

Nel corso della giornata di studio che gli allievi di Sabino Cassese hanno voluto dedicare al loro maestro in occasione del suo ottantesimo compleanno, alcuni eminenti studiosi si sono confrontati sui temi del potere pubblico e della sovranità statale. Non una occasione agiografica, ma un'opportunità di riflessione interdisciplinare sulle sfide che il diritto incontra nell'epoca contemporanea. Portando ciascuno il proprio contributo disciplinare, A. von Bogdandy, M. D'Alberti, B. Sordi, M.R. Ferrarese, M. Cammelli, J.-B. Auby, M. Clarich, A. Pajno, G. Melis, M. Cartabia, G. Falcon, M. Libertini, J.H.H. Weiler, G. Amato hanno ragionato sul diritto pubblico del futuro, sulle sue contaminazioni, ibridazioni e sui possibili sviluppi.

Luisa Torchia è professore ordinario di Diritto amministrativo nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Roma Tre. Con il Mulino ha pubblicato «Il governo delle differenze» (2006), «Diritto amministrativo progredito» (2013) e «Diritto amministrativo. Una conversazione» (con S. Cassese, 2014). Ha inoltre curato «Welfare e federalismo» (2005) e «Il sistema amministrativo italiano» (2009).

€ 24,00

ISBN 978-88-15-26473-2



Torchia

Attraversare i confini del diritto

Attraversa

Attraversare i confini del diritto

Giornata di studio dedicata a Sabino Cassese

a cura di
Luisa Torchia

del diritto

privato – nemmeno di quelli che si sviluppano nel contesto del diritto europeo – tendenzialmente inadatto a regolare situazioni di diritto pubblico.

4.3. Attività di indagine concettuali

Dietro tutti questi interrogativi vi è una questione problematica, che la dottrina ha iniziato a esaminare, e che consiste nel domandarsi se il livello di integrazione dei sistemi amministrativi nazionali, che abbiamo attualmente raggiunto, ci permette di parlare di uno «spazio amministrativo europeo» o di un'«unione amministrativa europea»⁹.

La risposta dipende da aspetti di carattere pratico. Che cos'è la densità delle relazioni amministrative transnazionali – orizzontalmente e verticalmente – se comparata a quella delle relazioni amministrative nazionali? Questa dipende dalla costruzione giuridica di riferimento: dove si trova, nel quadro del diritto dell'Unione Europea, lo spazio per lo sviluppo di concetti e meccanismi specifici per regolare questi rapporti, come quelli che sono stati invece stabiliti per la cooperazione transfrontaliera, o come quelli che hanno portato alla direttiva Servizi, ecc.?

Quando questi elementi saranno sufficientemente sviluppati – o è questo già il caso? –, sarà allora necessario domandarsi come caratterizzare questo sistema amministrativo comune, di cui l'Unione Europea si sta progressivamente dotando, secondo modalità che non sono certamente identiche a quelle proprie del contesto nazionale. Ci si dovrà interrogare sia sul concetto di «pluralismo» sia su quello di coerenza, per compararli con i loro equivalenti nelle dinamiche centro-periferia che strutturano i sistemi pubblici nazionali.

⁹ Cfr., tra gli altri, E. Chevalier, *L'espace administratif européen*, in Auby e Dutheil de la Rochère, *Traité de droit administratif européen*, cit., pp. 451-466; M. Chiti e A. Natalini (a cura di), *Lo spazio amministrativo europeo*, Bologna, Il Mulino, 2012; F. Velasco Caballero e J.-P. Schneider (a cura di), *La Union administrativa europea*, Madrid, Marcial Pons, 2011.

LA REGOLAZIONE DEI MERCATI

1. Introduzione

In una recensione a un volume sui cambiamenti costituzionali dell'ultimo ventennio nell'ordinamento italiano¹, Sabino Cassese osserva come il testo, per quanto ricco di considerazioni e spunti di riflessione, presenti una lacuna. Infatti non tratta «un tema che ha acquisito straordinaria importanza alla fine del ventennio, quello del governo dell'economia e del governo della costituzione economica».

Proprio questi due aspetti meritano invece un approfondimento per cercare di cogliere come siano mutate e quali siano oggi le caratteristiche della regolazione dei mercati e degli interventi dello Stato nella sfera economica. Si tratta di capire cioè come le vicende più recenti legate alla crisi finanziaria ed economica scoppiata nel 2008, che soltanto ora sembra essere in via di superamento, abbiano inciso sul modello di regolazione dei mercati dominante nell'ultimo ventennio e cioè sul cosiddetto «Stato regolatore». Vanno dunque analizzati i mutamenti della Costituzione economica, da intendersi quest'ultima in senso ampio, cioè non soltanto come Costituzione formale, ma come includente anche le leggi, l'opinione pubblica, le prassi applicative, il ruolo delle amministrazioni e tutto ciò che, in definitiva, costituisce il diritto vivente².

¹ Si tratta del volume a cura di M. Cavino, L. Imarisio e S. Sicardi, *Vent'anni di Costituzione (1993-2013). Dibattiti e riforme nell'Italia tra due secoli*, Bologna, Il Mulino, 2015, recensito da Sabino Cassese sulla «Domenica» del «Sole 24 Ore», 27 settembre 2015.

² È questa la nozione utilizzata da S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, Laterza, 2012, p. 4 (1 ed. 1995).

2. Le fasi evolutive della Costituzione economica

Per cercare di impostare il tema conviene preliminarmente ripercorrere la periodizzazione degli sviluppi della regolazione economica a partire dalla fine del XIX secolo. Sono le fasi che troviamo descritte anche nel volume di Sabino Cassese *La nuova costituzione economica*³.

La prima fase è quella che va dal 1861 al 1890, nella quale predomina il paradigma dello Stato liberale al quale fa riscontro, in campo economico, l'ideologia liberista o del *laissez-faire* volta a ridurre al minimo il ruolo dei poteri pubblici nell'economia.

Alla fase liberale e liberista fa seguito, nel periodo che si estende dalla fine dell'Ottocento agli anni Cinquanta del Novecento, un nuovo modello di «Stato interventista», per effetto della prima industrializzazione e dell'affermarsi sulla scena politica e istituzionale di nuove ideologie. Si tratta di un modello caratterizzato dalla presenza massiccia dello Stato nell'economia e dall'alto numero di interventi pubblici anche con scopi dirigistici. Si pensi, ad esempio, alla legge bancaria (r.d.l. n. 375/1936), alla legislazione in materia di commercio, all'istituzione dell'Istituto per la ricostruzione industriale (IRI), alle esperienze, a livello locale, di socialismo municipale caratterizzate dall'assunzione, da parte dei pubblici poteri, dei compiti di gestione e titolarità dei servizi pubblici.

Negli anni Cinquanta, con il progressivo incremento della presenza statale, anche in attuazione del disegno delineato dalla Costituzione del 1948, emerge lo «Stato del benessere», connotato da interventi non solo nel campo economico, ma anche in quello sociale (sistema sanitario, assistenza sociale, ecc.). In questa fase lo «Stato imprenditore» (e finanziatore), già emerso nel periodo precedente in seguito all'assunzione diretta da parte dei pubblici poteri della gestione di aziende di produzione

di un'ampia gamma di beni e servizi spesso in regime di monopolio legale, raggiunge il suo apice. Si ebbe infatti una razionalizzazione del sistema delle partecipazioni statali, con l'istituzione del ministero delle Partecipazioni statali e dei comitati interministeriali per la produzione industriale (CIPI) e per la programmazione economica (CIPE) dai quali dipendevano gli enti di gestione delle partecipazioni statali (IRI, ENI, EFIM) che a loro volta controllavano, attraverso subholding, la galassia delle società operanti nei settori più disparati. Il modello conosce anche, in forma più o meno accentuata quale riflesso dell'influenza delle ideologie collettivistiche, la variante dello «Stato pianificatore».

Questo modello, che negli anni Settanta del secolo scorso aveva raggiunto lo sviluppo più pieno, entra in crisi negli anni Ottanta. La crescita esponenziale della spesa pubblica aveva comportato infatti una crisi economico-finanziaria e fiscale. Si assisteva, anzitutto in Inghilterra e negli Stati Uniti, a una ripresa di ideologie antistataliste che rimettevano al centro del sistema il mercato e la sua sostanziale capacità di autoregolamentazione. In Europa un'applicazione più rigorosa delle regole sugli aiuti di Stato metteva in discussione il modello dell'impresa pubblica dominante, in particolare nel contesto italiano, nel quale le perdite strutturali di molte imprese venivano periodicamente ripianate con risorse pubbliche (ad esempio, con leggi di ricapitalizzazione dei fondi di dotazione degli enti di gestione delle partecipazioni statali). Inoltre, una serie di direttive di liberalizzazione dei mercati (energia elettrica, comunicazioni elettroniche, trasporti, ecc.) apriva alla concorrenza settori fino a quel momento dominati da imprese pubbliche operanti in regime di monopolio legale e rendeva necessaria l'introduzione di una cornice di regole diverse volte in gran parte a nuovi tipi di autorità indipendenti.

Proprio a cavallo tra gli anni Ottanta e Novanta, si affermava così anche in Italia, sulla scia dell'esperienza anglosassone e sotto l'influsso del diritto europeo, lo «Stato

³ *Ibidem*. Sul modello dello Stato regolatore la letteratura è molto ampia e basta in questa sede richiamare il volume di A. La Spina e G. Majone, *Lo Stato regolatore*, Bologna, Il Mulino, 2000.

regolatore» che ha rappresentato il paradigma dominante dell'ultimo ventennio, almeno fino alla crisi del 2008.

I suoi elementi portanti sono riassunti nella presentazione dell'ultima edizione del già citato volume di Sabino Cassese, *La nuova costituzione economica*⁴: agli Stati si sostituiscono, per la disciplina dell'economia, istituzioni sovranazionali; l'ordinamento nazionale diventa parte di quello comunitario al quale deve adeguarsi⁵; il diritto comunitario finisce per stabilire le teste di capitolo del diritto pubblico dell'economia; l'assetto unitario dei poteri pubblici nazionali viene soppiantato dallo Stato multiorganizzativo⁶; i controlli diretti sono sostituiti dai controlli indiretti; il potere conformativo cede dinanzi al potere regolativo delle amministrazioni (la cosiddetta regolazione «condizionale» non più «finalistica»⁷); la gestione di imprese da parte di pubblici poteri diminuisce⁸; si affacciano i poteri indipendenti sull'esempio dell'Inghil-

⁴ Cfr. Cassese, *La nuova costituzione economica*, cit., pp. v ss.

⁵ Si tratta dell'affermazione del principio della *primauté* del diritto comunitario rispetto a quello nazionale.

⁶ L'ordinamento amministrativo nazionale è oggi caratterizzato da un «policentrismo». È impossibile oltretutto delineare i confini soggettivi della nozione di «pubblica amministrazione» e questo perché manca, a monte, nella realtà giuridica e fattuale, una pubblica amministrazione al singolare alla quale si ricollegli l'applicazione di un corpo di regole e principi che ne definiscano uno statuto giuridico omogeneo.

⁷ La distinzione tra «regolazione finalistica» e «regolazione condizionale» è emersa da tempo nella letteratura amministrativistica per segnalare il passaggio dal vecchio al nuovo modello di governo dell'economia e per descrivere l'evoluzione cui è andata incontro la regolazione dei mercati. Cfr. S. Cassese, *Fondamento e natura dei poteri della Consob relativi all'informazione del mercato*, in AA.VV., *Sistema finanziario e controlli: dall'impresa al mercato*, Milano, Giuffrè, 1986, pp. 49 ss.; L. Torchia, *Il controllo pubblico della finanza privata*, Padova, Cedam, 1992; G. Vesperini, *La Consob e l'informazione del mercato mobiliare. Contributo allo studio della funzione regolativa*, Padova, Cedam, 1993.

⁸ Ciò sebbene si siano sempre ribadite, in sede europea, l'autonomia degli Stati membri nell'esercizio della propria sovranità di organizzazione e la tendenziale indifferenza delle istituzioni comunitarie al modello proprietario di volta in volta prescelto (alla luce del principio di cui all'art. 345 TFUE in base al quale «I Trattati lasciano del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri»).

terra ottocentesca e degli Stati Uniti⁹; il diritto pubblico fa largo a un diritto misto, pubblico e privato insieme¹⁰.

Per cogliere appieno il salto qualitativo prodotto dal nuovo paradigma dello Stato regolatore basta confrontarlo con il ruolo dello Stato nei rapporti economici tratteggiato nel volume di Massimo Severo Giannini dedicato al diritto pubblico dell'economia¹¹, nel quale è descritto e razionalizzato lo Stato interventista.

Colpisce anzitutto il fatto che le riflessioni anche critiche di Massimo Severo Giannini sul modello all'epoca dominante operano per così dire all'«interno» del paradigma dominante dell'epoca, e provengono da un lucido interprete immerso nella realtà storica che descrive. Si tratta cioè di un'opera che, riletta oggi, continua a offrire moltissime sollecitazioni e spunti di interesse, ma va considerata come la riflessione più matura e articolata di un modello di Stato ormai prossimo al declino.

In particolare le parti dedicate ai servizi pubblici, alle nazionalizzazioni, alle pianificazioni, non giungono mai a mettere in discussione i presupposti dello Stato interventista. Le critiche sono preordinate soltanto a porre in evidenza le disfunzioni del modello (ad esempio, la malorganizzazione, il «difetto politico»)¹² per correggerlo e migliorarlo, non già per prefigurare la necessità di sostituirlo con uno di tipo

⁹ Il riferimento è al proliferare delle autorità indipendenti, spesso direttamente legate in un sistema a rete alle strutture comunitarie di riferimento. Sul tema la letteratura è sterminata: cfr. S. Cassese e C. Franchini (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, Il Mulino, 2006; M. D'Alberti e A. Pajno (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, Il Mulino, 2010; M. Clarich, *Le autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, Il Mulino, 2005.

¹⁰ Ci si riferisce in particolare all'attività amministrativa di diritto privato (servizi pubblici, società pubbliche, convenzioni pubbliche), ossia alla possibilità, garantita dall'art. 1, comma 1-bis, l. n. 241/1990, di svolgere attività amministrativa in senso proprio, ovvero cura in concreto di interessi pubblici, attraverso le norme di diritto privato, ovvero attraverso, prevalentemente, negozi giuridici, unilaterali o bilaterali, in forza del principio di autonomia negoziale. Sul punto è emblematico di tale «diritto misto» anche l'art. 1, comma 1-ter.

¹¹ Cfr. M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, Il Mulino, 1977 (III ed. 1995).

¹² Cfr. *ibidem*, pp. 297 ss. (ed. 1995).

diverso. Si tratta di una prospettiva quasi antitetica a quella che emerge dal volume di Sabino Cassese più volte citato, che, ad esempio, dà rilievo, come chiave interpretativa della nuova Costituzione economica, alla spinta innovatrice che deriva dal diritto europeo e mette in evidenza, già nella scansione delle fasi evolutive prima ricordate, l'obsolescenza del modello precedente.

3. *La crisi del 2008-2013 e i mutamenti dello Stato regolatore*

Per riprendere la lacuna segnalata nella recensione richiamata nel paragrafo introduttivo e per cercare di inserire in una prospettiva storica anche il modello dello Stato regolatore occorre indagare su ciò che è accaduto nell'ultima fase di sviluppo della Costituzione economica soprattutto dopo la crisi finanziaria ed economica del 2008 e degli anni successivi. Si tratta di una crisi che ha avuto ripercussioni profonde a livello globale e che, in Europa, soprattutto dopo il 2013 ha rischiato di travolgere anche alcuni Stati sovrani giunti sull'orlo del dissesto finanziario con conseguente possibilità per alcuni di essi di fuoriuscita dalla zona euro.

Va posta in via preliminare la questione, che va rivolta più agli economisti che ai giuristi, se la crisi deflagrata negli Stati Uniti e passata alla storia come «crisi dei *subprime*» sia o meno paragonabile a quella scoppiata negli anni Trenta, a seguito del crollo del mercato borsistico del 1929.

Quest'ultima è nota, in realtà, non solo per gli effetti drammatici sui mercati, ma anche perché è stata alla base di una svolta nei rapporti tra pubblici poteri, mercato e imprese. A questo riguardo basti solo pensare alle politiche e alle misure interventiste innovative adottate negli Stati Uniti all'epoca del *New Deal*. Non a caso esse provocarono uno scontro istituzionale tra il presidente degli Stati Uniti, Francis Delano Roosevelt, e Corte suprema che, proprio esaltando i fondamenti liberisti della Costituzione americana, aveva dichiarato incostituzionali alcune leggi che miravano a contrastare la crisi e a rilanciare la crescita economica. In Italia, la legislazione economica degli

anni Trenta e l'estensione della mano pubblica su banche e imprese private oggetto di salvataggi segnarono, nel bene e nel male, lo sviluppo del Paese nei decenni successivi.

Le analogie sembrano tante, ma secondo molti economisti e storici dell'economia, tra i quali, in particolare, Gianni Toniolo¹³, la crisi recente, per quanto grave, non è comunque paragonabile, né per dimensione né per implicazioni, a quella degli anni Trenta.

E questo anzitutto perché la storia non passa invano e alcune istituzioni create o potenziate proprio in quel periodo hanno avuto un ruolo determinante nell'attenuare gli effetti sistemici della crisi del 2008 e nell'evitare che il suo superamento richiedesse tempi ancor più lunghi.

Si pensi, in primo luogo, alla regolazione dei settori bancario e finanziario introdotta proprio all'epoca della Grande crisi e, in particolare, alla creazione o alla riconfigurazione delle banche centrali e dei sistemi di vigilanza volti ad assicurare la sana e prudente gestione degli istituti di credito e a prevenire il rischio di fallimenti a catena¹⁴. Nella gestione della crisi degli ultimi anni, non a caso, le banche centrali hanno svolto un ruolo determinante nell'iniettare dosi massicce di liquidità nel sistema consentendo alle istituzioni finanziarie, in un momento di crollo della fiducia, di far fronte ai propri impegni. In particolare a livello europeo, la Banca centrale europea (BCE) ha agito anche in supplenza nei riguardi di altre istituzioni europee spingendosi fino ai limiti dei poteri conferitile dalle norme dei Trattati¹⁵.

¹³ Ci si riferisce a G. Toniolo, *Crisi finanziarie, plus ça change...?*, in *Atti del convegno in onore di Giorgio Lunghini. L'economia politica e l'evoluzione del capitalismo negli ultimi quarant'anni*, Quaderni di Dipartimento, settembre 2011.

¹⁴ In particolare, la Banca d'Italia fu istituita nel 1893 nell'ambito di un riordino complessivo degli istituti di emissione, ma è stato nel 1926 che la posizione sostanzialmente pubblica dell'Istituto ebbe un formale riconoscimento, diventando l'unico istituto autorizzato all'emissione di banconote con poteri di vigilanza sulle altre banche, successivamente ampliati e potenziati dalla legge bancaria del 1936. Sull'evoluzione giuridica del sistema bancario e sulle vicende della Banca d'Italia, cfr. R. Costi, *L'ordinamento bancario*, Bologna, Il Mulino, 2012.

¹⁵ Cfr. S. Cassese, *La nuova architettura finanziaria europea*, in *Giornale*

Anche la teoria economica, sotto l'influenza keynesiana, proprio in seguito alla crisi del 1929 si è dotata di un armamentario concettuale più raffinato e ha elaborato strumenti di diagnosi e di terapia per prevenire e fronteggiare le crisi.

Tutto questo era assente alla vigilia della crisi degli anni Trenta e, anzi, alcune politiche deflattive varate come prima risposta aggravarono la situazione.

In secondo luogo, a differenza di quanto accaduto negli anni Trenta, nel 2008 la reazione degli Stati si è dimostrata prontissima e a tutto campo, avendo essi compreso subito la gravità di quanto stava accadendo ai mercati, finanziari e non, e già nel 2008 avendo messo in atto numerose misure anticrisi, molte delle quali sembrano porsi in contraddizione con lo Stato regolatore.

I governi nazionali non hanno avuto in realtà alcuna remora, almeno nell'immediato e sotto l'incalzare del rischio di una crisi sistemica a livello globale del sistema finanziario, nel rispolverare l'armamentario del diritto dell'economia di matrice interventista. Si pensi a misure come i sussidi diretti e altre forme di aiuti di Stato (che le stesse istituzioni europee hanno, entro certi limiti, avallato), salvataggi attraverso partecipazioni nell'azionariato da parte di soggetti pubblici, operazioni di ristrutturazione guidate dallo Stato, ecc.¹⁶

Si tratta di strumenti che finanche gli Stati più liberisti, come Stati Uniti e Regno Unito, hanno adottato sotto la pressione degli eventi e che sono stati ricondotti al «paradigma dello Stato salvatore» in «conseguenza del fallimento della regolazione», a sua volta determinato da «un fallimento della politica»¹⁷.

dir. amm., n. 1, 2014, p. 79 che definisce il nuovo modello di vigilanza bancaria come «una pietra miliare nella costruzione europea, non meno importante della moneta unica e del vincolo del pareggio di bilancio».

¹⁶ Tra questi, in particolare, il Congresso degli Stati Uniti ha approvato una legge di emergenza per la stabilizzazione economica (*Emergency Economic Stabilization Act* del 2008) con cui lo Stato interviene sull'autoregolazione dei privati, ponendovi una brusca cesura.

¹⁷ Cfr. G. Napolitano, *Il nuovo Stato salvatore: strumenti di intervento e assetti istituzionali*, in *Giornale dir. amm.*, n. 11, 2008, pp. 1083 ss. Sul punto, cfr. anche Id. (a cura di), *Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, Bologna, Il Mulino, 2012; R. Miccù, *Lo Stato*

Fin dall'inizio però molti interventi straordinari sono stati concepiti come «transitori», come sottolineato anche dai governi nazionali all'atto della presentazione delle diverse misure «salva Stato»¹⁸. Più che negare i fondamenti dello Stato regolatore, essi possono essere considerati tutt'al più come una sospensione temporanea del modello, giustificata da una sorta di «stato di eccezione».

La crisi ha fatto emergere peraltro molte smagliature dello Stato regolatore, sia sotto il profilo del perimetro troppo ristretto della regolazione che lasciava zone franche, aperte a fenomeni speculativi, sia sotto il profilo di eccessi di *deregulation*, sia sotto quello dell'incapacità di regolazioni essenzialmente nazionali o tutt'al più limitate ad aree geografiche come l'Europa a governare il fenomeno della globalizzazione dei mercati.

Al di là delle misure emergenziali, la risposta degli Stati, in una visione prospettica di più ampio respiro, è stata dunque quella di rafforzare l'impianto della regolazione, sviluppando ancor più il modello dello Stato regolatore. In particolare, negli Stati Uniti e in Europa è intervenuta una vera e propria ondata di legislazione volta a potenziare i controlli sulle imprese private e a prevenire il rischio di nuove crisi.

Si pensi ad esempio all'istituzione di nuove autorità

regolatore e la nuova Costituzione economica: paradigmi di fine secolo a confronto, in P. Chirulli e R. Miccù (a cura di), *Il modello europeo di regolazione*, Napoli, Jovene, 2011, pp. 138 ss.

¹⁸ Ci si riferisce a L. Torchia, *Politica industriale e regolazione*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, n. 1, 2015, pp. 1-4. L'articolo, che costituisce l'editoriale di risposta allo scritto di M. Thatcher (cfr. nota 25), nel descrivere gli interventi salvifici degli Stati nazionali in materia di politica industriale, chiarisce che «L'intervento pubblico durerà quel tanto che è necessario, ma prima o poi si tornerà alla "normalità" e lo Stato potrà nuovamente ritirarsi. Non è detto, naturalmente, che questo avvenga su di un piano di realtà, ma è significativo che la giustificazione dell'intervento pubblico coniughi la situazione di emergenza con la sua transitorietà». Cfr. anche, sull'argomento della regolazione dei mercati, L. Torchia, *La regolazione del mercato e la crisi economica globale (per gli ottant'anni di Guido Rossi)*, relazione presentata al Convegno «Sistema dei controlli e diritto dell'impresa. Seminario per gli ottant'anni di Guido Rossi», tenutosi a Roma il 22 marzo 2011 presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma Tre.

di regolazione del settore finanziario nel 2010 e al rafforzamento delle reti dei regolatori esistenti (anche in altri settori economici) operati dalle direttive europee di nuova generazione (in materia di energia elettrica¹⁹, comunicazioni elettroniche²⁰, ecc.).

In Europa, in particolare, dopo il 2012, proprio come reazione all'aggravarsi della situazione che si stava trasformando in una crisi degli Stati sovrani, sono state introdotte regole più rigide di controllo della finanza pubblica (il cosiddetto *Fiscal compact*²¹) ed è stato istituito il Fondo salva Stati attraverso una modifica al Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (art. 136). È stato istituito inoltre un meccanismo di vigilanza unico sulle istituzioni creditizie che fa capo alla BCE²². Esso è stato concepito proprio per contrastare la frammentazione dei mercati finanziari a livello europeo che minacciava di compromettere l'integrità della moneta unica e del mercato interno e per superare gli atteggiamenti troppo tolleranti (*forbearance*) da parte dei regolatori di ciascun Paese soprattutto nei confronti delle banche nazionali di maggior dimensione²³.

¹⁹ Ci si riferisce, tra le altre, alla direttiva 2009/29/CE che rivede il sistema dell'Unione Europea di scambio delle quote di emissione (EUETS); alla direttiva 2009/28/CE sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, recante modifica e successiva abrogazione delle direttive 2001/77/CE e 2003/30/CE; alla direttiva 2012/27/UE che sancisce il ruolo fondamentale dell'efficienza energetica.

²⁰ Si pensi al pacchetto di misure per l'accesso alla banda larga, vale a dire la raccomandazione 2010/572/UE della Commissione, del 20 settembre 2010, relativa all'accesso regolamentato alle reti di nuova generazione (NGA). Testo rilevante ai fini dello Spazio economico europeo (SEE), la comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 20 settembre 2010, intitolata *La banda larga in Europa: investire nella crescita indotta dalla tecnologia digitale* e, infine, la proposta di decisione del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce un programma in materia di politica europea dello spettro radio.

²¹ Ci si riferisce al Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla governance dell'Unione economica e monetaria firmato a Bruxelles il 2 marzo 2012, al di fuori dei Trattati, da 25 Stati membri.

²² Per effetto dei regolamenti UE del Parlamento europeo e del Consiglio n. 1024/2013 del 15 ottobre 2013 e n. 1022/2013 del 22 ottobre 2013.

²³ Cfr. E. Barucci e M. Messori (a cura di), *Towards the European*

Il meccanismo di vigilanza unico costituisce il «primo pilastro» dell'Unione bancaria al quale si è già aggiunto, come «secondo pilastro», il meccanismo di risoluzione unico delle crisi bancarie operativo dal 2016 che persegue l'obiettivo di minimizzare l'esborso di denaro pubblico ai fini del salvataggio²⁴.

L'Unione bancaria costituisce un progetto ambizioso che determina un mutamento quasi «costituzionale» nei rapporti tra Stati nazionali e Unione Europea²⁵. Infatti i due primi pilastri si basano su un accentramento senza precedenti a livello di istituzioni europee di poteri anche amministrativi e sull'obbligo, per gli Stati membri, di mettere insieme, sia pure in ultima istanza, le risorse finanziarie per evitare le crisi sistemiche²⁶. Sottrarre al potere esclusivo degli Stati nazionali la vigilanza bancaria e gli strumenti di risoluzione delle crisi significa mutare gli equilibri della Costituzione economica atteso che il sistema bancario costituisce la spina dorsale dell'intero sistema economico.

Sempre a livello europeo, di fronte all'esigenza di ampliare gli strumenti di intervento e alla difficoltà di imboccare in tempi brevi la via della modifica dei Trattati, si è arrivati sino al punto di ricorrere anche ad accordi intergovernativi tra un gruppo di Stati membri, al di fuori della cornice istituzionale europea ordinaria, per risolvere problemi specifici e rinsaldare la regolazione economica²⁷.

Banking Union, Firenze, Passigli, 2014; M. Clarich, *I poteri di vigilanza della Banca centrale europea*, in *Dir. pubbl.*, n. 3, 2013, pp. 975 ss.

²⁴ Regolamento (UE) n. 806/2014 del 15 luglio 2014 del Parlamento europeo e del Consiglio. L'Unione bancaria prevede in prospettiva anche un nuovo sistema europeo di garanzia dei depositi, che però allo stato attuale incontra l'opposizione di alcuni Stati membri, tra i quali, in particolare, la Germania.

²⁵ Sull'Unione bancaria, cfr. M. Macchia, *L'architettura europea dell'unione bancaria tra tecnica e politica*, contributo in corso di pubblicazione negli *Studi per i 150 anni delle leggi di unificazione amministrativa*; L. Torchia, *Unione bancaria: un approccio continentale?*, in *Giornale dir. amm.*, n. 1, 2015, pp. 11-15; G. Tosato, *The Legal Basis of the Banking Union*, in Barucci e Messori, *Towards the European Banking Union*, cit., pp. 43 ss.; Cassese, *La nuova architettura europea*, cit., pp. 79 ss.

²⁶ Le nuove regole europee sulla gestione delle crisi sono contenute nella direttiva BRRD (*Bank Recovery and Resolution Directive*).

²⁷ Si pensi al già richiamato *Fiscal compact* e all'Accordo sul trasferi-

Il perimetro della regolazione è stato poi esteso per includere operatori globali che sfuggivano in precedenza a ogni forma di controllo. È il caso delle agenzie di rating, protagoniste di questa crisi attesa la scarsa affidabilità delle loro valutazioni circa la solidità di alcuni istituti di credito che magari godevano della tripla A fino al giorno in cui sono caduti in stato di illiquidità e di insolvenza. La risposta a livello europeo è stata l'introduzione di un sistema di vigilanza accentrato delle agenzie di rating²⁸.

Gli esiti di questi processi non sono prevedibili. Si potrebbe formulare l'ipotesi che l'ulteriore europeizzazione della Costituzione economica, impensabile solo fino a pochi anni fa, possa favorire nel lungo termine l'unione politica. Peraltro, la reazione delle opinioni pubbliche nazionali e di forze politiche di recente formazione nei confronti dei processi di integrazione settoriale, anche al di là della sfera economica e finanziaria (ad esempio, nel campo delle regole sull'immigrazione), potrebbe ritenere più realistica la strada opposta della progressiva disgregazione e del recupero di peso specifico da parte degli Stati nazionali. A questo riguardo potrebbe risultare decisiva la rinegoziazione di alcune parti dei Trattati e delle regole europee, incluse quelle relative all'Unione monetaria, richiesta dal Regno Unito in vista del referendum indetto per il prossimo 23 giugno.

Ma al di là delle previsioni a lungo termine, la risposta fondamentale alla crisi del 2008 è rappresentata soprattutto dal potenziamento degli strumenti dello Stato regolatore, in una dimensione per quanto possibile sovranazionale.

In particolare, riforme strutturali, come l'accentramento a livello europeo della vigilanza bancaria, non hanno com-

mento e la messa in comune dei contributi al Fondo unico di risoluzione, firmato a Bruxelles il 21 gennaio 2014, tassello indispensabile dell'Unione bancaria perché il meccanismo unico di risoluzione per le crisi bancarie (SRM) possa operare con piena efficacia.

²⁸ Il nuovo pacchetto legislativo, che rafforza le norme esistenti in materia di agenzie di rating del credito, si compone di un regolamento e di una direttiva: il regolamento (UE) n. 462/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013, e la direttiva 2013/14/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013.

portato l'introduzione di elementi dirigistici nella regolazione dei quali era intrisa ad esempio la legge bancaria italiana del 1936. La liberalizzazione delle attività economiche non è stata rimessa in discussione, le istituzioni finanziarie salvate con l'iniezione di risorse pubbliche sono ritornate in mano privata. La stessa disciplina degli aiuti di Stato ha ripreso a essere applicata con rigore, come si è visto di recente anche nel nostro Paese in occasione delle misure di salvataggio di banche e imprese colpite dalla crisi. Un ritorno dello Stato interventista alla vecchia maniera non sembra all'orizzonte.

Lo Stato regolatore non solo ha mantenuto inalterati le regole e gli apparati organizzativi portanti (in particolare le autorità di regolazione e antitrust), ma si è anzi arricchito di numerosi nuovi attori, sotto forma di agenzie e organi che replicano su scala ancora più vasta il modello²⁹. Le reti dei regolatori anche in ambito diverso da quello finanziario già istituite in epoca antecedente alla crisi, sono state rafforzate. L'arena pubblica dei regolatori è dunque sempre più affollata ma anche disordinata, soprattutto a livello internazionale.

Lo «spazio regolatorio» in ambito economico è occupato in modo rilevante, oltre che dai nuovi apparati amministrativi, anche dalle corti di giustizia nazionali ed europee. Si pensi, oltre alle sentenze della Corte di giustizia dell'Unione Europea in materia antitrust che determinano effetti indiretti anche su mercati diversi da quello europeo, al recentissimo caso *Facebook*³⁰ riguardante la trasmissione dei dati dalla filiale irlandese di questo social network su server situati nel territorio degli Stati Uniti, dove questi ultimi venivano fatti oggetto di trattamento³¹.

²⁹ Per il settore finanziario ciò è particolarmente vero: cfr. E. Chiti e G. Vesperi (a cura di), *The Administrative Architecture of Financial Integration. Institutional Design, Legal Issues, Perspectives*, Bologna, Il Mulino, 2015.

³⁰ La sentenza citata nel testo è quella resa il 6 ottobre 2015 nella causa C-362/14 Maximilian Schrems/Data Protection Commissioner.

³¹ Sul punto, la direttiva sul trattamento dei dati personali (direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995) dispone che il trasferimento di tali dati verso un paese terzo possa avere luogo, in linea di principio, solo se il paese terzo di cui trattasi garantisca per questi dati un adeguato livello di protezione. Mentre la Commissione

4. Verso un ripensamento dei paradigmi dell'economia di mercato e della mitologia dello Stato regolatore

Spostando ora il livello di analisi su una dimensione più teorica e sul piano del dover essere, è stato posto da più parti l'interrogativo se, superata la crisi, lo Stato regolatore è destinato a restare (o ritornare) in auge come nei suoi momenti di massimo splendore, oppure se la crisi del 2008 richieda un ripensamento più profondo degli stessi fondamenti del modello.

Tra i commentatori vi è infatti chi auspica un ritorno agli anni fausti della riduzione al minimo dell'ingerenza del pubblico nell'economia e alla centralità del mercato (mercato), magari abrogando o alleggerendo il carico delle regole in materia finanziaria introdotto negli ultimi anni³², e chi invece ritiene che bisogna ridiscutere i presupposti anche epistemologici dell'economia di mercato e dei sistemi di regolazione.

A questo riguardo è in atto un ripensamento del paradigma interpretativo dominante nell'ultimo ventennio, rivelatosi carente nella sua capacità esplicativa e predittiva, anche se per ora non è un paradigma esplicativo alternativo completo.

Tra gli economisti e gli scienziati sociali, in particolare, è stata messa infatti in discussione la razionalità del mercato e dei suoi attori (*efficient market hypothesis*)³³. Un ampio filone di studi sull'economia comportamentale ha messo in evidenza, anche attraverso esperimenti, come vi sia una serie di limiti e pregiudizi cognitivi (*bias*) dei vari attori economici

europea aveva avallato questo tipo di esportazione di dati dall'Irlanda agli Stati Uniti, la Corte di giustizia ha ritenuto inaccettabili i sistemi generalizzati di raccolta e di analisi di dati personali adottati negli Stati Uniti dopo gli attacchi terroristici del 2001. Il caso *Wikileaks* ha fatto emergere un utilizzo indiscriminato e improprio di questi strumenti.

³² Negli Stati Uniti, in particolare, c'è chi propone una revisione del *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* del 2010, un corpo normativo molto pesante e oneroso per le istituzioni finanziarie.

³³ Cfr. G.A. Akerlof, D. Romer, O.J. Blanchard e J.E. Stiglitz, *What Have We Learned?*, Cambridge, Mass., The MIT Press, 2014, là dove si parla di crisi della teoria dell'efficienza (o onnipotenza) dei mercati e di come questi possano avere gradi di efficienza diversa a seconda delle circostanze.

che possono anche provocare reazioni inattese con effetti sistemici devastanti, magari in seguito all'apparizione, non prevista da nessuno, di un «cigno nero», per riprendere il titolo di un noto libro³⁴.

Studi empirici hanno infatti dimostrato che, molto spesso, il comportamento degli attori nel mercato presenta «anomalie» che si pongono in contrasto con le teorie economiche tradizionali basate sull'ipotesi dell'*homo oeconomicus* pienamente capace di operare scelte razionali, valutare i fini e adottare gli strumenti più adatti per raggiungerli.

In parallelo, anche i modelli di regolazione trascurano di considerare gli errori cognitivi dei destinatari e l'impatto reale delle misure adottate, anche in questo caso con il rischio di vanificare gli effetti positivi attesi. Solo di recente è stato introdotto negli Stati Uniti e nel Regno Unito, in via sperimentale, un approccio alla regolazione che tiene conto dei risultati delle scienze comportamentali. Questo approccio, che costituisce in certi ambiti (ad esempio, le scelte dei consumatori) un'alternativa a quello di *command and control*, pone una serie di problemi anche di ordine etico riguardo al rischio di manipolazione della volontà dei soggetti regolati (il cosiddetto *nudge*, o «spinta gentile»)³⁵.

Da un'altra angolazione critica, alcuni studiosi revocano in dubbio le rappresentazioni quasi agiografiche del mercato e dello Stato regolatore anche nella fase precedente all'ultima crisi.

³⁴ Cfr. N.N. Taleb, *The Black Swan: The Impact of the Highly Improbable*, New York, Random House, 2007; trad. it. *Come l'improbabile governa la nostra vita*, Milano, Il Saggiatore, 2009. Sul dibattito relativo all'economia comportamentale, cfr. D. Kahneman, *Thinking Fast and Slow*, London, Penguins, 2001; trad. it. *Pensieri lenti e veloci*, Milano, Mondadori, 2012; M. Motterlini, *Economia emotiva*, III ed., Milano, Rizzoli, 2012, anche per altri riferimenti. Sul rapporto tra economia comportamentale e regolazione, cfr. N. Rangone, *Il contributo dell'economia comportamentale alla qualità delle regole*, in *Mercato, concorrenza, regole*, n. 1, 2012, pp. 153 ss.

³⁵ Da ultimo, il presidente degli Stati Uniti il 15 settembre 2015 ha emanato un *executive order* indirizzato alle agenzie federali richiedendo a esse di «identify policies, programs, and operations where applying behavioral science insights may yield substantial improvements in public welfare, program outcomes, and program cost effectiveness».

Ad esempio, è stato messo in luce³⁶ come l'imprenditore più audace nel sistema economico sia sempre stato storicamente lo Stato e non, come ritengono i più, le imprese private. Lo Stato, infatti, ha sempre svolto una funzione di innovazione proprio perché, a differenza dei privati, non ha la pressione del profitto a breve termine e può investire in attività di ricerca che possono portare a uno sviluppo tecnologico che alla lunga cambia il modello economico. L'esempio classico è quello di internet, «inventato» all'interno del sistema della difesa americana (la Defense Advanced Research Projects Agency, DARPA), che poi, nel tempo, ha prodotto qualcosa di estremamente più grande e senza dubbio imprevedibile. Lo stesso algoritmo che è alla base del grande successo di Google è stato finanziato da un organismo pubblico (la National Science Foundation, NSF). Casi più attuali sono quelli delle nanotecnologie o delle energie rinnovabili, sulle quali è lo «Stato innovatore» a investire.

In questo stesso ambito di ripensamento critico, si è messo in dubbio che lo Stato regolatore sia stato effettivamente, anche nel suo periodo di massima affermazione, «neutrale» in termini di politica industriale³⁷.

Al contrario, in più occasioni, lo Stato regolatore, pur proclamando di voler assumere un ruolo di mero arbitro nella competizione tra imprese private, si è ingerito negli assetti del mercato condizionandone gli sviluppi. In particolare, le privatizzazioni non hanno affatto segnato la fine delle politiche industriali, attuate invece dai governi in molteplici forme, forse meno trasparenti, volte spesso a difendere e a rafforzare i «campioni nazionali» (anche in nome di una

³⁶ M. Mazzucato, *The Entrepreneurial State: Debunking Public vs. Private Sector Myths*, New York, Anthem, 2014; trad. it. *Lo stato innovatore*, Roma-Bari, Laterza, 2015; R.H. Thaler e C.R. Sunstein, *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*, New Haven, Conn., Yale University Press, 2008; trad. it. *Nudge. La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, Milano, Feltrinelli, 2008.

³⁷ Si tratta dello scritto di M. Thatcher, *From Old to New Industrial Policy Via Economic Regulation*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, n. 2, 2014, pp. 6-22.

sorta di «patriottismo economico») elevandoli magari a «campioni europei». Come esempi sono stati citati: l'operazione di privatizzazione di un'impresa pubblica (Gaz de France) preordinata a una fusione (con Suez) e alla formazione di un'impresa pur sempre francese di livello ancor più internazionale; le garanzie pubbliche rilasciate da soggetti come la Cassa depositi e prestiti o la Kreditanstalt für Wiederaufbau; la promozione di fondi di investimento sovrani (i Fonds stratégique d'investissement o UK Financial Investments); le *golden shares* preordinate a prevenire acquisizioni ostili giustificate in relazione a interessi pubblici come la difesa nazionale o la sicurezza degli approvvigionamenti; le politiche tariffarie che promuovono certi tipi di investimenti o certe tecnologie; i ritardi dello Stato francese nel rilascio della IV licenza di telefonia mobile i quali hanno, più o meno consapevolmente, favorito le imprese già esistenti.

Se volgiamo lo sguardo al caso italiano abbiamo molteplici esempi di politica industriale condotta dallo Stato tra i quali le leggi quasi provvedimento per salvare l'Alitalia o altre aziende in crisi³⁸ e i casi più recenti di uso di strumenti messi in atto per risolvere problemi specifici di singole imprese nazionali.

In definitiva, secondo la tesi ora esposta, l'esperienza dell'ultimo ventennio fa emergere nelle pieghe dello Stato regolatore la permanenza di elementi riconducibili, in modo indiretto e più o meno mascherato, a scelte di politica industriale promossa dai governi, tali da revocare in dubbio la corrispondenza tra modello e realtà.

Forse è stato solo un mito quello della regolazione «pura» disgiunta dalla politica. Lo Stato si è sempre mantenuto vigile e presente, magari dietro le quinte, e la sua entrata in scena nelle fasi di crisi più acute, come si è visto, è stata ancor più determinante.

³⁸ Il riferimento è al d.l. n. 134/2008.

5. Conclusioni

In conclusione, la crisi del 2008 ha colto di sorpresa gran parte degli studiosi, degli operatori del mercato e degli attori della regolazione economica che avevano riposto una fiducia pressoché incondizionata nella capacità del mercato di autoregolarsi, salvo le poche situazioni di fallimenti che giustificano le misure correttive dello Stato regolatore. Ciò deve indurre cautela anche nel formulare previsioni a lungo termine sugli sviluppi della Costituzione economica.

In ogni caso, l'economia di mercato e lo Stato regolatore, pur colpiti anche nei fondamenti teorici, sono usciti dalla crisi un po' acciaccati, ma non sconfitti in modo definitivo.

In particolar modo in Europa, la crisi ha indotto anche interventi normativi che hanno rafforzato e integrato lo Stato regolatore. Nel caso dell'Unione bancaria la crisi ha consentito di superare le remore di molti Stati membri, gelosi delle proprie prerogative, ad accentrare a livello europeo funzioni tipicamente nazionali, determinando un vero e proprio salto di qualità impensabile solo fino a pochi anni prima, con rilevanti effetti sulla Costituzione economica europea.

A livello globale sono comparsi nuovi attori come l'Asian Infrastructure Investment Bank, promossa dalla Cina ma con l'adesione di vari Stati europei, inclusa l'Italia, che replica in qualche modo e si pone in concorrenza con l'Asian Development Bank (di matrice giapponese e statunitense), la Banca mondiale e il Fondo monetario internazionale.

In definitiva lo Stato regolatore, pur soggetto a un ripensamento anche nei suoi presupposti teorici, non sembra giunto al tramonto, almeno nel mondo occidentale, anche se le certezze e la sicumera di molti suoi adepti si sono incrinare.

LA SPECIALITÀ DEL DIRITTO E DELLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA

1. La specialità tra convergenza e persistenza

Quello della «specialità» del diritto e della giustizia amministrativa è un tema risalente e a un tempo costantemente studiato.

È risalente perché sin dalla formazione di un insieme di norme destinate a disciplinare l'esercizio del potere pubblico e dei suoi rapporti con il cittadino si è posto al centro dell'attenzione e della riflessione giuridica il problema della sua – reale o presunta – diversità rispetto alla disciplina di diritto comune; è tuttavia un tema sempre presente, perché, pur declinata in modi e in forme diverse, la questione del diritto e del processo amministrativo è stata costantemente posta, ora declinata nelle forme del monismo e del dualismo sostanziale e giurisdizionale, ora vista nel quadro della crisi degli elementi tradizionali del diritto amministrativo, ora alla luce del ruolo unificante svolto dalla disciplina e dalle giurisdizioni europee, ora nel quadro dei problemi sorti con l'affermazione del diritto globale.

Ancora di recente è stato sottolineato come la questione della distinzione tra «diritto amministrativo» e «diritto privato» registri «nuove emersioni di una questione antica»¹; come quello tra «monismo» e «dualismo» in diritto amministrativo costituisca in realtà un falso dilemma²; come la globalizzazione ponga alle tradizionali categorie e costruzioni del diritto am-

¹ Cfr. M. D'Alberti, *Diritto amministrativo e diritto privato: nuove emersioni di una questione antica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 4, 2012, pp. 1019-1028.

² Cfr. M.P. Chiti, *Monismo o dualismo in diritto amministrativo: vero o falso dilemma?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 2, 2000, pp. 301-320.