gli eventuali interventi su singoli istituti di credito.

In Italia il governo ha fornito il quadro normativo necessario per consentire al Ministero dell'economia l'adozione delle misure straordinarie necessarie per fronteggiare le ripercussioni della crisi finanziaria, garantendo la stabilità del sistema bancario e la tutela del risparmio. Tali norme hanno previsto, in primo luogo, il rilascio, da parte del Ministero dell'economia, della garanzia statale a favore dei depositanti, a integrazione e in aggiunta ai sistemi di assicurazione dei depositi. In secondo luogo, al Ministero è stata riconosciuta la facoltà di concedere la garanzia dello Stato sulle passività delle banche italiane con scadenza fino a cinque anni, nonché di effettuare operazioni di scambio tra titoli di Stato e strumenti finanziari o passività di nuova emissione delle banche italiane. Sono stati poi previsti interventi d'emergenza, da parte del Ministero dell'economia, per la ricapitalizzazione delle banche in difficoltà, attraverso l'emissione di strumenti finanziari. Un'ulteriore modalità di ricapitalizzazione è stata indirizzata a banche sane al fine di evitare fenomeni di razionamento del credito.

La complessità e l'eccezionale gravità degli eventi hanno delineato modelli di intervento pubblico incentrati sull'assunzione, da parte dei governi, di impegni diretti nel capitale delle banche in crisi. La crisi ha inoltre messo in risalto l'esigenza di un rafforzamento della cooperazione internazionale tra i governi, le banche centrali e le autorità di vigilanza.

La risposta delle autorità internazionali alla crisi si è articolata in iniziative di riforma delle regole, dei controlli e delle istituzioni.

Per quanto riguarda la regolamentazione finanziaria, il "Financial Stability Board" e il Comitato di Basilea per la vigilanza bancaria, hanno predisposto un progetto di riforma che entrerà in vigore gradualmente per non ostacolare la ripresa dell'economia. Sono state riviste le regole sul capitale delle banche, al fine di delineare requisiti patrimoniali più stringenti a fronte delle varie tipologie di rischio e di adeguare il trattamento prudenziale di alcuni strumenti finanziari.

Il “Financial Stability Board” e il Comitato di Basilea incoraggiano anche la detenzione, da parte delle banche, di livelli di capitale superiore ai requisiti minimi per fronteggiare l’impatto delle fasi di recessione sull’economia e per contenere l’eccessivo ricorso alla leva finanziaria.

Infine, il “Financial Stability Board” ha predisposto un programma di lavori per affrontare il problema delle banche “too big to fail”: le autorità di vigilanza devono far sì che queste banche abbiano una capacità di assorbire le perdite più elevata degli altri intermediari, e dotarsi di efficaci sistemi di risoluzione delle crisi.

Tra le iniziative promosse dal “Financial Stability Board” occorre ricordare anche la revisione del ruolo dei “rating” assegnati dalle agenzie specializzate, per evitare che gli intermediari vi facciano eccessivo affidamento, e l’adozione di principi contabili uniformi per rafforzare la stabilità finanziaria.

Quanto alla riforma dei controlli, le iniziative del “Financial Stability Board” e del Comitato di Basilea mirano a rendere più efficace e incisiva la vigilanza sull’intero sistema di gestione e controllo dei rischi a livello aziendale, a incoraggiare l’attenta valutazione dei sistemi di governo societario e di remunerazione del personale, a rafforzare i meccanismi della cooperazione internazionale, con il potenziamento dei collegi dei supervisori sui grandi gruppi “crossborder”.

Nel 2009 la Commissione europea ha proposto una nuova architettura della vigilanza finanziaria a livello europeo, volta a rendere più incisive l’analisi e la vigilanza macroprudenziali e a migliorare l’integrazione dell’attività di regolamentazione e vigilanza nell’Unione.

A tal fine, sono stati istituiti il Comitato europeo per il rischio sistemico (ESRB), con funzioni di vigilanza macroprudenziale, e tre Autorità europee di vigilanza microprudenziale (ESA), distinte per settore di intermediazione. L’ESRB ha il compito di condurre analisi e di segnalare i rischi e le vulnerabilità che minacciano la stabilità del sistema formulando raccomandazioni (non vincolanti, ma possono essere rese pubbliche al fine di forzare le autorità ad adeguarsi alle indicazioni fornite) ai fini del contenimento del “rischio sistemico”. L’efficacia dell’azione di questo organismo e la possibilità di influenzare le politiche europee e nazionali dipendono dall’autorevolezza, dal rigore e dall’indipendenza delle analisi che esso conduce.

Nel campo della vigilanza microprudenziale, particolare importanza riveste la definizione del “single rulebook” europeo, ovvero, l’insieme di regole che devono essere applicate in modo uniforme da tutte le autorità dei paesi dell’Unione. In riferimento al controllo del credito, queste regole comuni riguardano i principali strumenti di vigilanza e devono accompagnarsi a norme tecniche vincolanti e a strumenti di “enforcement” tesi a ridurre al minimo i margini di discrezionalità degli Stati nel recepimento a livello nazionale. L’Autorità bancaria europea ha il compito di rafforzare la supervisione sui gruppi bancari “crossborder” attraverso lo sviluppo di

metodologie e strumenti per la valutazione congiunta dei rischi. Assumono rilievo anche i c.d. “stress test” basati su metodologie armonizzate. Condotti in collaborazione con le autorità nazionali per valutare la capacità del sistema e di singole istituzioni bancarie di far fronte a specifici eventi avversi. Gli effetti della crisi hanno causato un incremento dei differenziali di tasso richiesti dagli investitori per comprare titoli pubblici dei paesi con più elevato debito pubblico.

Per questi motivi, nel 2011, il Consiglio Europeo ha approvato una serie di nuove misure, tra cui il rafforzamento dell’ European Financial Stability Facility-EFSF, e la predisposizione di un piano di ulteriore rafforzamento patrimoniale delle banche che prevede specifici requisiti di capitale da rispettare e si basa sulla valutazione al valore di mercato della loro esposizione verso gli Stati membri dell’Unione.

3. La disciplina del mercato mobiliare

La disciplina del mercato mobiliare mira allo sviluppo dei mercati regolamentati e alla tutela della trasparenza e delle concorrenze. La disciplina della trasparenza è disposta a mezzo di obblighi in informazione, obblighi di “disclosure”, obblighi connessi al conflitto di interesse, obblighi relativi all’uso di informazioni riservate. Oggetto della disciplina sono gli intermediari finanziari, le società e gli enti con titoli negoziati nei mercati regolamentati. La normativa disciplina anche le operazioni che si svolgono sul mercato mobiliare, consistente nell’offerta pubblica di sottoscrizione e di vendita, nell’offerta pubblica di acquisto o di scambio e nelle negoziazioni che si svolgono nei mercati regolamentati e in quelli non regolamentati.

La disciplina del mercato mobiliare ed i controlli su di esso si sono sviluppati in cinque fasi.

a. La prima fase (1974-1983)

La prima fase ha inizio con il decreto legge 8 aprile 1974, n.95, secondo cui la CONSOB era un organo dello Stato dotato di limitata autonomia. Ad essa venne attribuito un duplice compito: l’attività di controllo del funzionamento delle borse valori e l’ordinamento in materia di società.

Lo scopo dell’organo era quello di assicurare la trasparenza, ovvero garantire l’informazione a tutela dei risparmiatori. Tuttavia, il suo intervento era limitato al solo mercato di borsa per i titoli quotati. La legge, trasferì alla CONSOB poteri prima spettanti alle Camere di commercio e alle autorità locali di borsa, ampliandone il campo operativo. Si trattava, però, di una riforma che non cambiava l’ordinamento della borsa, ma l’architettura degli organi pubblici preposti al controllo della borsa e non affrontava problemi fondamentali come la fuga dalla borsa ufficiale e lo scarso

numero di operatori. In questi primi anni, la CONSOB si interessò principalmente alla trasparenza societaria e dell'informazione dei soci.

b. La seconda fase (1983-1986)

la seconda fase che ha inizio nel 1983, vede il rafforzamento della disciplina statale del mercato dei valori mobiliari, frutto anche dell'intervento sovranazionale da parte della Comunità economica europea. Questa fase è caratterizzata dall'attuazione di due direttive comunitarie: sul coordinamento delle condizioni per l'ammissione di valori mobiliari alla quotazione ufficiale di una borsa valori; e sul coordinamento delle condizioni di redazione, controllo e diffusione del prospetto da pubblicare per l'ammissione di valori mobiliari alla quotazione di una borsa valori.

Nel 1985, viene approvato il regolamento sulle sollecitazioni del pubblico risparmio. Infatti, tale fase l'attenzione della CONSOB è concentrata sulla disciplina della sollecitazione del pubblico risparmio.

c. La terza fase (1986-1989)

La terza fase ha inizio con la legge 19 giugno 1986 n.289 sulla Monte Titoli, società per la custodia e la negoziazione dei valori mobiliari. In questo periodo, la Commissione acquisisce un posto più importante nell'organizzazione e nella disciplina dell'ordinamento del mercato. Appartengono a questa fase il progetto per la riforma del mercato borsistico, il regolamento sull'ammissione delle società commissionarie negli antirecinti alle grida delle borse valori e quello che disciplina la liquidazione dei contratti di borsa.

In questo periodo, la CONSOB è concentrata sulla stabilizzazione della propria organizzazione.

d. La quarta fase (1991-1994)

Nella quarta fase, la CONSOB acquisisce anche un controllo completo degli intermediari di valori mobiliari. Questo periodo è caratterizzato da sei atti normativi importanti favoriti dalle iniziative comunitarie: quello sulle società di intermediazione mobiliare; quello sull'uso di informazioni riservate nelle operazioni in valori mobiliari (inside trading); quello sulle offerte pubbliche di vendita, sottoscrizione, acquisto e scambio di titoli; quello sui fondi comuni di investimento mobiliare chiusi; quello sui fondi pensione; quello sui fondi comuni di investimento di investimento immobiliare. Particolare rilievo assume, in questo periodo, la disciplina dell'informazione al mercato. Essa impone agli emittenti la comunicazione "senza indugio" al mercato di ogni fatto che si verifica nella loro sfera di attività e che, se reso pubblico, sia idoneo ad influire sensibilmente sul corso dei valori mobiliari quotati. È assicurato così un flusso informativo continuo e diretto tra

emittenti e mercato senza l'intervento preventivo dell'autorità di vigilanza. Alla modifica dei compiti seguono modifiche dell'organizzative della CONSOB.

e. La quinta fase

La quinta fase ha inizio nel 1996 ed è caratterizzata da quattro elementi: ulteriore espansione della disciplina di origine europea; un'intensa attività regolamentare della CONSOB; ampliamento della sua autonomia; la modificazione delle funzioni ad essa attribuite.

Le disposizioni attribuiscono alla CONSOB poteri regolamentari e di vigilanza più estesi. Sulle funzioni della CONSOB incidono, dapprima gli scandali finanziari legati alla Cirio e alla Parmalat e successivamente gli effetti della crisi finanziari del 2008.

Sotto il primo aspetto, la legge oltre a modificare l'assetto organizzativo e procedurale della Banca d'Italia, rafforza i poteri della CONSOB di regolamentazione, vigilanza e sanzione sugli emittenti, sull'attività di intermediazione e sul funzionamento del mercato. La crisi finanziaria induce all'approvazione di una nuova disciplina europea delle autorità di vigilanza sulla finanza privata e si costituisce l'European Securities and Markets Authority-ESMA; le iniziative adotta teda una organizzazione internazionale che riunisce oltre cento autorità nazionali di vigilanza sui mercati mobiliari, la International Organisation of Securities Commission-IOSCO, per promuovere un nuovo assetto dei poteri delle autorità di vigilanza del settore. L'autonomia della CONSOB viene ampliata da due ulteriori disposizioni: quella che riconosce alla stessa la possibilità di autofinanziarsi attraverso i corrispettivi per i servizi resi in base alla legge; e quella che prevede il rafforzamento dell'organico della Commissione autorizzando la stessa a svolgere concorsi interni per l'ammissione in ruolo del personale a tempo determinato in servizio presso di essa.

f. Le principali tendenze dello sviluppo della CONSOB

Nelle cinque fasi analizzate è possibile individuare cinque diverse competenze principali della Commissione: quelle relative all'informazione societaria; quelle riguardanti la sollecitazione del pubblico risparmio; quelle sul funzionamento dei mercati; quelle sulla vigilanza sugli intermediari; quelle di controllo sulle società di gestione dei mercati.

La CONSOB è passata da istituzione meramente nazionale a organismo-parte di una rete sovranazionale di poteri pubblici vertice dell'ordinamento del mercato dei valori mobiliari ed autorità amministrativa indipendente.

In periodi relativamente più recenti, si è verificato il passaggio da una disciplina focalizzata quasi esclusivamente sulle società quotate in borsa, ad una disciplina articolata degli emittenti, degli intermediari e dei mercati.

g. Dalla disciplina nazionale a quella europea

Nel corso del tempo, l'europizzazione della CONSOB e della relativa disciplina ha assunto forme e caratteristiche diverse. Dagli anni '80 agli anni '90 si sono susseguite una serie di disposizioni, che come abbiamo visto, hanno modificato sia l'assetto organizzativo della Commissione, sia i suoi poteri. Nel 1998, il decreto legislativo n.58, dispone (abrogando tutte le disposizioni precedenti) che, "il Ministro dell'economia e delle finanze, La Banca d'Italia e la CONSOB esercitano i poteri loro attribuiti in armonia con le disposizioni comunitarie, applicano i regolamenti e le decisioni dell'Unione europea e provvedono in merito alle raccomandazioni concernenti le materie disciplinate dal presente decreto". Inoltre, la Banca d'Italia e la CONSOB collaborano con un continuo scambio di informazioni con le autorità competenti dell'Unione europea e dei singoli Stati comunitari, al fine di agevolare le rispettive funzioni. Si passa così, ad una forma strutturata di cooperazione.

La regolamentazione europea interessa tutti gli aspetti della disciplina dei valori mobiliari. L'armonizzazione europea delle regole in materia non annulla gli spazi di autonomia riservati agli ordinamenti nazionali e alle rispettive autorità di vigilanza, ma questa si deve svolgere nel quadro di regole comuni e dei poteri di controllo attribuiti alle istituzioni europee per verificare l'osservanza di quelle stesse regole.

Le autorità nazionali di vigilanza hanno il potere di dare diretta applicazione al diritto dell'Unione europea. Un ulteriore aspetto della europeizzazione riguarda l'assetto organizzativo del settore. La Commissione è entrata in un sistema europeo di autorità di controllo dei mercati dei valori mobiliari, ma l'organizzazione di tale sistema ha subito nel corso del tempo mutamenti importanti, nell'ottica del rafforzamento dei meccanismi di integrazione tra le varie autorità che compongono il sistema. La Commissione europea, nel 2001, ha istituito il comitato delle autorità europee di regolazione dei valori mobiliari, composto da rappresentanti "ad alto livello" delle autorità nazionali pubbliche competenti nel settore dei valori mobiliari.

Nel 2011 è poi entrata in vigore la disciplina europea che prevede un'architettura complessa, fondata sull'istituzione del Consiglio europeo per i rischi sistemici e sul Sistema europeo delle autorità di vigilanza finanziaria. Quest'ultimo, a sua volta, comprende tre nuove autorità europee e le autorità di vigilanza nazionali di settore, a loro volta, parte dell'organizzazione delle rispettive autorità europee. Le autorità europee hanno il potere di definire le norme tecniche di regolamentazione e di attuazione; di emanare orientamenti e formulare raccomandazioni; di coordinare le autorità nazionali e di risolvere le controversie tra loro; di intervento diretto in alcune situazioni di emergenza. Alle autorità nazionali, invece, spetta la vigilanza sugli operatori nazionali.

h. L'ampliamento dei compiti della Commissione

Da organo di controllo della borsa e di garanzia delle trasparenza societaria, CONSOB è divenuta autorità di regolazione del mercato degli strumenti finanziari, nonché di controllo della sollecitazione all'investimento e degli intermediari finanziari. La CONSOB può esercitare quasi tutti i tipi di poteri dello Stato moderno: poteri prescrittivi, organizzativi, acquisitivi, autorizzatori di tenuta albi, di vigilanza, cautelari, di sanzione, di conciliazione ed arbitrato e consultivi. Tra questi poteri, particolare rilievo occupano quelli prescrittivi ed ordinatori.

i. La Commissione autorità parzialmente indipendente

Come si è visto, la CONSOB è divenuta autorità indipendente con piena autonomia, proprio bilancio di previsione, autonomia organizzativa, autonoma gestione delle spese. Informa delle proprie attività il Ministro dell'economia e delle finanze, ma non è sottoposta al suo potere di direzione. Tuttavia, i componenti della Commissione sono scelti dal governo e durano in carica per un periodo relativamente breve; i regolamenti sull'organizzazione e sul personale e le determinazioni sull'autofinanziamento sono sottoposti a controlli statali, mentre i rendiconti sono soggetti al controllo della Corte dei conti.

Una serie di garanzie di indipendenza sono stabilite anche nei riguardi dei destinatari dell'azione della CONSOB. La principale riguarda il regime di incompatibilità dei commissari durante lo svolgimento del mandato. In questo caso, tale regime non si estende anche al periodo immediatamente successivo al termine del mandato.

l. Il testo unico dell'intermediazione finanziaria del 1998

La disciplina degli intermediari, dei mercati e degli emittenti è raccolta nel decreto n.58 del 1998 contenente il testo unico delle leggi in materia.

Il testo unico abbandona le precedenti nozioni di sollecitazione al pubblico risparmio e di valori mobiliari, sostituendole rispettivamente con quelle di "offerta pubblica di prodotti finanziari" e "strumenti finanziari" o "prodotti finanziari". Disciplina, inoltre, i servizi e le attività di investimento e i servizi accessori.

Seguono norme riguardanti gli intermediari (parte II), i mercati e la gestione accentrata di strumenti finanziari (parte III), e gli emittenti (parte IV).

Gli intermediari abilitati ad offrire servizi di investimento sono: le società di intermediazione mobiliare (SIM); gli intermediari finanziari iscritti nell'elenco di cui all'art. 107 del testo unico delle banche; le società di gestione del risparmio italiane (SGR); le società di investimento a capitale variabile italiane (SICAV); le banche italiane; gli agenti di cambio; i consulenti

indipendenti. Differiscono a seconda dei casi l'ambito dei servizi di investimento consentiti ai singoli tipi di intermediari e anche il regime di vigilanza al quale sono sottoposti.

Alcune norme del testo unico riguardano le imprese di investimento comunitarie ed extracomunitarie. Le prime possono esercitare in Italia servizi ammessi al mutuo riconoscimento, con o senza lo stabilimento di succursali, previa comunicazione alla CONSOB e alla Banca d'Italia da parte dello Stato di origine; l'esercizio di attività non ammesse al mutuo riconoscimento è invece subordinato ad autorizzazione della CONSOB. Le seconde possono stabilire succursali o svolgere i servizi di investimento e i servizi accessori previa autorizzazione delle CONSOB, sentita la Banca d'Italia, in presenza delle condizioni indicate dalla legge stessa.

Altre norme riguardano le società estere operanti in Stati nei quali non sono garantite adeguate condizioni di trasparenza sulla loro attività. Nella parte riguardante i mercati, il testo unico distingue tra mercati regolamentati. Non c'è una definizione legislativa che spieghi la differenza tra i due, ma è pacifico che per mercati regolamentati si intendono quelli sottoposti ad un sistema di regole che ne disciplinano l'organizzazione e il funzionamento. A tal fine, il testo unico prevede un apposito elenco dei mercati regolamentati tenuto dalla CONSOB.

Le normative più recenti hanno abolito l'obbligo di concentrazione degli scambi sui mercati regolamentati, al fine di promuovere la liberalizzazione dei mercati finanziari. Questo, però, non significa che i mercati non regolamentati non siano sottoposti a forme di controllo. Il testo unico attribuisce alla CONSOB il potere di fissare, con proprio regolamento, i requisiti minimi di funzionamento dei sistemi di negoziazione sui mercati non regolamentati, dettando il regime di trasparenza al quale sono soggette le negoziazioni.

La disciplina dei mercati regolamentati è ordinata su due livelli: quello privatistico della società di organizzazione e gestione dei mercati, e quello pubblicistico dell'organo di controllo di secondo grado, la CONSOB.

La società di borsa è società di diritto privato speciale: ha un capitale minimo determinato dalla CONSOB, ha azioni la cui circolazione è controllata, ha oggetto quasi esclusivo, è iscritta in un albo tenuto dalla CONSOB. Inoltre, la società è sottoposta ad una decina di controlli della CONSOB: uno di tipo generale, consistente nella vigilanza; altri di natura speciale, riguardanti la verifica delle modifiche statutarie, la vigilanza sui regolamenti del mercato, l'autorizzazione alla gestione ecc.

La società dispone di compiti di due tipi: gestionali e regolamentari e di controllo. Nella prima tipologia rientrano i poteri riguardanti l'organizzazione di strutture e di servizi, il funzionamento del mercato, l'ammissione e l'esclusione dei tipi di strumenti finanziari, la prevenzione e l'identificazione degli abusi di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato.

Nella seconda tipologia rientrano la disciplina dell'entrata e dell'esclusione degli operatori e delle negoziazioni; l'accertamento, la pubblicazione e la diffusione dei prezzi; la regolazione dei contratti e il controllo del rispetto del regolamento.

Infine, la CONSOB può disporre l'ammissione, l'esclusione e la sospensione dalle negoziazioni degli strumenti finanziari emessi da una società di gestione di un mercato gestito dalla stessa.

Il testo unico, infine, regola le operazioni di appello al pubblico risparmio. Queste comprendono le offerte al pubblico di sottoscrizione e di vendita e le offerte pubbliche di acquisto e di scambio. Tutte le forme di appello al pubblico risparmio sono sottoposte al controllo della CONSOB, diretto ad assicurare la tutela degli investitori. La CONSOB dispone anche di una serie di poteri regolamentari che hanno ad oggetto il contenuto del prospetto informativo, le modalità della sua offerta al pubblico, le norme di correttezza ecc.

La CONSOB esercita, poi, poteri autorizzatori; prescrittivi; acquisitivi e interdittivi; di controllo sulla completezza e la correttezza dell'informazione; di impugnativa delle delibere assembleari e sanzionatori.

4. La disciplina delle assicurazioni

Il settore delle assicurazioni private è stato sottoposto ad un'ampia disciplina pubblicistica che risale al secondo decennio del Novecento. Tale disciplina è finalizzata a tutelare gli assicurati, sia a favorire la stabilità e solvibilità delle imprese operanti nel settore, in quanto mira a garantire alla collettività l'attuazione del servizio assicurativo.

a. Dall'Istituto nazionale alle assicurazioni: INA (1912) al testo unico del 1959

La disciplina nazionale ha origine dalla normativa del 1912 che ha istituito l'Istituto Nazionale delle Assicurazioni-INA, un ente pubblico economico al quale venne attribuito il monopolio delle assicurazioni sulla vita. Da questa normativa hanno avuto origine i due principali istituti di controllo del settore: l'autorizzazione all'entrata ed il controllo delle tariffe che riguardavano esclusivamente il campo delle assicurazioni sulla vita.

La prima disciplina generale è quella del 1923, che attribuiva il controllo del settore al Ministero dell'economia nazionale e prevedeva l'autorizzazione per l'accesso al settore e sottoponeva le imprese alla potestà prescrittiva, ordinatoria, ispettiva, di inchiesta, sanzionatoria e di vigilanza dell'autorità pubblica. Le norme conferivano all'autorità pubblica un potere conformativo e di direzione del settore. L'insieme delle disposizioni vennero unificate nel 1959 nel c.d. testo unico.

Questo poneva l'impresa assicurativa in una condizione di soggezione alla pubblica amministrazione, sia per l'eccesso al settore, sia per l'esercizio dell'attività assicurativa.

b. La disciplina europea e l'evoluzione di quella nazionale

Il testo unico del 1959 è stato in seguito modificato ed in gran parte superato, per effetto di alcune importanti innovazioni, quali l'istituzione di un apposito organismo di vigilanza (l'ISVAP) e l'emanazione della normativa in materia di responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti

La normativa europea si è andata svolgendo in più fasi, per cui vi sono, per i settori delle assicurazioni sulla vita e delle assicurazioni per i danni, tre diverse direttive. Le prime direttive danni e la prima direttiva vita sono state dettate disposizioni di coordinamento delle legislazioni statali, conservando i controlli e la sorveglianza delle autorità nazionali e stabilendo il divieto del cumulo dell'esercizio delle assicurazioni sulla vita con quelle contro i danni e le condizioni di accesso, escludendo la possibilità di qualsiasi valutazione discrezionale delle domande.

Con la seconda direttiva danni e la seconda direttiva vita è stata disciplinata la libertà di prestazione dei servizi introducendo una parziale applicazione del principio del controllo del paese di origine relativamente ai c.d. grandi rischi del ramo danni ed ai contratti conclusi per iniziativa del contraente nel ramo vita mentre negli altri casi le autorità di controllo rimanevano quelle del paese ospitante. Le terze direttive nel ramo danni e vita hanno istituito un vero e proprio mercato unico delle assicurazioni, attraverso l'introduzione del meccanismo della c.d. licenza unica, per cui la vigilanza compete esclusivamente allo Stato membro d'origine. È stato inoltre introdotto il divieto per gli Stati membri di prevedere l'approvazione o la comunicazione sistematica delle condizioni generali di polizza e delle tariffe, e sono stati previsti gli obblighi a tutela del consumatore-contraente, della trasparenza nella redazione del contratto.

La disciplina europea è stata modificata e coordinata nel 2009 in materia di accesso ed esercizio delle attività di assicurazione e di riassicurazione (direttiva Solvibilità II) ed attua la rifusione (ovvero, l'adozione di un nuovo atto giuridico che apporta modifiche ad un atto di base, abrogandolo) delle precedenti norme in materia.

c. L'istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private e di interesse collettivo ISVAP

L'attività di vigilanza ha la funzione di garantire la stabilità, l'efficienza, la competitività ed il buon funzionamento del sistema assicurativo, la tutela degli assicurati, l'informazione e la protezione dei consumatori è svolta dal Ministero dello sviluppo economico e, in particolare, dall'Istituto per la vigilanza sulle Assicurazioni Private e di interesse collettivo ISVAP.

L'ISVAP è un'autorità amministrativa parzialmente indipendente. Parziale indipendenza che deriva dal fatto che l'indirizzo del settore spettava al Comitato interministeriale per la programmazione economica (CIPE) e l'indirizzo amministrativo e l'adozione dei provvedimenti amministrativi al Ministero dell'industria, del commercio e dell'artigianato.

Tuttavia, l'ISVAP gode di un elevato grado di indipendenza sotto l'aspetto dell'autonomia organizzativa e d'organico (il consiglio ne delibera lo statuto e le norme generali di funzionamento), dell'autonomia finanziaria (dispone di entrate proprie) e dell'autonomia contabile (in deroga alle disposizioni sulla contabilità generale dello Stato).

In seguito, vi è stata un'evoluzione verso la configurazione dell'ISVAP, quale autorità pienamente indipendente: il decreto legislativo n.373 del 1998, ha ridisciplinato la ripartizione dei ruoli delle autorità nel settore: da un lato ha eliminato le competenze in precedenza attribuite al CIPE e dall'altro, ha previsto il passaggio all'ISVAP di gran parte delle attribuzioni del Ministero dello sviluppo economico. Pertanto, tutte le funzioni non espressamente attribuite al Ministero per le attività produttive, furono trasferite all'ISVAP. Inoltre, fu attribuito allo stesso Istituto il potere di emanare provvedimenti generali, laddove ciò sia ritenuto utile o necessario per la tutela delle imprese o degli utenti. Il codice delle assicurazioni, attribuisce in via esclusiva all'ISVAP funzioni pubbliche in materia. Il codice ha stabilito, altresì, che al Ministro delle attività produttive compete l'adozione dei provvedimenti previsti nello stesso codice nell'ambito delle linee di politica assicurativa determinate dal governo.

d. I requisiti di accesso e la disciplina delle condizioni di esercizio

Per l'accesso all'attività assicurativa, le leggi prescrivono numerosi requisiti, attinenti alla costituzione in forme prescritte dalla legge, alla presentazione di un programma, all'oggetto sociale, agli aspetti patrimoniale e finanziari, alla onorabilità ed alla professionalità dei responsabili dell'impresa. All'esistenza di un sistema di controlli interni, alla separazione tra i diversi rami assicurativi.

La disciplina delle condizioni di esercizio riguarda prevalentemente il programma di attività e l'organizzazione esterna dell'impresa, i contratti di assicurazione, la dimensione e la composizione del patrimonio, la redazione dei bilanci, le partecipazioni ed i legami azionari.

Le succursale delle imprese italiane stabilite in altri Stati membri sono sottoposte a controlli e ad accertamenti ispettivi dall'organo di controllo italiano mentre le imprese degli altri Stati membri sono sottoposte al controllo delle rispettive autorità di vigilanza. Quindi, pur se il controllo spetta all'autorità di controllo dello Stato di origine, in casi di mancato rispetto delle disposizioni di legge italiane da parte dell'impresa estera, l'ISVAP, dopo avere invitato l'impresa a porre fine alle

irregolarità, e dopo averne informato l'autorità dello Stato d'origine, può adottare le misure idonee a porre fine alle irregolarità.

Nel settore assicurativo si aggiunge dal '94, la liberalizzazione tariffaria, per cui le tariffe e le condizioni di polizza per l'assicurazione sulla vita e quella sulla circolazione dei veicoli non più soggette ad approvazione da parte dell'autorità governativa.

Così come nell'ambito del credito, la disciplina della concorrenza si applica anche alle imprese assicurative, il cui controllo di vigilanza è attribuito all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, sentito il parere dell'ISVAP. Alle imprese di assicurazione si applica anche la disciplina europea della concorrenza.

e. La disciplina degli intermediari di assicurazione

L'intermediazione assicurativa e riassicurativa, consiste nel presentare o proporre prodotti assicurativi e riassicurativi o nel prestare assistenza e consulenza finalizzate a tale attività e, se previsto dall'incarico intermediativo, nella conclusione dei contratti ovvero nella collaborazione alla gestione o all'esecuzione, in caso di sinistri, dei contratti stipulati. Tale attività è riservata agli iscritti nel registro degli intermediari assicurativi e riassicurativi, tenuto dall'ISVAP ed articolato in sezioni distinte per: a) gli agenti di assicurazione; b) i mediatori di assicurazione o di riassicurazione; c) i produttori diretti; d) le banche, gli intermediari finanziari, le SIM, e le società Poste Italiane, in base a specifiche autorizzazioni; e) i collaboratori degli intermediari iscritti alle sezioni a, b, e d, per l'attività di intermediazione svolta al di fuori dei locali dove l'intermediario opera. Ai fini dell'iscrizione nel registro, il codice stabilisce determinati requisiti di onorabilità, incompatibilità, idoneità e di garanzia nei confronti degli assicurati. La cancellazione dall'albo è disposta dall'ISVAP in caso di radiazione, rinuncia all'iscrizione, mancato esercizio dell'attività senza giustificato motivo per oltre tre anni, perdita di almeno uno dei requisiti, mancato versamento del contributo di vigilanza e perdita di efficacia delle garanzie assicurative.

f. L'evoluzione del settore assicurativo

La disciplina pubblicistica delle assicurazioni è interessata da profondi cambiamenti, determinati sia dalla crescente regolamentazione europea, sia dalla trasformazione di alcuni prodotti assicurativi in prodotti finanziari. Alcuni prodotti appartenenti al ramo vita vanno assumendo sempre più anche contenuti e finalità di tipo finanziario, pertanto definiti prodotti misti, vi sono le polizze assicurative del ramo vita c.d. "index-linked" e "unit-linked" (polizze collegate a fondi di investimento). Tali prodotti presentano caratteristiche peculiari che necessitano di una appropriata informativa nei confronti dei consumatori, ovvero di una limitazione per evitare fenomeni di arbitraggio.

Tali trasformazioni richiedono sia un adeguamento della disciplina dell'attività assicurativa e della distribuzione, sia dell'organizzazione e del ruolo delle autorità di controllo.

Per quanto riguarda il primo aspetto, è stata prevista l'applicazione della normativa in materia di intermediazione finanziaria ai prodotti finanziari emessi dalle imprese di assicurazione. Poiché gli accordi di distribuzione attraverso le banche sono spesso accompagnati dall'acquisizione di partecipazioni nel capitale della banca da parte dell'impresa assicuratrice, ovvero dalla creazione di imprese assicuratrici partecipate da banche ed imprese assicuratrici, si è resa necessaria un'attività di vigilanza supplementare relativamente ai gruppi assicurativi e ai conglomerati finanziari.

Scopo della vigilanza sui conglomerati finanziari è la salvaguardia della stabilità del gruppo nel suo complesso e delle singole imprese che ne fanno parte.

Con l'entrata in vigore della "Solvibilità II", le imprese di assicurazione dovranno rivedere la gestione finanziaria e di "governance" dell'impresa: le riserve ed il margine di solvibilità dovranno essere costituiti non più solo in funzione di parametri quantitativi ma anche in considerazione di nuovi parametri relativi ai "rischi" dell'impresa.

Per quanto riguarda il secondo aspetto, la normativa europea prevede che le attività di vigilanza sia esercitata solamente nei confronti dei soggetti, e non anche dei prodotti e può intervenire solo successivamente con poteri sanzionatori. Per completezza di informazione, è necessario aggiungere che tra i prodotti assicurativi è possibile scegliere anche quelli distribuiti nel territorio nazionale da imprese stabilite in altri paesi dell'Unione europea.

5. Caratteristiche comuni e rapporti tra discipline del credito, dei mercati mobiliari e delle assicurazioni

I mercati regolamentati sono caratterizzati da sei tratti fondamentali:

- il mercato è definito e ne sono definiti i confini e i rapporti con i mercati contigui. I mercati regolamentati fanno parte dei mercati-istituzioni, non dei mercati-luoghi;
- sono definite le finalità della disciplina che sono normalmente di quattro tipi: liberalizzazione (intesa come libertà di circolazione e di abolizione dei poteri di direzione), stabilità, concorrenza e trasparenza. La tutela dei risparmiatori, dei creditori e degli assicurati è garantita con misure (standard oggettivi) dirette alla solvibilità, alla trasparenza e alla concorrenza degli operatori;
- nei mercati regolamentati i soggetti che vi hanno accesso sono individuati mediante l'autorizzazione e da albi: gli imprenditori sono scelti con la collaborazione dell'autorità pubblica;
- nei mercati regolamentati sono stabilite almeno le regole fondamentali relative alle operazioni ammesse e ai prodotti che possono essere scambiati;

- sono disciplinate le condizioni di crisi, per evitare la propagazione di danni che colpiscono i risparmiatori, i creditori gli assicurati, le persone di cui si sia raccolto il risparmio;
- ognuno dei settori di cui si compone la finanza privata vi è una autorità indipendente.

a. Le norme comuni in materia di procedimenti amministrativi

Per quanto riguarda i provvedimenti aventi natura regolamentare o di contenuto generale, esclusi quelli attinenti all'organizzazione interna, viene stabilito che debbano essere motivati, con riferimento alle scelte di regolazione e di vigilanza del settore ovvero della materia su cui vertono; che debbano essere accompagnati da una relazione che ne illustri le conseguenze sulla regolamentazione, sull'attività delle imprese e degli operatori e sugli interessi degli investitori e dei risparmiatori; che debbano essere adottati tenendo conto "in ogni caso" del principio di proporzionalità, inteso "come criterio di esercizio del potere adeguato al raggiungimento del fine, con il minore sacrificio degli interessi dei destinatari; che a tal fine, le autorità debbano consultare gli organismi rappresentativi dei soggetti vigilati, dei prestatori di servizi finanziari e dei consumatori e che il contenuto di tali atti di regolazione venga sottoposto a revisione periodica, almeno ogni tre anni, per adeguarlo all'evoluzione delle condizioni del mercato e degli interessi degli investitori e dei risparmiatori.

Per i procedimenti di controllo a carattere contenzioso e per quelli sanzionatori, è stabilito il rispetto dei principi della facoltà di denuncia di parte, della piena conoscenza degli atti istruttori, del contraddittorio, della verbalizzazione, nonché della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie rispetto all'irrogazione della sanzione. Le controversie aventi ad oggetto tutti i provvedimenti, compresi quelli sanzionatori ed esclusi quelli inerenti ai rapporti di impiego privatizzati, emanati da tali autorità, sono rimesse alla competenza esclusiva del giudice amministrativo.

b. I rapporti tra le discipline e le autorità di vigilanza nazionali

La presenza di prodotti misti o ibridi e il dissolvimento delle frontiere nazionali fanno sì che l'ordinamento attuale si presenti precario ed incompleto. Il sistema dei controlli sull'insieme dei servizi finanziari non è direttamente riconducibile ad alcuno dei due tradizionali modelli teorici, tendenti a suddividere le competenze di vigilanza in base alla tipologia di intermediari o alla finalità del controllo.

Il sistema italiano è misto: per le banche e le assicurazioni, infatti, si segue il primo modello, attribuendo tutte le competenze di vigilanza dell'autorità preposta al settore (Banca d'Italia, ISVAP); nei servizi di investimento prevale il secondo modello, con una suddivisione delle

competenze tra Banca d'Italia e CONSOB a seconda dell'interesse perseguito. L'esigenza ormai prevalente nell'ordinamento europeo è quella che si esprime con la frase "livellare il campo di gioco", stabilire cioè, una disciplina comune ai diversi settori.

Da tempo si discute sulla possibile razionalizzazione del sistema italiano, la concentrazione dei controlli in una sola istituzione. La concentrazione consente di avere una visione d'insieme dei mercati, di realizzare economie di scale e di rendere l'azione di vigilanza più coerente con l'attenuarsi dei confini tra gli intermediari e tra gli stessi mercati.

Per quanto riguarda il riparto delle competenze, la giurisprudenza amministrativa ha stabilito che, nel caso in cui siano coinvolti soggetti appartenenti a vari settori economici, si deve definire la competenza sulla base non dei soggetti coinvolti ma dell'effetto dell'operazione. Il legislatore si è limitato a stabilire blande e flessibili forme di collaborazione e di coordinamento tra le autorità, formalizzando così i rapporti che, nella prassi, si erano da tempo instaurati.

c. La cooperazione internazionale e lo sviluppo della nuova architettura della vigilanza finanziaria europea

A livello internazionale si osserva la tendenza al progressivo rafforzamento delle sedi di cooperazione sia settoriale sia intersettoriale, come il "Financial Stability Forum" e il "Joint Forum". Il primo riunisce rappresentanti delle autorità responsabili per la stabilità finanziaria e valuta gli elementi di vulnerabilità del sistema finanziario internazionale, nonché, individua le misure più idonee a promuovere la stabilità, avvalendosi di ampi scambi di informazioni. Il "Joint Forum" affronta problemi di vigilanza prudenziale relativi ai gruppi bancari e finanziari internazionali e tende ad agevolare la condivisione delle esperienze di controllo tra i partecipanti.

In ambito globale, è stata delineata una riorganizzazione dei svariati organismi competenti nella regolazione di specifici settori della finanza, che viene a ruotare intorno a tre principali organismi: il G20, il Fondo monetario internazionale ed il Financial Stability Board (FSB). Il primo è un organo politico con la funzione di sovrintendere all'attività degli altri due enti e di assicurare il funzionamento del sistema di regolazione finanziaria globale nel suo complesso. Il Fondo monetario internazionale, verifica l'applicazione degli standard elaborati a livello globale e cura il sistema di "early warning" per prevenire nuove crisi stabilito insieme al FSB. Quest'ultimo, composto dai rappresentanti delle autorità finanziarie nazionali, ha il compito di coordinare le attività delle autorità che operano a livello globale nel settore finanziario.

In ambito europeo, è stata avviata la riforma del sistema di vigilanza finanziaria dell'ordinamento europeo, ed è basata sulla distinzione tra vigilanza macroprudenziale e vigilanza microprudenziale.

La prima è affidata al Comitato europeo per il rischio sistemico ed ha la funzione di contribuire a prevenire o attenuare i rischi sistemici alla stabilità finanziaria nell'Unione che derivano da sviluppi interni al sistema finanziario. È articolato in un consiglio generale, un comitato direttivi, un segretariato, un comitato scientifico consultivo e un comitato tecnico consultivo.

La vigilanza microprudenziale è affidata alle tre autorità di vigilanza finanziaria: l'Autorità bancaria europea, l'Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati e l'Autorità europea delle assicurazioni e delle pensioni aziendali e professionali. Le tre autorità, hanno personalità giuridica e riuniscono i vertici delle vigilanze dei paesi dell'Unione nei settori bancario, mobiliare, assicurativo e dei fondi pensione, sono articolate in un consiglio delle autorità di vigilanza, un consiglio di amministrazione, un presidente, un direttore esecutivo e una commissione di ricorso. Le tre autorità svolgono anche un ruolo di promozione dell'armonizzazione delle regole e delle prassi di vigilanza applicate alle singole istituzioni, nonché di coordinamento tra le autorità nazionali.

Infine, per assicurare un coordinamento più efficace, è stato istituito il Sistema europeo di vigilanza finanziaria (SEVIF), che comprende l'ERSB, le tre autorità di vigilanza finanziaria, il comitato congiunto delle autorità europee di vigilanza e le autorità competenti o di vigilanza degli Stati membri.

6. La disciplina antiriciclaggio

Il riciclaggio consiste nella reimmissione di denaro di provenienza illecita nell'economia legale, al fine di dissimularne o occultarne l'origine. Nella sua forma più semplice, il riciclaggio implica la conversione di denaro di provenienza illecita in altri strumenti di pagamento, passando per il canale bancario o finanziario.

La disciplina antiriciclaggio si basa principalmente sulla collaborazione degli operatori bancari e finanziari. I controlli antiriciclaggio sono stati estesi ad altre categorie di operatori, "suscettibili di utilizzazione a fini di riciclaggio" per il fatto di realizzare l'accumulazione o il trasferimento di ingenti disponibilità finanziarie.

La disciplina antiriciclaggio in Italia è in costante evoluzione ed ha come obiettivo circoscrivere i pagamenti in contante e titoli al portatore superiore ad un determinato ammontare (detto "soglia"), ad alcune categorie di intermediari, a ciò "abilitati". Le disposizioni si applicano anche agli assegni bancari e postali superiori alla soglia che devono portare obbligatoriamente la clausola di non trasferibilità. Il sistema nazionale antiriciclaggio si basa sulla "Unità di informazione finanziaria (UIF)".

Capitolo settimo. Le privatizzazioni

1. Privatizzazioni di imprese, di attività pubbliche di erogazione e di beni

L'espressione privatizzazione descrive una vicenda comportante la sostituzione del regime di diritto pubblico con un regime di diritto privato. Essa può riguardare i soggetti, le attività e i beni pubblici. La privatizzazione dei soggetti può essere di due tipi: da un lato, può comportare la trasformazione di un ente pubblico in una persona giuridica formalmente privata; dall'altro, può consistere nella cessione del controllo dell'ente a soggetti privati.

La prima è una privatizzazione di tipo "formale", la seconda è una privatizzazione di tipo "sostanziale".

La privatizzazione delle attività può far riferimento ad ogni specie di attività pubblica. Oggi questa espressione è riferita alle attività pubbliche aventi natura economica: questo tipo di privatizzazione viene definita liberalizzazione.

Tuttavia, possono esservi anche privatizzazioni di attività non imprenditoriali. In questo caso, le attività trasferite a privati non sono economicamente autosufficiente e, quindi, i poteri pubblici devono intervenire finanziando l'attività conferita.

Molte altre attività e funzioni pubbliche sono state recentemente affidate a soggetti esterni all'amministrazione (es. a società private).

Quando si verificano privatizzazioni di questo tipo, l'attività passa dai poteri pubblici a soggetti privati, ma il finanziamento rimane a carico del Tesoro. I privati svolgono la loro attività in forma imprenditoriale, sotto controllo pubblico, ma di tipo regolativo. Anche se privatizzate, le attività conservano natura erogativa, rimangono a carico dello Stato, solo che sono svolte in forma privatistica. Il servizio è svolto in forma imprenditoriale, però l'impresa non è rivolta al mercato, bensì al soggetto pubblico.

Queste vicende non rappresentano delle vere e proprie privatizzazioni, essendo inquadrabili nell'ambito delle esternalizzazioni. L'esternalizzazione si differenzia dalla privatizzazione in quanto la disciplina dell'attività non viene interamente affidata al diritto privato, ma resta in parte attratta nella sfera del diritto amministrativo. Per cui il soggetto pur essendo privato viene sottoposto, per via dell'attività svolta, ad una disciplina mista di diritto privato e di diritto amministrativo.

Vi sono, infine, casi in cui attività di tipo erogativo vengono svolte da enti pubblici economici, ossia soggetti pubblici che, sono sottoposti al diritto privato (es. Agenzia del demanio).

2. Tipi originari di impresa pubblica

La scienza giuridica ha individuato i tipi principali di impresa pubblica classificandoli in quattro: l'impresa-organo; l'impresa-ente pubblico; l'impresa-società con partecipazione pubblica; il gruppo pubblico. Per effetto delle privatizzazioni il modello dell'impresa-organo è pressoché scomparso e quello dell'impresa-ente è stato sostituito con la società per azioni a partecipazione pubblica.

a. L'impresa-organo

L'impresa-organo è costituita in forma di organo o articolazione dello Stato o di altro ente pubblico. In tal modo, l'ente pubblico, attraverso un proprio organo, esercita un'impresa. Tuttavia, in questo caso, il soggetto pubblico non diventa imprenditore, perché l'attività imprenditoriale non è prevalente, ma sussidiaria.

La figura dell'impresa pubblica-organo si divide in due categorie. La prima è quella dell'impresa-organo diretto dall'ente pubblico. La seconda è quella dell'organo "dotato di autonomia". In quest'ultimo caso, si parla di azienda o amministrazione autonoma.

Col passare del tempo, le imprese pubbliche-organo, gestite direttamente dall'ente pubblico di erogazione, hanno cominciato a dare segni di crisi, a causa della difficoltà di collegare un'attività imprenditoriale con una erogativa.

b. L'impresa-ente pubblico

Tale tipologia di impresa pubblica è quello ordinato in forma di ente. Vi sono due categorie: da un lato, l'impresa-ente pubblico operativo, che produce direttamente per il mercato; dall'altro, l'impresa-ente pubblico di gestione o "holding".

La figura dell'impresa pubblica-ente si distingue da quella dell'impresa pubblica-organo. In primo luogo, il soggetto pubblico, in questo caso, assume la veste di imprenditore, perché la finalità di impresa diventa prevalente, se non esclusiva. In secondo luogo, la sua attività viene sottoposta pressoché interamente al diritto privato: il soggetto è pubblico ma l'attività è privata.

Le imprese-enti pubblici non svolgevano soltanto attività imprenditoriale ma anche altre attività. La commistione di attività di impresa e di attività di regolazione è stata considerata errata perché produceva una condizione di privilegio dell'ente pubblico. Per questo motivo, si è preferito abbandonare queste forme miste.

Anche il modello dell'impresa-ente pubblico è in crisi. La maggior parte degli enti pubblici economici è stata trasformata in S.p.A. e alcuni svolgono attività di erogazione.

c. L'impresa-società con partecipazione pubblica

Altro tipo di impresa pubblica è quello ordinato in forma privata. In questo caso, l'elemento della pubblicità non è dato dalla natura del soggetto che gestisce l'impresa, bensì da quella del soggetto che la controlla, attraverso la partecipazione azionaria: questo modello è detto anche "società di economia mista".

Anche il tipo dell'impresa pubblica-società con partecipazione pubblica presenta più specie: vi sono S.p.A. che adottano diversi tipi, ma sempre di diritto comune (es. banche di interesse nazionale); altro tipo di impresa-società con partecipazione pubblica è quella della società che presenta tratti derogatori rispetto al modello del diritto comune; un terzo tipo è quello costituito dalle società con partecipazione statale necessaria. In questo caso, l'azionista non può far circolare le azioni ed è obbligato a detenerle. Si tratta di società che svolgono attività nei settori di servizio pubblico. In questi casi, apposite norme prevedono che l'ente pubblico partecipante detenga o la totalità delle azioni o la maggioranza di esse, o una partecipazione prevalente, oppure una partecipazione di controllo. La partecipazione si ritiene prevalente quando conferisce all'azionista il potere di influenzare la gestione della società.

Un ulteriore modello di società a partecipazione pubblica è rappresentato dalle società che svolgono funzioni proprie di organi dello Stato. Tali società, più che imprese pubbliche sono strutture interne di ministeri o di altre amministrazioni centrali.

d. Il gruppo pubblico

Il gruppo industriale pubblico costituisce una specie mista, essendo presenti elementi del secondo e del terzo tipo di impresa pubblica: al vertice, un ente pubblico di gestione; ai livelli inferiori, società con partecipazione pubblica.

I gruppi industriali pubblici (es. IRI, ENI) hanno conformazione simile a quello dei gruppi industriali privati. Essi hanno una struttura "stellare" e non "divisionale".

La complessità dei gruppi industriali pubblici ha indotto a porre ordine nelle partecipazioni, costituendo società intermedie, che sono, a loro volta, dette "holding" o finanziarie di settore e che raggruppano le partecipazioni per settori omogenei.

Lo sviluppo assunto dalle partecipazioni statali, indusse ad istituire un apposito Ministero delle partecipazioni statali (soppresso con il referendum del '93), al quale furono attribuiti compiti di indirizzo condivisi con specifici comitati (CIPE e CIPI).

Il sistema delle partecipazioni statali era ordinato su quattro livelli diversi: quello dell'organo collegiale di governo; quello dell'organo statale di indirizzo; quello dell'ente di gestione; quello delle società partecipate.

e. Imprenditore pubblico e impresa pubblica

La divisione in quattro tipologie delle imprese pubbliche rappresenta una classificazione di imprenditori pubblici piuttosto che di imprese pubbliche. Essa individua i soggetti gestori, non il regime dell'attività imprenditoriale. Se si considera il profilo dell'impresa e non quello dell'imprenditore, può definirsi impresa pubblica quella "ad agire controllato" ed impresa privata quella "ad agire libero". Da questo punto di vista, il soggetto gestore è indifferente.

Esistono, tuttavia, imprese con partecipazione pubblica che non sono imprese pubbliche. E all'opposto, imprese con partecipazione privata che sono imprese pubbliche. Dunque, la natura soggettiva del gestore è indifferente per la definizione oggettiva della società.

Secondo il diritto europeo, infatti, sono pubbliche le imprese nelle quali i pubblici poteri possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante in ragione della proprietà, della partecipazione finanziaria o delle regole che le reggono.

3. Gli "smobilizzi" e la "respirazione" del settore economico pubblico (1933-1990)

Alla fine degli anni '80 del XX secolo, il settore economico pubblico italiano aveva dimensioni vaste. Di questo settore, la maggior parte era costituita da società con partecipazione pubblica. Questo tipo organizzativo ha reso più agevole lo "smobilizzo" di partecipazioni pubbliche. Se l'impresa pubblica è ordinata nella forma di organo o ente pubblico, essa è retta da una legge. Per dismettere l'attività e trasferire il soggetto, occorrerà abrogare la legge. Se l'impresa pubblica, invece, è ordinata in forma di S.p.A. con partecipazione di un ente pubblico, basta che l'ente pubblico venda tutta o una parte delle azioni che detiene per trasferire il controllo ad altri soggetti.

Nel sistema delle partecipazioni statali, lo "smobilizzo" veniva considerata una regola, non l'eccezione. Un orientamento non dissimile si è affermato in Francia, dove si parla di "respirazione" del settore economico pubblico, per indicare il fenomeno della vendita e dell'acquisto di partecipazioni, che consentivano la dismissione o l'acquisizione delle imprese.

Il passaggio di S.p.A. dalla partecipazione pubblica a quella privata non cambia la natura giuridica della società, ma produce solo il mutamento del soggetto azionista.

Innanzitutto, negli anni 80' del XX secolo, si può osservare che la decisione di privatizzare risaliva, prevalentemente, all'ente "holding" o capogruppo. In secondo luogo, la procedura era definita dalla stessa holding che operava la vendita. In terzo luogo, la vendita produceva un corrispettivo che finiva non al Tesoro dello Stato, ma nel bilancio dell'ente pubblico capogruppo. Quest'ultimo aspetto ha acquisito una grande rilevanza, quando, con il peggiorare dell'equilibrio dei conti

pubblici, si è affacciata l'idea che la privatizzazione di imprese pubbliche potesse consentire allo Stato entrate dirette a disindebitare il Tesoro.

4. Le ragioni e i tipi di privatizzazioni degli anni '90

A partire dal 1990, si afferma un nuovo indirizzo, sotto la pressione della crisi della finanza pubblica, ma anche per condurre a dimensioni più limitate le imprese pubbliche. Da un lato, lo scopo è quello di diminuire l'indebitamento pubblico; dall'altro, quello di dare dimensioni più efficienti alle imprese pubbliche, che si erano ingrandite.

Vengono, quindi, adottati provvedimenti che possono farsi rientrare in tre categorie: la prima è quella che produce la soppressione di imprese pubbliche-organo e l'attribuzione delle relative attività a S.p.A. (es. soppressione IRI); il secondo indirizzo è quello della trasformazione di imprese pubbliche-ente in S.p.A. (es. banche pubbliche ristrutturate, BNL, ENI); altro tipo di privatizzazione è quello che si attua con la trasformazione di imprese pubbliche-organo in imprese pubbliche-enti, con previsione di successiva trasformazione in S.p.A. a partecipazione statale (es. Poste Italiane).

Queste forme di privatizzazione producono tre risultati. Da un lato, vi è una sorta di "slittamento" di tutti i tipi di impresa pubblica verso il terzo. In secondo luogo, viene disposta la trasformazione della forma giuridica dell'impresa pubblica, senza mutarne la sostanza economica (è la veste che cambia non il controllo o la guida che rimane statale). La terza conseguenza consiste nella riscoperta della figura dello Stato azionista. L'azionariato diretto dello Stato si era già presentato negli anni '20 del XX secolo. Tuttavia, si era pensato che lo Stato dovesse affidare le proprie azioni ad enti pubblici. Le poche partecipazioni dirette che lo Stato conservava furono affidate in "gestione fiduciaria" agli stessi enti di gestione.

Invece, l'attuale assetto dà maggiori poteri all'azionista. Tuttavia, lo Stato azionista diretto non è organizzato per esercitare questo compito: è stata prevista la funzione, non l'organo che deve svolgerla.

a. La trasformazione e la privatizzazione degli enti pubblici economici

La legge 8 agosto 1992 n. 359, dispone che l'IRI, l'ENI, l'INA e l'ENEL sono trasformati in società per azioni. La trasformazione in S.p.A. di enti pubblici pone il problema dell'individuazione del capitale e degli azionisti. Infatti, gli enti pubblici italiani sono enti con struttura di fondazione. Per risolvere questo problema si è previsto l'accertamento del capitale iniziale delle S.p.A. derivanti dalla trasformazione, e l'emissione di azioni, attribuite al Ministero dell'economia, i quali esercita i diritti dell'azionista.

Il secondo problema da risolvere era quello delle attività svolte dagli enti pubblici nella veste di “concessionari per legge”. Venuto a cessare l’ente pubblico, si è ritenuto necessario sopprimere anche la norma attributiva delle attività riservate, e quindi, regolare nella forma di un normale rapporto concessorio le attività conseguenti, anche se tale soluzione contrasta con il principio della concorrenza.

La legge sulle privatizzazioni prevede, inoltre, che oltre agli enti direttamente trasformati in S.p.A., altri enti pubblici economici possano essere trasformati in S.p.A. (es. Ferrovie dello Stato) per una finalità di riduzione del debito pubblico.

La legge sulla privatizzazione formale ha delegato il governo ad adottare uno o più decreti legislativi diretti a riordinare gli enti pubblici operanti in settori diversi dall’assistenza e previdenza, disponendo la trasformazione in associazioni o in persone giuridiche di diritto privato degli enti che non svolgono funzioni o servizi di rilevante interesse pubblico, nonché di altri enti per il cui funzionamento non è necessaria la personalità di diritto pubblico (es. Zecca dello Stato).

È inoltre previsto che il governo possa procedere alla trasformazione degli enti ed organismi pubblici che non svolgono funzioni e servizi di rilevante interesse pubblico in soggetti di diritto privato (es. ANAS).

b. La privatizzazione delle società con partecipazione pubblica

Una volta trasformati gli enti pubblici in S.p.A. con partecipazione statale o di enti pubblici, occorre stabilire norme per la vendita delle azioni detenute dallo Stato o da enti pubblici. La disciplina del decreto legge 31 maggio 1994 n. 332, può essere divisa in due parti: la prima ha carattere generale, la seconda è relativa alle società operanti nel settore dei servizi pubblici.

La disciplina generale si applica allo Stato e agli enti pubblici e si articola in tre parti: la prima ha disposizione che le norme di legge sulla contabilità generale dello Stato non si applicano alle alienazioni delle partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici in S.p.A.; la seconda è relativa alle modalità di alienazione, in quanto la dismissione deve essere effettuata con modalità trasparenti e non discriminatorie, finalizzate anche alla diffusione dell’azionariato tra il pubblico dei risparmiatori e degli investitori istituzionali; la terza è relativa alla costituzione di un “nucleo stabile di azionisti di riferimento”, che consiste nell’impegno di potenziali acquirenti a garantire determinate condizioni finanziarie, economiche e gestionali, a prevedere il divieto di cessione della partecipazione, a prevedere il divieto di cessione dell’azienda e un risarcimento in caso di inadempimento.

Il secondo gruppo di disposizioni è relativo alle società esercenti servizi pubblici. A tal proposito, si prevede un’apposita individuazione dei servizi pubblici, compiuta, per le società direttamente o indirettamente controllate dallo Stato con decreto del Presidente del Consiglio, e per le società

controllate, direttamente o indirettamente da enti pubblici, con provvedimento dell'ente pubblico partecipante.

Per queste società la norma contiene due ordini di disposizione: da un lato, le dismissioni delle partecipazioni azionarie dello Stato e degli enti pubblici sono subordinate alla creazione di organismi indipendenti per la regolazione delle tariffe e il controllo della qualità dei servizi di interesse pubblico ("authorities"); dall'altro, si mira a stabilire tre limiti all'autonomia privata. Il primo consegue all'attribuzione di poteri speciali al Ministro dell'economia e delle finanze. Il secondo dalla determinazione di limiti al possesso azionario da parte dei privati. Il terzo dalla previsione di limiti all'autonomia statutaria delle società, con previsione dell'elezione degli amministratori mediante voto di lista, con rappresentanza delle minoranze.

I poteri speciali vanno previsti negli statuti prima della perdita del controllo e sono attribuiti al Ministro dell'economia e delle finanze. Tali poteri sono di quattro tipi: opposizione all'assunzione di partecipazioni superiori alla ventesima parte del capitale sociale; opposizione alla conclusione di parti o accordi che coinvolgano almeno la ventesima parte del capitale sociale; veto alle delibere di scioglimento, trasferimento, fusione, scissione, trasferimento della sede all'estero, cambiamento dell'oggetto sociale; nomina di un amministratore senza diritto di voto. Tali poteri possono essere introdotti ed esercitati esclusivamente per rilevanti motivi di interesse generale, in particolare con riferimento all'ordine pubblico, alla sicurezza pubblica, alla sanità pubblica e alla difesa. Essi devono poi essere introdotti nel rispetto dei principi dell'ordinamento interno europeo ed in coerenza con gli obiettivi in materia di privatizzazioni e tutela della concorrenza e del mercato. Inoltre, devono essere obiettivi, stabili, nel tempo e resi espressamente pubblici. Tuttavia, nel 2009 la Corte di giustizia ha dichiarato incompatibili i criteri di esercizio di tali poteri, in quanto riconoscevano all'autorità nazionale un potere discrezionale sproporzionato rispetto agli obiettivi concretamente perseguiti.

È previsto l'introduzione negli statuti delle società in cui lo Stato detenga una partecipazione rilevante della "poison pill". Essa consiste nell'autorizzazione ad emettere strumenti finanziari partecipativi che attribuiscono all'assemblea speciale dei relativi titolari il diritto di richiedere l'emissione a favore dei medesimi di nuove azioni o di nuovi strumenti finanziari partecipativi muniti di diritto di voto nell'assemblea ordinaria e straordinaria. In questo modo lo Stato può acquisire una posizione di maggioranza all'interno della società, tale da consentirgli di respingere offerte di acquisto non in linea con le esigenze di privatizzazione. Anche la "poison pill" sembra difficilmente compatibile con l'ordinamento europeo, in quanto introduce restrizioni alla libera circolazione dei capitali.

Infine, le società di servizio pubblico possono introdurre nello statuto un limite massimo di possesso azionario non superiore al 5%, e nelle società nelle quali è fissato tale limite occorre introdurre clausole per l'elezione degli amministratori mediante voto di lista, riservando alle liste di minoranza almeno un quinto degli amministratori e un rappresentante nel collegio sindacale. Tali disposizioni non possono essere modificate per un periodo di tre anni dall'iscrizione delle relative delibere assembleari. I limiti al possesso azionario sono previsti anche per le banche e le imprese assicurative.

Le operazioni di privatizzazione realizzate dallo Stato sono state gestite dalla Direzione generale del Tesoro (divenuta Dipartimento del Tesoro), azionista temporaneo delle S.p.A. privatizzate, e la responsabilità delle privatizzazioni è da attribuire al Ministero dell'economia e delle finanze e nell'ambito di quest'ultimo, al Dipartimento del Tesoro. Sotto il profilo dei risultati, le privatizzazioni non hanno pienamente raggiunto il loro obiettivo di sostituzione dell'impresa pubblica con l'impresa privata organizzata in forma societaria. Infatti, molte S.p.A. sono ancora controllate dallo Stato, per cui le partecipazioni statali sono ancora molto consistenti ed estese.

c. La trasformazione delle aziende autonome statali e le norme sopravvissute alla prima legge di privatizzazione

La legge 8 agosto 1992 n. 359 non ha abrogato interamente la prima legge sulle privatizzazioni n.35 del 1992, la quale riguarda la privatizzazione delle aziende autonome statali. L'unico esempio di attuazione della legge era quello relativo all'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato. Infatti, nel '93 si decise la trasformazione in S.p.A. di tale amministrazione, stabilendo la composizione del consiglio di amministrazione e l'obbligo di redigere uno schema di piano industriale, determinando il capitale iniziale della S.p.A., prevedendo l'attribuzione in concessione delle attività di interesse generale della società e stabilendo limiti alla cessione di partecipazioni.

Tuttavia, a causa delle resistenze del personale e della sospensione da parte del giudice amministrativo della delibera di trasformazione, questa privatizzazione non ha avuto luogo. Tutte le privatizzazioni delle aziende autonome sono state realizzate sulla base di appositi provvedimenti legislativi, e non per via dell'attuazione della prima legge sulle privatizzazioni.

d. La privatizzazione dell'Azienda autonoma delle Ferrovie dello Stato

Con la legge 17 maggio 1985 n. 210, si è proceduto alla soppressione dell'Azienda autonoma delle Ferrovie dello Stato e all'istituzione dell'ente "Ferrovie dello Stato", dotato di personalità giuridica, autonomia patrimoniale, contabile e finanziaria.

L'ente svolge l'esercizio delle linee della rete ferroviaria già gestite dall'impresa-organo, nonché l'esercizio delle linee che saranno affidate alla gestione statale, oltre di attività ad esse collegate. Successivamente, l'ente delle Ferrovie dello Stato è stato trasformato in S.p.A. interamente controllata dal Ministero del tesoro, del bilancio e della programmazione economica. La privatizzazione è stata disposta da un atto amministrativo ed è controllata al 100% dal Ministero dell'economia e delle finanze; inoltre, è la "holding" del Gruppo Ferrovie dello Stato.

e. La privatizzazione dell'Amministrazione delle poste e delle telecomunicazioni

La legge 30 dicembre 1991 n. 412, prevedeva che il Ministro delle comunicazioni può autorizzare l'Amministrazione delle poste e delle telecomunicazioni a partecipare in posizione maggioritaria a società di capitali o ad enti economici esercenti attività postale o di telecomunicazioni. Il Ministro, inoltre, stabilisce le modalità e le procedure per il conferimento di beni di proprietà dell'Amministrazione delle poste e delle telecomunicazioni e le rappresentanze nel consiglio di amministrazione e nel collegio sindacale.

Questa norma ha, innanzitutto, trasformato l'amministrazione delle poste e delle telecomunicazioni in ente pubblico economico denominato ente Poste Italiane. In secondo luogo, ha previsto che l'ente sarebbe stato trasformato in S.p.A. entro il 31 dicembre 1996 (prorogato entro il primo gennaio 1998).

Poste Italiane S.p.A. è partecipata al 100% dal Ministero dell'economia e delle finanze, ed è la "holding" del Gruppo Poste Italiane.

f. La privatizzazione dell'Azienda di Stato per i servizi telefonici-ASST

La legge 29 gennaio 1992 n. 58, ha disposto la privatizzazione (e la soppressione) dell'Azienda di Stato per i servizi telefonici. La legge prevede che il Ministro delle comunicazioni affidi, in concessione esclusiva (alla quale è connessa una convenzione), i servizi di telecomunicazione ad uso pubblico gestiti dall'Azienda di Stato per i servizi telefonici e dell'Amministrazione delle poste e delle telecomunicazioni, ad una S.p.A. dell'IRI.

In questo caso, un'impresa pubblica-organo è stata soppressa e la sua attività devoluta a una impresa pubblica-società per azioni con partecipazione pubblica, la cui partecipazione è stata attribuita all'IRI e non al Ministro del tesoro.

Dopo il '92 l'Iritel S.p.A. è stata fusa nella Telecom Italia S.p.A., società a partecipazione pubblica totalitaria che per effetto della privatizzazione sostanziale è stata trasformata in S.p.A. ad azionariato diffuso con un nucleo stabile di azionisti di riferimento.

g. La privatizzazione dell'Azienda autonoma di assistenza al volo

La legge 3 agosto 1995 n. 251, aveva attribuito al Ministro dei trasporti e della navigazione il potere di disporre la trasformazione in un'unica soluzione dell'Azienda autonoma di assistenza al volo per il traffico aereo generale in S.p.A.; tuttavia, per ragioni di efficienza e di funzionalità, si è reso preferibile l'introduzione di una fase intermedia di trasformazione dell'azienda autonoma in ente pubblico economico.

L'Azienda autonoma di assistenza al volo per il traffico aereo generale fu inizialmente trasformata in un ente pubblico economico, denominato Ente nazionale di assistenza al volo-ENAV, rinviandone al 30 giugno 1999 la trasformazione in S.p.A. (termine prorogato al 31 dicembre 2000), la quale avrebbe svolto tutti i servizi già gestiti dall'impresa-ente e attività aventi natura imprenditoriale. Dopo la trasformazione in S.p.A., l'ENAV è stata sottoposta al controllo del Ministero dell'economia e delle finanze che ne detiene l'intero capitale sociale, e sotto la vigilanza del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti (i rapporti con l'organo di indirizzo politico sono regolati in forma convenzionale nel contratto di programma e nel contratto di servizio, che regola le prestazioni e definisce gli investimenti e i servizi, definisce gli obiettivi e gli standard qualitativi e quantitativi, fissa i corrispettivi e le modalità di erogazione, prevede sanzioni in caso di inadempimento).

h. La trasformazione dell'Azienda autonoma dei monopoli di Stato e la privatizzazione dell'Ente tabacchi italiani

Il decreto legislativo 9 luglio 1998 n. 283, ha disciplinato la trasformazione dell'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato in ente pubblico economico. Prima della trasformazione, l'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato era un'amministrazione priva di personalità giuridica che si occupava della produzione, importazione e vendita in regime di monopolio dei sali, dei tabacchi e del chinino di Stato. A seguito della liberalizzazione della commercializzazione del sale, l'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato esercitava ancora in regime di monopolio fiscale la fabbricazione dei tabacchi. A causa di questo carattere di monopoli di Stato la Comunità europea ne ha dichiarato l'incompatibilità con la normativa europea e ne ha sollecitato la trasformazione. La legge n. 283 del '98 ha previsto l'istituzione dell'Ente tabacchi italiani, ente pubblico economico cui è stata attribuita la gestione delle attività produttive e commerciali già riservate all'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato, con esclusione delle attività inerenti al lotto e alle lotterie che sono rimaste all'impresa-organo.

In questo caso, l'Amministrazione dei monopoli non è stata interamente sostituita con l'ente pubblico economico, ma scissa in due entità distinte: l'ente pubblico economico conferitario (Ente tabacchi italiani) e l'impresa-organo conferente.

Successivamente, l'Ente tabacchi italiani è stato trasformato in S.p.A. (il cui capitale sociale nel 2003 è stato acquisito da British American Tobacco-BAT).

i. La privatizzazione dell'Azienda nazionale autonoma per le strade statali-ANAS

La privatizzazione dell'Azienda nazionale autonoma per le strade statali-ANAS si è svolta in due fasi: il passaggio dell'impresa-organo all'impresa-ente e quello dell'impresa-ente alla società per azioni a totale partecipazione pubblica.

Con il decreto legislativo 26 febbraio 1994 n. 143, l'azienda autonoma è stata trasformata nell'Ente nazionale per le strade, e ha conservato la denominazione di ANAS. L'ente godeva di autonomia organizzativa, amministrativa e contabile e si occupava della gestione, manutenzione costruzione, ampliamento e miglioramento delle strade e autostrade di proprietà dello Stato. Al Ministro dei lavori pubblici era attribuita la potestà di vigilanza e di indirizzo, mentre la Corte dei conti esercitava il controllo finanziario.

Nel 2002, l'Ente nazionale per le strade è stato trasformato in S.p.A., la quale svolge, in concessione trentennale, le attività svolte dall'Ente.

S.p.A., la quale svolge, in concessione trentennale, le attività svolte dall'Ente.

Nel 2011, è stato disposto il trasferimento delle funzioni di ente concedente della società ANAS S.p.A. all'Agenzia per le infrastrutture stradali e autostradali, istituita presso il Ministero delle infrastrutture.

l. La privatizzazione della Cassa depositi e prestiti

Il decreto legge 30 settembre 2003 n. 269 (convertito in legge 29 novembre 2003 n. 326), trasforma la Cassa depositi e prestiti in S.p.A. a totale partecipazione dello Stato.

La trasformazione serve a dotare la cassa depositi e prestiti di una forma giuridica più conforme ad un contesto operativo ispirato a logiche di mercato che mal si conciliano con un regime pubblicistico.

Nella S.p.A. risultante dalla trasformazione il servizio di finanziamento degli enti pubblici viene organizzata come "gestione separata" sottoposta al potere di indirizzo del Ministro dell'economia. La gestione separata, che deve essere improntata a criteri di trasparenza e di equilibrio economico, comporta la realizzazione di una mera separazione contabile e organizzativa delle attività di finanziamento degli enti pubblici e degli enti locali da quelle di finanziamento delle opere, degli

impianti e delle reti destinati alla fornitura di servizi pubblici. Ciò al fine di evitare problemi alterazione della concorrenza derivanti da politiche di sussidi incrociati.

La Cassa depositi e prestiti S.p.A. resta però una società partecipata in via maggioritaria dallo Stato: si tratta di una privatizzazione formale. La Cassa depositi e prestiti S.p.A. è infatti controllata al 70% dal Ministero dell'economia e delle finanze e, per il restante 30% dalle fondazioni di origine bancaria.

Con il decreto legge 31 marzo 2011 n. 34, alla Cassa depositi e prestiti sono stati attribuiti importanti compiti di salvataggio delle imprese di rilevante interesse nazionale non solo da situazioni di crisi, ma anche da acquisizioni da parte di operatori stranieri, nonché di sostegno al sistema finanziario ed economico. Ad essa è inoltre riconosciuta la possibilità di assumere partecipazioni in società di rilevante interesse nazionale che risultino in una stabile situazione di equilibrio economico finanziario, patrimoniale ed economico e siano caratterizzate da adeguate prospettive di redditività.

m. La privatizzazione delle banche pubbliche

Il decreto legislativo 20 novembre 1990 n. 356, ha disciplinato la privatizzazione delle banche pubbliche. La disciplina contenuta nel decreto prevedeva che la privatizzazione venisse effettuata mediante operazioni di trasformazione, fusione o di conferimento, purché, a seguito di queste operazioni, risultasse una S.p.A.: la trasformazione diretta e la fusione potevano essere utilizzate solo dalle banche a struttura di associazione, il cui patrimonio era suddiviso in quote; le banche a struttura di fondazione potevano, invece, ricorrere solo al conferimento, non essendo possibile individuare i soci cui attribuire le quote della costituenda S.p.A.

L'ente è stato così sdoppiato in due entità: l'ente conferente, cui è stata attribuita la gestione delle attività aventi finalità sociali; e la S.p.A. conferitaria, cui è stata affidata la gestione dell'attività bancaria.

Poiché l'obiettivo della legge del '90 era quello di attuare una privatizzazione formale, il controllo delle S.p.A. era mantenuto in mano pubblica.

La privatizzazione sostanziale per essere attuata richiedeva, però, una procedura molto complessa.

Con il decreto legge 31 maggio 1994 n. 332 (convertito in legge 30 luglio 1994 n. 474), sono stati rimossi i vincoli specifici di controllo sulle imprese bancarie risultanti dalla trasformazione delle banche pubbliche, che sono state sottoposte alla normativa generale relativa alla partecipazione di imprese non bancarie in banche e sottratte a vincoli relativi alla circolazione delle azioni.

Per le fondazioni, che perseguono scopi di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico, la legge ha imposto di adottare un regolamento riguardante i criteri per l'assegnazione dei fondi e

per la scelta dei progetti da finanziare, e di modificare lo statuto al fine di favorire una maggiore rappresentatività nella composizione degli organi collegiali.

Per quanto riguarda la dismissione delle partecipazioni azionarie detenute dalle società per azioni bancarie, la legge n. 448 del 2001, prevede che queste possano essere affidate ad una società di gestione del risparmio, scelta con gara, che le gestisce in nome proprio, secondo criteri di professionalità e indipendenza.

n. La privatizzazione degli enti pubblici non economici e, in particolare, di quelli previdenziali

La legge 24 dicembre 1993 n. 537 prevede deroghe al governo per la privatizzazione degli enti pubblici non economici in generale e per quelli previdenziali.

La legge contiene una delega che prevede la trasformazione in associazioni o persone giuridiche di diritto privato degli enti a struttura associativa o che non svolgano funzioni o servizi di rilevante interesse pubblico. La stessa legge prevede, poi, la fusione e incorporazione degli enti pubblici di previdenza e assistenza, con esclusione di quelli che non usufruiscono di finanziamenti pubblici. La norma dispone la privatizzazione degli enti stessi, nelle forme dell'associazione e della fondazione, con garanzia di autonomia gestionale, organizzativa, amministrativa e contabile, ferme restandone le finalità istituzionali e l'obbligatoria iscrizione e contribuzione agli stessi degli appartenenti alle categorie di personale a favore dei quali essi risultano costituiti.

Gli enti continuano a sussistere come enti senza scopo di lucro e assumono la personalità giuridica di diritto privato. Gli enti sono regolati da uno statuto e da un regolamento e hanno autonomia gestionale, organizzativa e contabile. Sono sottoposti a particolari procedure in caso di crisi. Sono iscritti in un albo. Sono sottoposti alla vigilanza del Ministero del lavoro e della previdenza sociale e del Ministero del tesoro, del bilancio e della programmazione economica.

Sugli enti privatizzati vengono a gravare due specie di controlli: quelli "ad hoc", previsti dalla legge che li ha privatizzati, e quelli generali, previsti dal codice civile, relativamente alle associazioni e alle fondazioni.

Dal '97 sono stati adottati numerosi provvedimenti legislativi di trasformazione di enti pubblici non economici operanti prevalentemente nel settore culturale e della ricerca, al fine di riordinare gli enti pubblici operanti in settori diversi dall'assistenza e previdenza, nonché gli enti privati, controllati direttamente o indirettamente dallo Stato, che operano anche all'estero.

o. La privatizzazione delle società con partecipazione locale

La legge 8 giugno 1990 n. 142, prevedeva che i servizi pubblici locali potessero essere svolti in economia, mediante concessione a terzi, a mezzo di azienda speciale o a mezzo di società per azioni

o a responsabilità limitata. In quest'ultimo caso, la società doveva essere a prevalente capitale pubblico locale.

La legge 23 dicembre 1992 n. 498, aveva previsto, invece, che le provincie e i comuni possono, per l'esercizio dei servizi pubblici, costituire apposite S.p.A., e disponeva altresì che gli enti interessati provvedano alla scelta dei soci privati e all'eventuale collocazione dei titoli azionari sul mercato con procedure di evidenza pubblica. L'atto costitutivo della società deve prevedere l'obbligo dell'ente pubblico di nominare uno o più amministratori o sindaci. In caso di servizi pubblici locali una quota delle azioni può essere destinata all'azionariato diffuso e resta comunque sul mercato.

Questa disposizione non prevedeva una privatizzazione, in quanto consentiva all'ente locale di costituire nuove S.p.A. che potevano avere partecipazione pubblica di minoranza. Il socio privato di maggioranza è scelto dall'ente o dagli enti promotori mediante una procedura concorsuale ristretta assimilata all'appalto.

La nuova disciplina sulla privatizzazione delle società con partecipazione pubblica locale riconosce agli enti locali il potere di trasformare con atto unilaterale le aziende speciali in società di capitali, di cui possono restare azionisti unici per un periodo non superiore ai due anni dalla trasformazione.

Le dismissioni possono essere effettuate mediante trattativa diretta, offerta pubblica di vendita o una combinazione di tali procedure.

Per le società con partecipazione minoritaria degli enti locali la scelta dei soci privati e l'eventuale collocazione dei titoli sul mercato devono essere effettuate con procedure ad evidenza pubblica.

A livello locale, la privatizzazione sostanziale è lontana dall'essere realizzata. Molti servizi pubblici vengono ancora gestiti tramite S.p.A. a prevalente o totale partecipazione pubblica, che operano in base ad affidamenti diretti. Si tratta di società "in house", considerate una sorta di articolazione organizzativa dell'ente in ragione del controllo che quest'ultimo esercita su di esse.

p. La privatizzazione del patrimonio immobiliare pubblico

Gli enti pubblici possono essere proprietari di beni. I beni immobili dello Stato e degli enti pubblici sono classificati in tre categorie: beni demaniali, beni del patrimonio indisponibile e beni del patrimonio disponibile.

I beni demaniali sono al servizio diretto della collettività. Essi sono fuori commercio. Ciò vuol dire che sono sottoposti ad una riserva originaria, disposta per consentirne a tutti l'uso comune. Sono di proprietà comune dello Stato o gli altri enti pubblici ne sono formalmente proprietari, ma sostanzialmente soltanto gestori. Un'eccezione è costituita dai beni del demanio militare, che non possono essere utilizzati direttamente dalla collettività.

Sono beni patrimoniali indisponibili quelli vincolati ad una destinazione pubblica (es. uffici ad uso governativo).

I beni patrimoniali disponibili, invece, sono beni di proprietà privata della pubblica amministrazione, liberamente disponibili da questa.

Il grande valore del patrimonio immobiliare pubblico ha suggerito di utilizzarlo per ridurre il disavanzo del bilancio dello Stato.

Questo orientamento ha provocato un indirizzo legislativo diretto all'alienazione e alla gestione economico-produttiva dei beni immobili pubblici.

I provvedimenti più importanti hanno riguardato il patrimonio immobiliare dello Stato e quello dell'INPS.

La legge n. 662 del '96, ha autorizzato il Ministro del tesoro a sottoscrivere quote di fondi immobiliari e a promuovere la costituzione di una o più società di gestione di tali fondi.

Secondo la legge 23 novembre 2001 n. 410, uno o più fondi comuni di investimento immobiliare possono essere costituiti dal Ministro dell'economia e delle finanze per il conferimento di immobili a uso diverso da quello residenziale.

I beni immobili e di diritti reali su immobili non conferiti ai fondi immobiliari possono essere alienati direttamente mediante asta pubblica o trattativa privata.

La legge 23 dicembre 1998 n. 448, ha previsto che il Ministro del tesoro, insieme la Ministro delle finanze, e relativamente ai beni soggetti a tutela, con il Ministro per i beni e le attività culturali, può conferire o vendere direttamente compendi o singoli beni immobili o diritti reali su di essi a S.p.A., il cui capitale appartiene ad amministrazioni pubbliche o a soggetti privati.

I beni immobili di interesse storico e artistico dello Stato, delle regioni, delle provincie e dei comuni sono alienabili, salvo che nelle ipotesi previste con regolamento, nel rispetto dei criteri fissati dalla legge. È inoltre prevista la possibilità per le amministrazioni statali, i comuni e gli altri soggetti pubblici o privati di proporre al Ministero dell'economia e delle finanze e all'Agenzia del demanio progetti riguardanti lo sviluppo, la valorizzazione o l'utilizzo di determinati beni o complessi immobiliari appartenenti a qualsiasi titolo allo Stato. Uno strumento alternativo alla vendita diretta prevede che il Ministro dell'economia il potere di costituire o promuovere società a responsabilità limitata aventi ad oggetto esclusivo la cartolarizzazione dei proventi derivanti dalla dismissione del patrimonio immobiliare pubblico. Con la cartolarizzazione i crediti ceduti vengono trasformati in titoli obbligazionari da collocare nel mercato dei capitali. Per ogni titolo emesso vengono individuati gli immobili destinati al soddisfacimento dei diritti.

Nel 2001 sono stati trasferiti a titolo oneroso alla Società cartolarizzazione immobili pubblici S.r.l.-SCIP gli immobili individuati dall'Agenzia del demanio.

La legge finanziaria 2010 ha autorizzato l'Agenda del demanio ad alienare beni immobili di proprietà dello Stato, singolarmente o in blocco: mediante trattativa privata o asta pubblica (ovvero invito pubblico ad offrire).

Per esigenze di valorizzazione del patrimonio immobiliare, è stata prevista la costituzione di una società di gestione del risparmio, interamente partecipata dal Ministero dell'economia e delle finanze, che ha il compito di procedere all'istituzione di uno o più fondi di investimento al fine di partecipare in fondi di investimento immobiliari chiusi promossi da regioni, province e comuni e da altri enti pubblici per valorizzare o dismettere il proprio patrimonio immobiliare disponibile.

La legge 9 marzo 1989 n. 88 relativa alla ristrutturazione dell'INPS e dell'INAIL, autorizza l'INPS a costituire o partecipare a società cui affidare la gestione del patrimonio immobiliare nel rispetto dei criteri di economicità e di efficienza.

Successivamente, la legge 24 dicembre 1993 n. 537, ha disposto che l'INPS, l'INAIL e l'INPDAP predispongano programmi di dismissione del proprio patrimonio immobiliare da reddito e concordino i rispettivi programmi di vendita, per non determinare squilibri nel mercato immobiliare. La legge delega al governo il riordino degli enti previdenziali attraverso l'alienazione del patrimonio immobiliare di ciascun ente. Inoltre, è prevista una norma sulla dismissione del patrimonio pubblico avente carattere generale per l'alienazione di terreni e fabbricati, ad esclusione di quelli di interesse storico ed artistico, di uso abusivo o inutilizzati.

Il decreto legislativo 16 febbraio 1996 n. 104, ha previsto che gli enti previdenziali pubblici, entro tre mesi, devono procedere alla ricognizione del loro patrimonio immobiliare in vista della successiva predisposizione di appositi programmi di cessione degli immobili individuati. I programmi di dismissione devono prevedere l'affidamento della gestione degli immobili a società specializzate individuate con gara pubblica, o a società immobiliari partecipate dai fondi pensione.

Le alienazioni devono avvenire mediante una o più società indipendenti di intermediazione immobiliare scelte con gara, salva la possibilità di vendita in via diretta ai conduttori.

Il Ministero del lavoro e della previdenza sociale ha poi fissato nel '99 le linee guida che gli enti previdenziali devono seguire nell'alienazione degli immobili di loro proprietà: i beni immobili degli enti previdenziali pubblici che non sono stati aggiudicati alla data del 31 ottobre 2001 e quelli che non sono stati alienati entro la stessa data dovranno essere dismessi mediante cartolarizzazione; per la dismissione del patrimonio immobiliare delle province e dei comuni, tali enti possono procedere all'alienazione del proprio patrimonio; per la privatizzazione del patrimonio immobiliare delle regioni, degli enti locali, degli enti pubblici ad essi strumentali, delle aziende sanitarie locali ed ospedaliere sono previste, anche in questo caso, operazioni di cartolarizzazione.

Per procedere al riordino dei beni delle regioni, dei comuni e di altri enti locali è stata prevista la predisposizione da parte dell'organo di governo di ciascun ente di un elenco di beni immobili non strumentali all'esercizio delle funzioni istituzionali. Gli immobili inseriti in tale elenco vengono automaticamente classificati come appartenenti al patrimonio disponibile.

Successivamente, il decreto legislativo sul federalismo demaniale, ha previsto l'individuazione dei beni statali che possono essere attribuiti a titolo non oneroso a comuni, province, città metropolitane e regioni, da inserire anche in processi di alienazione e dismissione. Qualora l'ente territoriale non utilizzi il bene, nei modi e nei tempi indicati, è previsto uno specifico meccanismo sanzionatorio. Gli enti locali in stato di dissesto non possono alienare beni ad essi attribuiti, che possono essere utilizzati solo per finalità di carattere istituzionale.

5. L'influenza del diritto europeo. Conclusioni

Alla trasformazione dell'impresa pubblica e alle privatizzazioni contribuisce anche il diritto europeo. Questo è indifferente alla natura pubblica del soggetto. Infatti, nel diritto europeo si sono affermati i principi di indifferenza del regime di proprietà (pubblico o privato) e di pari trattamento delle imprese pubbliche e delle imprese private.

È possibile formulare le seguenti conclusioni. In primo luogo, che l'impresa pubblica è in crisi. Infatti, viene riconosciuto che essa non deve avere finalità diverse da quelle private: è un'impresa privata in pubblico comando. In secondo luogo, che le forme di impresa pubblica sono andate cambiando, nel senso che ai quattro tipi si è sostituita quella delle società con partecipazione pubblica, destinata ad essere sostituita dalla S.p.A. controllata dai privati. In terzo luogo, che il diritto pubblico mentre cede alcuni spazi al diritto privato si stende in nuove aree: nelle S.p.A. accanto ai criteri gestionali privati, permangono forti condizionamenti pubblicistici derivanti dai poteri speciali e dalla sottoposizione di tali società ad una disciplina derivata in gran parte dal diritto amministrativo. Infine, che le privatizzazioni conferiscono al governo poteri più ampi di quelli che aveva quando era gestore delle imprese pubbliche: quest'ultimo da gestore diretto si trasforma in regolatore.

In definitiva, le privatizzazioni più che espressione della ritirata dello stato e della crisi del diritto pubblico costituiscono manifestazione di un più ampio fenomeno di riorganizzazione del governo centrale e di modifica dei rapporti tra diritto pubblico e diritto privato.

Capitolo ottavo. Il controllo della finanza pubblica

1. La funzione distributiva dei poteri pubblici

All'inizio del secolo XX, nei paesi sviluppati, la spesa pubblica era pari a circa il 10% del Prodotto Interno Lordo, mentre ora è pari a circa il 59%. Ciò dimostra che l'intermediazione finanziaria dei poteri pubblici è cresciuta molto più della funzione regolativa.

L'aumento dei servizi pubblici ha richiesto un numero crescente di risorse rimosse attraverso l'imposizione fiscale. La raccolta delle risorse serve a erogare i servizi e perseguire obiettivi di stabilizzazione, e tale funzione può definirsi distributiva o allocativa.

La funzione distributiva si può definire esterna o sociale e consiste nella nell'aspetto prima esaminato. La funzione allocativa si può definire interna o amministrativa in quanto i bilanci debbono distribuire mezzi finanziari tra gli uffici. La funzione distributiva si distingue da quella regolativa per quattro aspetti:

- la funzione distributiva prevede la mutabilità. Essa è infatti soggetta a revisione annuale con l'approvazione di un bilancio di previsione;
- la funzione distributiva è in parte aleatoria in quanto svolge un ruolo guida dell'economia e della società, determinando flussi di spesa a favore di talune categorie, disincentivando altre. Tuttavia, essa dipende dallo sviluppo della società e dell'economia;
- la funzione distributiva si svolge in un triangolo composto dal soggetto che paga le imposte, dall'autorità che le raccoglie e distribuisce le risorse ai vari servizi, e dai privati che beneficiano dei servizi stessi;
- la funzione distributiva prevede che i poteri pubblici stabiliscono un diverso rapporto con i cittadini. Questi raccolgono le imposte con strumenti autoritativi e forniscono servizi a cui i cittadini sono interessati.

2. L'articolo 81 della Costituzione

Con la Costituzione del 1948, viene affrontato il problema del bilancio sotto tre diversi aspetti dall'art. 81.

In primo luogo, l'art. 81 prevede e disciplina le "leggi di spesa" disponendo che "ogni... legge che importi nuove e maggiori spese deve indicare i mezzi per farvi fronte". Questa la norma dispone la necessaria copertura finanziaria delle leggi e garantisce la ponderazione di tutte le decisioni che vanno ad incidere sul bilancio attraverso il potere di iniziativa riconosciuto al Parlamento in materia

di spesa. L'art. 81, in secondo luogo, regola la legge di approvazione del bilancio, disponendo che con essa "non si possono stabilire nuovi tributi e nuove spese".

Tale disposizione confermerebbe l'impostazione tradizionale, secondo la quale la legge di approvazione del bilancio avrebbe un carattere meramente formale, perché priva di contenuto normativo sostanziale.

a. Vicende del bilancio

Il terzo tema regolato dall'art.81 è il bilancio in senso proprio. Il passato, il bilancio era uno strumento rigido, configurato come atto ricettizio: registrava decisioni già prese dal Parlamento e presentate dal governo nel disegno legge del bilancio.

Successivamente, è stata prevista l'adozione della legge finanziaria, idonea a modificare i provvedimenti che avessero influenza sul bilancio. Analoga funzione viene esercitata dalla legge di stabilità che ha sostituito quella finanziaria.

L'art. 81 dispone che "le Camere approvano ogni anno i bilanci e il rendiconto consuntivo presentato dal Governo". Ciò comporta che il bilancio si configuri come una legge ad approvazione obbligatoria di durata annuale e che, dopo dodici mesi dalla sua approvazione, questa legge abbia esaurito i propri effetti e debba esserne adottata una nuova.

La legge di bilancio è articolata in missioni e programmi. Le missioni coincidono con le principali funzioni affidate agli organi pubblici, mentre i programmi rappresentano le nuove unità di voto sottoposte all'approvazione del Parlamento. Di fatto, i programmi sono "aggregati" diretti al perseguimento degli obiettivi. La realizzazione di ciascun programma è affidata ad un unico centro di responsabilità amministrativa. Nell'ambito di ogni unità di voto sono indicati: l'ammontare presunto dei residui attivi o passivi, l'ammontare delle entrate e delle spese registrate in termini di competenza e di cassa. Le spese sono distinte in spese correnti, e, per ciascun programma, in non rimodulabili e rimodulabili. Le prime sono oneri inderogabili (stipendi, pensioni, interessi passivi ecc), le seconde si dividono a loro volta in spese autorizzate da fattori legislativi, che individuano un limite massimo di spesa, e quelle di adeguamento al fabbisogno, quantificabili secondo le esigenze delle amministrazioni.

Le spese dello Stato sono ripartite in funzioni obiettivo; in unità previsionali di base e in capitoli.

3. L'aumento della spesa pubblica e i rimedi per porla sotto controllo

Dopo la metà del secolo XX si è registrato un incremento notevole della spesa pubblica. Le cause dell'aumento della spesa sono da ricercare nello sviluppo delle funzioni di erogazione svolte dallo

Stato del benessere, come l'estensione dell'obbligo scolastico alla scuola media, l'introduzione della "pensione sociale", l'istituzione del Servizio sanitario nazionale e della Cassa integrazione guadagni straordinaria. Vanno poi aggiunti gli sprechi dovuti al sistema di "governo spartitorio", alla proliferazione dei centri si spesa, alla debolezza e inefficienza della burocrazia e alla mancata determinazione di standard di risultati. All'aumento della spesa si è tentato di porvi rimedio con numerosi interventi che vedremo di seguito.

a. L'evidenziamento della spesa sommersa e l'obbligo di copertura

Nel primo ventennio di applicazione dell'art.81 della Costituzione, si è evidenziato il fenomeno di leggi che davano luogo a maggiori spese per ragioni di carattere amministrativo. Per risolvere tali problemi di evidenziamento della spesa sommersa non visibile, la disciplina legislativa degli anni Ottanta aveva stabilito l'istituzione di una relazione tecnica a corredo dei disegni di legge e degli emendamenti di iniziativa governativa che comportino nuove o maggiori spese o diminuzione di entrate. Tuttavia, l'obbligo di copertura delle leggi di spesa si è rilevato insoddisfacente: la sua applicazione avveniva alla lettera e ciò comportava la copertura delle spese previste per l'esercizio in corso e non per quelle degli esercizi successivi.

L'esperienza compiuta dopo il 1948 ha permesso anche di rendersi conto che il controllo sulle singole leggi di spesa non consente meccanicamente di sorvegliare l'intero bilancio e il disavanzo complessivo, questo può derivare anche dal costo delle sentenze di organi giurisprudenziali, da un'eccessiva previsione delle entrate, dalla variazione dei tassi di interesse, ecc.

La Corte costituzionale, ha esteso l'obbligo di copertura delle spese pluriennali che incidono sugli esercizi successivi al primo, stabilendo che l'obbligo va rispettato con puntualità rigorosa nell'esercizio in corso, meno rigorosamente negli esercizi successivi, per i quali può valere la previsione di una crescita delle entrate, sufficientemente sicura, non arbitraria o irrazionale, in equilibrato rapporto con le spese.

La Corte costituzionale non si è limitata a imporre la copertura all'arco di tempo coperto dal bilancio pluriennale, ma ha disposto l'obbligo di una ragionevole e credibile indicazione dei mezzi di copertura per l'intera durata dell'intervento.

4. La disciplina comunitaria per il “contenimento dei disavanzi pubblici eccessivi e per assicurare la “finanza pubblica sana”

L'instabilità finanziaria europea, che si è avuta a seguito della crisi degli anni 2007/2008, ha messo in luce l'insufficienza del quadro regolamentare e la debolezza della vigilanza esercitata, inducendo l'Unione europea a elaborare una nuova regolazione.

a. Il divieto di disavanzi eccessivi

Il trattato di Maastricht ha disciplinato la finanza pubblica degli Stati membri, indicando finalità e definendo gli standard dei conti pubblici statali. Le norme generali, che disciplinano i fini, sono contenute all'art. 2 secondo il quale la Comunità deve promuovere “una crescita sostenibile, non inflazionistica”. Il divieto di disavanzi pubblici eccessivi è stabilito dall'art. 104 del trattato. Secondo questo articolo, “gli Stati membri devono evitare disavanzi pubblici eccessivi”. Per stabilire se i disavanzi pubblici sono eccessivi si pongono in rapporto disavanzo pubblico e debito pubblico con il PIL, secondo parametri indicati nel “Protocollo n.20, sulla procedura per i disavanzi eccessivi (1992)” allegato al trattato dell'Unione europea.

Il disavanzo pubblico (o deficit) è costituito dalla differenza negativa tra entrate e spese che si realizza in un anno, coperta mediante indebitamento. Il debito pubblico è costituito, invece, dalle passività del settore pubblico derivanti dal necessario finanziamento del disavanzo costituite da titoli a medio e lungo termine, emessi da Ministero dell'economia e finanze, collocati sul mercato e dagli interessi che alla scadenza, dovranno essere pagati a coloro che hanno acquistato i titoli. Il Protocollo stabilisce che i valori di riferimento debbono essere: il 3% per il rapporto tra il disavanzo pubblico previsto o effettivo e il PIL ai prezzi di mercato, e il 60% per il rapporto tra debito pubblico e il PIL ai prezzi di mercato.

b. La moneta unica e il Patto di stabilità e crescita

Il trattato di Amsterdam, ha stabilito obiettivi più severi di quelli indicati nel Protocollo. Questi obiettivi sono indicati nel Patto di stabilità e crescita, contenuti del Consiglio e in una risoluzione del Consiglio europeo che ha fissato il raggiungimento del bilancio in pareggio o prossimo al pareggio, o addirittura del bilancio in “surplus”, fuorché in periodi di recessione economica.

Il Patto di stabilità e crescita ha richiesto l'adozione di comportamenti consistenti in un “fare”, in vista degli obiettivi prefissati. L'attuazione del Patto ha imposto anche il controllo della finanza locale che gode di autonomia riconosciuta in passato dalla legislazione ordinaria. Il rispetto di tale

autonomia ha imposto che i vincoli alla finanza locale, fossero contenuti in una legge, ovvero la legge finanziaria.

5. La nuova disciplina europea

I risultati ottenuti in dieci anni di funzionamento del Patto di stabilità e crescita sono stati deludenti, anche per il sopravvenire di un periodo di bassa crescita economica. Le disposizioni in esso contenute erano volte esclusivamente alla stabilità e veniva applicato con lo stesso rigore sia agli enti con forti disavanzi e debiti, sia a quelli “virtuosi”.

a. La finanza degli Stati come questione di interesse comune

La valutazione negativa sull’attuazione del Patto si constata con due rilevanti eventi finanziari. Da un lato, l’approvazione del trattato sul funzionamento dell’Unione europea con cui si è andati oltre il divieto di disavanzi eccessivi e l’obbligo del bilancio in pareggio. Tali disposizioni sono state rivolte ai singoli Stati tenuti a tenere sotto controllo i propri debiti e deficit.

Con il TFUE, invece, le economie europee e la finanza sono considerate questioni di “interesse comune” caratterizzate dalla definizione di obiettivi comuni al fine di garantire un coordinamento delle politiche economiche. In tal modo, le politiche finanziarie dei diversi governi diventano fatti della comunità degli Stati.

b. La crisi finanziaria

La crisi finanziaria mondiale ha messo in evidenza la debolezza del quadro regolamentare europeo, segnalando l’insufficienza di un controllo rivolto esclusivamente alla finanza pubblica, da estendere anche alla finanza privata, la cui gestione è stata considerata la vera responsabile della crisi. Inoltre, ha mostrato che le economie europee sono strettamente legate tra loro. Per questo motivo si è rafforzata l’esigenza di sottoporle ad una sorveglianza multilaterale ed assumere a livello europeo le decisioni di maggior impatto finanziario.

c. La nuova “governance” europea

La nuova “governance” europea ha operato una redistribuzione del potere politico, spostando l’attività di regolazione sul Consiglio europeo affidando alla Commissione poteri attuativi. Essa svolge tre azioni principali: a) la creazione di meccanismi di prevenzione del rischio sistemico attraverso l’ESRB e attraverso l’ESFS; b) la revisione dei contenuti del Patto di stabilità e crescita;

c) il coordinamento delle politiche economiche, accompagnato da una vigilanza preventiva sulle scelte nazionali compite nell'ambito del semestre europeo.

c.a. La nuova organizzazione europea La prima azione riguarda il profilo organizzativo e interessa la predisposizione di un meccanismo europeo permanente di gestione delle crisi, di stabilizzazione della moneta unica e individua provvedimenti di sostegno che gli Stati virtuosi dovrebbero adottare. Questa duplice azione ha comportato la costituzione di un Meccanismo di stabilizzazione permanente (ESM) e dell'ESRB, costituito per contrastare la crisi e rafforzare la vigilanza macroprudenziale sull'intero sistema finanziario. All'ESRB è affidata la vigilanza sulla stabilità dei mercati con la possibilità di lanciare, in caso di necessità, allarmi preventivi. L'ESRB fa parte dell' ESFS, un apparato indipendente costituito dagli organismi europei e nazionali di settore. Il coordinamento tra questi diversi organi genera una struttura reticolare che opera in settori privati, perseguendo finalità di vigilanza. Ogni autorità avrà un organico iniziale di 70 persone che salirà a regime fino a circa 100, e godrà di entrate che, per l'80% saranno a carico degli Stati.

L'obiettivo dell'ESRB è di contribuire al mantenimento della stabilità finanziaria, limitando il rischio sistemico. A tal fine, sono stati individuati alcuni indici di riconoscimento tra i quali rientrano il ritmo di espansione dell'attività creditizia, il grado di indebitamento, la dinamica dei prezzi, le condizioni che possono aumentare la vulnerabilità di un sistema nelle fasi di contrazione del ciclo economico. L'ESRB può formulare raccomandazioni dirette agli Stati, per interventi correttivi da realizzare a livello europeo o nazionale ma non hanno natura vincolante, seppur possono essere rese pubbliche per indurre lo stato destinatario ad adeguarsi.

c.b. Le modifiche al Patto di stabilità e crescita La seconda azione prevista per la messa a punto della nuova "governance" europea riguarda le modifiche da apportare al Patto di stabilità e crescita destinate ad un rafforzamento del braccio preventivo e del braccio correttivo.

Con riferimento al primo, la proposta di modifica si fonda sul nuovo concetto di "politica di bilancio prudente" la cui funzione è quella di agevolare il percorso di convergenza verso l'obiettivo di medio termine. Il tasso prudente di crescita a medio termine impone che la crescita annuale della spesa non superi il tasso "prudente" di crescita del PIL, sulla base di una proiezione temporale di dieci anni aggiornata a intervalli regolari. Il mancato rispetto di questo limite comporterà un avvertimento della Commissione e in caso di scostamento persistente si avrà una raccomandazione del Consiglio europeo ad adottare misure correttive.

Per quanto riguarda il braccio correttivo la proposta della Commissione prevede un monitoraggio più severo sull'andamento del debito, trattato alla stessa stregua dell'andamento del disavanzo, ai

fini dell'adozione della procedura per i disavanzi eccessivi. Secondo la proposta della Commissione, gli Stati membri il cui debito supera il 60% del PIL dovrebbero adottare proposte per ridurlo a un "ritmo sufficiente" (ritmo adeguato di riduzione) e ciò si verifica se il debito, nella parte che supera il 60% del PIL, si è ridotto, negli ultimi tre anni, a un ritmo di 1/20 all'anno.

Un intervento maggiormente efficace sul braccio preventivo e su quello correttivo è garantito dalla previsione di sanzioni finanziarie progressive. Per il braccio preventivo, deviazioni significative a una politica di bilancio prudente comporterebbero una raccomandazione del Consiglio, a carico dello Stato membro interessato, diretta a sollecitare l'adozione delle misure di correzione. In tal caso, sul Paese graverebbe l'obbligo di costruire un deposito fruttifero pari allo 0,2% del PIL che scatterebbe su proposta della Commissione, a meno che il Consiglio, entro 10 giorni, decida a maggioranza qualificata, di respingere la proposta. È prevista anche la riduzione dell'importo, possibile con decisione del Consiglio assunta all'unanimità.

c.c. Il semestre europeo Il semestre europeo è un periodo nel quale sono concentrati i tempi e i modi di programmazione dell'attività politica e finanziaria di tutti gli Stati, in modo tale che i loro indirizzi, e i conseguenti atti, al momento della radiazione e presentazione del bilancio ai rispettivi Parlamenti, abbiano già ottenuto una valutazione e approvazione preventiva e siano stati oggetto di un'attività di coordinamento in sede europea. Il semestre europeo è un periodo dedicato a un'attività di armonizzazione ed al coordinamento "ex ante" delle attività economico-finanziarie degli Stati.

Nel mese di gennaio, la Commissione presenta il proprio Rapporto annuale sulla crescita. Nei mesi di febbraio/marzo, il Consiglio europeo elabora le linee guida di politica economica e di bilancio cui gli Stati membri sono tenuti ad attenersi, nel mese di aprile, gli Stati membri sottopongono contestualmente alla Commissione i piani nazionali di riforma e i piani di stabilità e convergenza elaborati nell'ambito del Patto di stabilità e crescita. Nel mese di giugno la Commissione rivolge agli Stati le proprie raccomandazioni di politica economica e di bilancio. Nel mese di luglio, il Consiglio ECOFIN approva le raccomandazioni della Commissione europea.

Il Consiglio europeo ha adottato un Patto aggiuntivo, denominato "Euro plus pact" o "Patto per l'euro al fine di: stimolare la competitività; accrescere l'occupazione; concorrere ulteriormente alla sostenibilità della finanza pubblica; rafforzare l'attività finanziaria.

6. L'approvazione della decisione finanziaria

Completati tutti gli adempimenti, tenuto conto delle raccomandazioni ricevute, nella seconda metà dell'anno, il Parlamento europeo approva gli atti di finanza pubblica.

a. La nuova procedura

La nuova procedura prevede che venga presentato, entro il 10 aprile di ogni anno, il DEF (Documento di economia e finanza) che sarà approvato dal Parlamento con una risoluzione.

Entro il 15 ottobre, vengono presentati: il disegno di legge di bilancio e il disegno di legge di stabilità, che insieme compongono la manovra triennale di finanza pubblica. La legge di bilancio ha un orizzonte annuale mentre la legge di stabilità ha un orizzonte triennale, pari a quello del bilancio pluriennale.

Il bilancio annuale di previsione, è presentato con un unico disegno di legge, costituito dallo stato di previsione delle entrate e dagli stati di previsione della spesa. Il bilancio è articolato in missioni e programmi. Questi ultimi sottoposti ad approvazione parlamentare.

Il bilancio annuale di previsione è redatto in due versioni. Una di “competenza” e una di “cassa”. In passato, il bilancio era configurato esclusivamente in termini di competenza, perché riguardava le entrate accertate e le somme impegnate nel corso dell’esercizio. Il bilancio diveniva un documento poco significativo in quanto indicava l’inizio del procedimento di spesa o di entrata, ma non la fine, e quindi, l’effettiva realizzazione della spesa o dell’entrata. Per questo motivo, oggi, il bilancio è configurato anche in termini di cassa, considerando le entrate e le spese effettivamente versate o pagate nel corso dell’anno sia che si riferissero ad accertamenti o impegni dell’esercizio finanziario corrispondente all’anno in esame, sia che riguardassero quelli degli esercizi precedenti.

Anche il bilancio pluriennale è presentato in termini di competenza e di cassa ed è articolato in missioni e programmi. Esso è limitato a un triennio ed è aggiornato annualmente. Entro il 30 giugno devono essere presentati anche il bilancio di assestamento e il rendiconto. Il bilancio di assestamento è collegato alla definizione del rendiconto dell’esercizio precedente e alle correzioni, soprattutto in tema di residui, che occorre apportare al preventivo approvato entro il 31 dicembre.

Il rendiconto è costruito in modo da consentire. Al termine della gestione, la valutazione delle politiche pubbliche, cioè del modo in cui, in sede amministrativa sono state attuate le scelte politiche. Al rendiconto è allegata una Nota Integrativa composta da due sezioni. Nella prima si espone il grado di realizzazione degli obiettivi, mentre nella seconda sono esposti i principali fatti di gestione, motivando gli eventuali scostamenti tra le previsioni iniziali di spesa e quelle indicate nel rendiconto.

b. La separazione tra politica di bilancio e politica monetaria

La Banca d’Italia gestisce il servizio di tesoreria dello Stato dal 1894, per questo servizio è previsto un conto corrente di tesoreria, la cui funzione originaria era di riserva di liquidità per esigenze temporanee di cassa dello Stato. Dopo la seconda guerra mondiale, il conto presentò

prevalentemente scoperti, e fu disposto un limite al passivo del conto del Tesoro nella misura del 15% dell'importo degli originari stati di previsione dello Stato e delle successive variazioni di spesa effettiva. Successivamente, tale limite fu portato al 14% della spesa di competenza.

Negli anni '70 si fece un uso sistematico del conto corrente di tesoreria come componente stabile di finanziamento del fabbisogno. Nel 1982, il limite del 14% venne anche superato e si rese necessario ricorrere ad una apposita legge di autorizzazione alla Banca d'Italia per attribuire un'anticipazione straordinaria al Tesoro. Negli anni '80 si consolidò l'orientamento di separare la creazione di moneta della gestione della spesa pubblica, che fino a quel momento erano connesse.

A livello europeo, venne previsto il divieto alla concessione di scoperti di conto da parte della Banca centrale europea e delle altre banche centrali nazionali a favore di istituzioni, amministrazioni statali, agli enti regionali, imprese pubbliche ecc.

La legge n.484 del 1993, recepisce la normativa europea e stabilisce che la Banca d'Italia non può concedere anticipazioni di alcun tipo al Tesoro. Inoltre, dispone l'istituzione di un conto del Tesoro presso la Banca d'Italia denominato "disponibilità del Tesoro per il servizio di Tesoreria" e che tale conto non può presentare saldi a debito del Tesoro.

Per assicurare che il saldo attivo si mantenga sempre sui livelli di sicurezza, la legge ha previsto alcune soglie al di sotto delle quali occorre intervenire con misure correttive.

Dal 1975, la Banca d'Italia, per finanziare il deficit del Tesoro e salvaguardare la stabilità monetaria, assunse il compito di garantire il collocamento completo sul mercato primario dei Buoni ordinari del tesoro (BOT), salvo rivenderli sul mercato secondario.

Nel 1981, venne abbandonata la funzione della banca centrale di acquirente residuale, ovvero, da allora la banca centrale non acquista i Buoni ordinari del tesoro rimasti non collocati alle aste, ma interviene a queste nell'ambito della propria politica monetaria. È stata, quindi, distinta la gestione della politica monetaria, affidata alla banca d'Italia, dalla gestione del debito pubblico.

c. L'accentramento della politica monetaria

Dall'entrata in funzione dell'euro, la gestione della politica monetaria non è più affidata alla Banca d'Italia, ma alla Banca centrale europea costituita nel 1998. Essa è a capo del Sistema europeo delle banche centrali (SEBC) ed esercita l'esclusivo diritto di autorizzare l'emissione di banconote all'interno della Comunità. La BCE è un'istituzione indipendente: solo le nomine dei membri del comitato esecutivo e del Presidente devono essere approvate dal Consiglio dei ministri e dal Parlamento europeo, e nella sua azione è la sola responsabile della politica monetaria.

La crisi finanziaria ha imposto un ruolo aggiuntivo alla BCE quale quello di avviare un programma di "salvataggio degli Stati in crisi", divenuti così sempre più dipendenti dai finanziamenti diretti che

la Banca centrale europea, oggi effettua attraverso l'acquisto dei loro titoli. Inoltre, l'Europa mira a un rafforzamento della consistenza finanziaria del "fondo salva Stati" gestito dall'EFSF.

d. Spesa dello Stato e spesa degli enti a finanza derivata

La strumentazione prevista dall'art. 81 della Costituzione riguarda prevalentemente il bilancio dello Stato. Ma a seguito dell'aumento dei centri di spesa e la "fuga dallo Stato" (moltiplicazione degli enti pubblici), si è posto il problema di tenere sotto controllo anche la finanza degli enti pubblici.

Per questo motivo, le diverse leggi (finanziarie e di stabilità) hanno preso in considerazione il settore statale, costituito dallo Stato, dalla gestione di tesoreria e dalla Cassa depositi e prestiti, e i conti della pubblica amministrazione. Questa, oltre al settore statale, comprende gli enti dell'amministrazione. Questa, oltre al settore statale, comprende gli enti dell'amministrazione centrale. Per ricondurre ad unità e porre sotto controllo queste entità, agiscono tre strumenti: il DEF, che si estende all'intero settore pubblico; la normalizzazione, il coordinamento e il consolidamento dei conti pubblici, per fini di monitoraggio e controllo della spesa; il sistema informativo della Ragioneria generale dello Stato deve "provvedere alla elaborazione necessaria per il consolidamento delle operazioni interessanti il settore pubblico".

Nel 2004, viene approvato un regolamento che disciplina l'amministrazione e la contabilità degli enti pubblici.

Dal 2001, con la riforma del V della Costituzione, si è aperta la stagione del "federalismo fiscale". Tuttavia, questa, non ha dato frutti in virtù di leggi e decreti di attuazione della Costituzione e della crisi finanziaria. L'azione dello Stato, per tali eventi, è stata progressivamente limitata e oggi deve svolgersi esclusivamente in direzione della riduzione dell'entità del deficit e del debito. Le regioni si sono viste riconoscere il principio che gli enti virtuosi possono seguire regole diverse da quelle cui sono sottoposti gli enti con i conti non in ordine.

e. Dal fabbisogno alla tutela dell'unità economica

In passato, la normativa finanziaria si fondava sul fabbisogno, cioè sull'eccedenza dei pagamenti sulle riscossioni coperta con l'indebitamento dello Stato.

Oggi, invece, gli obiettivi di finanza pubblica sono fissati in sede europea e si perseguono "in coerenza con le procedure e i criteri stabiliti dall'Unione europea", in vista della "tutela dell'unità economica della Repubblica".

La necessaria tutela della finanza pubblica per affrontare la crisi dei debiti sovrani ha comportato anche una consistente riduzione della sovranità degli Stati in merito delle scelte finanziarie.

Capitolo nono. La nuova costituzione economica

1. Da un secolo all'altro

Il secolo XIX ha registrato lo sviluppo del “collettivismo”, e cioè l'estensione della protezione pubblica di interessi delle classi lavoratrici, la restrizione della libertà contrattuale, l'azione collettiva.

La prima metà del XX secolo ha visto succedersi progressivi allargamenti del suffragio, due conflitti bellici e una crisi mondiale. I primi hanno aumentato la domanda collettiva di servizi pubblici; i secondi hanno dato grande impulso agli interventi pubblici diretti alla ricostruzione e alla riduzione degli squilibri. La terza ha spinto lo Stato ad aumentare la dimensione delle gestioni pubbliche dirette ad intervenire nell'economia privata. Tutti questi interventi hanno causato un aumento del ruolo dello Stato, chiamato a sopprimere le debolezze del mercato e a dare sicurezza.

Verso la fine del XX secolo, si sono registrate due tendenze contraddittorie, quella della riduzione della sfera pubblica e quella della sua riespansione. Dagli anni '80 si sono registrati: liberalizzazione degli scambi mondiali, globalizzazione dell'economia, arretramento dello Stato e europeizzazione di alcuni settori, deregolamentazione, privatizzazione.

Con la nuova crisi mondiale, lo Stato ritorna protagonista e si registrano tendenze contraddittorie: rinascita del protezionismo e nuovi accordi sovranazionali e globali; crescita dello Stato e tentativi di “dimagrimento”.

2. La riduzione della sfera pubblica (dagli anni '80 alla nuova crisi mondiale)

a. La globalizzazione

In primo luogo, l'economia diviene globale. All'interconnessione delle economie mondiali fa riscontro il rapido sviluppo di una rete di poteri pubblici globali. Alla globalizzazione economica si accompagna la globalizzazione giuridica.

Gli organismi globali presentano caratteristiche organizzative molto diverse tra loro. Dal punto di vista funzionale, questi organismi globali sono tutti settoriali, essendo incaricati della disciplina di un particolare campo o materia (es. inquinamento, rifiuti ecc.). nei diversi settori, gli organismi globali svolgono compiti per lo più consistenti nella determinazione di standard e nel controllo del loro rispetto. Alla formazione delle decisioni globali partecipano sia le amministrazioni nazionali sia i privati (associazioni “Non Governmental Organization”-NGO). Le decisioni prese dagli

organismi globali sono dirette sia alle amministrazioni nazionali, sia a privati. Si costituisce così un sistema definito di “governo multi-livello”.

b. Dallo Stato all'Unione

In secondo luogo, si registrano una diminuzione del potere dello Stato e una riduzione dell'ambito dell'autorità statale nell'economia. Ma ciò avviene a vantaggio di un'autorità superiore, nella quale lo Stato si integra. A quest'ultimo si sostituisce l'UE, nella quale si spostano molte decisioni che una volta erano dello Stato; esso diviene dunque un terminale operativo dell'Unione.

La ricerca di maggiori dimensioni del potere pubblico avviene in vari modi. In primo luogo, non attraverso l'unificazione degli Stati, ma mediante dapprima l'unificazione dei mercati, poi l'armonizzazione degli interventi statali. La concorrenza costituisce un potente fattore di integrazione di mercati, liberando l'azione orizzontale delle imprese. Vi è però l'esigenza di eliminare i fattori statali di diseguaglianza. A tal fine è intervenuta la moneta europea, unica per una parte degli Stati membri dell'Unione, che impedisce il recupero, attraverso il cambio, dei differenziali di competizione. In secondo luogo, il primato dell'Unione sugli Stati non si realizza solo in sensi piramidale, della sovrapposizione dell'una all'altro, ma anche nel senso di utilizzare i privati come strumento di integrazione. Così i privati collaborano all'edificazione dell'Unione.

L'uno e l'altro modo di realizzarsi del primato del diritto sovranazionale europeo producono una quantità di effetti: innanzitutto, il diritto nazionale cede a quello europeo, o quest'ultimo si sostituisce al primo; ad un diritto bipolare, dominato dal binomio Stato-cittadino, si sostituisce un diritto multipolare, dove diviene prevalente il rapporto verticale Stato-Unione; l'integrazione non si esaurisce nel rapporto verticale Stato-Unione, ma si espande anche orizzontalmente (si fa concorrere agli ordinamenti).

c. La disintermediazione dello Stato

la spesa pubblica ha cominciato a scendere. Lo Stato è ancora oggi il maggiore intermediario finanziario ma la sua quota nell'economia va diminuendo.

Anche il maggiore equilibrio tra entrate e spese è frutto di un vincolo europeo introdotto a Maastricht nel '92, il quale produce anch'esso una fuga di decisioni dallo Stato verso l'Unione, e si realizza nel seguente modo: il potere di bilancio, che consta di due parti, una dimensionale e l'altra allocativa, viene diviso, e cioè la seconda rimane allo Stato, la prima viene posta sotto il controllo europeo.

Lo Stato resta padrone della distribuzione delle risorse raccolte tra diversi servizi. Ma non controlla più la possibilità di incrementare le spese ricorrendo al debito pubblico, perché il debito e il deficit

sono vincolati a parametri di finanza sana e a meccanismi di prevenzione e sorveglianza regolati dall'Unione.

d. La disaggregazione dello Stato

l'unità di comando dello Stato, assicurata dal governo, si perde con lo sviluppo di autorità ad esso indipendenti. Ad una struttura legata al vertice, si sostituisce una struttura puntiforme e reticolare. Operante nei maggiori campi dell'economia (es. credito, assicurazioni, borsa, ecc.).

Questo sviluppo è dovuto anche all'Unione, specialmente per i settori nei quali il diritto comunitario dispone la separazione tra operatori e regolatore e l'indipendenza di quest'ultimo.

A loro volta, i poteri nazionali autonomi vanno oltre lo Stato o perché si costituiscono in una rete transazionale di settore, o perché divengono organi nazionali di esecuzione di decisioni comunitarie.

e. Dallo Stato-imprenditore allo Stato-regolatore

Nel settore bancario, in quello assicurativo, dell'energia, nelle telecomunicazione, nei trasporti, e in tanti altri settori, enti pubblici sono trasformati in società, le azioni di società vengono vendute a privati; ma contemporaneamente, vengono istituite autorità di regolazione, che disciplinano le società privatizzate. Da un punto di vista formale non cambia molto, poiché ad un ente pubblico o ad una S.p.A. si sostituisce un altro ente pubblico; molto cambia nella sostanza, perché allo Stato-imprenditore si sostituisce lo Stato-regolatore.

Questo cambiamento produce, da un lato, una semplificazione dell'ordinamento: le diverse forme di impresa pubblica scompaiono e, dove la formula resiste, si presenta quasi solo nella veste di società in pubblico comando; dall'altra, però, al semplice rapporto di gestione si sostituisce una frammentazione e specializzazione dei ruoli dello Stato.

Ciò produce problemi di concorrenza tra le Autorità.

f. Dal controllo pubblico diretto a quello indiretto

quasi tutti i servizi pubblici sono sottoposti ad un processo di liberalizzazione, che trasforma i rispettivi settori da riservati in settori ad accesso libero. Contemporaneamente, però, per assicurare finalità sociali vengono stabiliti limiti e controlli.

Da un punto di vista formale, alcuni controlli pubblici si sostituiscono ad altri controlli pubblici. Ma tra i due ci sono delle differenze: i primi erano prevalentemente controlli di tipo direttivo, i secondi sono controlli di tipo condizionale o conformi al mercato.

Questo è un altro sviluppo di cui lo Stato è debitore all'Unione europea, che ha disposto le liberalizzazioni economiche.

g. Ambiguità e contraddizioni dei nuovi sviluppi

Allo Stato si sostituiscono altri poteri pubblici (l'UE), tuttavia la diminuzione del ruolo di guida dei poteri pubblici viene ampiamente bilanciata dal loro ruolo di regolatori e controllori.

In ogni caso, la globalizzazione giuridica è inadeguata a tenere interamente sotto controllo la globalizzazione economica. Se è vero che l'Unione tiene sotto controllo l'azione degli Stati nell'economia, è anche vero che essa non è ancora riuscita ad affermarsi appieno come federazione di Stati. Se il peso finanziario dello Stato si riduce, non si riducono però le forze potenti che ne hanno prodotto la crescita. La frammentazione, a sua volta, è contestata da chi ritiene che produca decisioni irresponsabili. Se lo Stato regolatore corregge le imperfezioni del mercato, esso è, a sua volta, al centro di tensioni che richiedono, a loro volta, correzioni. Le privatizzazioni hanno sì prodotto cospicue entrate, ma sono state accompagnate da regimi di preferenza, e sono contraddette dalla crescita delle imprese pubbliche locali. Le liberalizzazioni dell'entrata nei settori prima riservati si accompagnano con pesanti regolazioni dell'attività delle imprese operanti in tali settori.

h. Le cause

Le cause della riduzione della sfera pubblica sono interne ed esterne, le prime proprie dello Stato italiano, le seconde comuni agli andamenti generali dell'economia.

All'interno hanno operato elementi negativi e positivi. Cessano di produrre effetti della prima metà del XX secolo e non si verificano altri eventi della stessa natura.

Dall'altro lato, però, diminuisce la fiducia nello Stato, per cui alla "market failure" si affianca la "State failure", alla debolezza del mercato la debolezza dello Stato che dovrebbe rafforzarlo o correggerlo. Questa debolezza dello Stato si rivela nel sovraccarico di funzioni, nel modo inefficiente di svolgerle, nella crisi fiscale o finanziaria, nel tenere sotto controllo le proprie dimensioni.

Più importanti le forze esterne, di carattere tecnologico ed economico. In primo luogo, la deterritorializzazione delle attività economiche, che produce imprese che non hanno caratteristiche nazionali ma basi in più Stati ("stateless firms"). In secondo luogo, le interconnessioni internazionali: il commercio mondiale cresce più della produzione mondiale; gli investimenti esteri crescono a velocità molto superiore al prodotto e al commercio mondiale, e i depositi transazionali superano il valore delle esportazioni mondiali di merci.

Se le imprese multinazionali sono ostili a protezionismi statali, gli Stati, a loro volta, hanno sempre più bisogno di tenere sotto controllo l'economia-mondo, di ridurre le asimmetrie tra gli ordinamenti nazionali e ricercare dimensioni di governo sempre più vaste.

Si contrappongono, dunque, imprese globali e Stati nazionali, le prime alla ricerca di modi per sottrarsi ai secondi; questi alla ricerca di dimensioni più vaste, che consentano di tenere le prime sotto controllo, ma finiscono per porre sotto controllo anche gli Stati; i quali, a loro volta, sono sempre più interessati al progresso economico al fine di rafforzare la base della loro potenza nazionale e non per soddisfare bisogni della popolazione.

3. La nuova crisi mondiale e la riespansione della sfera pubblica

a. La crisi economica mondiale

La nuova grande crisi economica mondiale si è propagata, a partire dal 2008, dall'economia reale (bolla immobiliare) a quella finanziaria privata (crisi bancarie) e poi nuovamente a quella reale (diminuzione consumi e produzione) fino allo Stato. Vi sono coinvolti sistema produttivo privato, sistema finanziario privato, finanza pubblica. Ma non si tratta solo di una crisi economica ma è anche una crisi sociale. L'attuale crisi è la causa di un riordino dei rapporti tra Stato ed economia.

b. La globalizzazione si rafforza

Innanzitutto, la globalizzazione aumenta, al punto che non si può più parlare di "Stato ed economia". L'economia si globalizza molto velocemente. Gli Stati e il diritto tentano di stare dietro ad essa, per tenerne gli sviluppi sotto controllo. Vi sono quindi contemporaneamente una dilatazione dell'economia e una ricerca da parte dello Stato di nuove dimensioni sovranazionali e globali. Queste nuove dimensioni vengono trovate nel coordinamento degli obiettivi, in nuove aggregazioni e nell'azione congiunta. Esempi sono il G20 e il "Financial Stability Board". Quest'ultimo si articola in una Assemblea Plenaria, un Comitato direttivo, un Presidente e un Segretario, e svolge compiti di coordinamento sia di livello nazionale, sia di livello globale, oltre a verificare l'attuazione degli standard.

c. Si sviluppa il metodo dell'azione congiunta

Questo riguarda la strumentazione della disciplina pubblica della finanza privata. In tale ambito, l'azione congiunta degli Stati è resa necessaria non solo per rimediare alla dissimmetria tra economia globale e Stati nazionali, ma anche per porre un limite agli arbitrari regolamentari. Esempi sono la Basel Committee; la Committee of European Securities Regulators (CESR), le Credit Rating Agencies.

d. "Rescuring the rescuers"

Avendo salvato le banche e introdotto stimoli per l'economia, gli Stati si trovano, a loro volta, in difficoltà e debbono ricorrere all'indebitamento. Spostano, quindi, i costi della crisi sulle generazioni future. Inoltre, gli Stati sono sottoposti alla valutazione delle agenzie di rating e ciò pone problemi anche alle banche che devono collocare i titoli statali.

Occorre, quindi, tenere sotto controllo i debiti sovrani. Una soluzione sta nella co-assicurazione, come quella a cui provvede l'"European Financial Stability Facility", società creata dagli Stati europei. Essa fa prestiti per sostenere debiti sovrani in pericolo (come quello greco), impone obbligazioni sui prenditori e può irrogare sanzioni in caso di violazione.

Un'altra soluzione sta nella sorveglianza multilaterale, su cui è basato lo "Stability and Growth Pact" europeo, sistema di prevenzione e di correzione-sanzione. La prevenzione si attua con una procedura complessa di sorveglianza preventiva e di intervento in caso di sbilancio eccessivo; il sistema correttivo, in caso di mancato rispetto dei parametri (deficit superiore al 3% del PIL e debito superiore al 60% del PIL) è articolato nella seguente procedura: vengono stabiliti criteri per la diminuzione; segue una decisione del Consiglio (con "reserve voting") relativa alle sanzioni, che consistono nel deposito senza interessi di una somma pari allo 0,2% del PIL, poi convertito in ammenda.