

IANUS

Diritto e Finanza



UNIVERSITÀ
DI SIENA
1240

Rivista di studi giuridici

<https://www.rivistaianus.it>



ISSN: 1974-9805

n. 6 - giugno 2012

IANUS Diritto e finanza

N. 6
giugno 2012

IANUS

Diritto e Finanza

N. 6 - 2012

Ianus - Diritto e finanza

Rivista semestrale di studi giuridici

N. 6 - giugno 2012

Editore - Università di Siena, Via Banchi di sotto, 55 - 53100 Siena

Direttore responsabile: Angelo Barba

<http://www3.unisi.it/ianus/>

Registrazione Tribunale di Siena n. 3 del 7 marzo 2008

ISSN: 1974-9805

INDICE

SAGGI

I servizi di pagamento, di VITTORIO SANTORO	7
La nuova <i>governance</i> in materia finanziaria e i suoi riflessi sulle Regioni di diritto comune: spunti di riflessione, di LAURA LETIZIA	43
L' <i>exit</i> nell'impresa in una prospettiva di analisi economica del diritto: un'introduzione, di DARIO NARDI	87
Le clausole di conciliazione negli statuti societari, di GUIDO BEVILACQUA	115
Politiche migratorie e <i>law and economics</i> : una critica all'approccio <i>mainstream</i> , di ELEONORA GUADAGNO	125

NOVITÀ NORMATIVE

Riordino degli incentivi alle imprese, note a margine del decreto legge 22 giugno 2012 n. 83, recante "misure urgenti per la crescita del paese", di FRANCESCA ROMANA DAU	147
---	-----

GIURISPRUDENZA

Le "primarie" tra autonomia privata collettiva e tutela della <i>privacy</i> (a margine di un provvedimento del Garante per la protezione dei dati personali), di FAUSTO CAGGIA	167
--	-----

MATERIALI

*Comitato Nazionale per la Bioetica - Obiezione di Coscienza e bioetica. Pubblicato il
30 luglio 2012*

Decreto legge 83-2012, convertito in legge

Elezioni primarie 2012 e trattamento dei dati personali

SAGGI

I SERVIZI DI PAGAMENTO

Vittorio Santoro

*Professore Ordinario di Diritto commerciale
nell'Università di Siena*

Il contributo ricostruisce criticamente la disciplina dei servizi di pagamento nei suoi profili oggettivi e soggettivi, avendo riguardo alla direttiva 2007/64 CE, al d.lgs. n. 11 del 2010 ed alla disciplina della Banca d'Italia. Una volta inquadrati gli strumenti di pagamento l'Autore si sofferma sulle problematiche sollevate dal conto di pagamento e dalla posizione contrattuale del prestatore del servizio e del cliente.

The paper gives a critically overview of the legal framework for payment services focusing on the directive 2007/64/EC, the legislative decree n. 11/2010 and the Bank of Italy's regulations. Provided the state of payment instruments, the Author drives its attention to the payment account as a framework contract for the provision of payment services as well as to the duties and rights of the professional providers and the users.

Sommario

1. Premessa
2. Profilo oggettivo
3. Il c.d. *negative scope* e la relazione tra contratto quadro/conto di pagamento e conto corrente bancario
4. Profilo soggettivo: prestatore di servizi di pagamento
5. *Segue*: utilizzatore di servizi di pagamento
6. Disciplina "sostanziale"
7. Disciplina di trasparenza

1. Premessa

Oggetto del presente lavoro sono i servizi di pagamento quali disciplinati dal d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 11. Quest'ultimo costituisce un corpo normativo completamente nuovo introdotto nel nostro ordinamento per dare attuazione alla dir. 64/2007/CE, *Payment System Directive* (d'ora in poi PSD), che disciplina appunto l'esercizio dei servizi di pagamento nell'ambito del mercato interno europeo.

Occorre in verità rammentare che in Italia non mancava, già in precedenza, una disciplina dei servizi di pagamento¹, infatti, la previgente versione degli artt.106 e 107 Tub consentivano agli intermediari, ivi menzionati, la facoltà di prestare servizi di pagamento. Il significato di tale espressione era stato, successivamente, puntualizzato dall'art. 5, comma 1, del d.m. 17 febbraio 2009, n. 29, nel senso che per "prestazione dei servizi di pagamento" si doveva intendere: «a) incasso e trasferimento di fondi; b) trasmissione o esecuzione di ordini di pagamento, anche tramite addebiti o accrediti, effettuati con qualunque modalità; c) compensazione di debiti e crediti; d) emissione o gestione di carte di credito, di debito o di altri mezzi di pagamento, nel rispetto del divieto di raccolta del risparmio tra il pubblico previsto dall'articolo 11 del Testo unico»².

¹ Cfr. V. SANTORO, *Gli istituti di pagamento*, in RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), *Armonizzazione europea dei servizi di pagamento e attuazione della direttiva 2007/64/CE*, Milano, 2009, 64 ss.; CONDEMI, *Gli istituti di pagamento tra orientamenti comunitari e disciplina nazionale*, *ibidem*, 340; MARULLO REEDTZ, *sub art. 1, comma 1, lett. b), l) e n)*, in MANCINI - RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), *La nuova disciplina dei servizi di pagamento*, Torino, 2011, 9.

² La medesima disposizione al comma successivo, però, precisava che «non rientrano nella prestazione di servizi di pagamento le attività di: a) recupero crediti; b) trasporto e consegna di valori; c) emissione o gestione, da parte di un fornitore di beni o servizi, di carte prepagate utilizzabili esclusivamente presso lo stesso o, in base ad un accordo commerciale con l'emittente, all'interno di una rete limitata di prestatori di tali beni o servizi; d) emissione o gestione, da parte di un fornitore di beni o servizi, di carte di credito e di debito utilizzabili esclusivamente presso lo stesso o, in base ad un accordo commerciale con l'emittente, all'interno di una rete limitata di prestatori di tali beni o servizi; e) mera distribuzione di carte di credito e di debito; f) trasferimento di fondi, svolto in via strumentale alla propria attività principale, a condizione che il

2. Profilo oggettivo

Nella PSD i servizi di pagamento sono, ora, definiti dall'art. 4, comma 3, mediante rinvio alle «*attività commerciali elencate nell'allegato*». Nelle norme nazionali il medesimo elenco è stato trasfuso nell'art.1, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 11/2010³. La nuova formulazione dell'art.106 Tub, a sua volta, non fa più comparire i servizi di pagamento tra le attività che gli intermediari finanziari possono svolgere “ordinariamente”. Tuttavia, in virtù dell'autonoma evidenza che tali intermediari hanno assunto, i servizi di pagamento sono indicati tra le loro attività eventuali a due condizioni: 1) che sia stata rilasciata una distinta autorizzazione, conforme alle disposizioni dell'art.114-novies Tub; 2) che vi sia stata la conseguente iscrizione nel relativo albo⁴.

Dunque, i servizi di pagamento sono elencati e non definiti chiaramente. Si tratta di un elenco complesso articolato come segue: «1) *servizi che permettono di depositare il contante su un conto di pagamento nonché tutte le operazioni richieste per la gestione di un conto di pagamento*; 2) *servizi che permettono prelievi in contante da un conto di pagamento nonché tutte le operazioni richieste per la gestione di un conto di pagamento*; 3) *esecuzione di ordini di pagamento, incluso il trasferimento di fondi, su un conto di pagamento presso il prestatore di servizi di pagamento dell'utilizzatore o presso un altro prestatore di servizi di pagamento*: 3.1. *esecuzione di addebiti diretti, inclusi addebiti diretti una tantum*; 3.2. *esecuzione di operazioni di pagamento mediante carte di pagamento o dispositivi analoghi*; 3.3. *esecuzione di bonifici, inclusi ordini permanenti*; 4) *Esecuzione di operazioni di pagamento quando i fondi rientrano in una*

soggetto che effettua tali operazioni non possa disporre per proprio conto dei fondi medesimi».

³ Secondo MAVROMATI, *The Law of Payment Services in the Internal Market*, Alphenan den Rijn, 2008, 149 s., l'elenco è esaustivo; tuttavia, l'attività dei soggetti abilitati ad esercitare i servizi di pagamento non è esclusiva. Quest'ultima considerazione vale, oggi, anche per le banche se non altro per il fatto che esercitano accanto alla tradizionale attività creditizia appunto il servizio di pagamento.

⁴ Cfr. GRECO, sub *artt. 106-114*, in PORZIO - BELLI - LOSAPPIO - RISPOLI FARINA V. SANTORO (a cura di), *Testo unico bancario. Commentario. Addenda di aggiornamento ai d.lgs. 141/2010 e 218/2010*, Milano, 2011, 28.

linea di credito accordata ad un utilizzatore di servizi di pagamento: 4.1. esecuzione di addebiti diretti, inclusi addebiti diretti una tantum; 4.2. esecuzione di operazioni di pagamento mediante carte di pagamento o dispositivi analoghi; 4.3. esecuzione di bonifici, inclusi ordini permanenti; 5) emissione e/o acquisizione di strumenti di pagamento; 6) rimessa di denaro; 7) esecuzione di operazioni di pagamento ove il consenso del pagatore ad eseguire l'operazione di pagamento sia dato mediante un dispositivo di telecomunicazione, digitale o informatico e il pagamento sia effettuato all'operatore del sistema o della rete di telecomunicazioni o digitale o informatica che agisce esclusivamente come intermediario tra l'utilizzatore di servizi di pagamento e il fornitore di beni e servizi».

La prima notazione che si deve svolgere a proposito dell'elenco è che non tutte le attività ivi indicate hanno lo stesso rilievo; alcune, infatti, hanno carattere commercialmente marginale rispetto ai servizi di pagamento più diffusi e tradizionali, all'opposto altre hanno carattere innovativo.

Tra le prime, si deve ricordare che sono state incluse nei servizi di pagamento le operazioni basilari «nell'ambito del cd servizio di cassa»⁵, mi riferisco ai servizi che «permettono di depositare il contante su un conto di pagamento» e a quelli che «permettono prelievi in contante da un conto di pagamento» (nn. 1 e 2). Si tratta di operazioni che attengono alla normale operatività di un deposito di danaro e, ai nostri fini, devono essere considerate solo in quanto funzionali allo svolgimento del servizio di pagamento: o perché il cliente crea la provvista necessaria ad impartire i successivi ordini di pagamento o perché chiusa l'operazione di pagamento esige dall'intermediario la disponibilità realizzata e/o residua. A rigore, dunque, i versamenti e i prelevamenti non sono mai operazioni di

⁵ La definizione è di SCIARRONE ALIBRANDI, *L'adempimento dell'obbligazione pecuniaria tra diritto vivente e portata regolatoria indiretta della Payment services directive 2007/64/CE*, in MANCINI - PERASSI (a cura di), *Il nuovo quadro normativo comunitario dei servizi di pagamento. Prime riflessioni*, *Quad. Ric. Giur. della Banca d'Italia*, n. 63, Roma, dicembre 2008, 62.

pagamento ma solo attività teleologicamente collegate al vero e proprio pagamento intermediato⁶.

Quanto ai servizi innovativi, occorre rammentare le operazioni di pagamento eseguite con modalità digitali o informatiche. Tali ultimi servizi sono già proiettati verso il futuro, infatti, le maggiori innovazioni di processo e di prodotto, nell'industria dei pagamenti, sono state introdotte da non banche, proprio nel campo dei c.d. pagamenti elettronici. È stato, tuttavia, osservato che, al fine di aversi un servizio di tal fatta, non è sufficiente che l'operatore si limiti a mettere a disposizione la tecnologia che potrebbe essere utilizzata per collegare il vero e proprio prestatore del servizio con il suo cliente, ma è necessario che presti direttamente un servizio attraverso la propria rete di telecomunicazione⁷: un esempio significativo è quello di Paypal⁸, ma si considerino anche i casi di Western Union e MoneyZap.

⁶ Ma v. MARULLO REEDTZ, sub *art. 1, comma 1, lett. b), l) e n)*, in MANCINI - RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 9 s.

⁷ Cfr. MARULLO REEDTZ, sub *art. 1, comma 1, lett. b), l) e n)*, in MANCINI - RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 12 ss.

⁸ Un consumatore che utilizza Paypal per effettuare pagamenti accede al servizio via internet fornendo, a seconda delle proprie preferenze, informazioni sul proprio conto corrente o sulla propria carta di credito o anche su uno specifico conto Paypal (il quale a sua volta può essere gestito dalla medesima società o da una banca ad essa collegata). A questo punto Paypal invia un messaggio criptato alla propria banca. La richiesta del consumatore viene processata avvalendosi del sistema bancario nei primi due casi, mentre nell'ultimo caso semplicemente spostando i fondi da un conto Paypal ad un altro. A questo punto il beneficiario riceve la comunicazione che è stato effettuato un pagamento a suo favore, e, a sua volta, informa Paypal di come intende ricevere i fondi, tale informazione è trasmessa alla banca per l'esecuzione. Qualora il beneficiario detiene a sua volta un conto Paypal, può anche utilizzare le somme accreditate per i propri e successivi pagamenti.

In Europa, Paypal nel 2007 (quindi prima dell'implementazione della direttiva PSD) ha dovuto chiedere l'autorizzazione ad operare quale istituzione creditizia e lo ha fatto nell'ordinamento lussemburghese. Mentre negli US, secondo una notizia diffusa nel 2002, la *Federal Deposit Insurance Corporation* (FDIC) ha stabilito che Paypal non è una banca, poiché ai sensi della legislazione federale degli US essa non accetta depositi secondo la definizione dell'ordinamento US. La FDIC ha scritto: "Paypal does not physically handle or hold funds placed into the Paypal service". Nonostante ciò, a livello di singoli stati, si è ritenuto che Paypal agisca quale banca non autorizzata, in particolare la Louisiana ha chiesto a Paypal di cessare di offrire servizi ai propri residenti.

A sua volta, l'acquisizione di strumenti di pagamento, pur non tecnicamente innovativa, ha certamente carattere di novità rispetto alla previgente normativa. Tale attività consiste nella «*stipula di apposito contratto per il convenzionamento dei soggetti (ad esempio, esercizi commerciali) abilitati all'accettazione di uno strumento di pagamento, secondo le regole del circuito di riferimento, accompagnata dalla gestione dei relativi flussi finanziari (c.d. acquiring)*»⁹.

La rimessa, invece, è la singola operazione di pagamento dell'ordinante o del beneficiario, in relazione alla quale il rapporto con il prestatore del servizio di pagamento si chiude una volta eseguita l'operazione richiesta dal cliente. Essa nella logica della PSD e del d.lgs. n. 11/2010 si contrappone al "conto di pagamento" che contiene un programma contrattuale di esecuzione continuativa di servizi di pagamento con riferimento sia ai trasferimenti verso terzi sia alle riscossioni da terzi. Il conto di pagamento, pertanto, è un contratto di durata con il quale l'intermediario si mette stabilmente a disposizione del cliente per effettuare operazioni di pagamento; laddove, la rimessa è un servizio di pagamento offerto occasionalmente¹⁰. Pertanto, il conto di pagamento si contrappone alla rimessa che altro non è che «*un servizio di pagamento in cui i fondi sono consegnati da un pagatore senza che siano aperti conti di pagamento intestati al pagatore o al beneficiario, unicamente allo scopo di trasferire una somma (...) e/o in cui tali fondi sono riscossi per conto del beneficiario e resi disponibili a quest'ultimo*» (art. 4, n. 13, PSD).

Si giunge con ciò al cuore della prestazione di servizi di pagamento costituito, senza dubbio, dal trasferimento dei fondi¹¹, più precisamente da ogni trasferimento di moneta scritturale che, proprio per il fatto di prescindere dalla *traditio* manuale, necessita dell'intervento di uno o più intermediari ma, allo stesso

⁹ V. il § 2 delle Disposizioni Banca d'Italia di "Attuazione del Titolo II del Decreto legislativo n. 11 del 27 gennaio 2010 relativo ai servizi di pagamento (Diritti ed obblighi delle parti)".

¹⁰ Cfr. . MARULLO REEDTZ, sub *art. 1, comma 1, lett. b), l) e n)*, in MANCINI - RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 10 s.

¹¹ Cfr. MAVROMATI, *The Law of Payment Services in the Internal Market*, cit., 156 ss.

tempo, non consiste di un'attività materiale quale il trasporto di pezzi monetari o il cambio tra valute diverse.

Il trasferimento di fondi si svolge con due modalità ben distinte, vale a dire il *credit transfer* e il *debit transfer*. A queste va aggiunta l'esecuzione di operazioni di pagamento «*mediante carte di pagamento o dispositivi analoghi*». Tutte queste attività sono elencate due volte, sia nel numero 3 sia nel numero 4 dell'art.1, comma 1, lett. *b*, d.lgs. n. 11/2010 a seconda che il cliente si avvalga di una disponibilità propria sul conto di pagamento ovvero di un affidamento del prestatore. Io credo che si possa dare per scontata l'unitarietà della disciplina solo che si tenga presente la lunga tradizione dottrinale italiana volta a costruire un concetto unitario di disponibilità sul conto¹².

Mentre il *credit transfer* è un'operazione originata dal pagatore, il *debit transfer* è originato dal beneficiario. Per quanto riguarda il primo si tratta sostanzialmente delle procedure di bonifico, a mezzo delle quali un cliente ordina al proprio prestatore di accreditare un conto del beneficiario¹⁵. Per quanto riguarda il *direct debit*¹⁴ si tratta di un'operazione di più recente introduzione nella prassi bancaria italiana e, conseguentemente, nell'ordinamento nazionale; essa, per quanto sia disposta dal

¹² Il concetto di disponibilità implica la facoltà del correntista di disporre indirettamente delle somme di denaro, vale a dire la facoltà di dare ordini alla banca di pagare a terzi, così come quella di ricevere da terzi. Il correntista dispone di tale prerogativa proprio in ragione del fatto che la banca è inserita in una rete di altri soggetti idonea ai trasferimenti monetari, appunto il sistema dei pagamenti.

¹⁵ Si citano qui, per tutti, le monografie di CAMPOBASSO, *Bancogiro e moneta scritturale*, Bari, 1979, 36 ss. e SCIARRONE ALIBRANDI, *L'interposizione della banca nell'adempimento dell'obbligazione pecuniaria*, Milano, 1997, 37 ss.

¹⁴ Per addebito diretto, ai sensi dell'art. 1, lett. *v*), d. lgs. n. 11/2010 si deve intendere «un servizio di pagamento per l'addebito del conto di pagamento di un pagatore in base al quale un'operazione di pagamento è disposta dal beneficiario in conformità al consenso dato dal pagatore al beneficiario, al prestatore di servizi di pagamento del beneficiario o al prestatore di servizi di pagamento del pagatore medesimo». In dottrina cfr. CUOCCI, *Direct debit e armonizzazione dei servizi di pagamento: regole e profili di responsabilità nelle operazioni di pagamento non autorizzate alla luce della Direttiva comunitaria 2007/64/Ce*, in RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 420 ss.

beneficiario, necessita comunque dell'autorizzazione del pagatore¹⁵.

Anche nel caso delle carte di pagamento, vuoi nella forma di carte di credito, vuoi in quella di carte di debito, l'operazione è originata dal beneficiario¹⁶, ma si distingue dal *direct debit* in ragione della non "stornabilità" del pagamento per mancanza di fondi¹⁷ e per la particolare attenzione in ordine all'uso fraudolento delle carte (considerando 56 PSD)¹⁸.

In definitiva i servizi di pagamento sono precipuamente funzionali ai pagamenti che devono essere adempiuti tra soggetti giuridici, ma ne prescindono. Intendo dire che la disciplina di cui qui ci occupiamo non incide direttamente sulle le obbligazioni pecuniarie¹⁹; d'altra parte, essa è esattamente la medesima anche se la causa del trasferimento della moneta scritturale dovesse

¹⁵ Cfr. MAVROMATI, *The Law of Payment Services in the Internal Market*, cit., 159 s.

¹⁶ Cfr. ONZA, *Carte di credito*, in SALAMONE - SPADA, *Commentario breve al diritto della cambiale e degli assegni e di altri strumenti di credito e mezzi di pagamento*, Padova, 2008; SCIARRONE ALIBRANDI - DELLAROSA, sub art. 25, in MANCINI - RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 266 ss.

¹⁷ Cfr. SCIARRONE ALIBRANDI - DELLAROSA, sub art. 25, in MANCINI - RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 267 s.

¹⁸ Per i precedenti nella legislazione europea, Cfr. O. TROIANO, voce *Contratto di pagamento*, *Enc. Dir.*, in corso di stampa; adde CIRAULO, *Le carte di debito nell'ordinamento italiano*, Milano, 2008, 175 ss.

¹⁹ Occorre, tuttavia, porre in evidenza che il legislatore europeo ha surrettiziamente regolato anche le obbligazioni pecuniarie al fine di stabilire l'equivalenza tra le valute dello Spazio economico europeo e, dunque, per realizzare la loro piena trasferibilità e reciproca convertibilità. La disposizione di riferimento è stata introdotta quale art. 126-*octies*, comma 1, Tub ad opera dell'art.33 d.lgs. n. 11/2010. Essa stabilisce che l'obbligazione pecuniaria deve essere adempiuta «nella valuta concordata dalle parti», e si contrappone all'art.1278 c.c. che, invece, dà facoltà al debitore di adempiere «in moneta legale». Poiché l'ambito di applicazione del Titolo IV del d.lgs. n. 11/2010 è limitato ai pagamenti in euro o in valute dello Spazio economico europeo, l'art. 126-*octies* Tub si applicherà alle obbligazioni pecuniarie di tale area, mentre l'art. 1278 c.c. continuerà ad applicarsi alle obbligazioni pecuniarie denominate nelle altre valute straniere; cfr. Cfr. MUCCIARONE, sub art. 126-*octies*, in PORZIO - BELLI - LOSAPPIO - RISPOLI FARINA - V.SANTORO (a cura di), *Testo unico bancario. Commentario. Addenda di aggiornamento ai d.lgs. 141/2010 e 218/2010*, Milano, 2011, 1122 e V. SANTORO, sub art. 126-*octies*, in MANCINI - RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 571 ss.

essere una donazione, anziché l'adempimento dell'obbligazione e persino il trasferimento da un conto ad un altro quando le persone dell'ordinante e del beneficiario coincidano. In definitiva ciò che conta è che nel sistema dei pagamenti si consegua il risultato che le scritturazioni contabili a debito e a credito corrispondano su altro conto di pagamento (o anche su un conto provvisorio) all'operazione contabile opposta.

3. Il c.d. *negative scope* e la relazione tra contratto quadro/conto di pagamento e conto corrente bancario

In verità non si deve trascurare il fatto che i servizi di pagamento, quali concepiti dalla PSD e dalle norme di attuazione, non solo sono definiti positivamente, come ho illustrato nel paragrafo precedente, ma sono anche definiti negativamente dall'art.2, comma 2, d.lgs. n. 11/2010 (*negative scope*)²⁰.

Quest'ultima è disposizione complessa e grammaticalmente oscura, tanto che il significato non ne è immediatamente comprensibile perché si perde nel dettaglio offuscando il quadro d'insieme²¹. Comunque, vi si trovano disciplinati quindici casi di servizi e operazioni di pagamento esclusi dall'ambito di applicazione del menzionato decreto. Le ragioni di alcune esclusioni sono evidenti: si tratta di attività accessorie ovvero materiali, o ancora svolte in circuiti ristretti. Rinviando per un esame più puntuale della casistica alle osservazioni dei primi commentatori²², a me sembra che la maggior parte delle esclusioni possano essere ricondotte al fatto che, quando per i pagamenti non si ricorre ad intermediari non vi è spazio per l'applicazione delle norme relative ai contratti con i "prestatori di

²⁰ Cfr. MAVROMATI, *The Law of Payment Services in the Internal Market*, cit., 1564 ss.

²¹ Cfr. GEVA, *The Harmonization of Payment Services Law in Europe and Uniform and Federal Funds Transfer Legislation in the USA: which is a Better model for Reform?*, in RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 118.

²² Mi si consenta il rinvio al mio commento sub *art. 2, commi 1 e 2*, in MANCINI - RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 44 ss. e MARULLO REEDTZ, MANCINI - RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 8 s.

servizi di pagamento”. Solo i pagamenti intermediati sono e possono essere effettivamente disciplinati²³ dalla PSD e dal d.lgs. 11/2010²⁴.

Se si condivide tale affermazione, resta comunque difficile spiegare perché siano esclusi, dall’ambito di applicazione del decreto, anche i pagamenti con effetti cambiari e in particolare con assegni, vale a dire proprio i pagamenti effettuati con la forma più antica di intermediazione.

Nel considerando 19) della PSD si legge che la ragione di esclusione degli assegni risiede nel fatto che «per loro natura non consentono un trattamento altrettanto efficace quanto altri mezzi di pagamento»; si tratterebbe, dunque, della difficoltà di trattamento in forma elettronica di titoli che nascono in forma cartacea, con implicazioni in termini di maggiori costi nella gestione dei titoli cartacei nelle transazioni internazionali. È una questione di efficienza, in sostanza a fronte dell’innovazione tecnologica gli assegni sono obsoleti e possono persino «rallentare le negoziazioni»²⁵.

A mio avviso, tuttavia, a fondamento dell’esclusione dei titoli cartacei dall’ambito di applicazione della PSD vi è la scelta di ridimensionare la loro diffusione anche per altri due motivi; da un lato, per ragioni di sicurezza, in quanto i titoli cartacei possono essere facilmente falsificati, in particolare durante la circolazione tra il pubblico, dall’altro lato, per la loro “intracciabilità”, che crea problemi in ordine all’applicazione delle disposizioni antiriciclaggio e antifrode, conformi alle direttive europee.

L’esclusione dei pagamenti a mezzo assegni dal novero dei servizi di pagamento inclusi dalla PSD ha un’importante implicazione in termini contrattuali: intendo dire che tale scelta ha prodotto uno “spiazzamento” del contratto di conto corrente

²³ Da tale punto di vista non dovrebbero essere considerati servizi di pagamento neanche i versamenti e i prelievi per cassa, essi sono tuttavia inclusi nella fattispecie in quanto teleologicamente collegati al vero e proprio pagamento intermediato.

²⁴ Così SCIARRONE ALIBRANDI, *L’adempimento*, cit., 62.

²⁵ Non si possono, tuttavia, ignorare i recenti tentativi di aggiornare i titoli cartacei con particolare riguardo all’assegno: che vanno dalla prassi, ormai consolidata, della *check truncation*, alle tecniche di digitalizzazione dell’immagine dell’assegno, *amplius* PROFETA, *L’evoluzione dei servizi di pagamento non armonizzati: l’assegno nella prospettiva della dematerializzazione*, in MANCINI - PERASSI (a cura di), cit., 183 ss.

(bancario), vale a dire proprio di quel contratto che la dottrina italiana ha definito come il negozio con il quale la banca si mette a disposizione del cliente per offrirgli i servizi di pagamento²⁶. Non vi è dubbio che sin qui le banche hanno stipulato il contratto di conto corrente per offrire alla clientela servizi quali bonifici, incassi, pagamenti di utenze domiciliati, MAV (incasso di fatture mediante avviso), RID (rapporto interbancario diretto) attivo e passivo, pagamento attraverso R.I.B.A. (ricevute bancarie), incasso di stipendi e pensioni, servizio di carte di credito e, infine, ma più importante di tutti la convenzione di assegno, che anzi, salvo rare eccezioni, non manca mai quale servizio offerto alla clientela bancaria.

Nella prospettiva della PSD e del d.lgs. n.11/2010 la funzione già svolta dal contratto di conto corrente è attribuita al c.d. "contratto quadro", salvo si è detto per ciò che concerne l'assegno, vale a dire a quel *«contratto che disciplina la futura esecuzione di operazioni di pagamento singole e ricorrenti e che può dettare gli obblighi e le condizioni che le parti devono rispettare per l'apertura e la gestione di un conto di pagamento»*. A sua volta "conto di pagamento" è definito quel *«conto intrattenuto presso un prestatore di servizi di pagamento da uno o più utilizzatori di servizi di pagamento per l'esecuzione di operazioni di pagamento»*²⁷.

Già in altra occasione ho avuto modo di precisare che il conto di pagamento *«contiene un programma per l'esecuzione di future operazioni di pagamento che potrebbero non essere ancora individuate e lasciate alla futura determinazione del cliente»*

²⁶ Cfr. G. FERRI sr, voce *banca*, in *Enc.dir.*, vol. V, Milano, 1959, 2 ; V. SANTORO, *Il conto corrente bancario*, in *Codice civile. Commentario* diretto da Schlesinger, Milano, 1992, 4 ss. PORZIO, *Il conto corrente bancario*, in AA.VV., *I contratti delle banche*, 137 s.; FAUCEGLIA, *I contratti bancari*, Torino, 2005; CAVALLI - CALLEGARI, *Lezioni sui contratti bancari*, Bologna, 2008, 71 ss.; INZITARI, *Il conto corrente bancario*, in URBANI (a cura di), *L'attività della banche*, Padova, 2010, 371 ss. nel medesimo senso anche la giurisprudenza *ex multis* v., Cass., 28 febbraio 2007, n. 4762, in *Dir. fall.*, 2008, II, 227 e Cass., 19 settembre 2008, n. 23864, in *Corriere giur.*, 2009, 963.

²⁷ Un chiarimento si rinvia nelle Disposizioni di attuazione delle Banca d'Italia, a tenore delle quali *«rientra nella nozione di conto di pagamento il conto corrente bancario o postale nei limiti in cui venga utilizzato per operazioni di pagamento» «nonché il conto sul quale vengono addebitate e accreditate le operazioni di pagamento eseguite a valere su una carta di debito o di credito»*.

pertanto è, esso stesso, un contratto quadro²⁸; precisamente «il conto di pagamento è sempre un contratto quadro, mentre un contratto quadro non è sempre un conto di pagamento. Il contratto quadro può essere, infatti, la cornice contrattuale che consente al “prestatore di servizi di pagamento” di offrire altri servizi [ovvero anche gli altri servizi] rientranti nella loro sfera di attività: si tratta in primo luogo di tutti i servizi di pagamento, anche quelli non richiedenti l’apertura di un conto, elencati nell’Allegato alla direttiva, in secondo luogo si tratta delle altre attività che possono essere svolte dalle varie categorie di “prestatori di servizi di pagamento”, ogni categoria in conformità alla legge che la regge».

I conti di pagamento delle non banche, a loro volta, hanno punti di contatto e punti di differenza con il conto corrente bancario; da un lato, infatti, entrambi obbligano l’intermediario alla prestazione di servizi di pagamento²⁹, dall’altro, solo il conto corrente bancario - come si è rilevato già sopra - comprende la convenzione di assegno e può essere collegato con un apertura di credito bancaria e/o con un deposito bancario³⁰.

Per ciò che concerne l’apertura di credito occorre osservare che se, da un lato, è vero che anche gli istituti di pagamento possono concedere credito alla loro clientela, essi possono fare ciò a condizione «*che il credito sia accessorio e concesso esclusivamente in relazione all’esecuzione di un’operazione di pagamento*». L’accessorietà della concessione di credito ad uno o più pagamenti predeterminati è incompatibile con le modalità operative proprie dell’apertura di credito ove l’obbligo di tenere le somme a disposizione del cliente permane indipendentemente dall’utilizzazione che ad essa voglia imprimere il correntista e, persino, se la disponibilità rimanga inutilizzata.

²⁸ Cfr. V. SANTORO, *I conti di pagamento*, cit., 856 s.

²⁹ SCIARRONE ALIBRANDI - DELLAROSA, sub *art.* 25, in MANCINI - RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 272 distingue, ma mi sembra che sia mera distinzione lessicale, tra «servizi di pagamento *ex* contratto quadro» dai «servizi di cassa *ex* contratto di conto corrente» .

³⁰ Cfr. SIRENA, *Il contratto bancario: profili generali*, in URBANI (a cura di), *L’attività della banche*, Padova, 2010, 28, il quale osserva che nella prassi sociale la possibilità che contratti quali il deposito e l’apertura di credito siano «regolati in conto corrente è essenziale alla natura dei contratti bancari e li contraddistingue peculiarmente come categoria unitaria».

Per ciò che concerne le somme consegnate agli istituti di pagamento occorre osservare che, qualora esse restino presso l'istituto per un tempo superiore alle ventiquattro ore, dovranno essere subdepositate presso una «banca autorizzata ad operare in Italia» oppure dovranno essere investite «*in titoli di debito qualificati*»³¹; anche qui sussiste, ed è *ictu oculi* evidente, un'incompatibilità con le modalità operative del deposito bancario.

Si deve, in conclusione, convenire con quella dottrina che afferma che il contratto quadro/conto di pagamento non coincide con il conto corrente bancario in quanto quest'ultimo «può dar adito ad operazioni più ampie e diverse». Il medesimo autore, opportunamente aggiunge che qualora il conto corrente bancario «– come accade per lo più – disciplina anche servizi di pagamento, le sue regole non potranno non soggiacere ai limiti legislativi previsti per il contratto di pagamento»³².

L'uso di una autonoma terminologia rispetto a quella tradizionale nei vari ordinamenti è apprezzata in dottrina in ragione del fatto che la nuova fattispecie contrattuale non dovrebbe essere destinata confondersi con le fattispecie già note all'ordinamento³³.

In verità io credo che dovremo attenderci un percorso sui tempi lunghi di riconciliazione delle categorie giuridiche di

³¹ V. il Cap. IV, Sez. II, § 3, delle “Istruzioni Banca d'Italia sulla vigilanza per gli istituti di pagamento”.

³² Così O. TROIANO, cit. Tale autore, come si legge anche nel passo citato nel testo, preferisce parlare di contratto di pagamento piuttosto che usare l'espressione “contratto quadro”, in ragione del fatto che con l'espressione contratto quadro cui «è possibile intendere qualsivoglia contratto, singolo o quadro, finalizzato alla fornitura di servizi di pagamento (bonifico, addebiti diretti, uso di una carta di pagamento)».

³³ Riferisco il pensiero di O. TROIANO (cit.), il quale più compiutamente così argomenta: «Il legislatore europeo si è preoccupato non solo di predisporre una disciplina il più possibile unitaria dei vari servizi di pagamento, ma si è altresì premurato di realizzare un'armonizzazione completa o “piena”, come recita l'art. 86 della direttiva, per blindare il testo approvato rendendolo non modificabile dagli Stati membri, salvo eccezioni che però riguardano poco gli aspetti di disciplina contrattuale. Di conseguenza, l'interprete è tenuto a seguire tale impostazione ed evitare di contraddirla operando, a torto, con gli strumenti dell'interpretazione nazionali: ad esempio, tipizzando la disciplina per assimilarla ad un tipo contrattuale esistente onde applicare ad essa soluzioni (nazionali) consolidate per quel tipo».

derivazione europea con quelle nazionali³⁴. D'altra parte l'opera è già iniziata, così se è certamente corretto che la disciplina dei servizi di pagamento si applica al conto corrente per la parte che incorpora servizi di pagamento, credo che alcune norme del codice civile in ordine a quest'ultimo contratto possono bene integrare la disciplina del contratto quadro/conto di pagamento. Non dubiterei dell'applicabilità ai "nuovi" contratti della disposizione dell'art. 1854 c.c. in tema di rapporti cointestati, norma che presuppone l'obbligo dei contitolari di dare disposizioni a "firma congiunta", salvo che il contratto disponga esplicitamente che essi possano disporre disgiuntamente, nel qual caso l'intermediario potrà chiedere la restituzione delle somme risultanti da un saldo per essi negativo ad uno qualsiasi dei contestatari³⁵. Credo si possa applicare per analogia anche l'art. 1832 c.c. (quale richiamato dal successivo art. 1857) in tema di approvazione del conto, sia pure integrato con la disciplina delle rettifiche quale disposta dal nuovo art.9 d.lgs. n. 11/2010. All'opposto dubiterei dell'applicazione dell'art. 1853 c.c. che concede facoltà alla banca di compensare i saldi attivi e passivi di conti differenti, posto che nel nostro caso la provvista sul conto di pagamento è strettamente funzionale all'esecuzione di operazioni di pagamento già predisposte. Infine, altre disposizioni in tema di conto corrente bancario sono ora superate da norme di ben maggiore dettaglio: tanto vale per l'art. 1855 c.c. in tema di recesso a fronte dell'art. 126-*septies* Tub; per non dire dell'art. 1856 c.c. in tema di responsabilità della banca nell'esecuzione degli incarichi, il cui contenuto, a proposito dei servizi di pagamento, è diffusamente e diversamente dettagliato in numerose disposizioni del d.lgs. n. 11/2010.

4. Profilo soggettivo: prestatore di servizi di pagamento

Svolgendo le considerazioni precedenti, ho avuto modo di fare riferimento sia al tradizionale prestatore di servizi di

³⁴ Nel la medesima prospettiva, mi sembra, si pone TERRANOVA, *I contratti bancari nel sistema del codice civile: un modello per il codice europeo dei contratti?*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, I, 535.

³⁵ Cfr. SALANITRO, *Le banche*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1983, 138 ss.; MORERA, *Contratti bancari (disciplina generale)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, I, 171 s.; CAVALLI - CALLEGARI, cit., 96 ss.

pagamento, quale è la banca, sia alla nuova figura degli istituti di pagamento. È giunto il momento di precisare che i servizi di pagamento sono qualificati sotto il profilo soggettivo da peculiari caratteristiche del “prestatore”, vale a dire del soggetto che offre servizi di pagamento. Infatti, ai sensi della PSD (art. 4, n. 9) e delle norme di attuazione (art. 1, lett. g), prestatori dei servizi di pagamento possono essere esclusivamente: banche centrali, stati e altri enti pubblici territoriali; complessivamente queste prime tre categorie non svolgono, ordinariamente, servizi per il pubblico ma sono classificati tra i prestatori in quanto partecipanti al sistema dei pagamenti³⁶. Sono, invece, deputati a svolgere i servizi verso una clientela indifferenziata: banche, Poste italiane spa, istituti di moneta elettronica (IMEL) e istituti di pagamento, nuova categoria di prestatori specificamente istituita dalla PSD.

Le Poste italiane spa continuano ad essere disciplinate da una legislazione speciale: esse, in conformità per altro agli indirizzi della dir. 2008/6/CE³⁷, conservano i caratteri del servizio di interesse pubblico. La PSD ha consentito agli stati nazionali di designare gli uffici postali «che hanno il diritto di prestare servizi di pagamento a norma del diritto nazionale» (art. 1, § 1, lett. c, PSD), in tale quadro il legislatore nazionale ha potuto designare Poste italiane tra i soggetti abilitati all'esercizio dei servizi di pagamento³⁸ (art. 114-*sexies*, Tub).

Gli IMEL, che fino ad ora non hanno avuto una grande diffusione, sono destinati ad avere una seconda *chance*³⁹ ad opera

³⁶ Cfr. V. SANTORO, *I conti di pagamento, cit.*, 858 ss.; MECATTI, sub art. 114-*sexies*, MANCINI - RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 404 ss.

³⁷ V., in particolare, l'art. 4, par 2, PSD.

³⁸ Con specifico riferimento alle Poste italiane s.p.a., cfr. MECATTI, sub art. 114-*sexies*, MANCINI - RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 407 ss., la quale osserva che il legislatore italiano ha “legittimamente riconosciuto il diritto di prestare servizi di pagamento alle sole «Poste Italiane»” (410) in quanto, nonostante l'introduzione di un certo grado di liberalizzazione, il servizio postale ha mantenuto un carattere di servizio di interesse pubblico.

³⁹ Cfr. V. SANTORO, *Gli istituti di pagamento*, in RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 61. Con specifico riferimento agli IMEL, cfr. GIMIGLIANO, sub art. 114-bis/114/quinqies, in PORZIO - BELLÌ - LOSAPPIO - RISPOLI FARINA - V. SANTORO (a cura di), cit., 896 ss.

della dir. 2009/210/CE⁴⁰, dal punto di vista che qui interessa, vale a dire lo svolgimento dei servizi di pagamento; tali istituti fondamentalmente sono equiparati a quelli di pagamento, tant'è che, al pari di questi ultimi, è loro consentito di concedere credito in modo funzionale all'esecuzione di operazioni di pagamento⁴¹.

Un discorso più approfondito esigono le banche e gli istituti di pagamento. Occorre preliminarmente rammentare che la direttiva PSD aveva quale obiettivo una maggiore competizione nel mercato dei pagamenti in quanto la chiusura del mercato alle sole banche (alle quali si aggiungevano comunque Poste e gestori di carte di credito) avrebbe impedito le innovazioni di processo e di prodotto⁴² e, in conseguenza, anche l'abbattimento dei costi di transazione, in ragione della posizione oligopolistica degli operatori tradizionali. Per tali motivi il legislatore europeo ha scelto di introdurre e disciplinare la nuova figura degli istituti di pagamento⁴³, consentendo loro di ottenere un'autorizzazione al fine di accedere al mercato senza discriminazioni rispetto alle banche e agli altri operatori tradizionali. Di più, le condizioni per la detta autorizzazione sono più "favorevoli" rispetto a quelle per l'esercizio del credito, con particolare riguardo ai requisiti di capitalizzazione⁴⁴ e all'esenzione dal regime della garanzia dei depositi⁴⁵ ancora una volta in ragione dell'abbattimento dei costi (giuridici) di transazione in tale ambito commerciale.

L'introduzione di questa nuova figura ha, tuttavia, comportato la risoluzione di problemi non di poco momento. Vero è, da un lato, che i fondamenti teorici del tradizionale

⁴⁰ Tale direttiva avrebbe dovuto essere recepita entro il 30 aprile 2011, ma in Italia non ha trovato ancora attuazione.

⁴¹ Cfr. MECATTI, sub *art. 114-sexies*, MANCINI - RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 405 s.

⁴² Cfr. MANCINI, *Il sistema dei pagamenti e la banca centrale*, in GALANTI (a cura di), *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, in *Tratt. dir. dell'economia* diretto da Picozza e Gabrielli, V, Padova, 2008, 1120.

⁴³ Il termine compare la prima volta nel contesto della legislazione europea nel Reg. 2560/2001 in tema di pagamenti transfrontalieri in euro; v. MAVROMATI, cit., 153.

⁴⁴ Cfr. PORZIO, sub *art. 114-novies, commi 1 e 2, Tub*, in MANCINI - RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 437 ss.

⁴⁵ Cfr. V. SANTORO, sub *art. 114-duodecies*, in MANCINI - RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 471.

privilegio delle banche nella gestione dei sistemi di pagamento erano già stati posti in dubbio dalla dottrina sia economica sia giuridica⁴⁶, si è sostenuto, infatti, che solo talune contingenze storiche avrebbero condotto a tale esito. Ma è altrettanto vero che gli intermediari non bancari non hanno la capacità di creare moneta attraverso i prestiti, come è invece tipico delle banche. Cosicché si era profilato il rischio di sottrarre al sistema economico importanti risorse finanziarie⁴⁷.

La legislazione secondaria italiana (Cap. IV, Sez. II delle Disposizioni della Banca d'Italia sulla vigilanza per gli istituti di pagamento) ha, mi sembra, brillantemente risolto tale secondo problema imponendo che le somme di denaro dei clienti, detenute nei conti di pagamento dall'istituto di pagamento e non ancora consegnate al beneficiario o trasferite ad un altro prestatore di servizi di pagamento entro la prima giornata operativa successiva al giorno in cui i fondi sono stati ricevuti, devono essere depositate presso una banca "autorizzata", quando eccedano i cento euro.

L'obiettivo dichiarato è quello di dare attuazione alla tutela degli utenti dei servizi di pagamento evitando che gli "istituti" svolgano anche l'attività creditizia che continua ad essere coperta da riserva. Ma, in tale modo, è stata anche recuperata la centralità delle banche in ordine alla raccolta delle disponibilità degli utenti degli istituti di pagamento e, nello stesso tempo, si è fatto salva la funzione del moltiplicatore monetario che continuerà a realizzarsi avvalendosi della specificità delle banche. Quale ulteriore effetto le somme, proprio perché depositate presso banche, godranno dell'ordinaria garanzia dei depositi⁴⁸.

In definitiva la differenza che marca il confine tra istituti di pagamento e banche consiste nella segregazione patrimoniale che, ai sensi dell'art. 114-*duodecies* Tub, distingue i depositi presso questi ultimi.

Il comma 2 dell'art. 114-*duodecies* Tub dispone che le somme di denaro del singolo cliente sono "patrimonio distinto"

⁴⁶ Cfr., rispettivamente, GOODHART, *L'evoluzione delle banche centrali*, trad. it., Roma-Bari, 1991, 75 ss.; MALAGUTI, *The Payments System in the European Union*, London, Dublin, Hong Kong, 1997, 96.

⁴⁷ Cfr. V. SANTORO, *I conti di pagamento*, cit., 859 ss.

⁴⁸ Cfr. V. SANTORO, sub art. 114-*duodecies*, cit., 471.

rispetto al patrimonio dell'intermediario e rispetto al patrimonio di ogni altro utente⁴⁹. In conseguenza di ciò, gli istituti di pagamento dovranno provvedere ad un'evidenza contabile separata con riferimento a ciascun cliente.

A tal fine le Disposizioni della Banca d'Italia di "vigilanza per gli istituti di pagamento" (Cap. IV, Sez. II «Requisiti in materia di tutela dei fondi dei clienti») al § 3 stabiliscono le «Modalità di tenuta delle somme di denaro dei clienti detenute nei conti di pagamento» disponendo che *«le somme di denaro dei clienti detenute nei conti di pagamento dall'istituto di pagamento e non ancora consegnate al beneficiario o trasferite ad un altro prestatore di servizi di pagamento entro la prima giornata operativa successiva al giorno in cui i fondi sono stati ricevuti, sono:*

-depositat[e] presso una banca autorizzata ad operare in Italia in conti intestati agli intermediari depositanti con l'indicazione che si tratta di beni di terzi; detti conti sono tenuti distinti da quelli dell'istituto di pagamento;

-investit[e] in titoli di debito qualificati, depositati presso depositari abilitati.

Le disposizioni previste nel presente paragrafo si applicano alle somme di denaro dei clienti che, in relazione ai singoli clienti, superano la soglia di 100,00 euro».

Gli istituti di pagamento, dunque, sono obbligati a depositare i fondi dei clienti presso un ente diverso, specificamente una «banca autorizzata ad operare in Italia», con discriminazione – a mio avviso non giustificata – delle Poste. In alternativa i fondi dei clienti possono essere «investiti in titoli di debito qualificati, depositati presso depositari abilitati»,

Le evidenze contabili devono essere distinte per ciascun cliente⁵⁰ e tali da consentire la ricostruzione della singola operazione di pagamento a questi riferibile, in quanto ogni operazione di pagamento rileva nella sua individualità. È

⁴⁹ Gli istituti di pagamento, infatti, istituiscono e conservano *«apposite evidenze contabili delle somme di denaro dei clienti detenute nei conti di pagamento. Tali evidenze, relative a ciascun cliente, indicano i depositari delle somme di denaro dei clienti e i depositari degli strumenti finanziari in cui sono eventualmente investite le somme di denaro dei clienti»*, § 2, Sez. II, Cap. IV, delle Disposizioni di "vigilanza per gli istituti di pagamento".

⁵⁰ Sia pure con riferimento ad altro contesto normativo, cfr. SALAMONE, *Gestione e separazione patrimoniale*, Padova, 2001, 242.

fondamentale che la tenuta dei conti sia costantemente aggiornata in modo tale da «ricostruire in qualsiasi momento con certezza la posizione di ciascun cliente»⁵¹.

In definitiva, sempre che i conti siano tenuti in ordine, non dovrebbe esservi confusione con le somme di pertinenza di altri utenti e, ancor più, dell'istituto di pagamento in liquidazione coatta amministrativa. In quest'ultimo caso, ai sensi dell'art. 91, comma 1, Tub i commissari liquidatori dovranno restituire le somme di denaro agli utenti (siano essi proprietari, possessori, legittimi detentori) in quanto le stesse saranno contabilmente individuate e chiaramente riconoscibili quali di pertinenza di ciascun cliente, tanto più nel caso in cui siano pervenute all'utente beneficiario tramite un sistema di pagamento, sicché il dato contabile sarà registrato anche nell'archivio di un soggetto terzo⁵².

L'obbligo di segregazione assume connotati più rigorosi⁵³ quando, accanto al servizio di pagamento, l'istituto svolga anche un'attività commerciale del tutto estranea⁵⁴. In tali casi, la preoccupazione alla base della scelta normativa è quella di evitare che una crisi, inerente all'attività commerciale diversa, possa trasmettersi anche al servizio di pagamento, minacciando il buon funzionamento e, quindi, la credibilità e la fiducia che deve circondare il sistema dei pagamenti. Il legislatore italiano ha obbligato gli istituti di pagamento, che svolgono anche altre

⁵¹ Più ampiamente cfr. V. SANTORO, sub *art. 114-duodecies*, in MANCINI - RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 469 ss.

⁵² Cfr. V. SANTORO, sub *art. 114-duodecies*, in MANCINI - RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 474 ss.

⁵³ Cfr. PAPA, sub *art. 114-terdecies*, in MANCINI - RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 479.

⁵⁴ Gli istituti di pagamento possono anche non svolgere i servizi in modo esclusivo, a tal fine la Banca d'Italia «può autorizzare alla prestazione di servizi di pagamento soggetti che esercitano altre attività imprenditoriali, a condizione che per l'attività relativa ai servizi di pagamento sia costituito un patrimonio destinato» si tratta della conseguenza, in termini ordinamento nazionale, dell'osservazione che è alla base del corrispondente art. 16, § 1, lett. c), PSD; nel considerando 7, infatti, si legge: «*in alcuni Stati membri supermercati, commercianti e altri dettaglianti forniscono al pubblico un servizio (...) che consente di pagare le utenze domestiche e le altre fatture periodiche*». La norma europea, a sua volta, dispone che gli istituti di pagamento possono svolgere anche «attività commerciali diverse dalla prestazione di servizi di pagamento, tenuto conto delle disposizioni nazionali e comunitarie applicabili».

attività imprenditoriali, alla costituzione di un “patrimonio destinato” per lo svolgimento dello specifico affare della “prestazione dei servizi di pagamento”⁵⁵. Le regole di “non confusione” e di “isolamento” dei fondi degli utenti sono soddisfatte dalla fattispecie del “patrimonio destinato”, che si configura come separato da quello della società⁵⁶ e resta a tutela dei creditori del patrimonio stesso⁵⁷. In ogni caso l’obbligo di costituire i patrimoni destinati riguarda anche gli istituti di pagamento costituiti in forma di società in accomandita per azioni e persino di società a responsabilità limitata, posto che tutte e tre i tipi di società di capitali possono essere adottati ai sensi dell’art. 114-*novies* Tub⁵⁸.

5. Segue: utilizzatore dei servizi di pagamento

L’altra parte del contratto è l’utilizzatore, definito dall’art. 1, lett. h), d.lgs. n. 11/2010 quale «*soggetto che utilizza un servizio di pagamento in veste di pagatore o beneficiario o di entrambi*».

Contrariamente a quanto si è visto a proposito del prestatore, in tale caso la definizione non ha una funzione qualificativa della parte contrattuale, ma meramente descrittiva. In altri termini

⁵⁵ PAPA, op.loc. ultt. cit., aggiunge che «sussisteva, tuttavia, un’altra esigenza, di non minor rilievo: quella di rendere il patrimonio di vigilanza dell’Istituto di pagamento individuabile rispetto al patrimonio della società commerciale “gemmane”, al fine evitare che lo svolgimento dell’attività come “ibrido” potesse costituire un mezzo idoneo a sfuggire alle maglie della legge e della normativa secondaria emanata dalla Banca d’Italia in tema di requisiti patrimoniali degli istituti di pagamento e di vigilanza sugli stessi».

⁵⁶ Si è posta la questione se il patrimonio destinato degli istituti di pagamento “sia *species* del *genus* patrimoni destinati ad uno specifico affare” di diritto societario (art. 2447-bis ss. c.c.), ovvero se l’art.114-*terdecies* introduca nel nostro ordinamento una fattispecie di segregazione patrimoniale nuova e del tutto autonoma, derogatoria del solo principio generale della garanzia patrimoniale di cui all’art. 2740 c.c.”, nel primo senso cfr. V. SANTORO, sub *art. 114-terdecies*, in PORZIO - BELLI - LOSAPPIO - RISPOLI FARINA - V. SANTORO (a cura di), cit., 934; nel secondo PAPA, sub *art. 114-terdecies*, in MANCINI - RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 480 ss. (da cui sono tratte le parole riportate tra virgolette).

⁵⁷ Cfr. PAPA, sub *art. 114-terdecies*, in MANCINI - RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 486 ss.

⁵⁸ Cfr. PORZIO, sub *art. 114-novies, commi 1 e 2, Tub*, in MANCINI - RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 439.

utilizzatore è, tautologicamente, chiunque utilizzi servizi di pagamento. Si è in presenza di un accorgimento volto alla semplificazione del discorso normativo e a chiarire che utilizza il servizio sia chi dà ordini di pagamento sia chi benefici dei pagamenti. Il fatto, poi, che la definizione sia comprensiva di entrambe le ricordate posizioni sta a significare che numerose regole del d.lgs. n. 11 del 2010 trovano applicazione «indipendentemente dalla posizione che l'utente assume nell'ambito di un'attività rientrante nel perimetro PSD»⁵⁹.

La parola è adoperata in diciassette articoli⁶⁰, oltre a quelli che ne contengono la definizione. Altre volte il legislatore si riferisce direttamente al pagatore, ad esempio nelle disposizioni relative al consenso e revoca del consenso di un'operazione di pagamento (art. 5) in ragione del fatto che tale volontà non può che essere espressa dal soggetto al quale sarà addebitata l'operazione o, ancora, nelle disposizioni in tema di operazioni non autorizzate (artt. 6 e 11). Non mancano alcuni articoli riguardanti il solo beneficiario, specificamente, l'art. 21 che dispone per il caso in cui il beneficiario non sia titolare di alcun conto di pagamento, ma anche gli artt. 13-14 in tema di rimborsi per le operazioni disposte dal beneficiario.

In termini generali si può affermare che, nell'equilibrio contrattuale, il legislatore si riferisce all'utilizzatore, prevalentemente, quale parte più debole del contratto, numerosi infatti sono gli obblighi di comportamento ai quali è tenuto il prestatore di servizi. Tuttavia, non mancano disposizioni volte a porre a carico dello stesso utilizzatore specifici obblighi di correttezza, esplicitanti in particolare nell'obbligo di protezione che il cliente deve garantire al prestatore, come da quegli pretende. Si tratta, se si vuole, dell'esplicitazione di ciò che la nostra dottrina e giurisprudenza già leggeva nei principi generali iscritti negli artt. 1176 e 1375 c.c. Si devono ricordare a tale proposito le disposizioni contenute nell'art. 7⁶¹ in tema di obblighi dell'utilizzatore in relazione agli strumenti di pagamento

⁵⁹ Così A. SANTORO, *sub art. 1, comma 1, lett. c, e, f, h, m. o*, in *La nuova disciplina dei servizi di pagamento*, cit., 17.

⁶⁰ Si tratta, precisamente degli articoli: 3, 4, 12, 15, 16, 17, 19, 22, 24, 26 e 37; ed inoltre degli articoli 126-bis, 126-ter, 126-quater, 126-quinquies, 126-sexies, 126-septies del Testo unico bancario, questi ultimi tutti *sub art. 34*.

⁶¹ V. il commento di PIRONTI, *sub art. 7*, in MANCINI - RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 113 ss.

e, ancora, nell'art. 9⁶² in tema di obblighi di avviso dell'utilizzatore in caso di operazioni non autorizzate.

Pertanto, si deve condividere la considerazione messa in luce dai primi commentatori, secondo la quale la PSD e le norme italiane di attuazione non si muovono nell'ottica consumeristica, propria di gran parte delle direttive comunitarie recenti, esse invece hanno ad obiettivo una legislazione unitaria dei contratti per la prestazione dei servizi di pagamento⁶³; quando, tuttavia, nel medesimo contesto normativo, il legislatore si riferisce ad un utilizzatore che sia anche consumatore o microimpresa, il riferimento è funzionale ad applicare in modo inderogabile disposizioni di protezione, specificamente in tema di trasparenza⁶⁴ che, altrimenti, rimangono contrattualmente disponibili⁶⁵.

6. Disciplina “sostanziale”

L'individuazione dei servizi di pagamento è funzionale all'applicazione della specifica disciplina contenuta nei Titoli II e IV del d.lgs. n. 11/2010 che, rispettivamente, riproducono le disposizioni dei Titoli IV e III della PSD. Quest'ultima si articola, dunque, in due grandi ambiti; il primo dedicato ai diritti e obblighi del prestatore e dell'utente dei servizi, il secondo alla trasparenza delle condizioni contrattuali; vi è tuttavia qualche

⁶² V. il commento di PIRONTI, sub *art. 9*, in MANCINI - RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 127 ss.

⁶³ Cfr. RISPOLI FARINA, sub *art. 34 (comma 1, lett. b, art. 126-ter)*, in MANCINI - RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 522 ss. In termini critici, in ordine a tale impostazione del legislatore europeo, si esprime O. TROIANO, cit., secondo il quale il legislatore è «troppo preoccupato di salvaguardare la (fittizia) unitarietà della disciplina, che lo ha spinto a concentrarsi sulla tutela del consumatore, trascurando le problematiche del traffico di pagamento delle imprese e delle istituzioni finanziarie».

⁶⁴ V. *infra* il § 6. Anche nell'art. 3, comma 3, d.lgs. n. 11/2010, il legislatore fa riferimento al consumatore (e particolarmente ai pensionati e ai lavoratori dipendenti) per stabilire, in tema di spese, che, nonostante la regola generale secondo cui pagatore e beneficiario sostengono ciascuno la propria parte di spese (regola c.d. *share*), è possibile prevedere “forme di esenzione del beneficiario”.

⁶⁵ V. il § 3.2 delle Disposizioni della Banca d'Italia di attuazione del Titolo II del d. lgs. n. 11/2010.

sovrapposizione in tema di trasparenza di esse si darà conto nel successivo paragrafo.

Le novità legislative, del Titolo II del d.lgs. n. 11/2010, hanno un contenuto tipizzante⁶⁶ e dirompente per effetto dello scostamento dai modelli precedentemente presi a base per regolare l'offerta di servizi di pagamento da parte degli intermediari: mi riferisco alla fattispecie del mandato e del conto corrente bancario⁶⁷. La tipizzazione consegue ad una regolamentazione completa sin nel dettaglio, basti già solo considerare l'aspetto quantitativo: ben trenta articoli dal 3 al 32⁶⁸. La rassegna delle rubriche dei Capi denuncia la complessità della materia, si va dalla disciplina delle spese alle autorizzazioni di operazioni di pagamento per finire con quella delle esecuzioni di un'operazione di pagamento a sua volta articolata nelle Sezioni: I) Ordini di pagamento e importi trasferiti; II) Tempi di esecuzione e data valuta; III) Responsabilità⁶⁹.

Credo che le norme sopra sinteticamente richiamate non esauriscano la loro portata nella scelta del punto di equilibrio fra gli opposti interessi contrattuali delle parti (prestatore/utente), ma che esse debbano anche essere lette alla luce di un principio di efficienza dei sistemi di pagamento. Quest'ultimo emerge con chiarezza già nelle indicazioni contenute nei considerando 43) e successivi della PSD e, in particolare, nel considerando 46) ove si legge: «Il buon funzionamento e l'efficienza del sistema di pagamento dipende dal fatto che l'utente possa confidare che il

⁶⁶ Cfr. MANCINI, PERASSI, *Prefazione*, in *Il nuovo quadro normativo comunitario dei servizi di pagamento*, cit., 16; MANCINI, *I compiti affidati alla Banca d'Italia nel mutato scenario dei servizi e dei sistemi di pagamento*, in RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 197; v. anche SCIARRONE ALIBRANDI - DELLAROSA, sub art. 25, in MANCINI - RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 248.

⁶⁷ Cfr. SCIARRONE ALIBRANDI, *Le regole contrattuali*, cit., 108 ss.; O. TROIANO - CUOCCI, sub art. 5, in MANCINI - RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 94 ss.; ID., voce *Contratto di pagamento*, cit. Per quanto riguarda il conto corrente bancario v., comunque, *supra* § 3.

⁶⁸ In verità gli articoli dal 29 al 32, benché contenuti nel Titolo II, hanno una valenza, di volta in volta, organizzativa, di controllo e sanzionatoria in ordine ai soggetti che prestano servizi di pagamento, essi pertanto non attengono al regolamento contrattuale bensì alla protezione dei dati personali, all'accesso ai sistemi di pagamento e alle sanzioni.

⁶⁹ Si aggiunga quanto precisato alla nota precedente.

prestatore di servizi di pagamento esegua l'operazione di pagamento in modo corretto ed entro i tempi stabiliti».

Nei sistemi di pagamento, infatti, il profilo privatistico, vale a dire l'esigenza del privato di adempiere, di donare o, anche semplicemente, di "spostare" somme di denaro può essere soddisfatta solo tramite la collaborazione di intermediari, professionalmente qualificati, e si articola «in un procedimento più o meno lungo e complesso»⁷⁰. Il ricorso agli intermediari, al contrario di quanto accade nella ordinaria *traditio*, comporta problemi di tempo, di esattezza del trasferimento, di revocabilità degli ordini e così via, con conseguenze in ordine alla ripartizione delle responsabilità tra prestatore e utente. Si tratta, infatti, di un meccanismo complicato a causa delle sostituzioni legalmente necessarie, normalmente fra più intermediari, al fine dell'esecuzione degli incarichi. I progressi tecnici (soprattutto l'uso dell'informatica⁷¹) hanno risolto in parte alcuni di questi problemi, si pensi in particolare alla notevole accelerazione nei tempi di esecuzione degli incarichi⁷², ma ne hanno anche creati di nuovi, si pensi alla diffusione delle frodi informatiche. Il trasferimento delle somme, pur teso a realizzare un'unica operazione giuridico/economica sottostante, è frammentato in una serie di passaggi (da un intermediario all'altro) che richiedono specifiche discipline, oggi appunto introdotte dalla normativa in esame.

Il procedimento di trasferimento di somme di denaro è stato sino ad oggi affidato a prassi bancarie dai contorni spesso incerti, mentre poche erano non solo le norme primarie (si pensi al richiamo alle regole del mandato in tema di responsabilità nell'esecuzione degli incarichi: art. 1856 c.c.⁷³), ma anche le disposizioni contrattuali per lo più riguardanti il tema (della limitazione) della responsabilità dell'intermediario.

Tale approccio è oggi ribaltato a vantaggio di regole precise, che fanno carico prevalentemente al prestatore. Queste ultime

⁷⁰ Così PERASSI, *I sistemi di pagamento internazionali*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2000, I, 495; OLIVIERI, *Compensazione e circolazione della moneta nei sistemi di pagamento*, Milano, 2002, 14 ss. e ONZA, *Carte di credito*, in SALAMONE - SPADA, cit., 796.

⁷¹ Cfr. TROIANO, voce *Contratto di pagamento*, cit.

⁷² Cfr. BELLO, sub *art. 23*, in MANCINI - RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 227 ss.

⁷³ Cfr. V. SANTORO, *Il conto corrente bancario*, cit., 159 ss.

scandiscono un *iter* accurato che, sommariamente, può essere descritto come segue: 1) si parte dalla verifica del presupposto del consenso del pagatore (art. 5), necessario ancorché l'operazione sia avviata nel *direct debit* ad iniziativa del beneficiario; 2) per passare alla ricezione dell'ordine da parte del prestatore del servizio, momento al quale si deve fare riferimento per il concreto avvio del procedimento, normalmente nella medesima "giornata operativa" di ricezione (art. 15); 3) il prestatore del pagatore non può esimersi da eseguire l'ordine di pagamento (ancorché proveniente dal beneficiario nel *direct debit*⁷⁴) quando siano soddisfatte tutte le condizioni del contratto quadro e salva la violazione di norme imperative (si pensi alle esigenze di antiriciclaggio) (art. 16, comma 1); 4) infine, l'operazione viene conclusa, nel *credit transfer*, con l'accreditamento nel conto del prestatore del beneficiario entro "la fine della giornata operativa successiva" all'avvio del trasferimento (art. 20, comma 1) e, nel caso del *direct debit*, nei termini temporali stabiliti tra beneficiario e proprio prestatore (art. 20, ult. comma); 5) quale corollario, la data valuta a favore del beneficiario non può oltrepassare di un giorno la data di accredito al suo prestatore (art. 23, comma 1) e nel *direct debit* coincidere con tale data (art. 23, comma 2), mentre per quanto riguarda la valuta di addebito sul conto del pagatore la data non può precedere per oltre un giorno quella di addebito (art. 23, comma 3)⁷⁵. Tutte tali regole concorrono ad abbreviare i tempi di esecuzione delle operazioni di pagamento con beneficio degli utenti del servizio, ma anche a vantaggio del buon funzionamento del sistema⁷⁶.

⁷⁴ Cfr. LUPACCHINO, sub *art. 16*, in MANCINI - RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 209 ss.

⁷⁵ La nuova disciplina delle valute risponde, per altro, anche ad una logica di trasparenza, v. *infra* il paragrafo successivo. Infatti, è stato correttamente osservato che «se vi sono costi e oneri nella gestione del conto la banca ha certo diritto di recuperarli dal cliente, ma ciò deve avvenire chiaramente sotto forma di addebito di spese e commissioni e non occultamente mediante il risparmio – o il lucro – in interessi in virtù del meccanismo della valuta», così BELLO, sub *art. 23*, MANCINI - RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 224. Cfr. anche MUCCIARONE, "*Data valuta*": *direttiva 2007/64/CE e ordinamento italiano*, in RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 479 ss.

⁷⁶ Sulla finalità di efficienza delle disposizioni richiamate nel testo concordano i primi commenti: cfr. A. SANTORO, sub *art. 20*, in MANCINI -

La diligenza del prestatore trova un limite in quella del cliente che deve essere altrettanto accurata. Infatti, il prestatore assicura il risultato a condizione che l'utilizzatore rispetti alcuni oneri a partire dall'obbligo di fornire l'"identificativo unico" esatto del proprio corrispondente, nel caso dell'uso di strumenti di pagamento (carte o strumenti simili) di custodire diligentemente la carta e i codici personali identificativi e di denunciarne immediatamente il furto, lo smarrimento e la frode. L'efficienza del sistema richiede, d'altra parte, che le tradizionali facoltà riconosciute al cliente in tema di revocabilità e rettifica degli ordini siano fortemente limitate. Infatti, gli ordini una volta impartiti non possono essere revocati, salva una ristretta possibilità di revoca riguardo agli ordini da eseguirsi periodicamente o a data fissa differita, i quali dovranno comunque essere revocati entro il giorno precedente a quello concordato per l'addebito (art. 17, comma 3)⁷⁷. La rettifica degli ordini di pagamento, non autorizzati o eseguiti in modo inesatto, è subordinata alla comunicazione "senza indugio" e, comunque, non oltre 13 mesi, di tali circostanze (art. 9)⁷⁸.

In presenza di tante e tali novità, ci si è chiesti se abbia ancora un senso fare riferimento alla fattispecie mandato al fine di inquadrare i contratti qui definiti come servizi di pagamento⁷⁹. Alla domanda è stata data risposta negativa sulla base della

RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 210 s.; BELLO, sub art. 23, *ibidem*, 228, 232 e 239; SCIARRONE ALIBRANDI - DELLAROSA, sub art. 25, *ibidem*, 274 s.

⁷⁷ Cfr. LUPACCHINO, sub art. 17, in MANCINI - RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 188 ss.

⁷⁸ Cfr. PIRONTI, sub art. 9, in MANCINI - RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 127 ss.

⁷⁹ Anche il rapporto con il conto corrente bancario è problematico, fermo restando che quest'ultimo è necessariamente qualificato dal punto di vista soggettivo dalla presenza di quel prestatore di servizi di pagamento particolare che è la banca. Si fa strada, in dottrina, la tesi che il contratto con cui la banca offre servizi di pagamento ben potrebbe essere accessorio rispetto ad un contratto di conto corrente che, a sua volta, darebbe "adito ad operazioni più ampie e diverse", così TROIANO, voce *Contratto di pagamento*, cit.; *adde* SCIARRONE ALIBRANDI, *Le regole contrattuali*, cit., 108 ss. Tale approccio interpretativo sembra ora fatto proprio dalle Disposizioni della Banca d'Italia di "Attuazione del titolo II del decreto legislativo n. 11 del 27 gennaio 2010 relativo ai servizi di pagamento (Diritti ed obblighi delle parti", ove si dice che «Rientra nella nozione di conto di pagamento il conto corrente bancario o postale quando utilizzato per operazioni di pagamento».

considerazione che le generalizzazioni, l'individuazione di «tratti comuni (...) spiegano poco»⁸⁰, senza contare che le nuove regole depongono nel senso di oggettivizzare la responsabilità del prestatore prescindendo dal “criterio della colpa”⁸¹. L'allontanamento dal modello del mandato, come noto basato sul carattere fiduciario del rapporto, per convertirsi in forme contrattuali, ora tipizzate, ove l'elemento fiduciario scompare per dare luogo a forme standardizzate dei comportamenti dovuti dai prestatori dei servizi, deriva dal carattere di massa di questi ultimi. In conseguenza la diligenza del prestatore si oggettivizza proprio perché prescinde dalla valutazione del comportamento soggettivo per tramutarsi, in definitiva, in una valutazione di adeguatezza dell'organizzazione imprenditoriale in ordine all'attivazione delle procedure secondo gli standard richiesti dalla legge.

In particolare, il prestatore dei servizi di pagamento del pagatore deve fare conseguire a quest'ultimo il risultato del trasferimento delle somme al beneficiario. Invece, il prestatore di servizi di pagamento del beneficiario è responsabile nei confronti di quest'ultimo solo della corretta trasmissione dell'ordine di addebito al prestatore del pagatore (art. 25, comma 5).

Non è questione di valutazione della diligenza dell'intermediario ma solo del fatto oggettivo che, nel *credit transfer*, le somme siano giunte nella disponibilità del beneficiario e, nel *direct debit* che l'ordine sia giunto al prestatore del pagatore. Bene hanno sintetizzato le disposizioni i primi commentatori affermando che: «In buona sostanza, ciascun prestatore, quale che sia il cliente che avvia l'operazione,

⁸⁰ Cfr. TROIANO, *La disciplina uniforme dei servizi di pagamento: aspetti critici e risposte ricostruttive*, in RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 38. Occorre, tuttavia, rammentare che il contratto di mandato svolge nel nostro, come in altri ordinamenti, la funzione di disciplinare alcuni principi generali si pensi, in particolare all'art. 1710 c.c. che dispone che il debitore-mandatario deve usare la diligenza del buon padre di famiglia, tale articolo, non a caso, spesso è citato dalla giurisprudenza insieme con l'art. 1176 c.c. A tale riguardo non si può dubitare che il contratto di mandato continuerà a svolgere la funzione di fissare i principi generali di tutti i contratti aventi ad oggetto un lavoro gestorio: mi permetto di rinviare al mio *Gli obblighi dell'incaricato nella trattazione d'affari per conto*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, II, 639.

⁸¹ Ancora, O. TROIANO, op. ult. cit., 39 e Id., voce *Contratto di pagamento*, cit.

risponde dell'esecuzione dei segmenti di attività che rientrano nella sua sfera di controllo, che costituiscono oggetto di obbligo contrattuale nei confronti del proprio cliente»⁸².

In termini di risarcimento, il prestatore dovrà in primo luogo e senz'altro ripristinare la *status quo ante*, vale a dire: 1) nel caso di responsabilità del prestatore del pagatore, riaccreditare il conto di quest'ultimo con le opportune conseguenze in termini di valuta ed interessi⁸³; 2) o, nel caso di responsabilità del prestatore del beneficiario, accreditare immediatamente il conto di quest'ultimo. Il prestatore sarà anche obbligato al risarcimento dei maggiori danni secondo le regole di diritto comune richiamate dall'art. 26⁸⁴. Per altro, il prestatore in ogni caso è responsabile, sicché non gli è consentito di liberarsi provando di non essere personalmente in colpa, salvo il limite del caso fortuito, della forza maggiore⁸⁵ e delle disposizioni di legge che impongono obblighi ai prestatori⁸⁶.

Al di là dell'ovvia circostanza che si tratta di disposizioni che riproducono norme europee, occorre chiedersi quali siano le ragioni che abbiano indotto il legislatore a stabilire la responsabilità esclusiva del prestatore per la propria "tratta"⁸⁷. In verità scelte alternative sarebbero state a portata di mano: per fermarci ad esempi del nostro ordinamento, si sarebbe potuto dire che gli intermediari rispondono in solido per l'esecuzione del contratto, riprendendo la regola del contratto di trasporto cumulativo di cose (art. 1700, comma 1, c.c.); oppure si sarebbe potuto riconoscere al cliente la facoltà di agire direttamente

⁸² SCIARRONE ALIBRANDI - DELLAROSA, sub *art. 25*, MANCINI - RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 249.

⁸³ Si fa salva la facoltà del pagatore di ribadire il proprio interesse all'esecuzione dell'operazione di pagamento (art. 25, comma 3), in tale caso egli rinuncia al rimborso.

⁸⁴ Cfr. DELLAROSA, sub *art. 26*, in MANCINI - RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 279 ss. e TROIANO, voce *Contratto di pagamento*, cit.

⁸⁵ Cfr., ampiamente, DELLAROSA, sub *art. 28*, in MANCINI - RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 318 ss.; O. TROIANO, voce *Contratto di pagamento*, cit.

⁸⁶ Cfr. DELLAROSA, sub *art. 28*, in MANCINI - RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 322 ss.

⁸⁷ In verità, occorre anche rilevare che la soluzione risponde a quella già operata dal legislatore italiano con l'art. 1856 c.c., almeno secondo la lettura di tale articolo che ho a suo tempo dato e che ritengo, tuttora preferibile; cfr. il mio *Il conto corrente bancario*, cit., 172 ss.

contro gli altri intermediari intervenuti nella catena in analogia a quanto stabilisce l'art. 1717, ult. comma, c.c.⁸⁸.

Una prima risposta può consistere nella circostanza della prossimità, vale a dire l'utilizzatore ha interesse a mantenere un rapporto esclusivo con il proprio prestatore in ragione della conoscenza diretta e, frequentemente, già sperimentata della qualità dei servizi che offre, "mentre non ha i mezzi né il tempo per controllare l'affidabilità dei corrispondenti"⁸⁹; d'altra parte il cliente, benché sia perfettamente consapevole che l'intermediario sarà in grado di portare a termine l'operazione di pagamento solo avvalendosi della collaborazione di altri soggetti, non ha interesse a conoscerli e soprattutto non ha interesse a scegliere egli stesso i sostituti, in quanto tale circostanza potrebbe condurre, secondo i principi del mandato, a circoscrivere la responsabilità al solo sostituto⁹⁰.

Tale spiegazione da sola non sarebbe sufficiente a giustificare una scelta in parte penalizzante per l'utente, al quale viene del tutto impedito di soddisfarsi sui patrimoni dei sostituti anche nell'ipotesi di *default* del prestatore diretto.

Vi è, ancora una volta, una ragione inerente al sistema che giustifica le scelte del legislatore. Intendo dire che la tradizionale catena di corrispondenti che veniva attivata dalle banche per la trasmissioni di operazioni di pagamento è solo un ricordo del passato; essa è stata sostituita da sistemi⁹¹ non solo rapidi (come

⁸⁸ Sull'art. 1717 c.c. cfr., fra gli altri, MINERVINI, *Il mandato. La commissione. La spedizione*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da Vassalli, ristampa, Torino, 1954, 56 ss.; LUMINOSO, *Mandato, commissione spedizione*, in *Tratt. Cicu Messineo* continuato da Mengoni, Milano, 1984, 396 ss.; CIAN, *La sostituzione nella rappresentanza e nel mandato*, in *Il contratto. Silloge in onore di Giorgio Oppo*, I, Padova 1992, 291 ss.

⁸⁹ Così già ho avuto modo di affermare nel mio *Il conto corrente bancario*, cit., 173, ; ma v. anche SCIARRONE ALIBRANDI, *L'interposizione della banca*, cit., 224 s.; EAD., *Bonifici transfrontalieri dalla direttiva 97/5/CE al d.lgs. 28 luglio 2000 n. 253, Banca, borsa, tit. cred.*, 2001, I, 763 e DELLAROSA, sub art. 27, in MANCINI - RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 300.

⁹⁰ Cfr. BUONOCORE, *Sull'art. 1856 cpv. c.c.: sostituzione nel mandato o submandato?*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1960, II, 486 ss.; CIAN, cit., 291 ss.; SERRA, *Sostituzione del mandatario e submandato: la controversa qualificazione ed applicazione dell'art. 1856 cpv. c.c.*, in *Riv. giur. sarda*, 2009, 340 ss.

⁹¹ L'art. 1, lett. d), del d. lgs. n. 11/2010, definisce un sistema di pagamento come quello di «trasferimento di fondi con meccanismi di

già rilevato) ma anche estremamente complessi, che sono gestiti centralmente e sono caratterizzati dalla “compensazione” multilaterale⁹². In tale quadro ciascuna operazione di pagamento si perde nella contabilizzazione complessiva con un numero di variabili tendenzialmente indeterminate. In sistemi siffatti potrebbe essere molto difficile, per lo stesso intermediario, individuare dove si sia verificata la disfunzione che ha impedito l'esecuzione dell'operazione. Sicché, da un lato, è bene che rimanga in capo a chi esercita professionalmente il servizio di pagamento la responsabilità per la disfunzione, dall'altro, non sarebbe nemmeno desiderabile che pretese degli utenti verso altri soggetti aderenti ai sistemi interferissero sulle modalità di funzionamento degli stessi, ancora una volta è questione di non compromettere l'efficienza.

Per tali ragioni il legislatore non solo, come già rilevato, ha detto a chiare lettere che la responsabilità per le operazioni di pagamento è solo del diretto prestatore di ciascun utilizzatore ai sensi degli artt. 25 e 26; ma ha opportunamente aggiunto a completamento due ulteriori e indicative regole di chiusura, affinché non vi siano dubbi sull'interpretazione delle norme. In verità, in un caso si tratta di un'omissione, nell'altro del “diritto di regresso” (art. 27).

Quanto a quella che ho definito omissione mi sembra importante rilevare che in un contesto disciplinare nel quale grande rilevanza si dà alla trasparenza a favore degli utilizzatori, nessun obbligo informativo è posto a carico dei prestatori in ordine all'identificazione della catena di corrispondenti. La ragione sta nell'evitare inutili costi in termini di spese da addebitare al cliente e nelle circostanze appena rilevate che un'informazione di tale genere sarebbe utile in un sistema, tipico del mandato, in cui il mandatario informa il proprio mandante della sostituzione in vista di agevolare la facoltà di agire

funzionamento formali e standardizzati e regole comuni per il trattamento, la compensazione e/o il regolamento di operazioni di pagamento»; v. MANCINI, sub art. 35, comma 18, art. 146 Tub, in MANCINI - RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit. , 617 ss.

⁹² Nello stesso senso DELLAROSA, sub art. 27, in MANCINI - RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 301 ss.

direttamente contro il sostituto⁹³. Cosa che qui si è voluta appunto impedire.

Quanto alla norma che stabilisce il diritto di un prestatore di servizi di pagamento di esercitare il regresso nei confronti di qualsiasi altro soggetto interposto nell'esecuzione dell'operazione che sia l'effettivo responsabile della mancata esecuzione dell'operazione (art. 27), a me sembra che la tale facoltà sarebbe ben stata riconosciuta sulla base dei principi dell'ordinamento, sicché la sua esplicitazione serve piuttosto, come si andava dicendo, a confermare che il prestatore dell'utente mai può sottrarsi al risarcimento nei confronti di quest'ultimo neanche adducendo fatti dolosi o colposi di altri interposti⁹⁴.

7. Disciplina della trasparenza

Si è già detto del rilievo che il legislatore ha inteso dare alla disciplina di trasparenza in ordine ai servizi di pagamento. Le norme del Titolo III della PSD sono trasfuse nel Titolo IV del d.lgs. n. 11/2010. Questo a sua volta reca un art. 34 che innesta un nuovo Capo II-bis nel Titolo VI Tub, dedicato alla "Trasparenza delle condizioni contrattuali". Si tratta di un corpo di norme in gran parte estraneo al contesto in cui è inserito, tant'è che il comma 3-bis dell'art. 115 Tub dispone che le norme generali di trasparenza (artt. 115-120) «*non si applicano ai servizi di pagamento disciplinati dal Capo II-bis a meno che non siano espressamente richiamate da quest'ultimo*»⁹⁵.

Al fine di definire l'ambito di applicazione soggettivo della disciplina un ruolo decisivo è giocato dall'art. 126-bis, comma 3, Tub, a tenore del quale le norme del Capo II-bis possono essere

⁹³ Cfr. MINERVINI, *Il mandato. La commissione. La spedizione*, cit.; LUMINOSO, *Mandato, commissione spedizione*, cit., 409 s.

⁹⁴ Cfr. DELLAROSA, sub art. 27, in MANCINI - RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit.

⁹⁵ Si tratta complessivamente delle disposizioni del Capo I, non trovano applicazione ai servizi di pagamento nemmeno le disposizioni del Capo II (Credito al consumo), salvo che non si tratti di un servizio di pagamento specificamente previsto per i consumatori; sicché in definitiva le norme di applicazione comune sono quelle contenute nel Capo III relative alle Regole generali e ai controlli.

pattizamente disapplicate, in tutto o in parte, nel caso di utilizzatore che non sia né consumatore né micro-impresa⁹⁶.

La rassegna delle disposizioni indisponibili per i consumatori e per le micro-imprese può essere compendiata come segue, norme relative a: 1) spese per informazioni, in ordine alle quali è stabilito che non possono essere addebitate, salvo deroga pattizia limitatamente alle spese per “informazioni fornite su richiesta dell'utilizzatore”, ovvero per informazioni supplementari, frequenti o trasmesse con strumenti di comunicazione diversi da quelli previsti in contratto; 2) contenuti e modalità delle informazioni obbligatorie quali specificate nelle “Disposizioni di vigilanza”⁹⁷: le informazioni devono, comunque, rispondere a requisiti di massima chiarezza⁹⁸; 3) forma scritta obbligatoria del contratto a pena di nullità da farsi valere dal solo cliente (ma qui si applicano, con qualche adattamento, le regole generali dell'art. 117 Tub); 4) comunicazioni delle modificazioni unilaterali del contratto: queste hanno efficacia differita⁹⁹, ma restano fermi i patti precedenti qualora l'utente receda dal contratto nelle more del decorso del termine da cui decorrerà l'efficacia; 5) facoltà dell'utilizzatore di recedere *ad nutum* e senza spese, nel contratto a tempo indeterminato; laddove, il prestatore del servizio potrà recedere solo con un preavviso di almeno due mesi e sempre che il contratto contempra tale facoltà.

⁹⁶ Parte della dottrina è stata fortemente critica verso tale esclusione in quanto mette in discussione l'impianto unitario della disciplina dei servizi di pagamento, cfr. O. TROIANO, *La nuova disciplina privatistica comunitaria dei servizi di pagamento: realizzazioni e problemi della Single Payment Area*, in *Il nuovo quadro normativo comunitario dei servizi di pagamento*, cit., 53 ss. e SCIARRONE ALIBRANDI, *Le regole contrattuali*, cit. Ma all'opposto ROPPO (*L'utenza dei servizi di pagamento: Consumatori? Professionisti? Clienti?*, in RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 292 ss.) su di un piano empirico dubita che gli intermediari faranno eccessivo uso della deroga, e sul piano normativo dubita del peso delle norme derogabili in termini di “economia complessiva della disciplina”.

⁹⁷ V. Le Disposizioni della Banca d'Italia in tema di “Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari”, Sez. VI, § 4.1.1.

⁹⁸ L'art. 126-*quater* per la precisione parla di «facile comprensione» e di «forma chiara e leggibile» ove il leggibile si riferisce, indubbiamente alla dimensione dei caratteri.

⁹⁹ Tuttavia, le modificazioni sfavorevoli inerenti ad interessi e tassi di cambio possono avere efficacia immediata purché tale facoltà del prestatore sia prevista in contratto e sia conforme alle variazioni dei parametri di riferimento individuati nel contratto medesimo.

Benché mi sia limitato alla semplice elencazione, è evidente che si tratta di disposizioni complessivamente miranti al riequilibrio delle posizioni contrattuali ove il consumatore e la micro-impresa sono reputati contraenti deboli, secondo altri contraenti afflitti “da una specifica *incompetenza finanziaria*”¹⁰⁰. Tale carattere in termini complessivi è ulteriormente rimarcato dal particolare regime probatorio disposto dall’art. 126-bis, comma 4, Tub a mente del quale «*spetta al prestatore dei servizi di pagamento l’onere della prova di avere correttamente adempiuto agli obblighi previsti dal presente capo*» quelli appunto di trasparenza¹⁰¹.

Confermando una tendenza ormai impressa agli ordinamenti bancari europei la trasparenza delle condizioni contrattuali costituisce un valore specifico da tutelare fino al punto da farne carico alle autorità di vigilanza in ordine all’esercizio dei loro poteri (art. 127 nella formulazione riformata dal d. lgs. n. 141/2010)¹⁰². Da tale osservazione si fa derivare la conseguenza che la tutela della trasparenza è, oramai, esclusivamente funzionale alla «protezione della clientela in quanto tale»¹⁰³. Nell’ambito del sistema dei pagamenti tale interpretazione è suffragata anche da alcuni dei considerando della PSD (in particolare da 18 a 30).

Non è, tuttavia, vero che le norme di trasparenza siano contenute nel solo Titolo IV del d.lgs. n. 11/2010; alcune di esse sono, infatti, già comprese nel Titolo II e, precisamente, quelle “tese a regolare le politiche tariffarie dei fornitori dei servizi di pagamento”¹⁰⁴. Si tratta soprattutto: 1) della regola secondo la quale i prestatori dei servizi di pagamento devono trasferire la totalità dell’importo dell’operazione, essendo per altro

¹⁰⁰ Cfr. PAGLIANTINI, *Il nuovo regime della trasparenza nella direttiva sui servizi di pagamento*, in RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 467.

¹⁰¹ Cfr. RISPOLI FARINA, sub art. 34, comma 1, lett. b), in MANCINI - RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 528 s.; TROIANO, voce *Contratto di pagamento*, cit.

¹⁰² L’osservazione è di NIGRO, *Linee di tendenza*, cit., 12.

¹⁰³ Ancora NIGRO, op. ult. cit., 13.

¹⁰⁴ Così TROIANO, voce *Contratto di pagamento*, cit., (nt 24); adde MUCCIARONE, “*Data valuta*”, cit., 479 ss. e, con specifico riferimento all’art. 18, A. SANTORO, sub art. 18, in MANCINI - RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 199 ss.; con riferimento alla data valuta, cfr. BELLO, sub art. 23, cit., 225 ss.

esplicitamente vietata la decurtazione delle spese sull'importo medesimo (art. 18 d. lgs. n. 11/2010)¹⁰⁵; 2) della regola relativa ai tempi di esecuzione e alla valuta che, come già rilevato nel precedente paragrafo, devono essere contenuti in tempi ristretti (artt. 20 e 23 d. lgs. n. 11/2010)¹⁰⁶. Complessivamente le disposizioni citate sono intese a contrastare le tecniche di fissazione dei prezzi in modo non trasparente, tecniche ampiamente praticate dalle banche sino ad oggi vuoi perché si facevano passare certi costi quali spese richieste dai corrispondenti, vuoi perché si usava, attraverso il gioco della valuta, la disponibilità della clientela a proprio vantaggio. Nel nuovo assetto delle norme l'eliminazione di tali costi occulti dovrebbe consentire agli utilizzatori una effettiva comparazione fra i prezzi del servizio¹⁰⁷.

È importante notare che tali regole di trasparenza, al contrario di quelle stabilite nel Titolo IV del d. lgs. n. 11/2010, sono inderogabili per tutti gli utilizzatori. Esse, ma solo esse, sembrano dare un seguito di diritto positivo all'indicazione contenuta nel considerando 21 secondo il quale occorre garantire a tutti gli utenti la possibilità di fare "scelte con cognizione di causa" ricevendo a tal fine informazioni chiare e di qualità elevata. In tale ambito il legislatore italiano ha dato seguito al suggerimento della dottrina di introdurre regole «inderogabili

¹⁰⁵ Anche quando la norma consente al prestatore del beneficiario di trattenere "le proprie spese", ciò deve corrispondere ad una separata contabilizzazione delle stesse, per altro adeguatamente comunicata al beneficiario medesimo. Cfr. A. SANTORO, op. ult. cit., 199.

¹⁰⁶ Cfr. A. SANTORO, sub *art. 19*, in MANCINI - RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 205; BELLO, sub *art. 23*, in MANCINI - RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 224; cfr. già in precedenza DOLMETTA, *Per l'equilibrio e la trasparenza nelle operazioni bancarie: chiose critiche alla legge n. 154/1992*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1992, I, 389 ss.

¹⁰⁷ Ciò ovviamente non comporta alcun automatismo in ordine alla riduzione dei prezzi di mercato, che sono pur sempre lasciati alla determinazione dei prestatori, v. O. TROIANO, op. ult. cit., *nt.* 44 ove riferimenti. Si leggano anche i considerando 43 e successivi e, in particolare il considerando 45, ove si afferma che «è essenziale che gli utenti dei servizi di pagamento siano a conoscenza dei costi e delle spese reali dei servizi di pagamento per poter operare la loro scelta. Di conseguenza non dovrebbe essere ammesso l'uso di metodi di fissazione dei prezzi non trasparenti».

anche per i non consumatori»¹⁰⁸; in verità, si deve essere consapevoli che l'auspicio intendeva avere valenza più generale e coprire, almeno in parte, le disposizioni di trasparenza contenute nel Titolo IV d. lgs. n. 11/2010.

Sotto quest'ulteriore profilo, il legislatore italiano (come quello europeo, per altro) si è rimesso alla contrattazione delle parti. Una notazione particolare deve essere ancora svolta a proposito dell'art. 52 PSD che, in ordine alle spese applicabili ai servizi di pagamento, recita: «*Il prestatore di servizi di pagamento non può addebitare all'utente dei servizi di pagamento le spese per l'adempimento dei suoi obblighi di informazione o l'adozione di misure correttive e preventive ai sensi del presente titolo (...). Le spese sono concordate tra l'utente e il prestatore dei servizi di pagamento e sono adeguate e conformi ai costi reali sostenuti dal prestatore dei servizi di pagamento*». Tale disposizione è stata trasfusa nell'art. 3 della legge italiana, dove però l'inciso "per l'adempimento dei suoi obblighi di informazione" è scomparso, restando pertanto l'obbligo del prestatore limitato al divieto di addebitare le spese volte a prevenire e rimuovere gli effetti pregiudizievoli derivanti "da una condotta non corretta del prestatore di servizi di pagamento"¹⁰⁹. Chiarisco subito che la scelta del legislatore italiano è conforme alla facoltà concessa dall'art. 51, § 1, PSD; ciononostante si deve rimarcare che l'ordinamento è zoppo ogniqualvolta si tratta di trasmettere informazioni all'utenza si differenzia la posizione del non consumatore al quale possono essere addebitati i costi informativi che andranno, come tali, a comporre una parte del guadagno del prestatore. Tale impostazione disattende sostanzialmente l'auspicio del considerando 21), secondo il quale, invece, non dovrebbe esserci differenza tra un utente e l'altro, tutti dovendo essere destinatari di informazioni «*chiare e di qualità elevata, sui servizi di pagamento*»¹¹⁰.

¹⁰⁸ Cfr. SCIARRONE ALIBRANDI, sub *art. 126-bis*, in M. PORZIO – F. BELLÌ – G. LOSAPPIO – M. RISPOLI FARINA – V. SANTORO (a cura di), cit., 1084, seguita da RISPOLI FARINA, sub *art. 34, comma 1, lett. b*), in MANCINI - RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 528.

¹⁰⁹ Cfr. DORIA, sub *art. 3*, in MANCINI - RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 63.

¹¹⁰ Il considerando prosegue affermando: «*Per assicurare la trasparenza, la presente direttiva dovrebbe fissare i requisiti armonizzati indispensabili per*

Quale, dunque, la linea di demarcazione? A me sembra che ancora una volta siano a valenza generale quelle norme anche di trasparenza direttamente funzionali alla efficienza del sistema di pagamento rimangono relegate ad ambito soggettivo di applicazione ristretto ai consumatori e alle micro-imprese quelle disposizioni di trasparenza volte al riequilibrio delle posizioni contrattuali secondo le indicazioni più specifiche che, ancora una volta si possano ricavare dai considerando della PSD. In tale ottica si leggano il considerando 22) nella parte in cui afferma che «*i consumatori dovrebbero essere protetti contro pratiche sleali e ingannevoli*» e il considerando 26) che afferma che i consumatori dovrebbero ricevere le informazioni importanti a titolo gratuito.

garantire il livello necessario e sufficiente di informazione agli utenti dei servizi di pagamento per quanto riguarda sia il contratto di servizi di pagamento, sia l'operazione di pagamento».

LA NUOVA GOVERNANCE IN MATERIA FINANZIARIA E I SUOI RIFLESSI SULLE REGIONI DI DIRITTO COMUNE: SPUNTI DI RIFLESSIONE*

Laura Letizia

Ricercatrice di diritto tributario e Professore aggregato di diritto finanziario nella Seconda Università degli studi di Napoli

L'excurus compiuto si propone di segnalare come l'esigenza di ristrutturazione del sistema finanziario pubblico italiano si sia via via ampliata attraverso una serie di riforme rivolte ad attuare il decentramento fiscale per rendere sempre più operativa, almeno in senso teorico, l'autonomia finanziaria degli enti territoriali in generale e, in particolare, delle Regioni. Dopo vari tentativi, i nuovi elementi introdotti hanno aperto un cantiere di lavori che denota però, con evidenza, l'emergere di svariati aspetti sconcertanti per un'efficace, credibile e visibile esplicazione della loro fiscalità. I nuovi presupposti posti a fondamento dell'ordinamento finanziario regionale mostrano, infatti, un'assente armonia e, pertanto, serie contrapposizioni con il sistema centrale. Si registra, in particolare, la mancata intenzione di voler ricomporre le questioni emergenti in materia su una linea comune, coerente e unitaria, indirizzata a portare al centro del dibattito politico (e non solo tecnico) il fondamentale ruolo che, più in generale, le finanze pubbliche devono (dovrebbero) assumere nei delicati periodi di metamorfosi ed evoluzione.

The article wants to underline how the public financial system's need to renovation is leading the Italian lawmaker to carry on a series of reforms in order to fulfill the fiscal devolution and to improve, at least in theory, the financial self-government of local entities and, more particularly, of regions. However, the new legal basis for the regional financial framework seems far from being coherent with the central system. The paper argues that there is no serious intention to deal with the emerging issues on this topic, according to a common and coherent approach, directed to put at the core of the political debate the essential role

that, more generally, public finances should perform in controversial periods of metamorphosis and evolution.

Sommario

1. La nuova *governance* finanziaria pubblica
2. Le ripercussioni sull'assetto finanziario delle Regioni di diritto comune
3. La memoria storica: cenni
4. Problematiche attuali
5. Conclusioni

1. La nuova *governance* finanziaria pubblica

Gli ordinamenti finanziari costituiscono la *spina dorsale* dell'intera struttura statale¹ e l'autonomia regionale ne rappresenta la *pietra angolar*². Non sarebbe concepibile, infatti, la statualità senza un ordinamento fiscale fondato sulla legalità e sui doveri di solidarietà e concorso alla spesa pubblica per perseguire e attenuare gli eterogenei interessi coinvolti³; ciò

* Le considerazioni espresse in queste pagine sono aggiornate a giugno 2012 e costituiscono un approfondimento di alcuni temi affrontati nella parte introduttiva della mia monografia dal titolo *Lineamenti dell'ordinamento finanziario delle Regioni di diritto comune. Ricostruzione, evoluzione, prospettive*, in corso di pubblicazione.

¹ Come ha sottolineato INGROSSO: "la potestà tributaria è la più importante manifestazione della sovranità". Cfr. ID., *Tributo e sovranità*, in BERLIRI - PERRONE (a cura di), *Diritto tributario e Corte costituzionale*, Napoli, 2007, 138. LICCARDO, a sua volta e con grande anticipo, in *Supremazia e obbedienza finanziaria*, in AA.VV., *Studi in onore di V. Uckmar*, vol. II, Padova 1997, 749, aveva segnalato il superamento, anche in materia fiscale, del concetto tradizionale di sovranità e la sua sostituzione con altri, più appropriati, riferiti alla rinnovata organizzazione statale. Sull'evoluzione del concetto cfr., in particolare, SACCHETTO, *La trasformazione della sovranità tributaria*, in ID. (a cura di), *Principi di diritto tributario europeo e internazionale*, Torino, 2011, 4 ss.

² MORTATI, infatti, in *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. II, Padova 1976, 906, con riguardo al principio ancorato nel previgente art. 119 Cost., aveva affermato che aveva: «valore di pietra angolare del sistema, essendo evidente che la scelta dei mezzi di entrata per proporzionarli alle erogazioni necessarie alla soddisfazione dei bisogni pubblici si pone come condizione primaria per l'esplicarsi di una politica regionale la quale richiede, appunto, una visione globale di tali bisogni e la loro graduazione secondo scale di priorità, da determinare non già secondo criteri statici di mantenimento dello *status quo*, bensì dinamici di sviluppo».

³ La finanza pubblica, com'è noto, presuppone la coesistenza di quattro distinti elementi costitutivi: soggetti attivi; coazione; assetto volontaristico del sistema economico; osservanza della legge del "minimo mezzo". Cfr. PARRAVICINI, *I soggetti attivi della finanza pubblica: lo Stato e gli altri enti politici minori*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1966, 358. Con specifico riguardo all'ultima componente essenziale cfr. FAUSTO - PARRAVICINI, voce *Finanza pubblica*, in *Enciclopedia del Novecento*, suppl. n. 2, reperibile su treccani.it/finanza-pubblica, i quali hanno osservato che: «l'ente politico è tenuto a imporre il sacrificio minimo ai soggetti passivi che chiama a fornire i mezzi finanziari occorrenti: il sacrificio del soggetto passivo che supera la misura economicamente giustificata non rientra più nella natura economica della finanza, bensì nella sfera della prevaricazione o dell'angheria. L'ente politico, una volta in possesso dei mezzi finanziari, è tenuto a farne uso in modo da trarne il massimo vantaggio, sia esso il vantaggio economico generale della

spiega, del resto, anche perché la fiscalità sia, da sempre, al centro di aspre controversie che, attengono, in sostanza, al limite, all'equità e razionalità del prelievo, all'entità e qualità della spesa pubblica, al rispetto della conformità e legittimità della funzione finanziaria in un insieme di principi e regole in grado di rendere il sistema flessibile alla ricerca di un punto di equilibrio tra interesse fiscale e tutela dei diritti del contribuente nel contesto dei valori socio-culturali costituenti il fondamento su cui edificare la dimensione giuridica della finanza pubblica, ossia il diritto finanziario⁴ inteso quale «complesso di norme che disciplinano la raccolta, la gestione e l'erogazione dei mezzi economici occorrenti alla vita degli enti pubblici»⁵.

In questo senso, essa deve esprimere il nesso tra autorità e libertà, coazione e consenso, statualità e democrazia, ma non come entità assoluta quanto, piuttosto, attraverso un modello dinamico atto a consentire la partecipazione alla spesa generale in un'obbligazione di concorso *secundum iura nostrae civitatis*.

Il referente essenziale per la determinazione del contenuto concettuale della nozione è l'assetto delle relazioni economico-politiche precisate dalla disciplina positiva dei rapporti tra Stato e singolo, nonché negli strumenti giuridici che ammettono e regolano la partecipazione economica individuale alla spesa generale per soddisfare i bisogni di cui lo Stato è tenuto a garantirne l'attuazione. In definitiva, essa può qualificarsi come l'insieme degli atti economici statali e degli enti politici, tradizionalmente definiti *minori* ma, ormai, equiordinati, che si esplicano nell'acquisizione, amministrazione ed erogazione di mezzi finanziari per il perseguimento delle loro finalità.

collettività, oppure il vantaggio particolare di persone, gruppi o classi. La non osservanza del principio del minimo mezzo, volutamente o per l'assoluta incapacità o indifferenza nell'osservarlo, toglie agli atti dell'ente politico la natura economica che è propria della finanza pubblica, e fa sì che essi degradino in atti di distruzione di ricchezza, suscettibili di studio da parte di altre discipline, quali la scienza politica o la sociologia, ma non da parte della scienza delle finanze, che è la disciplina che studia gli aspetti economici della finanza pubblica».

⁴ Sugli aspetti giuridici dell'attività finanziaria pubblica confermano ancor oggi grande valore le opere di INGROSSO e, per il tema che si tenta di affrontare in queste considerazioni si rinvia, tra le tante, a *Diritto finanziario*, Napoli 1954. Non può omettersi, peraltro, di ricordare l'ampia e autorevole produzione scientifica in materia di ABBAMONTE ed A. AMATUCCI,

⁵ A.D. GIANNINI, *Istituzioni di diritto tributario*, IX ed., Milano 1965, 2.

Partendo da tali premesse, la disciplina giuridica della finanza pubblica è, dunque, destinata a essere oggetto di costanti metamorfosi con il progredire dell'organizzazione dei pubblici poteri in un contesto di *multilevel governance* che, avviato negli anni novanta del novecento, ha rimarcato il ruolo e il peso della spesa pubblica sull'intero assetto economico oltre al rapporto e all'incidenza della prima sul secondo.

È noto, del resto, che nel nostro Paese tale relazione ha prodotto, troppo spesso, risultati confusi e incoerenti determinati da una concezione sul sistema finanziario che ha, per molto tempo, ignorato i profondi cambiamenti che si andavano susseguendo quanto a valori, riferimenti e pratiche. Attualmente, peraltro, tra le caratteristiche di questi mutamenti assumono particolare rilievo gli innesti nell'area pubblica della cultura della *performance* e della responsabilità finanziaria, l'esigenza della rendicontazione, una metodologia improntata sulla valutazione dei risultati di tipo aziendale: tutti profili che la nuova *governance* deve condurre a coerenza costruendo un sistema efficace ed effettivo di *government*, tenendo presente che la nostra Costituzione accoglie una nozione di tipo funzionale con un nesso circostanziato tra le fasi del prelievo (e sua funzione) e della spesa pubblica. La *giustizia finanziaria*⁶, dunque, può essere alternativamente perseguita con lo strumento fiscale (entrate), lo strumento della spesa (bilancio), oppure attraverso il loro *mix* equilibrato in ossequio ai limiti posti dall'Unione economica e monetaria⁷.

⁶ A. AMATUCCI ha sostenuto che lo Stato contemporaneo: «persegue istituzionalmente, innanzitutto, la realizzazione della giustizia finanziaria attraverso la redistribuzione dei redditi, attuata dalla progressività del sistema tributario e da una strutturazione “sociale” della spesa pubblica. Inoltre, ha considerato l'attività finanziaria come un mezzo di stabilità nel tempo del sistema economico e di un adeguato sviluppo del reddito nazionale. La realizzazione di ambedue le finalità presuppone un indirizzo unitario nella regolamentazione degli aspetti fondamentali della finanza pubblica, il quale a sua volta esige un concentrazione di poteri-doveri di decisione corrispondente». Cfr. ID., *L'inerenza del pubblico interesse al risultato economico*, in *Justice, Cooperation, Peace. Atti e contributi del simposio scientifico internazionale “La cooperazione di giustizia per lo sviluppo e la pace nel Mediterraneo”*, Caserta, 16-17 novembre 2007, vol. I, Napoli, 2010, 36-37.

⁷ Cfr. LADU, *Bilancio e contabilità di Stato. Peculiarità italiane e esigenze di cambiamento nel contesto internazionale*, Rapporto finale del progetto di ricerca SSPA coordinato da Anselmi, Roma, 2004, reperibile in *sspa.it*, 19 aprile 2010.

Tali considerazioni impongono, comunque, alla finanza pubblica di indirizzarsi verso un disegno unitario, valorizzando l'articolazione e gli spazi gestionali propri di ciascun livello di governo⁸ in ossequio a quanto richiesto dagli articoli 117 e 119 della Costituzione che, sistematicamente, parlano di essa; ancora, in termini più generali, la nostra Carta fondamentale si ispira ad un impianto che, in un contesto plurilivello, si fonda sulla programmazione, sul coordinamento, sulla *compliance*, sul controllo e sul consenso democratico.

In effetti si tratta di costruire, attraverso una nuova *public governance* finanziaria, le basi della statualità del XXI secolo, identificando conseguenze e problematiche della sua mutata struttura determinata dall'alterazione del ruolo dell'azione pubblica sminuente la valenza di concetti e definizioni teoriche tradizionali: quella che insiste sull'intervento pubblico classico; un'altra che sottolinea la valenza del mercato; un'ultima che media, di volta in volta, tra solidarietà sociale, obbligazioni di risultato, interesse collettivo e tradizione democratica.

Il quadro complessivo, in completa evoluzione da almeno due decenni, attraversa al momento attuale una fase critica attestata

⁸ Sulla sempre più ampia esigenza di una disciplina organica per il coinvolgimento delle autonomie territoriali nelle manovre economico-finanziarie, tra i primi suggerimenti in tal senso, cfr. in particolare CAMERA DEI DEPUTATI, *Risoluzione*, 4 giugno 2002; SENATO DELLA REPUBBLICA, *Risoluzione*, 6 giugno 2002; ACOFF, *Relazione, Indagine conoscitiva sulle linee di riforma degli strumenti e delle procedure di bilancio delle Camere*, XIV Legislatura. Sull'indispensabile e conseguente riforma della legge di contabilità e finanza pubblica si rinvia, in particolare, a CORTE DEI CONTI, *Elementi per l'audizione in materia di contabilità e finanza pubblica nonché delega al Governo in materia di adeguamento dei sistemi contabili, perequazione delle risorse, efficacia della spesa e potenziamento del sistema dei controlli*, Senato della Repubblica, V Commissione, 8 aprile 2009; BASSANINI - MACIOTTA, *Prime osservazioni sul disegno di legge A.C. 2555 di riforma della contabilità dello Stato*, in *Astrid-online.it*, 8 luglio 2009; DIKMANN, *La riforma della legislazione di finanza pubblica e del sistema del bilancio dello Stato e degli enti pubblici*, in *federalismi.it*, 19 gennaio 2010; NICOTRA, *Il ddl "legge di contabilità e finanza pubblica": primi interrogativi e considerazioni sulla sua compatibilità con la legge sul federalismo fiscale*, in *Astrid-online.it*, 8 luglio 2009; RIVOCCHI, *La riforma della legge di contabilità, tra riaffermazione del diritto al bilancio del Parlamento e concezioni statocentriche del coordinamento della finanza pubblica*, in *www.forumcostituzionale.it*, 8 giugno 2009; LETIZIA, *La riforma della contabilità e della finanza pubblica: una questione aperta sul tema del coordinamento in un sistema multilivello*, in *Innovazione e Diritto, Riv. fac. giur. Napoli "Federico II"*, 2010, 5, 20 ss.

dal processo cumulativo di riforme dettate dall'incisiva ristrutturazione delle gestioni pubbliche che può datarsi, all'incirca, con l'emersione dei primi segnali della crisi economica e istituzionale ribaltata, poi, nell'internazionalizzazione e decentralizzazione del sistema finanziario (c.d. *spinta global-local*), in base all'impianto - nella realtà pubblica - della cultura della *performance* e del disimpegno statale a favore del mercato, nonché nella mutata visione del cittadino da *contribuente* a *utente del welfare state*⁹.

In sostanza, un'osservazione accurata del decorso dell'ordinamento finanziario conduce a evidenziarne il fenomeno più ampio da cui origina, ossia la metamorfosi della statualità e della società che, se hanno determinato una *nouvelle gestion publique*, hanno parimenti impiantato una: «nouvelle gouvernance financière publique. Cette dernière associe à la culture, de l'efficacité de la gestion, une dimension politique, une culture démocratique qui tout en conservant ses formes traditionnelles, parlementaires, s'organise également de façon horizontale, décentralisée, en réseaux de citoyens. Il semble bien en effet, que l'on aborde, avec certes des hésitations, un nouveau continent administratif et politique nourri d'une conception systémique de l'organisation de l'ordre social, on veut dire diversifiée et unifiée à la fois, qui laisse deviner ce que sera l'État du XXI^e siècle»¹⁰.

2. Le ripercussioni sull'assetto finanziario delle Regioni di diritto comune

Nel lasso di tempo indicato si è assistito, così, all'emersione di un *nuovo regionalismo*, i cui quadri concettuali, regole e pratiche si muovono nella cornice culminata nel sistema

⁹ Sui mutamenti determinati dai fattori indicati nel testo, un'accurata ricostruzione è stata compiuta da BRANCASI, in *Le decisioni di finanza pubblica secondo l'evoluzione della disciplina costituzionale. Nota per il Gruppo di studio Astrid su "La Costituzione economica a 60 anni dalla Costituzione"* coordinato da TREU, in *Astrid-online*, 8 agosto 2009.

¹⁰ Cfr. BOUVIER, *Inventer une nouvelle gouvernance financière publique: fonder l'État du XXI^e siècle*, sul tema *Nouvelle gouvernance financière publique: grands enjeux de demain*, in *Revue française de finance publiques*, spécial n. 100, novembre 2007.

configurato dal novellato Titolo V, parte seconda, della Costituzione, quale soluzione posta a garanzia di un razionale, ordinato e coerente indirizzo politico in campo finanziario volto a riattivare, per ogni livello di governo, un raccordo maggiormente incalzante tra politica e finanza che, interrotto negli anni settanta del novecento a causa degli eccessi e delle disinvolture gestionali delle Regioni e degli Enti locali, con conseguente loro irresponsabilità finanziaria, portò a restringerne, ove riconosciuta, la capacità impositiva sin quasi ad annullarla.

Nel panorama attuale, condizionato soprattutto da elementi *esterni* all'ordinamento¹¹, la questione dell'idoneità e dell'efficacia degli strumenti e delle procedure a disposizione delle Istituzioni per la funzione di governo della finanza pubblica è centrale, così come quella riguardante in quale dimensione, giuridica o politica, si collocano le radici delle sue distorsioni e delle sue complicate soluzioni. Taluni quesiti si pongono, particolarmente, rispetto alla funzione redistributiva intesa come strumentale alla tenuta della forma di "Stato sociale", anche nel senso del controllo della spesa pubblica.

Le problematicità delle decisioni di finanza pubblica in Italia, del resto, non riguardano, ormai, in via esclusiva, congegni e direttive in base alle quali l'Esecutivo e il Parlamento si rapportano poiché le modalità con le quali essi articolano la loro dialettica discende dalla abilità di riuscire a rappresentare gli interessi della collettività di riferimento: la congruenza degli istituti in materia, pertanto, va ponderata in relazione all'attuale

¹¹ Sulla relazione tra Stato e Regioni e l'influenza del diritto dell'Unione europea la letteratura è ampia. Tra gli interventi dottrinali cfr., in particolare, GROPPI, *L'incidenza del diritto comunitario sui rapporti Stato-Regioni in Italia dopo la riforma del Titolo V*, in VOLPE (a cura di), *Alla ricerca dell'Italia federale*, Pisa, 2003, 19 ss.; VANDELLI, *Regioni ed Europa: una introduzione*, in *Istituzioni del federalismo*, 2004, 7 ss.; AMATO, *Il contesto istituzionale europeo*, ivi, 11; CARPANI - GROPPI - OLIVETTI - SINISCALCHI (a cura di), *Le Regioni italiane nei processi normativi comunitari dopo la legge n. 11/2005*, Bologna, 2007; CARTABIA - ONIDA, *Le "Regioni" e l'Unione europea*, in AA.VV., *Trattato di diritto amministrativo europeo* (diretto da CHITI - GRECO), Milano, 2007; SAVINO, *Regioni e Unione europea: il mancato "aggiramento" dello Stato*, in *Le Regioni*, 2007, 443 ss.; VESPERINI, *Il diritto europeo e la ripartizione nazionale delle competenze tra lo Stato e le Regioni*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2008, VI, 1427 ss. Per le questioni di natura prettamente fiscale un'ampia ricostruzione dei nessi suddetti è compiuta, tra gli altri, da BORIA in *Il sistema tributario*, Milano, 2008.

assetto policentrico-pluralistico e alle procedure di coordinamento in modo da verificare la tenuta del raccordo finanziario tra i vari attori territoriali rispetto all'unitarietà dei parametri stabiliti a livello europeo¹², riequilibrando l'impatto delle manovre tra centro e autonomie strettamente legate da condizionamenti vicendevoli al punto che l'assetto finale dell'ordinamento finanziario decentrato rappresenta il risultato di un razionale equilibrio politico-istituzionale sia per contenere i costi gestionali sia, soprattutto, per offrire, prospetticamente, risposte adeguate alle esigenze dei diversi settori appagando, *in primis*, quelle dei cittadini.

In questa direzione, come è stato evidenziato in un saggio elaborato dal gruppo di studio Astrid sul tema *Dove va il regionalismo*¹³, è possibile affermare che se, per un verso: «le risorse finanziarie costituiscono senz'altro il primo e determinante fattore di differenziazione interterritoriale (poiché è la quantità e l'effettiva disponibilità di esse a determinare le scelte d'indirizzo dei vari enti territoriali), esse possono anche divenire strumento e veicolo di unitarietà, permettendo non solo il perseguimento di obiettivi di solidarietà e di riequilibrio territoriale e l'eliminazione di differenziazioni non giustificabili alla luce dei principi di uguaglianza e di unità dell'ordinamento, ma anche la realizzazione di comuni obiettivi di politica macroeconomica»¹⁴ resi necessari dall'appartenenza a un ordinamento sovranazionale.

Si può osservare, in questo senso, che negli ordinamenti federali tradizionalmente definiti *duali*¹⁵, impostati sull'assunto della piena autonomia finanziaria degli enti decentrati, si è assistito a un'evoluzione delle relazioni finanziarie verso modelli cooperativi e solidaristici in corrispondenza con il passaggio dal

¹² Cfr. NUGNES, *La trama di istituzioni e finanza pubblica. Spunti ricostruttivi*, Milano, 2012.

¹³ Il gruppo di lavoro è stato coordinato da VANDELLI.

¹⁴ Cfr. TUBERTINI, *Le risorse finanziarie come strumento di unitarietà*, in *Astrid-online*, 24 ottobre 2011.

¹⁵ SCHÜTZE, in *From dual to cooperative federalism. The changing structure of european law*, Oxford, 2009, ha affermato, peraltro, l'avvenuta transizione del federalismo europeo - ma anche statunitense, sebbene con le opportune differenziazioni - da *duale* a *cooperativo*, individuata nel declino dell'idea della *esclusività* costituzionale e legislativa posta alla base del primo e rappresentata dalla costituzionalizzazione del principio di sussidiarietà implicante, a sua volta, un sistema caratterizzato da competenze condivise e cogestite.

welfare state alla *welfare community* a responsabilità estesa¹⁶ e, dunque, in funzione della promozione degli emergenti compiti di interesse collettivo cogestiti. Tuttavia, in molti ordinamenti decentrati, proprio riguardo a tale decorso, è stato costituzionalizzato il *principio perequativo*, legittimando il Legislatore statale a introdurre meccanismi finanziari diretti a realizzare una programma armonico di prestazioni da garantire agli abitanti su tutto il territorio nazionale con conseguente compressione dell'autonomia di entrata e di spesa, nonché indebolimento delle potenziali differenziazioni derivanti dal suo esercizio. Tale ampio potere di "influenza" finanziaria nei confronti delle autonomie territoriali, a sua volta, è stato subordinato al riconoscimento di un contrappeso tra esigenze di unità e assunti di autosufficienza, anche economica, tra *spending power* interna e decentramento fiscale costituendo, ovunque, l'ostacolo principale delle relazioni intergovernative infrastatali degli ultimi anni ove, l'aggravarsi della crisi finanziaria internazionale, ha generato ordini di priorità differenti rispetto alle esigenze di implementazione della finanza decentrata per rispondere, attraverso una *exit strategy*, alle sempre più complicate sfide dell'economia globale¹⁷.

¹⁶ Per un approfondimento del processo di regionalizzazione del *welfare* evidenziandone il rapporto di stretta interdipendenza con il decentramento politico-istituzionale cfr. CARROZZA, *Il welfare regionale tra uniformità e differenziazione: la salute delle Regioni*, in CATELANI (a cura di), *I principi negli statuti regionali*, Bologna, 2008, 21 ss., che ha ravvisato una connessione tra l'esigenza di decentrare e razionalizzare il *welfare* e la volontà di rafforzare il nostro sistema autonomistico territoriale. In argomento cfr. anche GRIMALDI, *Autonomia statutaria, nuovo regionalismo ed affermazioni di welfare inclusivo*, in *Federalismi.it*, 15 marzo 2001.

¹⁷ Cfr. TUBERTINI, *Le risorse finanziarie come strumento di unitarietà*, cit. Per un'efficace disamina in senso comparativo cfr. NICOTRA, *Principio unitario e federalismo fiscale negli ordinamenti a struttura decentrata*, in *Riv. it. dir. com.*, 2005, 153, che così si è espresso: «l'autonomia finanziaria costituisce il presupposto per la costruzione di un sistema realmente federale. Ogni struttura decentrata è basata, innanzitutto, sul criterio della autosufficienza delle modalità di finanziamento dei diversi livelli di governo. Sicché il concetto di federalismo è correlato strettamente alla indipendenza di bilancio delle entità sub-statali. Si può affermare che con riferimento ad ogni ordinamento contemporaneo - dalla Germania al Belgio, dalla Svizzera all'Australia, dagli Stati Uniti alla Spagna, dal Canada all'Italia - siffatto principio costituisce il corollario dell'organizzazione federale. Così, la Costituzione degli Stati Uniti (art. 1, sez. 8) riconosce al Congresso la facoltà di «imporre e percepire tasse, diritti, imposte e dazi che (...) dovranno però essere

Tanto risulta particolarmente confacente, ma non esclusivo, alla nostra realtà ove i principali fattori evolutivi della finanza pubblica sono rappresentati (ormai da troppo tempo, senza aver individuato soluzioni efficaci) dal *risanamento* e dal *decentramento*¹⁸; ancora, le ragioni alla base di quest'ultimo fenomeno si innestano in un programma economico di riassetto dei rapporti, anche sociali, in un disegno di maggiore responsabilizzazione politico-finanziaria dei vari attori istituzionali per conseguire condizioni più trasparenti nella conduzione della politica fiscale attraverso il graduale superamento del sistema di "finanza derivata" - istituito all'inizio degli anni settanta del novecento e informato a criteri di accentramento del potere fiscale e decisionale - a definitivo vantaggio di un modello di "finanza decentrata".

Il percorso, avviato all'inizio degli anni novanta, scandito da diversi apporti legislativi, nel corso del 2001 si è concluso, *prima facie*, con la riscrittura dell'art. 119 Cost.¹⁹, per poi approdare

uniformi in tutti gli Stati Uniti», analogamente l'art. 104, 1° c. della Legge fondamentale tedesca afferma che «il Bund e i Länder sopportano separatamente le spese relative ai compiti loro propri (...)» e l'art. 156 della Costituzione spagnola sottolinea che «le Comunità autonome godono di autonomia finanziaria per lo sviluppo e l'esercizio delle loro competenze, nel rispetto dei principi di coordinamento della finanza statale e di solidarietà di tutti gli spagnoli».

¹⁸ GRECO - IACOVONI, *Decentramento della finanza pubblica e finanziamento degli investimenti pubblici. Proposte per un mercato del debito pubblico locale*, relazione, XV Conferenza SIEP, *Futuro dei sistemi di Welfare nazionali tra integrazione europea e decentramento regionale coordinamento, competizione, mobilità*, Pavia, 4-5 ottobre 2002.

¹⁹ Tra i tanti interventi dissenzienti, senza alcuna pretesa di esaustività, si rinvia a GALLO, *Prime osservazioni sul nuovo art. 119 della Costituzione*, in *Rass. trib.*, 2002, 585 ss.; ID., *Quando l'attuazione del federalismo fiscale?*, in *Riv. dir. trib.*, 2003, I, 387; BASILAVECCHIA - DEL FEDERICO - OSCULATI, *Il finanziamento delle regioni a statuto ordinario mediante tributi propri e compartecipazioni: basi teoriche ed evidenze empiriche nella difficile attuazione dell'art. 119 della Costituzione*, in *Le Istituzioni del federalismo*, 5, 2006; MACIOTTA - BASSANINI, *Il disegno di legge sull'attuazione dell'articolo 119 della Costituzione in tema di federalismo fiscale: prime riflessioni*, in *Astrid-online*, 2007; DEL FEDERICO, *L'autonomia tributaria delle Regioni ed i principi di coordinamento della finanza pubblica: con il progetto Giarda-bis verso l'attuazione dell'art.119*, in *Astrid-online.it*, 2007; BRANCASI, *L'attuazione del federalismo attraverso i principi contenuti nell'art. 119 Cost.*, in F. AMATUCCI - CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *I principi costituzionali e comunitari del federalismo fiscale*, Torino 2007, 20 ss.; INGROSSO, *La legge delega sul federalismo fiscale: diversivo a futura memoria*, in *Innovazione e Diritto*, *Riv.*

nella L.D. n. 49/2009²⁰ con un improprio richiamo alla materia del “federalismo fiscale”, *nomen* assegnato alla disciplina che, però, non solo ha poco aiutato a risolvere le complesse problematiche applicative della citata disposizione ma ha trovato anche faticosa espressione nei decreti legislativi di quest’ultimo triennio (2010-2012), già sottoposti, peraltro, a rilevanti modifiche e integrazioni.

Invero, la peculiarità della nostra situazione si risolve nella constatazione che l’implementazione federalistica è stata attuata in un contesto di finanza pubblica le cui misure, connesse alla necessità di superare le tante emergenze economiche e, in particolare quest’ultima, hanno impattato sul relativo processo incidendo anche sugli spazi di autonomia finanziaria regionale; infatti, per fronteggiare l’attuale “crisi fiscale”, lo Stato ha dovuto varare impegnative manovre di aggiustamento dei conti pubblici basate, in primo luogo, su duri interventi di riduzione della spesa (anche) delle amministrazioni territoriali²¹.

In un tale contesto, per fronteggiare il prolungato rallentamento della crescita, che rende ancora più arduo il conseguimento degli obiettivi di consolidamento finanziario, già nel primo Documento di economia e finanza²² approvato nel maggio 2011 dal precedente Governo nell’ambito delle nuove regole adottate dall’Unione europea in materia di coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri (c.d. *Patto Europlus*), le Regioni non aveva mancato di segnalare che esso

fac. giur. Napoli “Federico II”, 6, 2008, 11 ss.; TERRACCIANO, L’attuazione dell’art. 119 della Costituzione tra reali esigenze di autonomia finanziaria delle Regioni e fumose aspirazioni politiche di federalismo fiscale, in Justice, Cooperation, Peace, Napoli, Napoli, 2010, 743 ss.

²⁰ In senso critico sulla legge di delegazione cfr., tra gli altri, BIN, *Che ha di federale il “federalismo fiscale”?*, in *Quad. cost.*, 1, 1 febbraio 2009; VANNI, *Riflessioni in tema di federalismo fiscale, responsabilità politica e tetti massimi di incremento da parte dello Stato*, ivi. Per un giudizio complessivamente positivo sui criteri adottati dalla legge, cfr. BASSANINI - MACIOTTA, *Federalismo, la strada è giusta*, in *Il Sole 24 Ore*, 30 gennaio 2009. In argomento, piuttosto di recente, è intervenuto MANNOZZI, *La madre di tutte le riforme, o no?*, in D’ATENA (a cura di), *Sesto rapporto sullo stato del regionalismo italiano*, ISSIRFA - CNR, 2011, 22 ss.

²¹ Cfr. BASSANINI, *Il federalismo fiscale: una riforma necessaria ma difficile*, in *Astrid-online.it*, 30 giugno 2010, 9 ss.

²² Sostitutivo della Decisione di finanza pubblica, di cui alla L. n. 196/2009, riformata dalla l. n. 39/2011, a sua volta subentrato al Documento di programmazione economica e finanziaria.

prescindeva *in toto* dalla riforma federale se non per segnalare, descrittivamente, la produzione normativa realizzata in tale ambito. In sostanza, rimarcando l'assente impostazione federalista della programmazione finanziaria multilivello, esse hanno sottolineato il loro mancato coinvolgimento nel processo di definizione degli obiettivi e delle finalità del D.E.F., con detrimento del ruolo e delle funzioni che dovrebbero svolgere nel sistema generale della finanza pubblica e delle politiche di crescita e sviluppo.

Gli effetti negativi sulle autonomie territoriali dettati dalla crisi sono, poi, proseguiti con interventi *ad ondate*²³; dapprima, con le misure di cui al d.l. n. 78/2010 e, poi, con i d.l. nn. 98 e 138/2011, aventi l'effetto di ridurre, ulteriormente, le risorse finanziarie a esse destinate, in particolare nei settori delle politiche sociali e degli investimenti, sterilizzando le azioni di stimolo alla crescita che hanno preannunciato, di fatto, l'avvio della recessione; poi, con il c.d. decreto *Salva Italia*²⁴ e, infine, con il ripristino del trasferimento delle risorse delle Regioni alla Tesoreria unica nazionale nel *Cresci Italia*²⁵.

In considerazione della rilevanza che tali apporti hanno assunto rispetto alla struttura stessa del *federalismo fiscale*, pur essendo stati adottati al di fuori degli strumenti previsti dalla legge di delega ma che hanno profondamente modificato, se non stravolto, la disciplina dettata da decreti legislativi approvati in sua attuazione, nella terza *Relazione semestrale* che la Commissione parlamentare per l'attuazione del federalismo fiscale ha recentemente trasmesso alle Camere²⁶ la questione della loro riconduzione in un quadro organico e delle priorità per una completa e coerente definizione di tale sistema è divenuta basilare.

In particolare, nella parte intitolata *Le questioni da affrontare* sono state enunciate alcune istruzioni sulle linee da seguire per pervenire alla piena attuazione della legge delega e alla definizione di un assetto federalistico armonico e operativo

²³ Così COSTA, *Le autonomie al tempo della crisi*, in *Le Istituzioni del federalismo*, 2001, 3, 6. In argomento, dello stesso A., *Pronti a restituire le deleghe: brevi note giuridiche a margine di una vicenda politica istituzionale*, in *Amministrazione in cammino*, 8 settembre 2010.

²⁴ D.L. n. 201/2011.

²⁵ Art. 35, comma 8, D.L. n. 1/2012.

²⁶ Cfr. *Documento XVI-bis*, n. 6, 9 maggio 2012.

attraverso l'abbandono dell'approccio economico-centralistico utilizzato dal Legislatore cui fanno da *pendant* l'assenza di un disegno omogeneo della riforma istituzionale, la disattenzione alle tematiche territoriali coinvolte nel riassetto istituzionale, l'indifferenza ai vincoli costituzionali. Ancora, si è messo in rilievo come le Istituzioni decentrate siano trattate quali "meri capitoli di spesa da tagliare, numeri da ridurre"; il Legislatore dell'urgenza, infatti, sembra che non abbia preso in alcuna considerazione l'ipotesi che, in assenza di risorse adeguate, gli enti territoriali non potranno fare altro che diminuire ulteriormente i servizi pubblici da offrire e le politiche a sostegno delle famiglie e delle imprese, ossia affievolire, in definitiva, il ruolo sociale dello Stato²⁷.

La dura posizione della Commissione parlamentare sul tema si è, poi, concretizzata in una *Risoluzione* mediante l'approvazione di un apposito *Documento*²⁸, che, nell'ambito di una considerazione complessiva sullo stato di attuazione della legge delega, ha segnalato all'Esecutivo l'esigenza di prefiggersi precisi obiettivi rispetto ai quali la situazione di grave crisi finanziaria dovrebbe essere uno stimolo e non un ostacolo e la cui *ossatura* deve essere rappresentata dall'armonizzazione della programmazione finanziaria tra Stato, Regioni ed Enti locali. Al riguardo, sono stati segnalati, tra l'altro: l'importanza strategica che dovrebbe assumere la *Conferenza permanente per il coordinamento della finanza pubblica*, Commissione bicamerale composta pariteticamente da quindici senatori e altrettanti deputati, nominati dai Presidenti dei due rami del Parlamento, su designazione dei gruppi parlamentari, istituita ma non ancora operativa nonostante incalzanti sollecitazioni; la responsabilizzazione dei diversi livelli istituzionali di governo rispetto all'esercizio dei poteri fiscali loro attribuiti; l'accelerazione dell'attuazione della parte della delega relativa ai costi e ai fabbisogni *standard*, quale parametro essenziale per una perequazione fondata sull'efficienza della spesa; la rivisitazione delle regole del Patto di stabilità interno nell'ambito della nuova legge costituzionale sui principi in materia di finanza e contabilità pubblica che, in base alla legge costituzionale di

²⁷ In tal senso si è espresso GARDINI, *Le autonomie al tempo della crisi*, in *Le Istituzioni del federalismo*, 2011, 3, 458.

²⁸ Distribuito e comunicato alle Camere e al Governo il 22 maggio u.s.

modifica dell'art. 81 Cost., ha *regionalizzato* la gestione dell'equilibrio della finanza locale producendo riflessi sulla regolazione dei fondi di riequilibrio e della distribuzione a livello regionale delle risorse che dovrà adottarsi entro fine febbraio 2013.

In questa prospettiva, il Patto di stabilità interno non dovrà più essere sottoposto a variazioni continue e porre alle autonomie territoriali gli stessi vincoli complessivi a livello dei singoli comparti che valgono per il bilancio statale, consentendo l'esercizio dell'autonomia locale e lo sviluppo della spesa per investimenti, di cui bisognerà definire le modalità di finanziamento anche coordinandoli con l'indicata legge costituzionale conseguente alla riforma della norma costituzionale, nonché introducendo meccanismi di raccordo trasparenti e valutabili tra perequazione infrastrutturale, fabbisogni *standard* e norme programmatiche per il coordinamento tra spese in conto capitale ordinarie e interventi speciali di cui al d.lgs. n. 88/2011.

Ai rilievi posti dalla *Commissione* le Regioni hanno reagito segnalando la disarticolazione tra il *federalizing process* e la strategia di superamento dell'*impasse* della crisi finanziaria rendendo due pareri negativi: un primo relativo al DEF 2012 del 10 maggio 2012 e un secondo sulla *spending review*²⁹. Ricordando l'equiordinazione dei livelli istituzionali indicata in Costituzione e la necessità di un *cambiamento culturale* dell'Amministrazione centrale, esse hanno lamentato l'assente condivisione dei dati macroeconomici aggiornati e delle politiche che il Governo intende perseguire, oltre all'indebolimento dell'azione delle Istituzioni se non condotta in accordo; ancora, hanno denunciato la sottoposizione a numerosi controlli, alcuni dei quali estremamente limitanti la loro autonomia, tra cui il d.lgs. *Premi e sanzioni*³⁰, determinanti (ulteriori) provvedimenti punitivi per il mancato rispetto del Patto di stabilità, l'inventario di fine mandato, ispezioni del Ministero dell'Economia e

²⁹ Ossia sul disegno di legge di conversione in legge del D.L. n. 52/2012 recante «Disposizioni urgenti per la razionalizzazione della spesa pubblica» del 22 maggio u.s. Cfr. ANCI - UPI - CONFERENZA DELLE REGIONI, documento inviato il 13 giugno 2012 ai Presidenti delle Commissioni Affari costituzionali e Bilancio della Camera, con richiesta di audizione, reperibile in www.anci.it.

³⁰ D.Lgs. n. 149/2001.

Finanza⁵¹, vincoli di *budget* dalla normativa sul *Patto*. Ulteriore elemento critico che hanno segnalato sono state le disposizioni poste dal c.d. *Salva Italia* in tema di Province che pongono questioni talmente rilevanti da non poter essere affrontate e risolte se non attraverso un confronto serrato e una forte collaborazione interistituzionale, trattandosi dell'avvio di un complesso percorso di riordino che, per l'incidenza che potrà avere sul rapporto tra cittadini e Istituzioni, soprattutto in termini di qualità delle prestazioni e di contenimento della spesa pubblica, non deve essere *calato dall'alto*.

Nel *Parere* le Regioni hanno poi rilevato come il capitolo *Attuazione del federalismo fiscale* non sia elemento centrale dell'ultimo D.E.F. e che il processo di riforma, partito con rallentamenti e continue rivisitazioni, sia ben lontano dal compimento: il suo blocco o stravolgimento significa, però, rimettere in discussione principi, ormai condivisi, per il rafforzamento della loro autonomia e responsabilità. Vi è, quindi, l'esigenza di dare impulso, in modo organico, a tutta la riforma, e tanto ancor di più in considerazione delle modifiche introdotte dalla legislazione d'urgenza all'impianto della l. n. 42/2009 e alle norme attuative per verificarne l'avanzamento dal momento che, le misure di finanza pubblica connesse alla necessità di superamento della crisi economica, hanno impattato su tale processo incidendo (anche) sugli spazi di autonomia finanziaria sino ad oggi attribuiti agli enti territoriali. Pertanto, a seguito di una tale verifica, è necessario coordinare il sistema fiscale *in fieri* con l'assetto istituzionale che si sta delineando.

Le innovazioni, in definitiva, devono essere inserite all'interno di un progetto sia organico sia condiviso rispetto al quale le Regioni hanno rimarcato la propria disponibilità.

Procedendo più in dettaglio, in riferimento al *federalismo regionale*⁵², esse hanno sostenuto che i principali atti da adottare dovranno riguardare: il reintegro dei tagli ai trasferimenti statali di loro spettanza⁵³ senza il quale non è possibile realizzare l'elemento centrale della riforma del *federalismo fiscale*; la

⁵¹ Art. 14, L. n. 196/2009.

⁵² D.lgs. n. 68/2011. In senso critico si è espresso, tra gli altri, MURARO, *Federalismo regionale: la rivoluzione può attendere*, in *lavoce.info*, 5 aprile 2011.

⁵³ Ex art. 14, d.l. n. 78/2010, come previsto dall'art. 39, comma 3, d.lgs. n. 68/2011.

determinazione dell'aliquota addizionale IRPEF entro un anno dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 68/2011 con decorrenza dal 2013 in riferimento all'anno d'imposta precedente e la definizione dei limiti della maggiorazione ai fini dell'esercizio della flessibilità fiscale; la procedura di attribuzione del gettito IVA e la definizione dei meccanismi operativi di funzionamento del fondo perequativo; la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni e degli obiettivi di servizio; la modalità di attribuzione delle risorse derivanti dall'attività di recupero fiscale in materia di IVA riferite alla quota di compartecipazione regionale; la *governance* nella gestione dei rapporti Regioni-Agenzia delle Entrate³⁴; la *governance* della finanza territoriale attraverso la perequazione verso i Comuni e le Province³⁵; il Patto di stabilità territoriale³⁶; il coordinamento del debito complessivo degli enti territoriali³⁷.

Come si evince, l'elenco delle rimostranze regionali è lungo, anche considerando che loro ulteriori richieste hanno riguardato: la reintroduzione della compartecipazione regionale all'accisa sulla benzina, precedentemente soppressa per la distonia con il d.lgs. n. 68/2011 originario che identificava, invece, nell'IRPEF il perno della *fiscalizzazione* dei trasferimenti; l'anticipo, in via sperimentale, dell'IMU non accompagnato dal recepimento del ruolo di adattamento della perequazione regionale tra gli enti locali³⁸; l'intervento di centralizzazione dei flussi di cassa attraverso la riproposizione del sistema di Tesoreria unica; la necessità di chiarire, riguardo al *federalismo demaniale*, il ruolo attribuito all'Agenzia del Demanio nella promozione della costituzione di società, consorzi e fondi immobiliari per la valorizzazione del patrimonio statale e degli enti territoriali, nonché il livello applicativo della disposizione legislativa relativa all'attribuzione a esse del demanio idrico e marittimo³⁹.

³⁴ Anche dati; condivisione dei criteri di gestione e impiego delle risorse disponibili; Comitato regionale di indirizzo tributi compartecipati.

³⁵ In virtù dell'art. 13, comma 1, lett. h), l. n. 42/2009.

³⁶ Ex art. 17, comma 1, lett. c), l. n. 42/2009.

³⁷ Ai sensi dell'art. 4, l. cost. n. 1/2012.

³⁸ Di cui all'art. 13, comma 1, lett. h), l. n. 42/2009.

³⁹ Sulla peculiare evoluzione del settore demaniale cfr., per tutti, TERRACCIANO, *Il demanio quale strumento di finanza pubblica. Profili finanziari e tributari*, Torino 2003. Sulla complessa problematica relativa alla definizione e percezione dei canoni demaniali si rinvia, in particolare, a DEL

Ciò nondimeno, il fronte più compatto dell'insofferenza delle Regioni riguardo alle ultime discipline predisposte nel lasso temporale indicato, è emerso dal *Parere*, come anticipato, sul d.l. n. 52/2012 recante «Disposizioni urgenti per la razionalizzazione della spesa pubblica» ove rivendicano il loro ruolo e autonomia anche sul fronte della spesa, sviluppando osservazioni di carattere generale, costituzionale e di merito nonché proponendo significativi emendamenti. Gli enti territoriali, infatti, hanno esplicitamente richiesto di essere coinvolti nei processi di razionalizzazione della spesa e non essere discriminati tra *virtuosi* e *non*.

La volontà di “leale collaborazione istituzionale”, invero, è elemento centrale di tutti gli emendamenti proposti dalle Regioni al decreto con richiami reiterati a ipotesi di criticità costituzionale rispetto alla modifica del Titolo V, parte seconda, della Costituzione.

Quanto agli aspetti di carattere generale e istituzionale del provvedimento di che trattasi esse hanno segnalato, sul piano giuridico, un metodo chiaramente unilaterale sulle soluzioni organizzative contenute nel decreto legge e desumibile, in particolare, dall'istituzione del Commissario straordinario - unitamente a un nuovo Comitato interministeriale - per il quale non si prevede alcuna connessione con il sistema delle autonomie, rilevando la necessità di essere coinvolte nei relativi lavori. Ancora, esse hanno rimarcato il mancato insediamento della *Conferenza permanente per il coordinamento della finanza pubblica* cui la l. n. 42/2009 affidava la definizione delle procedure per accertare eventuali scostamenti dagli obiettivi e attivare gli interventi indispensabili alla relativa osservanza.

FEDERICO, *La natura giuridica dei canoni demaniali*, in AA.VV. *La gestione del demanio marittimo*, Milano, 2002, 63 ss. La tesi della natura tributaria del canone demaniale è sostenuta, tra gli altri, da MARONGIU, *I fondamenti costituzionali dell'imposizione tributaria*, Torino 1995, 79; ID., *La rinnovata giurisdizione delle Commissioni tributarie*, in *Rass. trib.*, 2003, 122; BASILAVECCHIA, *Natura giuridica del canone nelle concessioni demaniali marittime*, in AA.VV., *Regioni e demanio marittimo*, Milano 1999, 47. La tesi, invece, che non riconosceva natura tributaria al canone in questione è stata espressa, in particolare, da TESAURO, *Natura giuridica e coesistenza della tassa per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche e del canone di concessione*, in *Riv. dir. fin.*, 1994, I, 662; DEL FEDERICO, *Tasse, tributi paracommutativi e prezzi pubblici*, Torino, 2000.

Più in particolare, le Regioni hanno sostenuto che la soluzione prospettata nel decreto ha superato le previsioni indicate della legge sul *federalismo fiscale*, attribuendo a organi statali competenze affidate dalla stessa a un organismo paritetico; in più, la natura *ambigua* dal punto di vista giuridico del Commissario straordinario, cui sono state assegnate funzioni decisorie con contenuti che paiono incidere sull'autonomia di bilancio riconosciuta alle Amministrazioni pubbliche e alle Regioni commissariate, appare incoerente con il processo di determinazione dei costi *standard* indicati nel d.lgs. n. 68/2011. A tali funzioni si aggiungono, inoltre, i significativi poteri ispettivi e di impulso all'esercizio di poteri sostitutivi, con evidente commistione tra ruolo politico e tecnico. Trattasi, in sostanza, di un'inconsueta autorità con un ruolo sin troppo pervasivo nei confronti delle Amministrazioni regionali sottoposte, come le statali, ai poteri ispettivi della Ragioneria generale dello Stato e sul punto le Regioni hanno posto in evidenza la necessità che l'attività ispettiva si svolga nel pieno rispetto dei principi di leale collaborazione e autonomia dei livelli istituzionali e che, anche in tal caso, dovrebbero essere concordate modalità specifiche per lo svolgimento delle relative verifiche.

Quanto ai profili di criticità costituzionali, esse hanno rilevato che la loro autonomia, riconosciuta dalla Costituzione, sembra compromessa dalle disposizioni contenute nel provvedimento laddove le amministrazioni (regionali) commissariate per la reazione e l'attuazione del *Piano di rientro dal disavanzo sanitario* sono equiparate alle centrali e, quindi, sottoposte al potere commissariale che non attiene solo alla spesa per acquisti di beni e servizi in ambito sanitario ma, piuttosto, alla spesa regionale complessiva. La previsione di un potere commissariale di definizione dei livelli di spesa delle Regioni⁴⁰ non costituendo un fondamentale principio di coordinamento della finanza pubblica ma un precetto puntuale sulla sua entità, appare in violazione degli artt. 117, comma 3, e 119 della Costituzione e, pertanto, lesivo della loro autonomia, come aveva già sottolineato la Consulta nella decisione n. 417/2005.

Ancora e in riferimento alle garanzie procedurali per l'esercizio del potere sostitutivo, la previsione del comma 7

⁴⁰ Art. 5, comma 2.

dell'art. 5, ai sensi della quale: «*il Commissario segnala alle amministrazioni le misure di razionalizzazione della spesa e fissa un termine per il raggiungimento degli obiettivi prefissati*», non pare soddisfare il requisito indicato nella sentenza n. 43/2004 resa, parimenti, dalla Corte costituzionale in riferimento all'art. 120 Cost., ossia la previsione di un procedimento nel quale l'ente sostituito sia posto in una situazione idonea a evitare la sostituzione attraverso l'adempimento autonomo e poter, comunque, interloquire nello stesso procedimento.

Le Regioni hanno ricordato, ulteriormente, il loro contributo essenziale per la riduzione della spesa pubblica, realizzato attraverso tagli lineari ai propri bilanci fin dall'applicazione del d.l. n. 78/2010, azzerando gli *ex trasferimenti Bassanini* e gli altri regionali per un importo pari a 4 miliardi di euro nel 2011 e a 4,5 a decorrere dal 2012.

In effetti, c'è da dubitare della ragionevolezza della prescrizione di razionalizzare la spesa pubblica applicando uguale criterio di intervento ad enti che, però, si trovano in condizioni economico-finanziarie del tutto differenti e, pertanto, reputando irragionevole lo stesso trattamento di situazioni oggettivamente diverse, potrebbe prefigurarsi violazione dell'art. 3, comma 2, Cost., per inosservanza del principio di uguaglianza sostanziale, oltre che dell'art. 119 Cost.

In definitiva, emerge con tutta evidenza dal contenuto dei decreti legge citati, dal D.E.F. 2012, dalla Relazione della Commissione parlamentare sul federalismo fiscale, dal *nuovo* art. 119 Cost., dalle denunce della Conferenza Unificata, l'insignificante considerazione del fisco regionale e della riforma federale *in itinere*.

Ciò che lascia disorientati in questa legislazione è, da un lato, la mancanza di una *pars construens*, di un armonico dispiegarsi di relazioni tra la poliarchia di soggetti istituzionali costituzionalmente equiordinati in base all'art. 114 Cost. dove è pure scritto, tra i principi fondamentali, della Costituzione, all'art. 5, che lo Stato - parimenti soggetto equiordinato - adegua i principi e i metodi della sua legislazione alle esigenze dell'autonomia e del decentramento⁴¹; dall'altro, la carenza di una

⁴¹ ESPOSITO in un lucido commento all'art. 5 Cost. effettuato pochi anni dopo l'approvazione della Carta costituzionale aveva rilevato, con grande efficacia, che «l'unità e la indivisibilità della Repubblica non possono

sistematicità, indispensabile anche (e forse, soprattutto) nell'urgenza essendosi, di fatto, scollegato il percorso federalista da altri primari interventi legislativi. Ancor di più, si assiste a uno *sfasamento* tra l'attuazione del federalismo e lo sforzo di risanamento dei conti della Pubblica Amministrazione per la crisi finanziaria, economica, industriale e occupazionale non solo italiana. Sembra lecito domandarsi in questo *mismatch* tra le attese federaliste e la nostra realtà se non si stiano anticipando i tempi alterando le regole del gioco perdurandosi nella mancata ricerca di un equilibrio tra i benefici della riforma federale e i costi sociali⁴². Ancora, l'accumulo di interventi disarticolati espone al rischio di seppellire, in modo definitivo, il modello autonomistico tratteggiato nella Carta fondamentale non proponendone un altro alternativo idoneo a tessere il disegno riformatore del *regionalismo fiscale*. In più, la recente legislazione, rivolta a fronteggiare la crisi, risulta condotta esclusivamente dal centro in continuo conflitto con il sistema istituzionale territoriale, con buona pace del decentramento, del prelievo fiscale e dell'autonomia di spesa tutelate dalla l. n. 42/2009 e dai decreti attuativi per il sostegno alla crescita economica e allo sviluppo.

L'assunto che un maggiore decentramento in Italia avrebbe comportato un indice di efficienza delle Pubbliche Amministrazioni più alto con un rapporto servizio offerto dall'Amministrazione pubblica/spesa locale sostenuta più basso, messo alla prova dei fatti, non appare la soluzione ottimale alla crisi finanziaria degli enti territoriali⁴³.

L'indispensabile concorso di questi ultimi alla complicata operazione di aggiustamento dei conti pubblici e al sostegno alla

considerarsi principio direttivo positivo - cioè obiettivo da perseguire - ma solo limite al riconoscimento delle autonomie, che costituiscono invece il principio positivo da sviluppare nell'ambito del sistema», ossia la c.d. sussidiarietà orizzontale in grado di modificare significativamente il rapporto tra i cittadini e la pubblica amministrazione. Cfr. ID., *Autonomie locali e decentramento amministrativo nell'art. 5 della Costituzione*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, 67 ss.

⁴² Cfr. ANTONUCCI, *Verso una vera autonomia finanziaria regionale. Abbiamo già un accordo con il sistema finanziario?* in *ISSiRFA, Osservatorio finanziario regionale*, novembre 2010, 4.

⁴³ Così INGROSSO, *Il federalismo demaniale e il suo impatto sul Mezzogiorno*, in *Innovazione e Diritto, Riv. fac. giur. di Napoli "Federico II"*, 2010, n. 4.

crescita, dunque, non potrà essere ottenuto: “se continueranno a mancare due condizioni essenziali, che una rigorosa attuazione del federalismo fiscale (...) dovrà assicurare: a) una razionale e equa ripartizione delle risorse che dia a ciascuna istituzione (nazionale, regionale o locale) una quota di risorse obiettivamente parametrata ai compiti, ai servizi e alle prestazioni che ad essa compete erogare; b) un meccanismo di rigorosa responsabilizzazione di ogni amministrazione (nazionale, regionale e locale) quanto alla provvista e all’impiego delle risorse ad essa spettanti”⁴⁴. Si tratta, in altri termini, di porre fine a quei meccanismi che hanno reso sempre più precaria la collaborazione tra Stato, regioni e enti locali nel controllo, qualità e efficacia della spesa pubblica. È questa logica di interdipendenza tra amministrazioni centrali e decentrate che è mancata nelle misure di stabilizzazione finanziaria degli ultimi anni le quali, sotto la scure della perdurante congiuntura negativa che ha investito in modo significativo il nostro Paese con l’improcrastinabile necessità di porre mano ad un concreto processo di risanamento dei conti pubblici, erroneamente confluito in un nuovo centralismo, hanno spinto ad un assopimento dell’attenzione sugli aspetti fondamentali che codificano la vita democratica, ossia le regole, le procedure e i vincoli entro cui si esprime il processo decisionale per l’acquisizione delle risorse finanziarie e il loro utilizzo in modo efficiente e nell’interesse generale, bloccando di fatto il *nuovo regionalismo fiscale*, ove le istanze di riforma, da più parti invocate, avevano spinto, ancor prima del conclamarsi della crisi in ragione della nostra preesistente situazione economico-finanziaria, ad una ridefinizione del sistema autonomistico nonché all’analisi dei diversi criteri cui informare il relativo ordinamento in modo da renderlo più aderente, una volta realizzata la riforma, non solo alla parte rinnovata del dettato costituzionale ma, ancor più, per dare ad essa contenuto e effettività visto l’ormai definitivamente superato principio dell’*uniformismo amministrativo* di risalente tradizione napoleonica.

Ciò è potuto accadere per “il peculiare processo di unificazione-accentramento che produsse anche l’effetto di

⁴⁴ Cfr. BASSANINI, *Il federalismo fiscale alla prova della sua attuazione*, in *Astrid-online*, 27 luglio 2010.

impedire che le pur profonde differenze sociali, culturali e economiche esistenti tra i diversi territori, e le diverse tradizioni legislative, amministrative e politiche, si riflettessero in modo sensibile nell'assetto istituzionale dello Stato unitario. Si realizzò cioè un fenomeno, oltre che di unificazione, di appiattimento istituzionale. Si aggiunga che il tipo di struttura costituzionale e amministrativa, adottato in Piemonte e successivamente esteso in tutta Italia, era quella dello Stato unitario e accentrato di tradizione francese e di impronta napoleonica”⁴⁵.

3. La memoria storica: cenni

Appare opportuno ricordare, infatti, che la creazione dell'ente regione operata dalla Costituzione, nonché il relativo tema, hanno radici profonde, che affondano nel Risorgimento, nella lotta per l'indipendenza nazionale e nella costruzione dello Stato italiano unitario, costituendo il risultato di una lenta evoluzione dell'organizzazione statale che trova le sue remote origini più radicali nella matrice federalista del Cattaneo e Ferrari, per i quali la regione è funzionale all'unificazione del Paese⁴⁶.

La proposta di regionalizzazione più significativa risale al Farini e al Minghetti che si sostituirono nella guida del Ministero dell'Interno sotto il Governo Cavour.

Il *progetto Minghetti*⁴⁷, presentato alla Camera il 13 marzo 1861, concepiva la Regione come il livello ottimale per un'amministrazione più efficiente e più vicina ai cittadini atta a colmare gli squilibri territoriali derivanti dalle diverse condizioni

⁴⁵ ONIDA, *Il regionalismo in Italia: origine, caratteri, prospettive*, in *Quad. n. 3. Seminario 1992*, Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari “Silvano Tosi”, Milano 2003.

⁴⁶ GARDINI, *Dalla “questione meridionale” alla questione settentrionale; l'amministrazione regionale in cerca di identità*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2010, n. 1/2

⁴⁷ Sul progetto Cavour, Minghetti, Farini, cfr. tra gli altri, DE CESARE, *Decentramento e autonomie regionali nell'indirizzo politico di governo (1860-1923)*, in MARAINI (a cura di), *La Regione il governo locale*, Milano, 1965, 115 ss.; BROSIO - MARTINI, *Alla ricerca dell'autonomia*, in *La finanza locale in Italia. Rapporto 2010*, Milano 2010, 105; VANDELLI, *Il regionalismo quarant'anni dopo: il caso dell'Emilia Romagna*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2010, n. 5/6, 469 ss.

di sviluppo che caratterizza(va)no le nostre diversificate aree geografiche. Questo progetto, come è noto, non fu approvato per le ricadute che si temeva potesse avere sulla fragile unità italiana in quanto evocava lo spettro dei *vecchi Stati* e si intraprese, invece, la strada più confortante dell'unificazione amministrativa con la l. 20 marzo 1865, n. 2248⁴⁸ che disegnò l'ordinamento tributario locale: le spese si suddivisero in *obbligatorie* e *facoltative* al fine di garantire su tutto il territorio nazionale la prestazione essenziale di alcuni servizi fondamentali⁴⁹.

Alla fine del processo, con l'approvazione della predetta legge, si affermò il profilo dello *Stato guardiano* contrapposto allo *Stato funzionale*⁵⁰ attraverso il modello elaborato, soprattutto, dai corpi burocratici del vecchio Regno sabauda, caratterizzato dal definitivo abbandono dell'idea dell'istituzione delle Regioni e dall'adozione di regole omogenee applicabili in tutta la Nazione rispetto all'organizzazione delle Province e dei Comuni considerati quali enti amministrativi.

Sui motivi che portarono ad una tale soluzione, tra le tante interpretazioni cui anche brevemente, in questa sede, non è possibile fare riferimento e tra le quali si segnalano in particolare, tra gli altri, le preoccupazioni suscitate dalle tendenze centrifughe che minacciavano l'unità del nascente Stato, il sentimento di estraneità e la resistenza del Mezzogiorno, l'opposizione della Chiesa, divenuta particolarmente ostile per la perdita del potere temporale, la carenza negli Stati pre-unitari di forti apparati istituzionali e amministrativi⁵¹, sembra opportuno un richiamo che derivò dal *rimescolamento* delle identificazioni/appartenenze territoriali che il nuovo Ente avrebbe riversato sulle tradizionali istituzioni decentrate per la contestuale proposta della codificazione di un consorzio permanente di Province in sostituzione delle previgenti circoscrizioni e che, in sostanza, decretò la soppressione di questa Istituzione locale più riconoscibile, meno problematica, anche essa con antiche origini, già reintrodotta nell'ordinamento

⁴⁸ Cfr. DE MARTIN, *Le Regioni nel sistema nazionale: tensioni e visioni*, in Longobardi (a cura di), *Regionalismo e Regioni in Italia*, Roma, 2011.

⁴⁹ Cfr. MARONGIU, *Storia dei tributi degli enti locali (1861-2000)*, Padova, 2001, 13.

⁵⁰ Cfr. BURDEAU, *L'Etat*, Paris, 1970.

⁵¹ Cfr. ZIBLATT, *Structuring the State. The formation of Italy and Germany and the puzzle of feodalism*, Princeton, 2006.

piemontese con la *legge Rattazzi* del 1859 e, inoltre, a garanzia e tutela di tutto il sistema di controllo dal centro, affidata alla *cura* di una figura che doveva rispondere, in primo luogo, allo Stato centrale: il Governatore della Provincia⁵².

Il salvataggio di questa figura, ossia il Prefetto⁵³, a detrimento della Regione, prevalse sulla scelta di una trasformazione radicale attraverso un *novus ordo* che avrebbe sostituito l'elemento provinciale con pochi centri amministrativi aventi caratteristiche peculiari che non rispondevano, però, alle tradizioni italiane e che, invece di porsi come elemento di raccordo tra la Nazione e il Comune, *unità primordiale*, avrebbero offuscato anche l'ideologia del municipalismo che si ispirava alla teoria di origine francese del *pouvoir municipal*⁵⁴, la cui autonomia originaria era preesistente e non ideata dallo Stato.

In definitiva, l'abbandono dell'idea regionalista può collegarsi alla mancanza originaria di una salda tradizione dell'Istituzione corrispondente e alla percezione del relativo organismo come *estraneo* alla tradizione giuridica e, pertanto, da costituire *artificialmente* a fronte degli storici radicamenti autonomistici in un ruolo di *ente terminale* calato: "su un sistema territoriale connotato da tradizioni locali antiche e particolarmente robuste, presentandosi non tanto quale fattore di sua complessiva trasformazione, quanto livello ulteriore in un sistema che rimaneva sostanzialmente immutato; livello ulteriore, tendenzialmente portato più a competere che non a sostenere e a coordinare i governi locali"⁵⁵. Tuttavia, l'idea regionalista continuò a essere portata avanti e trovò nuovo terreno fertile, dopo la prima guerra mondiale, nel pensiero di Sturzo che vide nella Regione un fattore per ravvivare i dinamismi locali e facilitare l'intervento nella vita pubblica di un gruppo sempre più ampio di cittadini.

L'avvento del regime fascista, contrario a ogni tendenza di decentralizzazione, bloccò qualsiasi prospettiva in senso

⁵² Così SEGATORI, *Le debolezze identitarie del regionalismo italiano*, in *Le Istituzioni del federalismo*, 2010, n. 5/6, 439.

⁵³ Con il R.D. n. 250 del 1861 la denominazione del *Governatore provinciale* fu mutata in *Prefetto*.

⁵⁴ DE PANSEY, *Du pouvoir municipal et de la police intérieure des communes*, Paris, 1840.

⁵⁵ Cfr. VANDELLI, *Le problematiche prospettive del regionalismo italiano*, in *Istituzioni del federalismo*, 2010, n. 1/2

regionalista per l'affermarsi di una visione accentrata dello Stato, mentre nel secondo dopoguerra con l'Assemblea costituente si riprese il dibattito e i relativi risultati furono raccolti nel Titolo V della Costituzione del 1948 anche se, questa, nel definire il quadro dell'articolazione regionale per l'individuazione territoriale delle relative identità, agì sulla base non di criteri geografici, sociali e economici omogenei, ma riproducendo i vecchi compartimenti statistici del Regno⁵⁶ e ciò spiega, tra l'altro, perché tra gli enti territoriali le Regioni siano, in molti casi, le meno radicate storicamente e le più deboli sul piano dell'identità socio-culturale.

Tale considerazione si fonda sulle seguenti riflessioni sulle origini e sul carattere del regionalismo in Italia: "Quando l'Assemblea costituente discusse le disposizioni del testo costituzionale concernente le Regioni, solo le quattro Regioni già in qualche modo delineate nel periodo precedente avevano una identità anche geografica precisa. Nel restante territorio nazionale non erano mai esistite, dopo l'unità d'Italia, strutture amministrative di alcun genere che si richiamassero ai confini delle Regioni. Una suddivisione per Regioni del territorio veniva bensì operata, con nomi storici, ma solo ai fini di raccolta e elaborazione di dati statistici. I confini e le denominazioni di queste Regioni geografiche o statistiche erano più o meno definiti in base a fattori storici (l'appartenenza a diversi Stati preunitari) e culturali. Tuttavia la definizione dell'elenco delle Regioni da istituire non avvenne senza travagli, perché da molte parti si misero in discussione i confini e si avanzarono candidature di nuove Regioni o sub regioni, per la cui esistenza non era difficile trovare, nella ricca e lunga storia dei territori italiani, una qualche giustificazione"⁵⁷. Queste difficoltà, nel definire il quadro della strutturazione regionale, evidenziano uno dei tratti del nostro regionalismo, ossia il nascere non sulla base di consolidate identità indiscusse e interiorizzate dalle rispettive popolazioni⁵⁸. L'attuazione dell'ordinamento regionale, malgrado la previsione costituzionale avesse fissato al 31 dicembre 1948 il termine entro il quale indire le elezioni dei loro Consigli⁵⁹ fu rinviata *sine die*

⁵⁶ Illustrati da MAESTRI, in *Statistica del Regno d'Italia*, Firenze, 1864.

⁵⁷ In tal senso ONIDA, *Il regionalismo in Italia: origine, caratteri, prospettive*, cit., 83.

⁵⁸ V. nota precedente.

⁵⁹ *Disp. trans.*, VIII.

dal momento che il periodo di *ibernazione* si è chiuso soltanto nel 1970⁶⁰.

La *regionalizzazione* dello Stato, sul versante di quelle di diritto comune, è rimasta, pertanto, sulla carta per molto tempo nonostante l'approvazione della l. n. 62 del 1953 - la c.d. *legge Scelba* - sulla costituzione e sul funzionamento degli organi regionali, apparsa come la premessa per una rapida implementazione del relativo ordinamento.

Dal 1970, poi, cioè da quando le Regioni furono realizzate⁶¹, e almeno sino alla c.d. *Riforma sanitaria* (otto anni dopo⁶²), esse hanno assunto un ruolo irrilevante rispetto a quanto inizialmente delineato; d'altronde, la predetta riforma, pur riconoscendogli una funzione importante dimostrò contemporaneamente la sua inadeguatezza a causa del rituale istituzional-amministrativo secondo cui la disponibilità dell'ente creava l'attribuzione della funzione e non il contrario⁶³.

Nel corso degli anni ottanta e novanta dello scorso secolo si sono registrati, poi, una serie di avvenimenti caratterizzati da rivendicazioni autonomiste e di decentramento fiscale che, seppur presenti anche in altri Paesi europei, nel nostro hanno assunto particolare rilievo per l'esigenza aggiuntiva di superare il paradosso di uno squilibrio tra spese decentrate (di cui erano responsabili le amministrazioni regionali) e entrate derivate, non solo lesive dell'autonomia finanziaria territoriale ma dipendenti in misura significativa dai trasferimenti statali, nonostante l'*evaporazione* della supremazia finanziaria determinata dal riconoscimento di quadri competenziali sovranazionali e locali. Contemporaneamente, l'assunta consapevolezza della presenza di un *sistema* politico e amministrativo *corrotto* coinvolgente tutte le Pubbliche Amministrazioni, conclusosi con il crollo della *prima Repubblica*, ha orientato le scelte successive con detrimento della rivalutazione identitaria dell'ente Regione in

⁶⁰ L. n. 281/1970 recante «Provvedimenti finanziari per l'attuazione delle Regioni a statuto ordinario».

⁶¹ Sul tema, in particolare, BASSANINI, *L'attuazione delle Regioni*, Firenze, 1970; ROTELLI, *Dal regionalismo alle Regioni*, Bologna, 1973

⁶² L. n. 833/1978.

⁶³ In argomento cfr. ADORNI - MAGAGNOLI, *L'esperienza del decentramento istituzionale in Italia e lo sviluppo locale*, Relazione presentata agli Incontri pratesi su "Lo sviluppo locale", Artimino, 12-16 settembre 2005, w.p., 2005, n. 3, in *swrwebeco.econ.unipr.it*.

nome del recupero dell'identità nazionale per la ricomposizione del tessuto sociale lacerato dalla crisi morale, istituzionale e economica. Bisognerà, così, attendere la svolta del c.d. *terzo decentramento* promosso dalla *Riforma Bassanini* con la L. n. 59/1977 per un'evoluzione normativa anche della materia fiscale che, sostanzialmente, ha ridisegnato, mediante un progetto organico, il previgente sistema con l'introduzione dell'IRAP⁶⁴, dell'addizionale all'IRPEF e meccanismi perequativi rinnovati attraverso l'abolizione contestuale di molti tributi preesistenti.

La *Bassanini*, in ogni caso, è stata il risultato *massimo* che poteva conseguirsi, sia rispetto all'ampliamento della sfera di attribuzioni degli enti regionali (e locali), sia nel senso di una graduale apertura dell'ordinamento a forme più spinte di *devolution* non riuscendo, però, a porre in essere un modello risolutivo e, dunque, un regionalismo *in fieri*⁶⁵, definito dalla dottrina *regionalismo della transizione* in quanto si manteneva al di qua della soglia costituzionale fissata seppur prodromica all'avvento del nuovo assetto ordinamentale contraddistinto dal valore di *autonomia*. «Un “ponte” tra Costituzione vecchia (e, però, ancora vigente e, perciò, bisognosa di essere pienamente osservata) e Costituzione nuova (o, meglio, futura), di cui s'intravedevano già i lineamenti, dalla stessa legge in parola messi a fuoco in vista della loro (promessa come imminente) realizzazione»⁶⁶.

⁶⁴ Sull'imposta, tra i tanti contributi dottrinali in senso ricostruttivo, v. SCHIAVOLIN, *L'imposta regionale sulle attività produttive. Profili sistematici*, Milano 2007. Non può omettersi, inoltre, tra i primi commenti, di far riferimento a GALLO, *Ratio e struttura dell'Irap*, in *Rass. trib.*, 3, 1988, 627 ss.; FEDELE, *Prime osservazioni in tema di Irap*, in *Riv. dir. trib.*, 5, 1988, 470 ss. Cfr. anche MARONGIU, *L'imposta regionale sulle attività produttive (Irap)*, in A. Amatucci (a cura di), *Trattato di diritto tributario*, Padova 2001, 451 ss.; A. AMATUCCI, *L'ordinamento giuridico della finanza pubblica*, Napoli, 2007, 412 ss.; TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario*, parte speciale, Torino, 2008, 375 ss.

⁶⁵ Cfr. GRIMALDI, *Autonomia statutaria, nuovo regionalismo ed affermazioni di welfare inclusivo*, cit.

⁶⁶ Così MARTINES - RUGGERI - SALAZAR, *Lineamenti di diritto regionale*, Milano, 2008, 187. In argomento cfr., anche, RUGGERI, *Il “regionalismo della transizione” e la teoria della Costituzione*, in *Federalismi.it*, 29 luglio 2004, n. 16, e DE MARTIN, *Il cosiddetto federalismo. Percorso ancora incompiuto e ruolo in chiaroscuro delle associazioni autonomistiche*, in *Amministrazione in cammino*, 10 marzo 2011.

Dall'ampio dibattito dottrinale e politico sulle diverse prospettive di decentramento conseguirono, infatti, svariate indicazioni di revisione costituzionale finalizzate a concedere uguale dignità ed equiordinazione a Stato e Regioni, ove le funzioni non necessariamente pertinenti del primo dovevano essere trasferite alla piena autonomia (anche legislativa) delle seconde delle quali si prospettava, tra l'altro, l'assestamento in unità di maggiori dimensioni; la previsione della Camera delle Regioni; la rappresentanza regionale nella Corte costituzionale; l'iniziativa regionale di *referendum* sulla legislazione nazionale.

In questo contesto, la proposta di maggior rilievo tendente a un sia pur circoscritto *federalismo fiscale* (e *politico*), locuzione che si è utilizzata e si utilizza nelle presenti considerazioni nella consapevolezza del relativo grado di approssimazione, è stata quella avanzata nel 1997 dalla *Commissione bicamerale D'Alema* per la riscrittura del Titolo V della Costituzione; tale proposito, tuttavia, non ebbe seguito per i contrasti sui temi del semi-presidenzialismo e della giustizia tra i due principali protagonisti dell'iniziativa (on.li Berlusconi e D'Alema); peraltro, i cambiamenti suggeriti, oltre a essere sottoposti a vincoli diversificati, apparvero un *federalism by xerox* dell'art. 70 della *Grundgesetz* tedesca del 1949 che, attribuendo pari *status* a *Bund* e *Länder*, conferiva a quest'ultimi la competenza legislativa generale, non esplicitando, però, le funzioni statali e regionali, nonché prevedendo il finanziamento regionale attraverso generici tributi propri e partecipazioni perequative alle erariali. Si deve, comunque, alla *Bicamerale* la formalizzazione del criterio che costituirà, poi, il motivo conduttore delle proposte federalistiche fiscali italiane: la commisurazione delle aliquote di compartecipazione alla soglia più idonea a garantire l'*autosufficienza* della Regione più ricca⁶⁷.

Il successivo cammino dell'ultimo decennio del novecento è stato, poi, nel senso del decentramento delle responsabilità amministrative-gestionali attraverso l'evidenza istituzionale attribuita ai Sindaci e ai Presidenti delle Regioni, il rinnovamento dei tributi comunali e regionali, la diminuzione dei trasferimenti statali e l'avvio del processo di implementazione dell'autonomia finanziaria culminato, poi, nel 2000 con il d.lgs. n. 56 attuativo

⁶⁷ In tal senso BERNARDI - GANDULLIA, *Federalismo fiscale in Europa e in Italia*, w.p. SIEP, giugno 2004, n. 321, 3.

della legge delega n. 133/2000. Con questo provvedimento, infatti, sono stati aboliti i trasferimenti erariali, compensati dalla previsione della compartecipazione regionale all'IVA; è stata aumentata l'aliquota dell'addizionale regionale all'IRPEF e la compartecipazione regionale all'accisa sulla benzina; è stato istituito un fondo perequativo nazionale per permettere la destinazione di una parte del gettito della compartecipazione all'IVA alla realizzazione degli obiettivi di solidarietà interregionale; sono stati ideati un vincolo di destinazione delle spese sanitarie e alcune procedure per il monitoraggio dell'assistenza sanitaria; è stata abolita la compartecipazione dei Comuni e delle Province al gettito IVA; è stata prevista la partecipazione regionale all'attività di accertamento dei tributi erariali.

Nei fatti, però, l'evoluzione della disciplina in materia di coordinamento della finanza pubblica è stata resa più complessa (anche) dalla circostanza che il provvedimento più avanzato di riforma della struttura della finanza regionale, adottato antecedentemente alla revisione del Titolo V, vale a dire il *decreto sul federalismo fiscale*, ha presentato, in fase applicativa, difficoltà che ne hanno bloccato l'attuazione. Questo sistema, che avrebbe dovuto consentire il progressivo superamento del criterio della spesa storica, sebbene in un periodo di tempo piuttosto lungo (avrebbe dovuto completarsi nel 2013), ha fatto emergere, da subito, i problemi connessi alla perequazione delle risorse da mettere a disposizione degli enti territoriali con capacità tributarie differenti e livelli di spesa connessi, in gran parte, al fabbisogno sanitario, storicizzati e difficilmente comprimibili.

Da questo punto di vista, le principali divisioni si sono create all'interno dei comparti regionali: le Regioni meridionali, infatti, hanno sostenuto che i parametri di ripartizione contenuti nel decreto si traducevano in serie penalizzazioni in quanto la relativa applicazione avrebbe determinato una notevole riduzione delle risorse storicamente loro assegnate e, comunque, insufficienti a finanziarne le funzioni; le settentrionali, a loro volta, e almeno in un primo momento, hanno valutato troppo lento il percorso per il superamento del criterio della spesa storica e la possibilità di acquisire, oltre il livello del fabbisogno, una parte del gettito della propria capacità fiscale.

In fin dei conti, il decreto è risultato pienamente operativo solo per l'anno 2001; nel 2004, poi, è stato emanato, con tre anni

di ritardo, il decreto attuativo per l'anno 2002; ancora, a causa delle difficoltà sorte, il d.l. n. 314/2004⁶⁸, all'art. 4, nella prospettiva di rivedere l'intera disciplina, ha sospeso l'efficacia del sistema di perequazione definito dal decreto e del provvedimento di attuazione per il 2002.

Con la legge finanziaria per il 2006, recependosi le indicazioni dell'*intesa* raggiunta in sede di Conferenza Stato-Regioni sulla base dell'*Accordo* di Santa Trada del 21 luglio 2005, è stato, di fatto, sospeso il fulcro della disciplina del d.lgs. del 2000 relativamente alla determinazione delle somme spettanti a ciascuna Regione e, di conseguenza, al meccanismo di perequazione. Fino all'attuazione del *nuovo* art. 119 Cost., era garantito ad ogni Regione, in ciascun esercizio, il livello di ripartizione stabilito per l'esercizio 2002 rideterminato, per ogni anno successivo, da una somma non superiore a quella risultante dal predetto anno quale scostamento dalla *copertura* integrale della spesa storica.

Andando oltre tali disposizioni, l'*iter* evolutivo si è uniformato all'*accordo* degli on.li Bossi e Berlusconi che *scambiarono* l'attuazione del *federalismo fiscale* con il ritorno della Lega Nord nella coalizione di centro-destra. A loro volta, i partiti di centro-sinistra reagirono per i possibili risvolti elettorali e contribuirono ad approvare una veloce revisione del Titolo V, parte seconda, della Costituzione confluita poi nella nota l. cost. n. 3 del 2001, anch'essa *ferma* per circa un decennio dal momento che, la parte riguardante l'attuazione del *federalismo fiscale*, declinata nel nuovo art. 119, ha visto la luce, come si è segnalato, soltanto nel 2009 con la legge delega n. 49.

Ma questa è storia abbastanza recente di un percorso diacronico di cui si è dovuto dar conto, sia pur succintamente, per indicare il peculiare scenario in cui si è svolto il lungo cammino dell'ordinamento finanziario regionale italiano, le cui difficoltà per una compiuta realizzazione federalistica, soprattutto in un momento come l'attuale caratterizzato da gravi instabilità finanziarie, paiono sempre più emergere sebbene esse non siano esclusive del nostro *sistema* pur se, rispetto agli altri, caratterizzato da preoccupanti incertezze istituzionali. Ciò che pare opportuno segnalare, comunque, è che tutti suggerimenti più nuovi sulla fiscalità regionale paiono essere stati formulati e

⁶⁸ Convertito con modificazioni dalla l. n. 26/2005.

tradotti con *eccesso normativo* che pone difficoltà interpretative e applicative cristallizzanti modelli privi di coerenza ed equilibrio, svalutativi delle implicazioni organizzative, economiche e finanziarie del rinnovato impianto in carenza di analisi approfondite sui possibili effetti, oltre che rigorose e puntuali verifiche *ex ante* dei fini, dei mezzi e delle effettive capacità e volontà politico-burocratiche centrali e periferiche per una sua corretta realizzazione.

Venuto alla luce in modo affrettato e non correttamente definito, anche per ragioni di *opportunitismo politico*, il nostro federalismo *portato dal vento*⁶⁹, solo dopo il suo avvio ha prodotto un'infinità di indagini *de iure condito*, anche a livello istituzionale, con proposte finalizzate a individuare le modalità più consone per la sua applicazione operandosi, però, in uno spazio sottoposto a vincoli sovra-determinati che impongono, ancor oggi, la domanda se tale scelta sia consona alla nostra realtà⁷⁰.

Il federalismo politico e, dunque, anche quello *fiscale*, possono avere, in linea di principio, una valenza democratica maggiore rispetto all'ipotesi centralista solo se inseriti in un contesto evoluto e in economie avulse da *dualismi* profondi come quelli che caratterizzano il nostro sistema economico-finanziario⁷¹, oltre che quando trovino la loro origine in un *patto* iniziale conseguente a un'autentica vocazione storica autonomista intorno a cui possa raccogliere la partecipazione democratica dei cittadini. Elementi, che, come si è provato sinteticamente a segnalare, sono assolutamente estranei alla nostra tradizione storica, giuridica ed economica .

4. Problematiche attuali

Il tema, così, non mancherà di incontrare: «blocchi ulteriori non solo nuovi ma preesistenti e mai superati a causa

⁶⁹ Cfr. BERNARDI - GANDULLIA, *Federalismo fiscale in Europa e in Italia*, in *Federalismo 2004. Aspetti quantitativi e confronto con le esperienze europee*, in Saraceno - Zanardi, *Progetto Riforme*, febbraio 2004.

⁷⁰ ID., *ibidem*, 4.

⁷¹ Tra i tanti interventi in tal senso, si segnala in particolare FAUSTO, *Il federalismo fiscale nel paese del dualismo*, in FOSSATI (a cura di), *La nascita del federalismo italiano. Attuazione della riforma al titolo V della Costituzione*, Milano, 2003, 57 ss.

dell'approssimazione con cui, nel tempo, si sono approcciati i problemi e si sono scelti i materiali, le tecniche costruttive e si sono anche poste in opera le soluzioni»⁷². Tra gli arresti del processo alcuni elementi paiono, peraltro, insormontabili e dovuti, in special modo, alla traduzione pratica dei contenuti operativi della riforma per l'estrema sommarietà della sua predisposizione e i cui nodi cruciali sono rappresentati, *in primis*, dalla salvaguardia del principio costituzionale dell'unità e dell'indivisibilità della Repubblica, dall'unicità del contribuente, dalle profonde interdipendenze tra le diverse fattispecie impositive: elementi tutti ostativi a un'ampia condivisione di un percorso rivolto alla (ormai sempre più) affannosa metamorfosi dell'ordinamento finanziario italiano.

In un clima mai sopito di accesi dibattiti, polemiche improduttive e rischi connessi sulle questioni indicate, si è ulteriormente aggiunto il processo, da realizzare in più fasi, di riforma del sistema delle leggi finanziarie e di bilancio, oltre che dei documenti di programmazione economico-finanziaria imperniato sulla l. n. 196/2009, sostitutiva della l. n. 468/1978, poi modificata dalla l. n. 39/2011⁷³, che, però, mal si raccorda per numerosi aspetti, alla l. n. 42/2009 in materia di *federalismo fiscale* e a cui si è provato a rimediare con i d.lgs. del 2010-2012.

Una (nuova) contromarcia involutiva per l'implementazione dell'autonomia finanziaria territoriale è stata ulteriormente posta dai nuovi vincoli predisposti nella l. cost. n. 1/2012 con cui si è introdotto in Costituzione il principio dell'equilibrio delle entrate e delle spese - e, si noti bene non utilizzandosi la locuzione "pareggio di bilancio" - correlandolo a un vincolo di sostenibilità del debito di tutte le Pubbliche Amministrazioni nel rispetto delle regole di *governance* europea in materia economico-finanziaria⁷⁴.

⁷² INGROSSO, *Il disegno di legge sul federalismo fiscale: diversivo a futura memoria*, cit.

⁷³ Tanto per il necessario adeguamento al *Semestre europeo*, il meccanismo di coordinamento *ex ante* delle politiche economiche e di bilancio degli Stati membri.

⁷⁴ Come ha ricordato DI GASPARE riguardo all'art. 81 Cost. previgente «L'abbandono del principio del pareggio sostanziale tra entrate e spese di bilancio dello Stato si accompagna alla nascita della finanza trasferita e alla definitiva deresponsabilizzazione fiscale dei Comuni e delle neonate Regioni per le quali, anzi, si può dire che la deresponsabilizzazione fiscale sia congenita. Ed, in effetti, il disegno di legge sull'autonomia finanziaria delle Regioni, previsto dalla legge del 1968, istitutiva dell'ordinamento regionale, che avrebbe dovuto

La riforma, invero, ha dato attuazione a uno degli impegni assunti dal IV e ultimo Governo Berlusconi, confermato dall'Esecutivo di M. Monti, per assicurare i mercati sulla sostenibilità del debito pubblico e ha preso spunto dalla necessità di accrescere il nostro impegno a risanare le finanze pubbliche in attuazione dei vincoli posti dal c.d. *Euro Plus Pact* del marzo 2011 e nel c.d. *Six-Pack* dell'ottobre dello stesso anno dal Consiglio ECOFIN, successivamente ribaditi nel Trattato sul *Fiscal Compact* del gennaio 2012⁷⁵. Tuttavia, la costituzionalizzazione del principio, assai probabilmente, finirà con l'incidere negativamente su uno dei compiti fondamentali di ogni Stato democratico: redistribuire la ricchezza e assicurare il *welfare* a causa delle limitazioni che potranno determinarsi sulla libertà decisionale delle istituzioni. Ancora, l'introduzione *rigida* di tale vincolo attraverso la riscrittura dell'art. 81 Cost. che, tra l'altro, non è garanzia, *ipso facto*, di efficacia, irrigidisce regole che, a livello sovranazionale, hanno una valenza prettamente *politica* e sono suscettibili, pertanto, di aggiustamenti eventuali.

Le problematiche sono, dunque, molteplici e tra queste occorre far riferimento anche alle modifiche introdotte agli artt. 97, 117 e 119 Cost. per le conseguenti limitazioni all'autonomia finanziaria delle Regioni e delle autonomie locali.

La riforma, infatti, amplia la centralità dello Stato nel sistema finanziario pubblico riducendo l'ambito di autonomia indicata in Costituzione e, tale aspetto, si ravvisa sotto svariati profili: nell'art. 97 Cost., comma primo, con il potenziamento del principio dell'*equilibrio* e della *sostenibilità* del debito pubblico valido per i conti pubblici dello Stato ed esteso anche ai bilanci regionali, provinciali e comunali; nell'art. 117 Cost., ove l'*armonizzazione dei bilanci pubblici* è materia di potestà esclusiva statale (e non più concorrente); nell'art. 119, primo e

attribuire alle stesse entrate proprie, responsabilizzandole in ordine alla spesa, sempre formalmente riproposto ad ogni inizio di legislatura dal Governo, non inizia mai l'*iter* parlamentare di approvazione». Cfr. DI GASPARE, *Conclusioni alla tavola rotonda del Convegno "Le procedure finanziarie in un sistema multilivello"*, Roma, 27 maggio 2004, in ID. - LUPO (a cura di), Atti, Milano, 2005.

⁷⁵ In argomento si rinvia a NAPOLITANO, *Il meccanismo europeo di stabilità e la nuova frontiera costituzionale dell'Unione*, ibidem, 461 ss.; PEREZ, *La nuova governance economica europea: il meccanismo di stabilità e il Fiscal Compact*, in *Giorn. dir. amm.*, 5, 2012, 469 ss.; NUGNES, *Il Fiscal Compact. Prime riflessioni su un accordo ricognitivo*, in *Forum costituzionale*, 6 marzo 2012.

sesto comma, Cost., in cui il principio del concorso delle Regioni e degli enti locali all'adempimento dei vincoli economici e finanziari derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea è diventato, appunto, principio costituzionale e il ricorso all'indebitamento per le spese di investimento può essere operato da parte degli enti locali: «con la contestuale definizione di piani di ammortamento e a condizione che per il complesso degli enti di ciascuna Regione sia rispettato l'equilibrio di bilancio». Lo Stato, in tal modo, non avrà più la propria competenza in materia limitata ai principi fondamentali - come previsto per il coordinamento della finanza pubblica su cui permane la competenza concorrente - ma vi sarà l'estensione anche sulla normativa di dettaglio; in aggiunta, il riconoscimento costituzionale di una tale potestà esclusiva determinerà l'attribuzione contestuale della potestà regolamentare in materia (art. 117, sesto comma, Cost.), con il conseguente venir meno della stessa per le Regioni.

Altro aspetto da prendere in considerazione tra i limitanti l'autonomia finanziaria delle autonomie territoriali, come anticipato, è il periodo aggiunto alla fine del primo comma dell'art. 119 Cost. che la sottopone alla presenza di due elementi: 1) rispetto dell'equilibrio dei relativi bilanci; 2) osservanza dei vincoli economici e finanziari derivanti dall'ordinamento sovranazionale. Al riguardo, sembra opportuno precisare che nella norma novellata il principio dell'equilibrio di bilancio pare indirizzato alla singola autonomia territoriale e non è indicato quanto previsto per il bilancio statale dal rinnovato art. 81 Cost. (*«Lo Stato assicura l'equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio, tenendo conto delle fasi avverse e delle fasi favorevoli del ciclo economico»*). Manca, dunque, per le Regioni un chiaro riferimento alle esigenze delle politiche di bilancio in funzione del ciclo economico, mentre solo lo Stato è individuato come responsabile del governo delle politiche economiche anticicliche ai sensi della recente riforma del Patto di stabilità che lega gli Stati membri al rispetto di parametri di bilancio stabiliti in funzione degli obiettivi dell'Unione che si riproducono nell'ordinamento interno quali vincoli al Patto di stabilità interno. Con la costituzionalizzazione del principio, i vincoli del Patto di stabilità diventano così più stringenti per le autonomie

territoriali e appare evidente anche la limitazione dei margini dell'autonomia finanziaria regionale.

Con la riforma costituzionale, in sostanza, si pone un tassello difficilmente rimuovibile che fa tramontare, in gran parte, il percorso verso un assetto a tipologia federale avviato nel 2001 e che, a poco più di dieci anni, seppure incompleto come segnalato, risulta esser stato vanificato in uno dei suoi aspetti fondamentali.

In nome dell'emergenza economica, gli interventi legislativi più recenti stanno conducendo, così, a una costante compressione dell'autonomia degli enti costitutivi della Repubblica conducendo, in sostanza, al ricomparsa del *centralismo finanziario*; del resto, come autorevolmente anticipato, proprio il principio della territorialità dei tributi avrebbe, di fatto, ridotto la capacità redistributiva dello Stato condannando lo sviluppo del Meridione ad una "pericolosa deriva"⁷⁶. Ma, il fatto più grave è che il tutto si sta delineando durante la fase attuativa del *federalizing process* sul versante fiscale che avrebbe dovuto, al contrario, imporre una coerente individuazione delle corresponsabilità territoriali nella conduzione di politiche pubbliche contrastanti il grave andamento economico in un disegno di razionalità, efficienza, snellimento di duplicazioni, sostenibilità dei costi, ipertrofia burocratica e un ripensamento dell'adeguatezza dimensionale di ogni livello di governo per l'esercizio effettivo delle funzioni in autonomia e responsabilità.

Si potrebbe eccepire, pertanto, che un momento di crisi non sia momento di *federalismo*; in realtà, e non a caso, l'*incipit* si è avuto con la crisi finanziaria del biennio 1992-93⁷⁷, l'apertura del mercato unico europeo e il venir meno delle protezioni regolatorie e monetarie, la ricerca di un nuovo equilibrio tra Mezzogiorno e Settentrione fondato sulla assunzione di responsabilità da parte degli enti territoriali. Ma, a prescindere da questi ricordi, non è più possibile ignorare, pur con tutti i limiti e le difficoltà segnalate, che il *federalismo fiscale* è ormai legge dello Stato con i suoi decreti attuativi e, pertanto, regolatrice del

⁷⁶ Così PEREZ, *I tributi delle regioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, n. 8.

⁷⁷ V. la l. delega n. 421/1992 - «Riordino della finanza territoriale» - attuato con il d.lgs. n. 504/1992, istitutivo dell'ICI e di nuovi tributi provinciali e regionali.

nuovo sistema di finanza pubblica, radicalmente restaurato per il miglior governo delle risorse collettive.

In buona sostanza, il *federalismo fiscale* è il rinnovato sistema attraverso il quale si dovranno (dovrebbero) garantire i principali diritti sociali e assicurare il funzionamento delle autonomie⁷⁸: a fronte di una tale irrinunciabile esigenza, lo stallo in atto costituisce un vero dilemma per il silenzio in merito all'apporto che un assetto di enti costituzionali costitutivi della Repubblica deve necessariamente fornire contribuendo al superamento della fase critica di non esclusiva prerogativa del Governo centrale che rivela tale intendimento a colpi di *decreti-manifesto* enfatizzandone anche la denominazione: *Salva Italia, Cresci Italia, Semplifica Italia*, favorendo, invero, rendite di posizione e situazioni di deresponsabilizzazione in quanto non è accentrando a livello statale che si eviteranno (ulteriori) squilibri.

In definitiva, la strategia di resistenza statale fondata sull'accentramento finanziario continua a essere esercitata tenendo "saldi i cordoni della borsa"⁷⁹ e finendo con il condannare Regioni, Province e Comuni all'antico ruolo di "clienti dello Stato"⁸⁰.

5. Conclusioni

Sulla scorta di quanto si è detto, ciò che ha ispirato queste brevi riflessioni è stata l'idea di far emergere alcune *traiettorie* compiute dalla finanza pubblica nazionale in relazione alle Regioni di diritto comune che si collocano sullo sfondo del rapporto intercorrente con il sistema politico. Il tutto con l'idea sottesa che il suo *restyling* potrà essere efficace solo se connesso al rispetto degli obiettivi di risanamento della finanza pubblica complessiva nel quadro dei sempre più ristretti margini posti all'autonomia tributaria regionale. Solo in tal modo, infatti, potranno edificarsi in maniera concreta i rapporti finanziari tra i

⁷⁸ Cfr. JORIO, *Il premier Monti e il federalismo fiscale*, in *LeggiOggi.it*, 18 novembre 2011.

⁷⁹ Cfr. SAVINO, *I problemi istituzionali del federalismo fiscale: le riforme necessarie*, in *Ec. it.*, 2009 n. 3, 729.

⁸⁰ In tal senso S. CASSESE, *Poteri locali, regioni, federalismo: il loro contributo ad una democrazia pluralista in Italia*, in *Foro amm.*, 1995, 1, II, 221.

diversi livelli di governo essendo un tema centrale del nostro Paese, caratterizzato da significativi e persistenti divari territoriali, quello della corretta individuazione di meccanismi perequativi differenziati secondo i vari tipi di spesa che, se non accortamente congegnati e coordinati, rischieranno di riaccendere il vizio originario del *federalismo fiscale*: la divaricazione tra responsabilità di prelievo e responsabilità di spesa.

Il riconoscimento dell'autonomia tributaria alle realtà sub-statali in generale, ha aperto scenari complessi che, seppur differentemente trattati, sono stati, al momento, solo superficialmente risolti attraverso la definizione delle caratteristiche desiderabili dei tributi da assegnare ai diversi livelli di governo e rimanendo, nel concreto, insoluti o (quanto meno) di difficile applicazione riguardo alle forme impositive applicabili in modo efficace, per cui una ricostruzione del nesso intercorrente tra benefici e oneri della spesa pubblica regionale è quanto mai opportuna essendo il pilastro su cui si regge tutta la costruzione federalistica sebbene, anche rafforzando l'autonomia tributaria territoriale resta, comunque, una parte di spesa da finanziare con trasferimenti di risorse sotto forma di fondi perequativi o apprestamenti di risorse aggiuntive⁸¹.

L'esigenza di individuare congegni validi per un coordinamento atto a garantire il rispetto complessivo dei vincoli di bilancio nei confronti di tutta la Pubblica Amministrazione non è stata ancora soddisfatta, così come non pare esser stato preso in giusta considerazione il supporto che gli enti periferici potrebbero fornire nel perseguire gli obiettivi di stabilità e sostenibilità della finanza pubblica; in più, nella prospettiva di attuare efficaci forme per la *governance* del sistema federale si deve annotare l'assenza di strumenti in grado di evitare un'ulteriore accentuazione di conflitti che *nozioni* nuove sembrano porre in essere non contribuendo a modificare, in modo sostanziale, la situazione sottostante.

La rinnovata organizzazione istituzionale introdotta dalla riforma del Titolo V, parte seconda della Costituzione, che ha trasferito alle Regioni e agli Enti locali rilevanti competenze in materia di legislazione e gestione amministrativa stabilendone

⁸¹ Cfr. PEDONE, *La finanza pubblica italiana tra uscita dalla crisi e federalismo fiscale*, in *Ec. it.*, 2009, n. 2, 527.

l'autonomia di entrata e di spesa ha accentuato, così, nuove esigenze per la sua comprensione affinché si possa avere una rappresentazione unitaria degli aggregati di finanza pubblica con contemporanea limitazione dell'intervento statale in molti settori produttivi e sociali. Infatti, sebbene il suo ruolo in funzione dei "diritti essenziali dei cittadini" da garantire in modo uguale in tutto il Paese sia stato accentuato nonché prevista la "perequazione" delle risorse finanziarie quale condizione essenziale per garantire un'efficace prospettiva di *federalismo solidale*, il duro confronto tra il Governo nazionale e le Autonomie rispetto ai decreti di attuazione della riforma è in corso dimostrando che, al momento, è questo, ancor prima della riforma tributaria regionale e locale, il reale nodo da sciogliere⁸².

Del resto, le controindicazioni a un tale negativo (e reiterato) atteggiamento sono state messe in evidenza dalla Corte dei conti nel *Rapporto 2012 sul Coordinamento della finanza pubblica*⁸⁵ in cui ha affermato che se, da un lato, il federalismo fiscale costituisce, senz'altro, la principale novità di carattere ordinamentale per il miglior governo delle risorse collettive, dall'altro occorre un bilanciamento tra i poteri contrapposti per assicurare la buona gestione finanziaria; in definitiva, l'autonomia delle Regioni non deve essere compressa dalla pervasività del legislatore fiscale statale.

Quest'ultimo assunto, peraltro, è stato avvalorato dalla Corte costituzionale nella recente sentenza n. 22/2012 relativa alla *vexata quaestio* dei limiti e dell'effettività dell'autonomia finanziaria di entrata e di spesa ascrivibile alle Regioni, costituzionalmente tutelata e garantita dall'art. 119 Cost. La decisione appare di particolare interesse per il tema in analisi dal momento che, per la prima volta, la Consulta ha dichiarato l'incostituzionalità di una disposizione di legge invocando la violazione del principio dell'autonomia fiscale regionale ma,

⁸² Cfr., in particolare RIVISECCHI, *La determinazione dei fabbisogni standard degli enti territoriali: un elemento di incertezza nella via italiana al federalismo fiscale*, in CAMPANELLI (a cura di), *Quali prospettive per il federalismo fiscale? L'attuazione della legge delega tra analisi del procedimento e valutazione dei contenuti*, Torino 2011, 176 ss.; nonché BORDIGNON - DIRINDIN, *Costi standard: nove nuovo per vecchi metodi*, 28 settembre 2010, in *lavoce.info*.

⁸⁵ Cfr. CORTE DEI CONTI, *Presentazione del Rapporto 2012 sul coordinamento della finanza pubblica*, Roma 5 giugno 2012.

soprattutto, per il modo in cui ha affrontato la questione. Essa, infatti, ha *bacchettato* il Legislatore con dense affermazioni di illegittimità costituzionale in relazione all'art. 119, comma primo, Cost. poste dall'art. 2, comma 2-*quater*, d.l. n. 225/ 2010 - c.d. *Milleproroghe* - convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, l. n. 10/2011, nella parte in cui ha introdotto i commi 5-*quater* e 5-*quinquies*, primo periodo, nell'art. 5 della l. n. 225/1995.

Le norme impugnate, infatti, risultano lesive dell'autonomia di entrata riconosciuta alle Regioni imponendo a esse, se colpite da calamità naturali, la c.d. *tassa sulla disgrazia*: cioè, deliberare aumenti fiscali, sino al limite massimo consentito dalla vigente legislazione, dei tributi, delle addizionali, delle aliquote ovvero delle maggiorazioni di aliquote nonché elevare, ulteriormente, la misura dell'imposta regionale sulla benzina per autotrazione fino a un massimo di cinque centesimi per litro rispetto alla misura massima consentita per poter accedere al Fondo nazionale della protezione civile in presenza di un persistente accentramento statale del servizio. Parimenti, le predette norme ledono l'autonomia di spesa regionale obbligando i relativi enti a utilizzare le proprie entrate a favore di organismi statali (nella specie, il Servizio nazionale di protezione civile), per l'esercizio di compiti istituzionali di questi ultimi, corrispondenti a loro specifiche competenze fissate dalla legislazione vigente. Infine risulta, altresì, violato il quarto comma dell'art. 119 Cost. sotto il profilo del legame necessario tra entrate regionali e funzioni attribuite alle stesse Regioni poiché lo Stato, pur trattenendo per sé le funzioni in materia di protezione civile, ne addossa i *costi* alle prime con potenziale violazione anche del dovere di solidarietà ex art. 2 Cost.: l'obbligo di aumento, infatti, pesa "irragionevolmente" sulla Regione nel cui territorio si è verificato l'evento calamitoso a ulteriore discapito delle popolazioni colpite. Le norme censurate contraddicono, inoltre, la *ratio* dell'art. 119, comma cinque, Cost., in quanto - anziché prevedere risorse aggiuntive per specifiche Regioni "per provvedere a scopi diversi dal normale esercizio delle loro funzioni"⁸⁴ - impongono alle

⁸⁴ Quali sono, appunto, quelli derivanti dalla necessità di fronteggiare gli effetti sulle popolazioni e sul territorio di eventi calamitosi improvvisi e imprevedibili.

stesse di destinare risorse aggiuntive per il funzionamento di organi e attività statali.

In conclusione, gli argomenti utilizzati dalla Corte costituzionale per dichiarare l'illegittimità per violazione dell'art. 119 Cost. da parte delle disposizioni indicate sono: lesione dell'autonomia di entrata e di spesa regionale⁸⁵; mancato rispetto del collegamento tra entrate e funzioni regionali (art. 119, quarto comma, Cost.); violazione delle disposizioni sugli interventi speciali e risorse aggiuntive (art. 119, quinto comma, Cost.).

Con la sentenza indicata, pertanto, la Consulta ha posto un argine alle possibilità di *sconfinamento* statale nei confronti dell'autonomia regionale di entrata⁸⁶. Ma vi è di più: ha sancito un ordine di graduatoria minimo tra i principi che non potrà più essere tralasciato. L'autonomia di entrata e di spesa non può essere indeterminatamente compressa per finanziare funzioni statali gravando sulla Regione destinataria degli interventi urgenti di protezione civile, drenando risorse o imponendo un aggravio della pressione tributaria. Tanto che viene di chiedersi se la decisione non possa costituire una prima *barriera* a presidio delle *pallide* disposizioni recate dall'art. 119 Cost. che, con un certo ottimismo, la l. n. 42 ha definito *federalismo fiscale* aprendo un ampio varco alle istanze regionali.

Resta da aggiungere che il Legislatore ha preso atto della reprimenda, dapprima modificando la normativa in sede del decreto *Semplificazione e Sviluppo*⁸⁷ al fine di espungerne la voce relativa al comma 5-*quinquies* dell'art. 5, l. n. 225/1992, ed, in ordine successivo, sostituendo - sebbene con una formula che appare come un'*escamotage* - il comma 5-*quater* nell'ambito del d.l. n. 59/2012 di riordino della protezione civile che, infatti, si limita ad attribuire alla Regione interessata dallo stato di emergenza la facoltà, e non più l'obbligo, di elevare la misura dell'imposta regionale sulla benzina sino a un massimo di cinque centesimi per litro. Tanto, invero, indica quanto risulti difficile all'Esecutivo e al Legislativo di retrocedere, anche a fronte di espressi e inequivocabili *caveat*, adeguando i principi e i metodi della sua legislazione alle esigenze dell'autonomia e del

⁸⁵ Art. 119, comma 1, Cost.

⁸⁶ Cfr. TUCCIARELLI, *Corte costituzionale e federalismo fiscale: appunti sulla sentenza n. 22/2012*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 2012, n. 5.

⁸⁷ D.L. n. 5/2012.

decentramento nel rispetto dei principi fondamentali sanciti nell'art. 5 Cost..

Il fatto è che nessun ordinamento può razionalmente intraprendere un processo di decentramento senza intervenire sul suo fondamento e, pertanto, anche l'amministrazione statale deve essere direttamente coinvolta in quanto la sua architettura e quella delle autonomie territoriali sono strettamente legate, condizionandosi a vicenda. L'assetto finale di un ordinamento decentrato è frutto del razionale equilibrio, in una logica di interdipendenza, tra amministrazioni centrali e decentrate, che manca del tutto nelle misure di stabilizzazione finanziaria degli ultimi anni.

Comunque, la crisi economica e le manovre fiscali a essa collegate non hanno prodotto solo effetti negativi sulle autonomie territoriali dal momento che un risultato virtuoso ne è scaturito. Infatti «nell'attuale situazione colpisce, e ridà speranza, la compattezza dimostrata dagli enti territoriali rispetto alle misure assunte dal governo nell'ultimo anno e mezzo [...]. Si è creato un blocco delle autonomie contrapposto al dilagare dello Stato centrale, secondo quelle che sono le dinamiche classiche delle organizzazioni decentrate. Questo comportamento riaccende la speranza: la contrapposizione centro-autonomie riporta ordine nel *caos* di una congiuntura estremamente difficile, e lascia vedere una via d'uscita dall'impasse istituzionale che ha bloccato la formazione di un vero stato autonomista nel nostro paese»⁸⁸

In fin dei conti, la disamina compiuta, certamente non esaustiva né, tantomeno, sistematica sul piano storiografico, segnala che la credibilità e la visibilità della fiscalità regionale si gioca sul terreno della ricomposizione di una linea comune, coerente e unitaria volta a riportare al centro del dibattito politico il fondamentale ruolo che, più in generale, le finanze pubbliche devono assumere nei periodi di trasformazione e evoluzione delle organizzazioni politico-sociali.

Del resto, la storia ha mostrato a più riprese che: «c'est dans ces moments-là en effet qu'il apparaît de la manière la plus évidente qu'elles représentent non seulement un facteur essentiel

⁸⁸ Cfr. GARDINI, *Le autonomie al tempo della crisi*, cit., 465 .

de changement mais également une grille de lecture de première qualité de ces changement»⁸⁹.

⁸⁹ Così BOUVIER, *Avant-propos*, in *La bonne gouvernance des finances publiques dans le monde*, Paris, 2009, e, prima, dello stesso A. *L'Union européenne et les finances publiques nationales*, in *Revue française de finances publiques*, 1999, n. 68.

**L'EXIT NELL'IMPRESA IN UNA PROSPETTIVA DI
ANALISI ECONOMICA DEL DIRITTO:
UN'INTRODUZIONE***

Dario Nardi

*Dottorando in Diritto ed Economia
nell'Università degli Studi di Siena*

L'indagine ha ad oggetto il ruolo dei meccanismi di exit all'interno di una società per azioni. Secondo la tesi prospettata da Hirschman, la possibilità di instaurare la medesima relazione con una differente controparte è un rimedio che i consumatori hanno per prevenire il peggioramento qualitativo dei prodotti e dei servizi loro offerti. La riproposizione del pensiero di Hirschman in un contesto di corporate governance, però, presenta molteplici profili di criticità, in quanto declina all'interno di una istituzione complessa, la società per azioni, concetti mutuati dallo studio delle dinamiche concorrenziali nel mercato dei prodotti finali. Scopo del presente articolo, quindi, è quello di esaminare i meccanismi di exit degli azionisti alla luce del rapporto di complementarità intercorrente tra mercato ed impresa.

The aim of this paper is to analyze the role of exit in a public company: in Hirschman's framework exit is considered as a market response to decline in quality of products, that occurs through a withdrawn from relation with counterparties. As applied to corporate governance, the weakness of Hirschman's framework is that costumers' exit and shareholders' exit are treated as equivalent. By contrast, it is possible to understand the role of shareholders' exit only through the lens of complementarities between market and non market institutions.

* Le riflessioni contenute nel presente articolo sono state elaborate durante il periodo di studio presso l'Università Svizzera Italiana. L'Autore ringrazia i professori Marco Borghi, Massimiliano Vatiere, Anne Petitpierre-Sauvain e le assistenti Elisabetta Bigatto, Federica De Rossa Gisimundo e Caterina Mari per la disponibilità ed i preziosi suggerimenti.

Sommario

1. Introduzione
2. Meccanismi di exit nel mercato e nelle istituzioni di non mercato
3. Tutele di non mercato che operano all'interno del mercato
4. Meccanismi di mercato in istituzioni di non mercato
5. disponibilità dell'*outside option* e comportamenti opportunistici degli azionisti nelle società quotate
6. Prospettive di indagine

1. Introduzione

Nella letteratura giuseconomica con il termine *exit* si fa riferimento in senso a-tecnico alla possibilità di recedere da una determinata relazione contrattuale, trovando nel mercato alternative maggiormente soddisfacenti. Con il medesimo concetto si definiscono quindi una pluralità di ipotesi tra loro distinte, tra le quali si può citare a titolo meramente esemplificativo la possibilità per i consumatori di acquistare il medesimo bene da un diverso venditore, o ancora la possibilità per i soci di disinvestire la propria partecipazione mediante l'alienazione dei titoli azionari o l'esercizio del diritto di recesso. Scopo del presente articolo è quello di indagare il ruolo che l'*exit* svolge all'interno di diversi equilibri istituzionali. Come è stato rilevato da Hirschman¹, infatti, l'*exit* rappresenta l'essenza della libertà di scelta che caratterizza gli scambi realizzati mediante il meccanismo dei prezzi. La disponibilità di una *outside option* permette ai consumatori di acquistare, ad un prezzo ritenuto adeguato, beni idonei a soddisfare i propri bisogni. Al contempo, in presenza di investimenti specifici, l'*exit* può essere causa di fallimenti di mercato². Nella letteratura giuseconomica si è soliti ritenere che le parti predispongano un'impresa, ossia un ordinamento privato in cui le risorse vengono allocate autoritativamente³, proprio per impedire che, mediante una minaccia strategica di ricorso alla propria *outside option*, i contraenti possano porre in essere comportamenti opportunistici.

La differenza tra il ruolo dell'*exit* nel pensiero di Hirschman ed il ruolo dell'*exit* nella letteratura Neo Istituzionalista non sempre è di agevole definizione⁴. Come si cercherà di dimostrare

¹ Cfr. HIRSCHMAN, *Exit, Voice, and Loyalty: Responses to Decline in Firms, Organizations, and States*. Cambridge, 1970, 21 ss.

² Per una esaustiva trattazione in un'ottica Neo Istituzionale del ruolo dell'*outside option* si rimanda a NICITA - VATIERO, *The Contract and the Market. Towards a Broader Notion of the Transaction?*, in *Studi e Note di Economia*, 2007, vol. 1, 1-20.

³ La definizione di impresa come modalità di allocazione autoritativa delle risorse alternative al mercato è stata elaborata da COASE, *The Nature of the Firm*, in *Economica*, 1937, 386-406.

⁴ Si pensi a tal proposito al dibattito dottrinario relativo alle società quotate dove l'approccio *à la* Hirschman sovente si contrappone con gli assunti delle tesi Neo Istituzionaliste secondo cui è necessario proteggere gli investimenti di ogni *stakeholder* da possibili comportamenti opportunistici degli azionisti. Le

nel presente articolo, l'ambiguità dei meccanismi di *exit* discende direttamente dalla difficoltà di tracciare un confine netto tra processi di allocazione delle risorse fondati sul consenso dei contraenti e processi di allocazione delle risorse fondati sull'autorità dell'imprenditore: nella realtà, infatti, vi sono meccanismi di non mercato che operano in un contesto di mercato, così come anche all'interno delle istituzioni di non mercato possono esservi delle tutele di mercato a salvaguardia delle prerogative degli *stakeholders*. In altri termini, il limite del dibattito dottrinario è quello di non aver indagato a sufficienza le caratteristiche dei meccanismi di *exit*, alla luce del rapporto di complementarità intercorrente tra mercato ed impresa⁵. Nella letteratura giuseconomica, sin dal fondamentale articolo di Coase del 1937, si è posto in evidenza come l'impresa tenda ad emergere fintantoché i costi di transazione del mercato sono superiori ai costi necessari per organizzare la medesima transazione all'interno dell'impresa. Lo stesso Coase, inoltre, aveva intuito come il funzionamento del mercato si riverberi sulla modalità di allocazione delle risorse nell'impresa: un cattivo esercizio del potere influenza negativamente la qualità o il prezzo dei prodotti offerti ai consumatori a tal punto da determinare l'espulsione dell'imprenditore dalle dinamiche concorrenziali. L'esistenza di un mercato concorrenziale, quindi, limita il cattivo esercizio del potere imprenditoriale, allo stesso modo in cui la possibilità di predisporre un ordinamento privato, l'impresa, può in parte risolvere i diversi fallimenti del mercato.

Nel presente articolo si definiranno le premesse di un possibile approccio teorico per l'analisi delle tutele di mercato, considerando mercato ed impresa due istituzioni imperfette. Un fallimento del meccanismo dei prezzi nel mercato finale dei prodotti non consente alle parti di realizzare la medesima

diverse opinioni dottrinarie che ripropongono la dicotomia tra *voice* ed *exit* nell'equilibrio istituzionale delle *public company*, per contro, descrivono il socio come un soggetto investitore le cui prerogative finanziarie devono essere salvaguardate sia mediante tutele di mercato che mediante tutele di non mercato. *Ex multis* cfr. BEBCHUK, *The Case for Increasing Shareholder Power*, in *Harvard Law Review*, 2005, vol. 118, 833-914.

Per una riproposizione del pensiero Neo Istituzionalista in relazione ai meccanismi di *corporate governance* cfr. BLAIR, STOUT, *A Team Production Theory of Corporate Law*, in *Virginia Law Review*, 1999, vol. 85, 248-328.

⁵ Per una definizione del concetto di complementarità istituzionale cfr. AOKI, *Toward a Comparative Institutional Analysis*, Cambridge, 2001, 10 ss.

transazione all'interno dell'impresa, stante gli elevati costi di organizzazione. Ciò nonostante, le parti introducono un meccanismo di non mercato che opera all'interno del mercato finale dei prodotti. Proprio tale ipotesi era stata considerata da Hirschman⁶, il quale aveva definito l'azione collettiva dei consumatori, ossia il meccanismo di *voice*, come una tutela politica che si affianca all'*exit*. Parimenti, in assenza di un mercato finale dei prodotti competitivo, non vi sarebbe alcun limite al potere dell'imprenditore. Le parti potrebbero però introdurre tutele di mercato all'interno dell'impresa, per salvaguardare le prerogative degli *stakeholders* non titolari di alcun potere. Il rapporto di complementarità tra mercato ed impresa permette anche di comprendere quale sia il ruolo in concreto svolto dall'*exit* in ambedue le ipotesi. Si evidenzierà in particolare come la pedissequa riproposizione nel contesto di *corporate governance* della dicotomia tra *voice* ed *exit*, così come elaborata da Hirschman in relazione ai rapporti tra venditori e consumatori, si fonda su un'acritica equiparazione tra mercato azionario e mercato dei prodotti finali. Mentre nel mercato dei prodotti finali, l'*exit* è sempre una tutela per i consumatori, nelle istituzioni di non mercato il ruolo dell'*exit* può essere compreso solamente analizzando la specificità degli investimenti e l'incompletezza contrattuale caratterizzanti tali istituzioni.

2. Meccanismi di exit nel mercato e nelle istituzioni di non mercato

Se le parti compiono investimenti specifici, l'utilità o il ritorno economico che esse ottengono all'interno della relazione è maggiore rispetto alla migliore alternativa che il mercato offre. In tale ipotesi non si può ricorrere al meccanismo di *exit*, poiché la specificità dell'investimento crea un nesso di complementarità tecnologica che rende i fattori di produzione fisici e umani non perfettamente sostituibili. Si determina quindi un effetto vincolo o, usando la terminologia giuseconomica, un effetto *lock-in*, dato che una situazione concorrenziale *ex ante*, a seguito dell'investimento specifico compiuto dalle parti, si risolve in una

⁶ Cfr. HIRSCHMAN, *Exit, Voice, and Loyalty: Responses to Decline in Firms, Organizations, and States*, cit., 30.

situazione di monopolio *ex post*⁷. L'investimento, per contro, è definito generico se la parte può recuperarne il valore instaurando un analogo rapporto giuridico con una diversa controparte sul mercato "spot". Il secondo concetto fondamentale, ai fini di un'esaustiva analisi del ruolo dei meccanismi di *exit*, è quello di incompletezza contrattuale. Un contratto è completo nell'ipotesi in cui le parti sono in grado di prevedere *ex ante* ogni contingenza che può verificarsi in futuro; al contrario se il regolamento contrattuale non definisce esattamente le prestazioni in ogni possibile stato del mondo, si ha un contratto incompleto. L'incompletezza contrattuale, dunque, deve essere risolta *ex post* o dalle parti, o ancora da un soggetto terzo arbitratore a cui viene demandata la definizione di un'eventuale controversia.

Alla luce di tali categorie concettuali è possibile analizzare il ruolo dell'*exit*. Se i contratti fossero completi, le parti non avrebbero alcun incentivo a recedere dalla relazione giuridica posta in essere. Il contratto, di fatto, è un istituto giuridico a spiccata vocazione efficientistica, in quanto è lecito assumere che i contraenti addivengono alla conclusione di un accordo solamente se possono entrambi conseguire un vantaggio dall'esecuzione delle prestazioni dovute. Se i contratti sono incompleti, invece, le caratteristiche degli investimenti compiuti divengono un elemento di indubbia rilevanza per analizzare il ruolo che l'*exit* assolve. Nel mercato dei prodotti finali si può verificare che in un contesto di asimmetria informativa la qualità dei beni acquistati non corrisponda alle aspettative dei consumatori. Ciò nonostante, l'esistenza di un mercato postula la possibilità di instaurare la medesima relazione giuridica con una pluralità di potenziali contraenti. I meccanismi di *exit*, dunque, sono una tutela di mercato, rappresentando essi un potente ma indiretto strumento mediante il quale i consumatori segnalano ai produttori la scarsa qualità dei beni venduti. Come evidenziato da Hirschman⁸, «withdrawal from relations serves as a signal to the management of firms and organizations that something is amiss. A search for causes and remedies will then be undertaken

⁷ Cfr. WILLIAMSON, *Economic Institutions of Capitalism*, New York, 1985, 35.

⁸ Cfr. HIRSCHMAN, *Exit and Voice*, in *The New Palgrave: A Dictionary of Economics*, I ed., 1987. disponibile presso la pagina telematica http://www.dictionaryofeconomics.com/article?id=pde1987_X000750.

and some plan of action designed to restore performance will be adopted. This is one way in which markets and competition work to prevent decay and to maintain and perhaps improve quality».

La dottrina giunge a conclusioni diametralmente opposte nell'analisi del mercato dei prodotti intermedi. Nel processo produttivo, come gli economisti Neo Istituzionalisti hanno dimostrato, la specificità degli investimenti trasforma una situazione di concorrenza perfetta *ex ante* in una situazione di monopolio *ex post*.⁹ Ciò rende maggiormente probabili condotte opportunistiche, laddove con il termine opportunismo si fa riferimento ad un comportamento strategico volto al perseguimento di interessi egoistici, che determina situazioni di equilibrio Pareto inefficienti. In presenza di investimenti specifici e di contratti incompleti, le prestazioni non sempre possono essere determinate *ex post* in maniera ottimale da un giudice; ne consegue pertanto che sono le parti a dover risolvere consensualmente la situazione di incompletezza contrattuale. In tale contesto, però, la parte i cui investimenti sono generici può sempre minacciare in maniera strategica di ricorrere ai meccanismi di *exit*; ottiene quindi un maggior potere contrattuale nella rinegoziazione dell'accordo e può espropriare la controparte della *quasi*-rendita. Tale minaccia (detta di *hold up*) scoraggia gli investimenti specifici delle parti.

Gli economisti Neo Istituzionalisti descrivono l'impresa come una soluzione istituzionale al fallimento di mercato. Secondo il modello economico di Grossman Hart e Moore¹⁰, in presenza della minaccia di *hold up* è efficiente per la parte, il cui investimento è connotato da un maggior grado di specificità, acquistare gli *assets* fisici delle controparti, determinandosi in tal modo una integrazione verticale del processo produttivo. Nel modello GHM, il diritto di proprietà altro non è che il potere di decidere ogni uso delle risorse che non è vietato dalla legge o dal contratto posto in essere; l'imprenditore, inoltre, diviene *residual claimant*, ossia ha il diritto di ottenere il guadagno generato dall'esercizio dell'attività di impresa solamente quando le pretese degli altri agenti economici siano state soddisfatte. Il potere, dunque, è un meccanismo volto ad incoraggiare e a proteggere gli

⁹ Cfr. WILLIAMSON, *Economic Institutions of Capitalism*, cit., 37.

¹⁰ Cfr. HART, MOORE, *Property Rights and the Nature of the Firm*, in *Journal of Political Economy*, 1990, vol. 98, 1119-1158.

investimenti del proprietario. I non proprietari, per contro, in assenza di un'adeguata tutela delle proprie prerogative non hanno incentivi a compiere investimenti specifici¹¹. È importante sottolineare come l'integrazione verticale dell'attività di impresa riduce la disponibilità dell'*outside option* sia del proprietario che dei non proprietari. I lavoratori acquisiscono capacità all'interno di un determinato processo produttivo, utilizzando uno specifico *asset* fisico; subiscono quindi l'effetto *lock in* dato che la loro produttività all'interno dell'impresa è maggiore rispetto all'utilità che essi traggono dallo svolgere mansioni dequalificate. Parimenti, maggiore è il valore del complesso dei beni aziendali rispetto al valore della somma dei singoli bene isolatamente considerati, stante il nesso di complementarità e interdipendenza tecnologica che si ingenera nel processo produttivo. Si può supporre perciò che il proprietario può sì alienare l'intera azienda, ma non potrà dismettere, in presenza di risultati negativi dell'attività di impresa, i singoli cespiti a condizioni vantaggiose. Vi è pertanto una situazione di co-specificità e di *lock-in* tra le parti.

3. Tutele di non mercato che operano all'interno del mercato

Una differente prospettiva in relazione al ruolo dell'*exit* è stata avanzata da Hirschman nel suo fondamentale saggio, "*Exit Voice and Loyalty*". Contrariamente alle tradizionali tesi economiche secondo cui un mercato concorrenziale previene e sanziona le condotte inefficienti degli agenti economici, Hirschman considera situazioni in cui il prezzo non segnala la qualità del bene venduto. Ne consegue pertanto che in presenza di una prestazione insoddisfacente del venditore, i consumatori maggiormente sensibili decideranno di far immediato ricorso ai meccanismi di *exit*, mentre i consumatori inerti continueranno a concludere accordi con il medesimo produttore nonostante che la qualità del bene sia peggiorata¹², determinandosi così un fallimento del mercato.

¹¹ Cfr. HART, *Firms, Contracts and Financial Structure*, Oxford, 1995, 39.

¹² Cfr. HIRSCHMAN, *Exit, Voice, and Loyalty: Responses to Decline in Firms, Organizations, and States*, cit., 22.

Nell'ipotesi in cui tali costi di transazione fossero inferiori ai costi di organizzazione dell'impresa, si potrebbe assumere che le parti, in coerenza con quanto evidenziato da Coase nel 1937, sarebbero incentivate ad allocare le risorse autoritativamente. Come sottolineato nel precedente paragrafo, però, i costi di transazione maggiormente rilevanti sono quelli legati a condotte opportunistiche dei soggetti agenti durante la fase di esecuzione del contratto. Ebbene, nel mercato dei prodotti finali la pluralità di potenziali contraenti riduce, se non elimina del tutto, la possibilità di tali condotte. I consumatori non possono, mediante i loro comportamenti strategici, espropriare i produttori di una parte dell'utilità che essi conseguono dalla transazione, poiché quest'ultimi possono sempre instaurare la medesima relazione con una differente controparte. L'elevato numero dei potenziali contraenti, per contro, aumenta ipotetici costi di organizzazione dell'impresa. L'allocazione delle risorse mediante una pianificazione dell'attività economica può realizzarsi solamente se si conoscono le preferenze degli individui. Mentre nel mercato dei prodotti finali sono i medesimi soggetti che decidono cosa e quanto acquistare, in una economia pianificata, quale può essere lo Stato o l'impresa, maggiore è il numero degli agenti economici potenzialmente coinvolti nel processo di allocazione delle risorse, maggiori sono le informazioni necessarie per pianificare la medesima attività economica¹⁵.

Vi è dunque un fallimento del mercato, poiché il meccanismo dei prezzi non riflette la scarsa qualità del bene e non è in grado di prevenire inefficienti prestazioni da parte dell'imprenditore; al contempo, però, non è possibile organizzare la medesima transazione all'interno di una istituzione di non mercato. L'intuizione di Hirschman, quindi, è quella di introdurre una tutela di non mercato che opera all'interno del mercato: la *voice*. La *voice*, infatti, viene definita come un'azione collettiva dei consumatori, i quali coordinano i loro sforzi al fine di indurre il produttore a modificare il proprio comportamento. La *voice* è una tutela politica poiché il suo funzionamento postula una diretta interazione tra la pluralità delle parti, mentre nel mercato l'allocazione delle risorse e la definizione degli accordi negoziali si determinano solitamente in virtù di una pluralità di scambi

¹⁵ Tale assunto è ricorrente nel pensiero della cosiddetta Scuola Austriaca. Cfr. HAYEK, *Collectivist Economic Planning*, Londra, 1935.

anonimi. Ciò nonostante, la possibilità di far ricorso a meccanismi di *voice* non modifica la natura giuridica delle relazioni poste in essere, atteso che l'allocazione delle risorse viene sempre realizzata mediante la stipula di una pluralità di contratti sinallagmatici che definiscono e compongono *ex ante* le conflittuali pretese delle parti.

Le nozioni di *voice* ed *exit*, così come elaborate da Hirschman, hanno avuto un'influenza decisiva nella letteratura giuseconomica, non soltanto per i diversi e molteplici ambiti in cui tale dicotomia è stata adoperata, ma anche e soprattutto per le implicazioni teoriche ad essa sottese. Hirschman, infatti, è stato uno dei primi Autori a rilevare in una scienza mercato-centrica, quale è l'analisi economia, l'esistenza di meccanismi di non mercato che regolano le relazioni umane. Williamson, nell'evidenziare analogie e differenze intercorrenti tra il pensiero di Hirschman e le tesi degli Economisti Neo Istituzionalisti non ha mancato di sottolineare come¹⁴: «Both EVL (Exit Voice and Loyalty) and MH (Markets and Hierarchies) introduce extra-economic factors that do not ordinarily appear in conventional analysis. This does not imply that efficiency considerations are suppressed; rather a broad definition of efficiency is favored in which it is acknowledged that extraeconomic factors matter and by noting that alternative modes of organization affect these differently.»

Ovviamente, la presenza della *voice* influenza il ruolo che l'*exit* in concreto assume. Il meccanismo di *voice* ha sempre elevati costi, in quanto necessita che gli acquirenti coordinino i propri sforzi per instaurare un dialogo con il venditore. Il ricorso al meccanismo di *exit*, per contro, non determina alcun costo per i consumatori, i quali si limitano a concludere un medesimo contratto con una differente controparte. Ciò nonostante, evidenzia Hirschman, vi possono essere delle barriere che limitano i meccanismi di *exit*: si pensi ad esempio alla necessità per il consumatore di pagare una penale per recedere da un contratto di lungo termine con la controparte; o ancora si pensi ai costi di informazione e di negoziazione che le parti devono

¹⁴ Cfr. WILLIAMSON, *The Economics of Internal Organization: Exit and Voice in Relation to Markets and Hierarchies*, in *The American Economic Review*, 1976, vol. 66, 370.

sostenere prima di addivenire alla stipula del contratto. Secondo Hirschman, la presenza di tali barriere paradossalmente può aumentare la disponibilità delle parti a sostenere i diversi costi di *voice*. Se i consumatori infatti non hanno la disponibilità immediata di una *outside options* sono maggiormente propensi ad instaurare un dialogo con il produttore, al fine di ottenere un bene qualitativamente superiore. Come evidenziato da Williamson, quindi, «(t)his challenges the usual economic presumption that more degrees of freedom are always to be preferred to fewer»¹⁵.

4. Meccanismi di mercato in istituzioni di non mercato

Se si analizza il ruolo dei meccanismi di *exit* in un modello di *corporate governance market-oriented* risulta alquanto complesso declinare in tale ambito le tesi dottrinarie elaborate nella letteratura economica Neo Istituzionalista. Secondo i tradizionali assunti della teoria dell'impresa è efficiente che il diritto di proprietà sia allocato in capo a coloro che compiono gli investimenti connotati da un maggior grado di specificità. Se è vero che nell'impresa individuale vi è un soggetto, l'imprenditore, che predispone un complesso di beni organizzati per l'esercizio dell'attività economica, l'individuazione del proprietario in una società, le cui azioni sono negoziate in un mercato dei capitali, appare un'operazione ardua e non priva di molteplici profili di criticità. La società, difatti, è un autonomo soggetto di diritto, titolare di un proprio patrimonio distinto rispetto al patrimonio degli azionisti¹⁶. Ciò nonostante la società ha una funzione

¹⁵ Cfr. WILLIAMSON, *The Economics of Internal Organization: Exit and Voice in Relation to Markets and Hierarchies*, cit., 372.

¹⁶ In letteratura è stata fortemente criticata la riproposizione del concetto di proprietà in relazione al diritto societario. Cfr. STOUT, *Bad and Not-So-Bad Arguments for Shareholder Primacy*, in *Southern California Law Review*, 2002, vol. 75, 1191, secondo cui «A lawyer would know that the shareholders do not, in fact, own the corporation. Rather, they own a type of corporate security commonly called "stock." As owners of stock, shareholders' rights are quite limited. For example, stockholders do not have the right to exercise control over the corporation's assets. The corporation's board of director's holds that right.10 Similarly, shareholders do not have any right to help themselves to the firm's earnings; the only time they can receive any payment directly from the corporation's coffers is when they receive a dividend, which occurs only when

strumentale rispetto alla realizzazione degli interessi dei soci; chi intende costituire una società infatti non vuole creare un ente che operi al di fuori di sé, bensì un ente che operi per il perseguimento di un proprio fine. Se si definisce il diritto di proprietà in senso a-tecnico come un complesso di diritti residuali sia amministrativi che patrimoniali, appare evidente come l'azionista, oltre ad essere *residual claimant*, abbia il *residual right to control* sugli *assets* della società. Nella letteratura giuseconomica, quindi, non soltanto si è soliti individuare gli azionisti quali soggetti proprietari, ma si rileva, inoltre, come il fine unico di una società in un modello di *corporate governance market-oriented* sia quello di massimizzare il valore del titolo azionario negoziato in un mercato regolamentato¹⁷.

Ciò nonostante, se si considerano i risultati evidenziati dal modello GHM, vi è un'indubbia discrepanza tra le caratteristiche del soggetto proprietario ivi descritte e le caratteristiche degli azionisti all'interno della società quotata: in primo luogo, infatti, il proprietario dovrebbe essere colui che compie investimenti specifici e subisce un effetto *lock-in*. Nella società quotata, per contro, non soltanto l'azionista non acquista alcuna specifica competenza relativa alle politiche industriali adottate dalla società, ma può inoltre disinvestire la propria partecipazione, recuperando il valore del suo investimento. Nel modello GHM, poi, il potere dovrebbe essere l'elemento caratterizzante il diritto di proprietà. Nelle *public company*, invece, in presenza di una frammentazione della base azionaria, i soci, seppure in astratto titolari del diritto di voto in sede assembleare, sono soggetti che non hanno interesse alcuno ad esercitare le proprie prerogative all'interno della compagine sociale. In altri termini, ad una situazione di unificazione tra proprietà e controllo caratterizzante il modello GHM si contrappone una situazione di

the directors decide to declare one. As a legal matter, shareholders accordingly enjoy neither direct control over the firm's assets nor direct access to them. Any influence they may have on the firm is indirect, through their influence on the board of directors».

¹⁷ Per una critica del concetto di *shareholders value* cfr. STOUT, *Bad and Not-So-Bad Arguments For Shareholder Primacy*, cit., 1189.

frammentazione della base azionaria bilanciata da un accentramento del potere nelle mani del *management*¹⁸.

Ciò non vuol dire che l'approccio Neo Istituzionalista sia superfluo o irrilevante nel descrivere le peculiarità del modello di *corporate governance* caratterizzante le società quotate¹⁹. Nella letteratura statunitense si è infatti evidenziato come sia proprio il fallimento del mercato dovuto all'esistenza di elevati costi di transazione, a giustificare la separazione tra proprietà e controllo. Nell'ipotesi in cui un imprenditore individuale non disponesse delle risorse finanziarie necessarie per predisporre un complesso aziendale idoneo allo svolgimento dell'attività di impresa, sarebbe per lui possibile prendere in prestito tutto il capitale di cui egli ha bisogno mediante indebitamento. In un contesto di informazioni asimmetriche, però, i proprietari potrebbero porre in essere comportamenti opportunistici appropriandosi di una consistente quota di capitale di debito. I finanziatori, al fine di evitare tali condotte, non possono chiedere indietro i propri finanziamenti, in quanto solitamente i prestiti avvengono a lungo termine; né possono agire contro il patrimonio dell'imprenditore, poiché il capitale viene investito in beni utilizzabili solo in quella organizzazione²⁰.

¹⁸ Cfr. HART, *Firms Contracts and Financial Structure*, cit., 126, secondo cui in una *public company* il nesso logico intercorrente tra allocazione del potere e protezione degli investimenti specifici perde significato. L'autore evidenzia come «in the case of a public company the issue of allocating control rights to managers in order to give them a chance to enjoy private benefits may not be of primary importance. Also, it may not be necessary to give managers control rights in order to motivate them to undertake relationship-specific investments, or to be innovative or inventive, given that many of the actions of the managers of a large company are relatively routine. Rather, the crucial issue may be how the company's investors can design financial structure so as to limit management's ability to pursue its own goals at the expense of investors».

¹⁹ In tal senso lo stesso Hart evidenzia come «(e)ven though there are important differences between the owner-managed and large company cases, the main insights of the property rights approach continue to be relevant. It is still useful to think of a large company as consisting of nonhuman assets. It is also helpful to analyses a merger in terms of a change in residual control rights. Prior to a merger, some residual control rights are delegated to the board of the acquiring company and some to the board of the company that is to be acquired; after the merger, all the residual control rights are delegated (in the first instance) to the board of the acquiring company». Cfr. HART, *Firms Contracts and Financial Structure*, cit., 62.

²⁰ Cfr. HANSMAN, *La proprietà dell'impresa*, Bologna, 2005, 74-75, secondo il quale «il metodo più diretto è quello di attribuirsi dividendi e salari eccessivi,

L'attribuzione della proprietà agli investitori, per contro, determina minori costi connessi all'assunzione del rischio, poiché essi possono diversificare maggiormente i propri investimenti²¹. Si realizza così una situazione di eterogeneità della base azionaria, in cui taluni soci sono effettivamente interessati alla conduzione dell'attività di impresa, mentre per gli altri azionisti l'unico fine è il soddisfacimento delle proprie pretese finanziarie. In tale ultima ipotesi il socio è esclusivamente un investitore, ossia un agente economico che vende la propria disponibilità a subire il rischio di impresa, in cambio della massimizzazione del valore del titolo azionario.

L'approccio concettuale di Hirschman può fornire adeguati strumenti interpretativi per una corretta analisi della tutela che gli azionisti investitori debbono ricevere all'interno di una società quotata. Il fine della *corporate governance* non può essere rinvenuto esclusivamente nell'allocazione efficiente del potere all'interno della compagine sociale, ma anche nella predisposizione di adeguate salvaguardie a vantaggio delle *constituencies* che a tale potere sono soggette²². L'azionista investitore subisce passivamente le scelte compiute dagli

ovvero di porre in essere altre transazioni lucrative in conflitto di interessi, stornando fondi che l'impresa potrebbe aver trattenuto allo scopo di garantire la restituzione del prestito». Ciò nonostante, «uno strumento meno diretto per giungere al medesimo risultato, per i proprietari, consiste nell'investire i fondi raccolti dall'impresa in progetti altamente rischiosi che, in caso di successo garantiscono elevati rendimenti ma che presentano anche notevoli rischi di fallimenti. Qualora i progetti vadano a buon fine, i proprietari otterranno un ritorno economico superiore alla somma dovuta a coloro che hanno fornito il capitale; qualora, diversamente, i progetti falliscano e l'impresa venga sottoposta ad una procedura fallimentare, la perdita ricadrà principalmente su quest'ultimi».

²¹ Cfr. HANSMAN, *La proprietà dell'impresa*, cit., 78.

²² Il concetto di *corporate governance* viene definito da GILLAN-STARKS, *A Survey of Shareholder Activism: Motivation and Empirical Evidence*, in *Contemporary Finance Digest*, 1998, vol. 3, 10-34, come «the system of laws, rules, and factors that control operations at a company».

La *corporate governance* può essere considerata come un complesso di norme e di regole, sia formali che informali, volte ad incentivare e a proteggere il valore degli investimenti degli *stakeholders* all'interno della compagine sociale. In tal senso, cfr. HANSMANN- HERTIG- HOPT- KANDA- ROCK- KRAAKMAN- DAVIES, *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*, Oxford, 2004. In un'ottica Neo Istituzionalista cfr. BLAIR- STOUT, *Director Accountability and the Mediating Role of the Corporate Board*, in *Washington University Law Quarterly*, 2001, vol. 79, 403-447.

amministratori o dagli azionisti di maggioranza; conferisce i propri capitali, quindi, solamente se può ricorrere a tutele di mercato, il disinvestimento della partecipazione azionaria, o a tutele di non mercato, l'esercizio del diritto di voto in sede assembleare. Deludenti rendimenti della società, infatti, riducono il prezzo del titolo azionario, rendendo probabile la rimozione dell'organo amministrativo mediante scalate ostili o delibere assembleari.

Se non vi fosse alcuna distinzione tra le relazioni intercorrente tra società e azionisti e le relazioni intercorrenti tra società e consumatori, si potrebbe ritenere, in coerenza con la tesi sostenuta da Hirschman, che la combinazione tra *voice* ed *exit* garantisca in ogni caso un'adeguata tutela delle prerogative del socio. Nell'ipotesi in cui il prezzo del titolo non rifletta fedelmente le prospettive reddituali della società, gli azionisti di minoranza dovrebbero instaurare un dialogo diretto con il *management* per correggere le eventuali inefficienze del processo decisionale. A ben vedere, però, nel modello di *public company* statunitense, i soci hanno sempre avuto la disponibilità di una *outside option*, ma non hanno mai potuto in concreto esercitare la propria *voice*²³, non soltanto per i ben noti problemi delle scelte collettive, ma anche e soprattutto per la legislazione adottata che ha a lungo scoraggiato forme di attivismo da parte degli azionisti²⁴. Allo stesso modo, in differenti ordinamenti giuridici europei, è stata sì riconosciuta una pregnante tutela delle prerogative e dei diritti amministrativi dei soci, ma il mercato azionario illiquido ed inefficiente non ha garantito loro una piena disponibilità dell'*outside option*. Si dovrebbe ritenere allora che né il modello di *public company* statunitense né i diversi sistemi di capitalismo europeo tutelano in maniera

²³ Recentemente poi si sono verificate anche all'interno delle *public companies* statunitensi forme di attivismo di investitori istituzionali i cui risultati, però, come si evidenzierà in seguito, sono stati alquanto ambigui. A tal proposito cfr. GILLAN- STARKS, *Corporate Governance, Corporate Ownership, and the Role of Institutional Investors: A Global Perspective*, in Weinberg Center for Corporate Governance Working Paper No. 2005-01, disponibile presso la pagina telematica <http://ssrn.com/abstract=439500>.

²⁴ Cfr. SANTELLA-BAFFI-DRAGO-LATTUCA, *A Comparative Analysis of the Legal Obstacles to Institutional Investor Activism in Europe and in the US*, 2009, disponibile presso la pagina telematica <http://ssrn.com/abstract=1137491>.

efficiente gli interessi dei proprietari. Ovviamente una tale conclusione è senz'altro aprioristica in quanto dà per dimostrato proprio ciò che invece occorre dimostrare, ossia che la dicotomia *voice* ed *exit* possa essere riproposta in maniera acritica in un contesto di *corporate governance*.

In coerenza con le premesse del presente articolo, si ritiene possibile comprendere la differenza intercorrente tra mercato dei prodotti finali ed un meccanismo di mercato che opera all'interno di una istituzione di non mercato solamente se si pone l'*exit* in relazione ai concetti in precedenza esposti di investimenti specifici ed incompletezza contrattuale. A tal fine può essere utile esaminare un caso simmetrico rispetto a quello prospettato da Hirschman. L'Autore, infatti, nel descrivere i meccanismi di *voice*, aveva considerato una situazione in cui in presenza di un fallimento del mercato non è possibile realizzare le medesime transazioni all'interno dell'impresa. Per converso, si può ora ipotizzare che l'imperfetto processo di allocazione delle risorse all'interno dell'impresa non sia bilanciato dalla presenza di un efficiente mercato dei prodotti finali. Preliminarmente, è opportuno esaminare una tale ipotesi facendo riferimento in senso a-tecnico esclusivamente ai soggetti proprietari ed ai soggetti non proprietari, non focalizzando sin da subito l'attenzione sul modello di governo societario della *public company*: tale scelta è coerente con l'approccio funzionale adottato nel presente articolo, in virtù del quale si cerca di individuare in astratto la funzione che l'*exit* assolve all'interno di una istituzione di non mercato, cercando di prescindere il più possibile dalle peculiari caratteristiche dell'ordinamento societario in concreto esaminato²⁵.

In particolare, si possono analizzare due distinte ipotesi. In primo luogo, l'attività di impresa può essere un'attività eccessivamente rischiosa: un imprenditore, pur esercitando correttamente ed in maniera efficiente il proprio potere, potrebbe risultare soccombente nel giuoco concorrenziale per fattori

²⁵ La distinzione tra soggetti proprietari e soggetti non proprietari, oltre, ad essere esaminata nel modello GHM, è stata anche riproposta da Rajan e Zingales per definire l'accesso all'*asset* come una fonte di potere all'interno delle istituzioni di non mercato. Cfr. RAJAN-ZINGALES, *Power in a Theory of the Firm*, in *Quarterly Journal of Economics*, 1998, 387-432.

indipendenti alla sua condotta²⁶. In secondo luogo, si può ipotizzare una situazione in cui il mercato dei prodotti finali è un mercato monopolistico o oligopolistico²⁷. L'imprenditore potrebbe, quindi, porre in essere comportamenti opportunistici, appropriandosi del valore degli investimenti delle altre *constituencies* e fornendo prestazioni inefficienti ai consumatori; ciò nonostante in assenza di un efficiente mercato dei prodotti finali, potrebbe non essere espulso dalle dinamiche concorrenziali.

È possibile esaminare la prima ipotesi prospettata. Come in precedenza evidenziato, lo svolgimento di attività di impresa necessita di investimenti specifici; la specificità degli investimenti, a sua volta, riduce la possibilità di ricorrere ai meccanismi di *exit*. Il proprietario, potendo impiegare i propri *assets* in diversi modi, in presenza di un'attività di impresa altamente rischiosa, non sarebbe disposto a compiere investimenti specifici, al fine di preservare la disponibilità dell'*outside options*. Il non proprietario, per contro, aumenta la propria produttività solamente se ha accesso agli *assets*; se ciò non avviene, egli non può acquisire capacità inerenti la peculiare attività di impresa e può svolgere solamente mansioni dequalificati. Secondo Rajan e Zingales, in tale contesto il proprietario preferisce non esercitare i propri poteri, demandando al non proprietario il compimento di investimenti specifici in capitale umano. Gli Autori, dunque, individuano un'ulteriore fonte del potere, l'accesso all'*asset* specifico, distinta rispetto alla proprietà dell'impresa²⁸. Essi evidenziano, infatti, come «The agent who is given privileged access to the resource

²⁶ La correlazione tra esogeneità del rischio dell'attività di impresa e struttura proprietaria viene evidenziata da IACOBUCCI-TRIANI, *Economic and Legal Boundaries of Firms*, disponibile presso la pagina telematica http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=903328&download=yes, secondo cui «larger the risk associated with an investment in an asset, the less likely there is to be a controlling shareholder of the corporation that owns the asset»; ciò in quanto «controlling shareholders are more likely to be undiversified than other investors given the relatively large stake that they have in the corporation».

²⁷ Il legame intercorrente tra mercato dei prodotti finali ed i poteri dei proprietari è stato esaminato da ROE, *The Shareholder Wealth Maximization Norm and Industrial Organization*, 2001, disponibile presso la pagina telematica http://lsr.nellco.org/harvard_olin/33.

²⁸ Cfr. RAJAN-ZINGALES, *Power in a Theory of the Firm*, cit., 390.

gets no new residual rights of control. All she gets is the opportunity to specialize her human capital to the resource and make herself valuable. When combined with her pre-existing residual right to withdraw her human capital, access gives her the ability to create a critical resource that she controls: her specialized human capital. Control over this critical resource is a source of power (as, more generally, is control over any critical resource). Since the amount of surplus that she gets from this power is often more contingent on her making the right specific investment than the surplus that comes from ownership, access can be a better mechanism to provide incentives than ownership».

Il non proprietario acquista così un maggior potere contrattuale, in quanto diviene insostituibile all'interno del processo produttivo e può ottenere nella divisione del *surplus* maggiori guadagni.

In tale ottica si può ora considerare la seconda ipotesi in precedenza evidenziata, ossia la situazione in cui il potere all'interno dell'impresa non venga limitato dalla presenza di un mercato dei prodotti finali perfettamente concorrenziale. Anche in tal caso la separazione tra proprietà e controllo può assurgere a limite indiretto al potere esercitato dal non proprietario. Si può assumere, difatti, che il proprietario non abbia le necessarie conoscenze per correggere le inefficienze e l'opportunismo del *management*. Ciò nonostante, egli accetta di rimanere estraneo alla conduzione dell'attività di impresa solamente se in presenza di ipotesi patologiche può recuperare, mediante i meccanismi di *exit*, il valore del proprio investimento generico, alienando i propri *assets* o destinandoli ad un diverso impiego. In entrambi le ipotesi, il non proprietario non potrebbe continuare a svolgere le mansioni specifiche in relazione alle quali ha acquisito conoscenze. Per tale motivo egli è disincentivato ad assumere comportamenti opportunistici che riducono le prospettive reddituali dell'impresa.

Le argomentazioni sin qui svolte consentono di evidenziare le differenze intercorrenti tra mercato dei prodotti finali e mercato della proprietà dell'impresa: nel mercato dei prodotti finali, infatti, il regolamento contrattuale definisce *ex ante* i diritti e gli obblighi dei contraenti. Nel mercato della proprietà dell'impresa, per contro, oggetto dell'accordo tra le parti, non è un diritto o un obbligo su un determinato bene, bensì un complesso di poteri e

prerogative più o meno effettivi che il proprietario può esercitare all'interno dell'istituzione di non mercato. Nell'ipotesi di coincidenza tra proprietà e controllo, quindi, al potere del soggetto proprietario corrisponde una situazione di soggezione del non proprietario; per converso, in una situazione di separazione tra proprietà e controllo, il non proprietario, oltre ad essere immune dal potere del proprietario, acquista un autonomo e non delegato potere derivante dall'accesso all'*asset* specifico.

Vi è poi una seconda rilevante differenza. Se nel mercato dei prodotti finali *voice* ed *exit* sono sempre delle tutele per i consumatori, all'interno di una istituzione di non mercato tali meccanismi presentano caratteristiche polivalenti: possono essere considerati delle salvaguardie per i proprietari se il loro utilizzo incide sul modello di governo dell'impresa in ipotesi patologiche. Il ricorso ai meccanismi di *voice* ed *exit* anche in ipotesi fisiologiche, per contro, influenza direttamente la relazione intercorrente tra ottimale allocazione del potere e tutela degli investimenti specifici. Nell'impresa, infatti, l'allocazione delle risorse mediante un meccanismo di non mercato rappresenta il consueto paradigma mediante il quale si realizzano le transazioni. La *voice* del proprietario altro non è che l'esercizio di un potere che coesiste con il potere del non proprietario derivante dall'accesso all'*asset* specifico. La combinazione tra *voice* ed *exit* per il proprietario postula quindi l'esercizio di un potere in assenza di un effetto *lock-in*. L'effettività di tale potere riduce l'autonomia e, di conseguenza, gli incentivi dei non proprietari a compiere investimenti specifici nel lungo periodo. Il proprietario, chiamato a risolvere *ex post* l'incompletezza contrattuale, se ha anche la disponibilità dell'*outside option*, infatti, può espropriare la controparte della propria quota di *surplus*. Si ha quindi un equilibrio Pareto inefficiente, in quanto né il proprietario né il non proprietario hanno incentivi a compiere investimenti specifici: il primo per preservare il valore della propria *outside option*, il secondo nel timore di un comportamento opportunistico della controparte.

Tale situazione, inoltre, rappresenta un equilibrio Pareto inferiore rispetto a quello descritto dal modello GHM, in cui solamente il proprietario compie investimenti specifici. La giustificazione di ciò deve essere rinvenuta proprio negli assunti su cui il modello GHM si fonda: vi deve essere un nesso

indissolubile tra potere decisionale, non disponibilità di *outside option* ed investimenti specifici. L'allocazione del potere, difatti, deve proteggere la parte i cui investimenti sono specifici dalla minaccia di *hold up* perpetrata a suo danno dalla controparte. Appare evidente, per contro, come si ottenga un livello sub ottimale di investimenti nell'ipotesi in cui il potere venga attribuito alla parte il cui unico interesse è quello di preservare il valore della propria *outside option*.

5. Disponibilità dell'*outside option* e comportamenti opportunistici degli azionisti nelle società quotate

Il rapporto intercorrente tra potere dei proprietari e potere dei non proprietari può essere ora evidenziato nel modello di governo societario della *public company* statunitense. Diverse sono state in letteratura le giustificazioni addotte al processo di separazione tra proprietà e controllo²⁹. Ai fini del presente articolo, però, tale fenomeno verrà esaminata alla luce del concetto di complementarità tra mercato ed impresa. Si è evidenziato, difatti, come storicamente il modello di *public company* sia sorto proprio in concomitanza con la fine della concorrenza nei mercati dei prodotti finali³⁰. L'elevato grado di tecnologia impiegata nei processi di produzione fordistica, oltre a favorire il sorgere di monopoli ed oligopoli, ha reso necessario il compimento di investimenti altamente rischiosi nell'attività di impresa. Negli Stati Uniti gli azionisti hanno diversificato le proprie partecipazioni, al fine di poter disinvestire i titoli azionari in presenza di rendimenti insoddisfacenti. In un contesto di frammentazione della proprietà azionaria, il potere è esercitato dagli amministratori, i quali acquisiscono all'esterno le conoscenze necessarie e le calano quindi all'interno del processo produttivo, individuando le mansioni che i lavoratori in concreto devono svolgere³¹. Ciò nonostante il potere del *management* non è assoluto poiché limitato proprio dall'esistenza del mercato

²⁹ Ex multis Cfr. ROE, *Political Preconditions To Separating Ownership from Corporate Control*, in *Stanford Law Review*, 2000, vol. 53, 539 ss.

³⁰ Cfr. O'KELLEY, *The Entrepreneur and the Theory of the Modern Corporation*, in *Journal of Corporation Law*, 2006, vol. 31, 756-777.

³¹ A tal riguardo cfr. ROE, *A political theory of American corporate finance*, in *Columbia Law Review*, 1991, vol. 91, 10-67.

azionario: come evidenziato da Williamson³², «(t)he argument here is that, where competition in the product market is weak or lacking, capital market competition for managerial control over corporate assets has an important role to play. The hierarchical transformation of firms from traditional, functionally organized entities to divisionalized structures permits an internal resource allocation competition to be set up which facilitates the assignment of capital to high yield purposes».

Il mercato azionario sopperisce quindi alla mancanza di un mercato dei prodotti finali competitivo ed efficiente, divenendo un limite esterno ad eventuali comportamenti opportunistici del *management*. I meccanismi di *exit*, pertanto, rappresentano una tutela per gli azionisti fintantoché sia riconosciuta l'autonomia degli altri *stakeholders* in presenza di risultati soddisfacenti dell'attività di impresa. L'acquisizione del controllo da parte di un soggetto terzo è un'ipotesi eccezionale che si realizza in tale contesto solamente in presenza di un eccessivo deprezzamento del valore del titolo azionario. Allo stesso modo, nell'ipotesi in cui l'effettività dei diritti amministrativi degli azionisti di minoranza non incida direttamente sull'allocazione del potere all'interno della compagine sociale, i meccanismi di *voice* possono considerarsi come una tutela di non mercato fungibile all'*exit*.

Per converso, si può ora assumere che l'esercizio dei meccanismi di *voice* ed *exit* alteri la struttura proprietaria o quantomeno interferisca in maniera incisiva sull'esercizio del potere da parte dell'organo amministrativo in situazioni non patologiche. Ciò si è verificato nell'ultimo ventennio del secolo scorso e nei primi anni del nuovo secolo. Prima di allora, infatti, gli azionisti delle *public companies* non erano soliti esercitare i propri diritti di voto, né le scalate ostili erano frequenti nella prassi. L'estraneità dei proprietari dalle decisioni di politica industriale ha determinato una sostanziale convergenza degli interessi degli amministratori con quelli dei lavoratori. Il *management* in tale contesto è stato propenso a favorire la stabilità delle politiche occupazionali e ad aumentare le dimensioni dell'impresa a tal punto da incorrere in situazioni di

³² Cfr. WILLIAMSON, *The Economics of Internal Organization: Exit and Voice in Relation to Markets and Hierarchies*, cit., 375.

eccesso di capacità produttiva³³. Si sono rese così necessarie operazioni di ristrutturazione aziendale. Negli anni ottanta quindi il ricorso a scalate ostili è stato consistente ed ha coinvolto più della metà delle *corporations* statunitensi. Tuttavia le operazioni di *takeover*, pur favorendo in taluni casi una efficiente allocazione del controllo³⁴, hanno accentuato il problema delle scelte collettive per gli azionisti³⁵ e soprattutto hanno determinato effetti negativi in capo agli amministratori e ai lavoratori. Se le possibilità di scalate ostili sono concrete, infatti, non vi è alcuna garanzia che, a seguito di una diversa allocazione del controllo, il nuovo soggetto proprietario si astenga dall'espropriare o dal disperdere la quota di *surplus* loro spettante. Diminuisce così la propensione degli amministratori e dei lavoratori ad acquisire conoscenze e competenze inerenti

³³ Per una disamina delle ragioni che hanno determinato la cosiddetta stagione dei *takeovers* negli anni ottanta, cfr. JENSEN, *The Modern Industrial Revolution, Exit, and the Failure of Internal Control Systems*, in *The Journal of Finance*, 1993, 847, secondo cui «(i)n industry after industry with excess capacity, managers fail to recognize that they themselves must downsize; instead they leave the exit to others while they continue to invest. When all managers behave this way, exit is significantly delayed at substantial cost of real resources to society».

³⁴ Il merito di aver individuato il rapporto intercorrente tra mercato del controllo societario e l'efficiente allocazione del potere all'interno della compagine sociale è di MANNE, *Mergers and the Market for Corporate Control*, in *Journal of Political Economy*, 1965, vol. 73, 110-120.

³⁵ Nell'ipotesi in cui il valore atteso del titolo azionario in futuro, durante l'operato del nuovo *management*, sia superiore al valore attuale del titolo medesimo, ciascun azionista tende a non vendere le proprie azioni sperando comunque che gli altri azionisti accettino l'offerta. Poiché tale comportamento è razionale, l'offerta potrebbe non essere accettata, pur essendo astrattamente idonea a migliorare l'operato della società. Nella prassi però può verificarsi anche un fenomeno opposto, in cui l'azionista è portato ad accettare offerte il cui ammontare sia inferiore al valore attuale del titolo ma in ogni caso superiore al valore che il medesimo titolo acquisterebbe nell'ipotesi in cui il *management* fosse sostituito a seguito della scalata ostile. In tal caso sarebbe efficiente per gli azionisti non vendere i propri titoli; ciò nonostante, nel timore che gli altri azionisti vendano le proprie azioni, ciascun socio potrebbe aderire all'offerta di acquisto.

A tal proposito cfr. GROSSMAN-HART, *Takeover bids, the free-rider problem and the theory of the corporation*, in *Bell journal of economics*, 1980, 42 ss.; cfr. GOSHEN, *Voting (insincerely) in Corporate Law*, in *Theoretical Inquiries in Law*, 2001, 815 ss.

l'attività di impresa nel lungo periodo⁵⁶. La tutela delle rendite, ingenerate dal compimento di investimenti specifici in capitale umano, è stata quindi la principale motivazione addotta per giustificare l'introduzione di tecniche difensive, tali da rendere maggiormente costosa l'acquisizione del controllo della società⁵⁷.

Negli anni novanta, fino alla recente crisi finanziaria, la conflittualità tra capitale e lavoro, lungi dal trovare una spontanea composizione, si è maggiormente accentuata. La convergenza tra interessi degli amministratori ed interessi degli azionisti è stata realizzata, però, non più pel tramite di scalate ostili, bensì mediante nuove tecniche di remunerazione del *management*, fortemente correlate al valore del titolo azionario⁵⁸, e principalmente mediante il potenziamento dei meccanismi di *voice* degli azionisti. Il processo di globalizzazione economica ha permesso una sempre maggiore libertà di circolazione dei capitali. Si è determinata così una concorrenza virtuosa tra ordinamenti giuridici nel predisporre regole di governo societario maggiormente efficienti ed attraenti per gli investitori: si è ritenuto, in altri termini, che gli azionisti sono disposti a conferire i propri capitali solamente se possono esercitare in maniera effettiva i propri diritti amministrativi, riducendo così i costi che discendono dal rapporto di agenzia intercorrente tra essi ed il *management*⁵⁹. Se il mercato azionario fallisce nel limitare un cattivo esercizio del potere, non soltanto una tutela delle prerogative proprietarie tramite i meccanismi di *voice* è opportuna, ma diviene anche una condizione propedeutica per

⁵⁶ Cfr. BERGLÖF- BURKART, *European Takeover Regulation*, in *Economic Policy*, 2003, 171–213.

⁵⁷ In generale cfr. SHLEIFER-SUMMERS, *Breach of trust in hostile takeovers*, NBER Working Paper No. 2342, 1989, disponibile presso la pagina telematica <http://www.nber.org/papers/w2342.pdf>. Per una generale disamina delle tecniche difensive (come ad esempio le *poison pills* o le diverse deroghe alla *passivity rule*) cfr. VENTORUZZO, *Takeover Regulation as a Wolf in Sheep's Clothing: Taking Armour & Skeel's Thesis to Continental Europe*, 2008, disponibile presso la pagina telematica http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1084429; nonché cfr. ENRIQUES, *European Takeover Law: The Case for a Neutral Approach*, 2009, disponibile presso la pagina telematica <http://ssrn.com/abstract=1523307>.

⁵⁸ Cfr. HOLMSTROM- KAPLAN, *The State of U.S. Corporate Governance: What's Right and What's Wrong*, in *Journal of Applied Corporate Finance*, 2003, 8-20.

⁵⁹ Cfr. WINTER, *Cross-Border Voting in Europe*, 2000, disponibile presso la pagina telematica http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=249625.

rafforzare la liquidità e l'efficienza del mercato azionario medesimo.

In tale contesto, i nuovi interpreti dell'attivismo societario sono stati non i singoli azionisti risparmiatori, bensì gli investitori istituzionali⁴⁰, ossia intermediari che gestiscono professionalmente l'altrui risparmio. Tali soggetti non hanno assunto il controllo diretto della società; ciò nonostante, essi sono stati in grado di coordinare i propri sforzi per indurre il *management* a compiere decisioni da loro ritenute particolarmente significative. Le scelte adottate non sempre sono state omogenee: talvolta essi hanno effettivamente contribuito ad un miglioramento delle politiche industriali; in diverse circostanze, per contro, gli investitori istituzionali, specialmente gli *hedge funds*, non hanno mostrato alcun interesse alle prospettive reddituali dell'impresa nel lungo periodo, avendo come unico obiettivo la massimizzazione del valore del titolo azionario nel breve termine.

In letteratura le problematiche connesse a tali forme di attivismo sono state definite *short-termism*, intendendosi con tale termine l'eccessiva attenzione che gli investitori istituzionali impongono al *management* sui risultati di breve periodo della società anche e soprattutto mediante il ricorso ai meccanismi di *voice*. Secondo i tradizionali assunti della scienza giuseconomica, in tali circostanze il prezzo azionario dovrebbe riflettere immediatamente le future prospettive reddituali dell'impresa; poiché però ciò non sempre avviene, si ritiene che lo *short-termism* sia un fallimento del mercato. Ciò è indubbiamente vero. Tuttavia, in coerenza con le premesse del presente articolo, sembra più corretto definire siffatto fenomeno, la cui genesi va rinvenuta proprio nel cattivo esercizio del potere da parte degli azionisti e le cui conseguenze si riverberano direttamente sui delicati equilibri di *corporate governance*, come un fallimento di

⁴⁰ Si pensi ai fondi pensione o alle banche o ancora agli *hedge funds*. La letteratura che ha esaminato gli effetti dell'attivismo degli investitori istituzionali sui rendimenti della società è sterminata.

Ex multis cfr. BLACK, *Shareholder passivity re-examined*, in *Michigan Law Review*, 1990, vol. 89, 520 ss., nonché cfr. GILLAN- STARKS *Corporate Governance Proposals and Relationship Shareholder Activism: The Role of Institutional Investors*, in *Journal of Financial Economics*, 2000, vol. 57, 275-305.

un meccanismo di mercato che però opera all'interno di un'istituzione di non mercato.

Lo *short-termism*, d'altro canto, è solo una delle possibili patologie connesse a forme di attivismo degli investitori istituzionali. La combinazione di meccanismi di *voice* ed *exit* altro non è che l'esercizio di un potere (i diritti amministrativi dei soci) in assenza di un *commitment* nella compagine sociale. La disponibilità di un'immediata *outside option* presuppone, infatti, la presenza di investimenti generici degli azionisti, poiché essi sono disposti a disinvestire la propria partecipazione solamente se il valore del proprio investimento all'interno della società è inferiore o uguale al valore dell'investimento nelle diverse alternative che il mercato offre. Il rafforzamento della *voice* in assenza di un impegno stabile e duraturo nella compagine sociale crea pertanto una situazione di interferenza tra potere del *management* e potere degli azionisti tale da rendere possibile, anche in una istituzione di non mercato, una minaccia di *hold up*⁴¹. Gli azionisti nel nuovo modello di *governance* non sono più estranei alla conduzione dell'attività di impresa; al contrario essi possono appropriarsi, mediante l'esercizio delle proprie prerogative sociali, della quasi rendita ingenerata dagli investimenti specifici degli altri *stakeholders*, che non dispongono di una immediata *outside option*. A nulla rileva che in tal modo il *surplus* potenziale della relazione si riduca, in quanto i soci possono, alienando le proprie partecipazioni, ottenere il capitale originariamente conferito per la sottoscrizione o l'acquisto delle azioni, trovando nel mercato eventuali opportunità di investimento maggiormente redditizie. Il rafforzamento della *voice*, quindi, può determinare un equilibrio istituzionale Pareto inefficiente in quanto tutela esclusivamente chi compie investimenti generici ed ha immediata disponibilità di una *outside option*, gli azionisti, non salvaguardando adeguatamente proprio i soggetti che compiono investimenti specifici in capitale umano⁴², ossia i lavoratori e gli amministratori.

⁴¹ Cfr. GELTER, *The Dark Side of Shareholder Influence: Toward a Hold up Theory of Stakeholders in Comparative Corporate Governance*, ECGI - Law Working Paper No. 096, 2008, disponibile presso la pagina telematica <http://ssrn.com/abstract=1106008>.

⁴² A tal proposito, si può citare il pensiero espresso da Müntefering, esponente di spicco del partito socialista tedesco, il quale ha paragonato gli

6. Prospettive di indagine

Nel presente articolo si è tentato di evidenziare come l'*exit* in una istituzione di non mercato possa essere considerata una tutela per i proprietari fintantoché questi restino estranei all'esercizio dell'attività di impresa. La combinazione tra *voice* ed *exit*, per contro, si risolve nell'esercizio di un potere in assenza di *commitment* e può determinare la minaccia di *hold up* anche in una istituzione di non mercato.

Recentemente la Commissione Europea, dopo aver ribadito nella comunicazione "Towards a Single Market Act" che «*It is of paramount importance that European businesses demonstrate the utmost responsibility not only towards their employees and shareholders but also towards society at large*», ha esaminato il problema dello *short-termism* nel Libro Verde sulla *corporate governance* del 2011, ponendo il seguente quesito: «Please point to any existing EU legal rules which, in your view, may contribute to inappropriate short-termism among investors and suggest how these rules could be changed to prevent such behaviour». L'individuazione di possibili rimedi giuridici a comportamenti opportunistici da parte degli azionisti è un attuale ed urgente tema di indagine la cui soluzione non potrà però prescindere da una complessa analisi del rapporto di complementarità tra mercato ed impresa caratterizzante l'equilibrio organizzativo delle società quotate. Le norme giuridiche e i modelli di *corporate governance*, infatti, non possono essere oggetto di un'astratta disamina, ma devono essere contestualizzati nel complesso di regole formali ed informali che governano una determinata relazione giuridica. Non vi è da stupirsi, quindi, di come proprio un approccio scientifico fortemente mercato-centrico come la L&E consenta di comprendere il funzionamento di meccanismi di mercato all'interno di istituzioni di non mercato; se è vero che non può

azionisti che esercitano un potere in assenza di *commitment* a delle locuste. Egli infatti ha evidenziato come «some financial investors spare no thought for the people whose jobs they destroy; they remain anonymous, have no face, fall like a plague of locusts over our companies, devour everything, and then fly on to the next one». Nell'immagine proposta da Müntefering vi è un'efficace descrizione del problema di *hold up*, in cui un soggetto che ha compiuto investimenti generici si appropria, facendo ricorso ai meccanismi di *exit*, della *quasi*-rendita conseguente agli investimenti specifici degli altri *stakeholders*.

esistere un mondo in cui gli individui non sono in alcun modo liberi di soddisfare le proprie esigenze mediante il meccanismo dei prezzi, parimenti non può esservi un mondo che funzioni solo ed esclusivamente mediante transazioni di mercato. Le istituzioni di mercato e di non mercato, quindi, non possono considerarsi come delle monadi che vivono di vita propria. Al contrario proprio la L&E consente di evidenziare come l'ambiguità e la contiguità tra ciò che è mercato e ciò che non lo è si riverberino sul ruolo che determinati istituti giuridici svolgono.

Bisogna dunque evitare un duplice errore metodologico in cui il giurista può incorrere, ossia quello di ritenere l'approccio L&E irrilevante se non addirittura fuorviante nell'esaminare la funzione e la struttura di una fattispecie giuridica, salvo poi accettare in maniera acritica presunti "dogmi" economici. A tal proposito non si può non notare come la volontà di rendere possibile per gli azionisti delle società quotate il contestuale ricorso sia ai meccanismi di *exit* che di *voice*, lungi dall'essere un'effimera suggestione proveniente dall'altra sponda dell'oceano, sia stato un concreto obiettivo di politica legislativa perseguito in maniera più o meno incisiva sia nel contesto europeo che nel contesto statunitense. La fede incondizionata nelle virtù curative del mercato si è tradotta nell'esigenza di rafforzare i diritti amministrativi degli azionisti posto che, come espressamente previsto dal III° Considerando della dir. 2007/36/CE, «*questi si riflettono nel prezzo corrisposto per l'acquisto delle azioni*».

Evidenziare i risultati che le scelte di politica legislativa determinano, quindi, è compito della scienza giuridica; ciò nonostante i rimedi proposti dovranno rifuggire da qualsiasi apriorismo, sia esso ideologico o dogmatico, e dovranno tener conto delle esigenze pratiche a cui essi sono chiamati a dare risposta. A distanza di ormai un secolo è necessario dare ascolto al sempre attuale monito del Vivante, secondo cui «(p)er colmare queste lacune e completare l'opera non vi è che un rimedio: studiare la pratica mercantile, dominata com'è da grandi leggi economiche, facendo del diritto una scienza di osservazione»⁴⁵.

⁴⁵ Cfr. VIVANTE, *Trattato di Diritto Commerciale*, vol. I, Torino, 1893, 66.

LE CLAUSOLE DI CONCILIAZIONE NEGLI STATUTI SOCIETARI

Guido Bevilacqua
avvocato in Avellino

Vengono esaminate le principali problematiche che si pongono in caso di introduzione o di soppressione di clausole di conciliazione negli statuti societari, ponendo particolare attenzione all'individuazione dello spazio effettivo dell'autonomia privata in tale materia ed alle specifiche questioni che sorgono, al riguardo, a seconda del tipo di società. Si considerano, inoltre, le differenze tra le clausole di conciliazione ed il procedimento per la risoluzione dei contrasti sulla gestione di società, nonché il rapporto tra tutela cautelare ed il procedimento di mediazione.

The paper analyses the main legal issues of the inclusion or the removal of conciliation clauses in companies' statutes, having particular regard to the identification of the space left to private autonomy and to the specific issues linked to the different types of companies. Moreover, the paper underlines the differences between the conciliation clauses and the procedure to solve conflicts in the company's management. Finally, it focuses on the relationship between precautionary measures and the mediation procedure.

Sommario

1. Il problema dei limiti all'inserimento di clausole di conciliazione negli statuti societari
2. La possibilità di introdurre clausole di conciliazione diverse dal modello previsto dal d.lgs. n. 28/2010
3. L'introduzione e la soppressione di clausole di conciliazione
4. Le differenze tra le clausole di conciliazione ed il procedimento per la risoluzione dei contrasti sulla gestione della società previsto dall'art. 37 del d.lgs. n. 5/2003
5. Il rapporto tra le clausole di conciliazione ed i procedimenti cautelari ed il procedimento sommario di cognizione

1. Il problema dei limiti all'inserimento di clausole di conciliazione negli statuti societari

L'introduzione di un organico sistema di mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali (d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28) ricalca la disciplina della conciliazione societaria contemplata dalle abrogate disposizioni del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5.

La riforma legislativa della materia ripresenta, difatti, senza variazioni alcune soluzioni tecniche già indicate nel previgente art. 40 del d.lgs. n. 5/2003, quali: *i*) il vincolo di riservatezza del procedimento (cui fa da corollario il divieto di utilizzare nell'eventuale successivo giudizio le dichiarazioni rese dalle parti e di farne oggetto di prova testimoniale); *ii*) la tutela dell'imparzialità del conciliatore e della sua idoneità al corretto e sollecito svolgimento dell'incarico; *iii*) la previsione degli effetti dell'istanza di conciliazione; *iv*) l'attribuzione di rilevanza al comportamento tenuto dalle parti durante il tentativo di conciliazione per la decisione, nel successivo giudizio di merito, sulle spese processuali; *v*) il conferimento di efficacia processuale alle clausole di conciliazione; *vi*) la regolamentazione del verbale di conciliazione.

L'attuale disciplina positiva ha, quindi, da un lato abrogato la cd. conciliazione societaria (art. 23 del d.lgs. n. 5/2003), ma dall'altro ha assegnato efficacia generale, per qualsiasi materia conciliabile, a norme inizialmente concepite per il solo ambito societario¹.

Per quanto concerne le clausole di conciliazione stragiudiziale, è, perciò, utile esplorare le peculiari problematiche che si pongono in caso di una loro introduzione o soppressione negli statuti sociali.

A norma dell'art. 5, comma 5, del d.lgs. n. 28/2010, la clausola di conciliazione inserita in uno statuto acquista efficacia vincolante e costituisce ostacolo alla proposizione della domanda

¹ MINELLI, *Condizione di procedibilità e rapporti con il processo*, in BOVE (a cura di), *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, Padova, 2011, 199-200.

giudiziale, quale condizione di procedibilità della domanda stessa².

Al riguardo, è significativo e non privo di interesse stabilire quali limiti incontri l'inserimento di clausole di conciliazione negli statuti sociali.

È il caso di precisare che alle clausole di conciliazione non possono applicarsi le limitazioni imposte dal comma 5 dell'art. 34 del d.lgs. n. 5/2003, secondo cui non possono essere oggetto di clausola compromissoria le controversie nelle quali la legge preveda l'intervento obbligatorio del pubblico ministero, nonché la restrizione operativa contemplata dal primo comma della stessa disposizione normativa che esclude la possibilità di prevedere statutariamente arbitrati societari per le società che fanno ricorso al capitale di rischio a norma dell'art. 2325-*bis* c.c. e precisa che la controversia, per essere compromessa in arbitri, deve aver ad oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale: trattasi di disposizioni normative eccezionali, specificamente dettate per l'arbitrato societario ed, in quanto tali, insuscettibili di applicazione analogica.

È, tuttavia, vero che le clausole di mediazione o di conciliazione³ sono un istituto simile alle clausole compromissorie, con la differenza, però, che il mezzo a cui si impegnano non è aggiudicativo; pertanto, una volta iniziata la mediazione, le parti rimangono sempre libere di decidere se comporre o meno la controversia negozialmente oppure ricorrere al giudice o all'arbitro⁴. Inoltre, al contrario delle clausole compromissorie che comportano necessariamente il rigetto della domanda, la clausola di mediazione provoca solo un momentaneo arresto del processo ovvero uno slittamento dell'udienza⁵.

Tenute presenti le differenze, le clausole di conciliazione hanno, quindi, una certa affinità con le clausole compromissorie,

² PAGNI, *Mediazione e processo nelle controversie civili e commerciali: risoluzione negoziali delle liti e tutela giudiziale dei diritti*, in *Le Società*, 2010, 622, n. 10.

³ Come precisa MINELLI, *Condizione di procedibilità e rapporti con il processo*, cit., 199, il termine mediazione o conciliazione riferito alla clausola viene utilizzato come sinonimo a prescindere dalla distinzione terminologica ex art. 1 D.lgs. 28/2010.

⁴ MINELLI, *Condizione di procedibilità e rapporti con il processo*, cit., 199.

⁵ MINELLI, *Condizione di procedibilità e rapporti con il processo*, cit., 199.

soprattutto in quanto trovano matrice comune nell'istituto della transazione; anzi, in questa prospettiva, è opportuno tenere in conto che la conciliazione non è altro che una transazione normativamente procedimentalizzata⁶.

Precisato il concetto di conciliazione, è, quindi, evidente che una limitazione all'inserimento di clausole di conciliazione negli statuti sociali deve essere individuata nel disposto dell'art. 1966 c.c., che richiede la capacità delle parti di disporre dei diritti che formano oggetto della lite ed, al contempo, sancisce la nullità se i diritti oggetto della transazione stessa sono per loro natura o per espressa disposizione di legge sottratti alla disponibilità delle parti. Le analoghe disposizioni dettate in materia di arbitrato in genere (art. 806, comma 1, c.p.c.) e specificamente in materia di arbitrato societario (art. 34, comma 1, d.lgs. n. 5/2003), del resto, non sono altro che una particolare applicazione del sopra indicato principio generale.

2. La possibilità di introdurre clausole di conciliazione diverse dal modello previsto dal d.lgs. n. 28/2010

Nel vigore dell'abrogato art. 40 del d.lgs. n. 5/2003, la dottrina riconosceva all'autonomia privata la possibilità di introdurre negli statuti clausole di conciliazione diverse da quelle previste dal legislatore delegato⁷. Si riteneva che a tali clausole non potessero ricollegarsi gli effetti propri della conciliazione societaria e, di conseguenza, il mancato esperimento del tentativo di conciliazione non avrebbe costituito condizione di procedibilità della domanda ed avrebbe dato luogo unicamente ad una tutela risarcitoria da inadempimento contrattuale, senza produrre effetti sul piano processuale⁸. Non pare sussistano difficoltà a riconoscere ancora attualità a tale impostazione.

⁶ MICCOLIS, *Sub commento all'art. 40 del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 5*, in COSTANTINO (a cura di), *I procedimenti in materia commerciale*, Padova, 2005, 842.

⁷ NEGRINI, *Sub commento all'art. 40 del D.Lgs. 17 gennaio 2003 n. 5*, in CHIARLONI (a cura di), *Il nuovo processo societario*, vol. II, Bologna, 2004, 1081.

⁸ NEGRINI, *Sub commento all'art. 40 del D.Lgs. 17 gennaio 2003 n. 5*, cit., 1081.

La dottrina ha precisato, inoltre, che le parti possono indicare con la clausola di mediazione solo Organismi iscritti ai sensi dell'art. 16 del d.lgs. n. 28/2010⁹. Nell'ipotesi in cui la scelta ricadesse su un Organismo non iscritto rimarrebbe solo il vincolo alla mediazione, mentre l'individuazione dell'Organismo fatta dalle parti perderebbe effetto e la mediazione potrebbe, quindi, svolgersi innanzi ad uno qualsiasi degli Organismi iscritti¹⁰.

3. L'introduzione e la soppressione di clausole di conciliazione

Diversamente dalla espressa previsione contemplata dal comma 6 dell'art. 34 del d.lgs. n. 5/2003 per le clausole compromissorie, non esiste una regolamentazione specifica per l'introduzione e la soppressione negli statuti societari delle clausole di conciliazione.

In assenza di specifica disciplina, è chiaro che nel caso di società di persone l'introduzione e la soppressione di clausole di conciliazione, integrando una modifica statutaria, richiederanno, salvo patto contrario, il consenso di tutti i soci; per le società capitali, invece, la deliberazione su tale specifica materia spetterà all'assemblea straordinaria dei soci, che deciderà secondo le maggioranze previste dalla legge o dallo statuto.

L'introduzione e la soppressione di una clausola di conciliazione nello statuto di una società di capitali non è, inoltre, presupposto per l'esercizio del diritto di recesso del socio: una tale evenienza non è prevista né tra i presupposti inderogabili di recesso previsti per la società per azioni dal comma 1 e dal comma 3 dell'art. 2437 c.c., dal comma 4 dell'art. 2343 c.c., dal comma 2 dell'art. 2355-*bis* c.c., dall'art. 2437-*quinquies* c.c., dall'art. 2497-*quater* c.c. e dall'art. 34, comma 6 del d.lgs. n. 5/2003, né nelle due ipotesi derogabili previste dal distico normativo contemplato dal comma 2 dell'art. 2437 c.c.; analogamente, per la società a responsabilità limitata, il caso della introduzione e della soppressione di una clausola di conciliazione statutaria non è annoverato tra i presupposti inderogabili indicati per l'esercizio del diritto di recesso da parte del socio dai commi 1 e 2 dell'art. 2473 c.c., dal comma 4

⁹ MINELLI, *Condizione di procedibilità e rapporti con il processo*, cit., 201.

¹⁰ MINELLI, *Condizione di procedibilità e rapporti con il processo*, cit., 201.

dell'art. 2468 c.c., dal comma 2 dell'art. 2469 c.c., dall'art. 2481-bis c.c., dall'art. 2497-*quater* c.c. e dal già richiamato art. 34 del d.lgs. n. 5/2003 (disposizione dettata per tutte le società di capitali che non fanno ricorso al mercato dei capitali di rischio).

L'esercizio del diritto di recesso del socio di società di capitali nell'eventualità di introduzione o soppressione di una clausola di conciliazione statutaria è, pertanto, subordinato alla presenza nello statuto sociale di una apposita convenzione.

A conclusioni identiche si giunge anche in materia di società di persone, perché l'ipotesi in esame esula da quelle previste dall'art. 2285 c.c., la norma che disciplina il recesso del socio per tale tipo di società.

4. Le differenze tra le clausole di conciliazione ed il procedimento per la risoluzione dei contrasti sulla gestione della società previsto dall'art. 37 del d.lgs. n. 5/2003

La conciliazione stragiudiziale non va confusa con l'istituto – non abrogato – per la risoluzione dei contrasti per la gestione sociale previsto per le società a responsabilità limitata e per le società di persone dall'art. 37 del d.lgs. n. 5/2003.

La conciliazione stragiudiziale si concretizza, difatti, in un processo caratterizzato dall'intervento di un terzo, il mediatore, essenzialmente imparziale e privo di poteri, che conduce due o più parti a ricercare una soluzione della loro lite¹¹; l'istituto contemplato dall'art. 37 del d.lgs. n. 5/2003, invece, è una figura nuova, una forma di gestione alternativa per piccole società che rischiano lo scioglimento a causa di un conflitto tra le forze di controllo¹², che si contraddistingue per il fatto che viene affidata a terzi estranei una scelta ad altissimo grado di discrezionalità, com'è quella sulla gestione di una società¹³.

In via puramente teorica, ovviamente, nulla impedisce che lo statuto di una società di persone o di una società a responsabilità

¹¹ NELA, *Tecniche della mediazione delle liti*, in *Riv. Trim. Dir. Proc.*, 2003, 1017-1018.

¹² MAJORANO, *Sub commento all'art. 37 del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 5*, in COSTANTINO (a cura di), *I procedimenti in materia commerciale*, Padova, 2005, 810.

¹³ MAJORANO, *Sub commento all'art. 37 del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 5*, cit., 810.

limitata affidi la soluzione di un contrasto sulla gestione al procedimento di mediazione previsto dal d.lgs. n. 28/2010, ma è evidente che il procedimento di cui all'art. 37 del d.lgs. n. 5/2003, che conclude con una decisione assunta da un terzo, consente in linea di massima di superare in modo più sbrigativo una situazione di stallo gestionale, senza dover attendere – come accade nella mediazione – che le parti maturino la volontà di definire i contrasti in corso.

5. Il rapporto tra le clausole di conciliazione ed i procedimenti cautelari ed il procedimento sommario di cognizione

Il d.lgs. n. 28/2010, contrariamente al precedente art. 40 del d.lgs. n. 5/2003, contiene una specifica previsione relativamente al rapporto tra il tentativo obbligatorio di conciliazione di natura convenzionale ed i procedimenti cautelari¹⁴.

Al riguardo, la specifica tematica processuale che si pone, per esigenze di carattere pratico, non può essere ignorata in fase di redazione di uno statuto sociale.

Sul punto, per quanto concerne i procedimenti cautelari, va segnalato che in generale la necessità di esperire il tentativo di conciliazione viene esclusa, considerato che la tutela cautelare rappresenta strumento d'azione necessario per l'effettiva ed immediata tutela del diritto controverso, costituzionalmente rilevante ai sensi degli artt. 24 e 111 Cost., quando si prospetti una situazione di pericolo nel ritardo¹⁵.

¹⁴ Sull'assenza nella disciplina contemplata dall'abrogato art. 40 del D.lgs. n. 5/2003 di una specifica regolamentazione del rapporto tra l'obbligo convenzionale di esperire il tentativo di conciliazione, si è soffermato NEGRINI, *Sub commento all'art. 40 del D.Lgs. 17 gennaio 2003 n. 5*, cit., 1081 s.

¹⁵ Così, ord. Trib. Bari, sez. dist. Altamura, 18 novembre 2010, in *Giur. Mer.*, 2011, 6, 1557 e ss., con nota di AMENDOLAGINE, il quale ricorda che sul punto la Corte Costituzionale ha preso posizione con la sentenza C. Cost. n. 403 del 30 novembre 2007, secondo cui gli utenti di un servizio telefonico che intendano instaurare una controversia con l'azienda telefonica e per fondati motivi temano di subire un pregiudizio imminente ed irreparabile del loro diritto possono proporre all'Autorità Giudiziaria l'istanza cautelare senza necessariamente esperire il preliminare tentativo di conciliazione, facendo esclusivo riferimento ai provvedimenti di natura cautelare. Del resto, la connotazione marcante della tutela cautelare che, in quanto preordinata ad assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale, per non lasciare vanificato

La questione è oggi in gran parte superata, perché il comma 3 dell'art. 5 del d.lgs. n. 28/2010, sulla falsariga della posizione già assunta dalla Corte costituzionale, dispone espressamente che lo svolgimento della mediazione non preclude in ogni caso la concessione dei provvedimenti urgenti e cautelari.

Sussiste, tuttavia, il problema di stabilire cosa il legislatore voglia intendere per «*provvedimenti urgenti e cautelari*». Secondo attenta dottrina con il termine «provvedimenti cautelari» si dovrebbero ricomprendere oltre ai provvedimenti cautelari in senso stretto, fondati sul *fumus boni iuris* e sul *periculum in mora*, tutti quelli *ex* Libro IV, titolo I, capo III, c.p.c.¹⁶ Mentre con il termine «provvedimenti urgenti» dovrebbero intendersi quelli in riferimento ai quali la necessità ed il bisogno sono ritenuti esistenti dal legislatore a prescindere dai presupposti per la tutela cautelare¹⁷. In tal modo, tra i procedimenti urgenti andrebbero ricompresi anche, a mo' di esempio, l'ordinanza di reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro *ex* art. 18, l. 20 maggio 1970, n. 300, l'ordinanza provvisoria *ex* art. 147 del codice delle assicurazioni private ed il decreto motivato di repressione della condotta antisindacale ai sensi dell'art. 28, l. 20. maggio 1970 n. 300, il decreto motivato di repressione dei comportamenti discriminatori tra i sessi previsto dall'art. 38 del d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198. Molto probabilmente, poi, sono ricompresi tra i «provvedimenti urgenti» anche i provvedimenti per ingiunzione ed i procedimenti possessori, tuttavia, anche al fine di evitare dubbi interpretativi, il legislatore delegato ha deciso di occuparsi di tali ipotesi in modo specifico al comma 4 dell'art. 5 del d.lgs. 28/2010¹⁸. In considerazione della ampia formula prescelta dal legislatore, quindi, per quanto concerne la materia societaria, deve ritenersi che la necessità di esperire il tentativo di conciliazione sia da

l'accertamento del diritto, costituisce strumento fondamentale ed inerente a qualsiasi sistema processuale, anche indipendentemente da una previsione espressa, era già stata affermata da C. Cost. n. 190/1985, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, 1297.

¹⁶ MINELLI, *Condizione di procedibilità e rapporti con il processo*, cit., 185, il quale ricorda anche che la natura cautelare dei provvedimenti di istruzione preventiva è stata affermata anche da C. Cost. n. 26/2010, nonché da C. Cost. n. 144/2008.

¹⁷ MINELLI, *Condizione di procedibilità e rapporti con il processo*, cit., 185 s.

¹⁸ MINELLI, *Condizione di procedibilità e rapporti con il processo*, cit., 186.

escludersi in tutti i casi di procedimenti cautelari ed urgenti, quali a mo' di esempio: la revoca giudiziale dell'amministratore di società di persone prevista dall'art. 2259 c.c., la revoca del liquidatore di società di persone ai sensi dell'art. 2275 c.c., la sospensione della delibera di esclusione del socio dettata dall'art. 2287, comma 2, c.c., la sospensione delle delibere assembleari di cui all'art. 2378 c.c., la revoca dell'amministratore di s.r.l. in caso di gravi irregolarità previsto dal comma 3 dell'art. 2476 c.c., l'opposizione dei creditori alla costituzione di un patrimonio separato ai sensi del comma 2 dell'art. 2447-*quater* c.c. e il procedimento dettato dall'art. 2409 c.c. per la denuncia di gravi irregolarità di amministratori e sindaci e l'applicazione dei provvedimenti conseguenti.

A diverse conclusioni, invece, deve giungersi nel caso di procedimento sommario di cognizione. Introdotto dalla legge 18 giugno 2009, n. 69 di riforma del processo civile, tale forma processuale richiama quella apparentemente omologa già rinvenibile nel sistema processuale nell'abrogato art. 19 del d.lgs. n. 5/2003, previsto per il rito processuale in materia societaria. Come il precedente omologo previsto dalle abrogate norme sul cd. processo societario, anche il procedimento sommario di cognizione non può essere considerato un rito cautelare non essendo finalizzato ad una reale ed efficace tutela di un diritto da far valere in un futuro giudizio di merito¹⁹. Di conseguenza, allo stesso non possono essere applicate le conclusioni, sopra già richiamate, a cui è pervenuta la Corte costituzionale nel negare l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione per i procedimenti cautelari.

¹⁹ Cfr. ord. Trib. S. Maria Capua Vetere, sez. dist. Aversa, 1 marzo 2005, in DE GIOIA - TEDESCHI, *Il nuovo procedimento sommario di cognizione*, Forlì, 2009, 19.

**POLITICHE MIGRATORIE E *LAW AND ECONOMICS*:
UNA CRITICA ALL'APPROCCIO *MAINSTREAM***

Eleonora Guadagno

*Dottoranda di ricerca in Law and Economics
nell'Università di Siena*

Il saggio si propone di analizzare quali siano state le politiche pubbliche scelte volte a restringere l'ingresso frontaliero dei flussi migratori, a partire da un articolo di Gary BECKER del 2006, sulle politiche d'immigrazione negli Stati Uniti. Al contrario, cerca di spiegare quali sarebbero le consegne di diritto ed economia per ottimizzare il fenomeno, coerentemente ai progetti migratori individuali, e alle priorità dei Paesi di origine e di destinazione o transito.

The essay aims to analyse which have been the public policies chosen to limit the migratory flux entrance, from a 2006 Gary BECKER's article about U.S. immigration policies. By contrary, it focuses on the law and economics approach to optimise the phenomenon, coherently to individual migratory projects and to the transit or destination Country priorities.

Sommario:

1. Cenni di teoria delle migrazioni internazionali
2. La scelta razionale dell'individuo e il progetto migratorio
3. Politiche selettive della migrazione e immigrazione illegale: proposte
4. Politiche selettive: critiche
5. Conclusioni

1. Cenni di teoria delle migrazioni internazionali

Dalla seconda metà del XIX secolo, un aumento imponente del commercio internazionale di beni, servizi e capitali si è sviluppato parallelamente ad un fenomeno migratorio sempre più ingente in termini di portata e di tragitti percorsi, che si è imposto come “volto umano” della globalizzazione, anche se il tasso delle migrazioni rispetto alla popolazione mondiale si attesta intorno al 3%, secondo il rapporto del 2009 del Programma delle Nazioni Unite per lo Sviluppo, chiamato proprio *Overcoming barriers*.

I diversi approcci al fenomeno delle migrazioni, che prevedono politiche di natura più o meno restrittiva nei confronti dei flussi umani attraverso i Paesi, si sono sviluppati contemporaneamente alla costituzione degli Stati-Nazione e alla loro crescita economica e allo sviluppo umano. Come ricorda Mezzadra, infatti, non c'è capitalismo senza migrazioni ed il regime di controllo delle migrazioni (della mobilità del lavoro) che si afferma, in circostanze storiche determinate, costituisce una chiave che consente di ricostruire, da un punto di vista specifico, le forme complessive di sottomissione del lavoro al capitale, offrendo contemporaneamente una prospettiva privilegiata attraverso cui leggere le trasformazioni della composizione di classe¹.

Dagli anni '70, la crisi economica e la crisi del welfare-state hanno caratterizzato la storia dei Paesi industrializzati nel post-guerra, che si sono affermati come luoghi di destinazione o di transito della mobilità e circolazione umana. Esse hanno determinato, dagli anni '80, politiche messe in atto sostanzialmente per prevenire l'immigrazione². Benché queste politiche abbiano diverse nature, che si sono declinate in legame alla storia (anche coloniale³) del Paese di riferimento, tutte,

¹ MEZZADRA-RIGO, *L'Europa dei migranti*, in BRONZINI-FRIESE-NEGRI-WAGNER (a cura di), *Europa, Costituzione e movimenti sociali*, Roma, 2003.

² Cfr. AMBROSINI, *Sociologia delle Migrazioni*, Bologna, 2005.

³ I Paesi dell'Europa settentrionale, iniziarono a stipulare i primi accordi bilaterali nel dopoguerra e furono adottati in risposta a carenze specifiche dei mercati del lavoro nazionali. Molti furono conclusi con Paesi dell'Europa meridionale prima del loro ingresso nell'UE. Sebbene fossero orientati prevalentemente al mercato del lavoro, gli accordi avevano anche altre finalità, come ad esempio mantenere "rapporti speciali" con le ex-colonie (ad esempio

globalmente, tentano di arginare un fenomeno tanto fluido, tanto incontrollabile, tanto incontrovertibile, quanto quello della mobilità umana. L'inasprimento delle barriere fisiche, tecnologiche o linguistiche, con l'aumentare ad esempio dei test per l'accesso alla cittadinanza, sono solo alcuni dei sistemi di protezione che vengono promossi negli Stati riceventi, con una spesa che si rivela⁴, tra l'altro, inefficace⁵.

Numerose le teorie economiche che hanno cercato e tutt'oggi cercano delle risposte risolutive per comprendere la geografia e i trend delle traiettorie migratorie, nonché le cause e le conseguenze delle stesse. Alcuni studi accademici, generalmente macro-sociologici e strutturalisti tra cui quelli di Wallerstein del 1985 e di Sassen nel 2002, tendono a ridurre la decisione di emigrare ad una scelta attinente ai differenziali salariali del Paese di provenienza e il Paese in cui ci si auspica di poter lavorare⁶.

gli accordi tra Francia e Algeria contengono disposizioni che garantiscono il rimpatrio dei lavoratori al termine del soggiorno, ad esempio tramite il trasferimento di contributi previdenziali, e talvolta impongono ai datori di lavoro il versamento di un deposito per ciascun lavoratore ammesso, rimborsabile solo in caso di effettivo rimpatrio del lavoratore. I diritti al ricongiungimento familiare non sono previsti per i lavoratori stagionali, il che contribuisce ulteriormente a garantirne il rimpatrio).

⁴ Dal '99 al 2011 per i centri d'espulsione in Italia si è speso un miliardo di euro (985,4 per la precisione) secondo un rapporto del 2012 (MANCONI-ANASTASIA, *Lampedusa non è un'isola*, Larticolotre, 2012). Ogni immigrato costa in media 45 euro al giorno: dai 75 euro del centro di Modena, ai 34 di Bari e considerata la permanenza media nei centri, la spesa pro-capite è di 10mila euro, anche perché gli espulsi sono stati meno della metà dei trattenuti. Il decreto legge 151/2008 e la legge 94/2009 hanno fruttato ai Centri di identificazione e espulsione 239 milioni e 250mila euro.

⁵ La Border Patrol è raddoppiata dal 2001, con 20,000 agenti di polizia US alle frontiere, porti e aeroporti. Inoltre, sono state costruite ulteriori barriere (anche altamente tecnologiche) nei punti cruciali di passaggio con la frontiera statunitense. Il risultato è che i migranti devono pagare un prezzo maggiore ai trafficanti. Nel 2008, i prezzi medi per superare la frontiera US-Mexico illegalmente erano di \$2,750, rispetto ai \$1,250 degli anni '90, considerando l'inflazione, <http://mmp.opr.princeton.edu/results/001costs-en.aspx>, ultimo accesso 13/09/2012. Inoltre, secondo la dottrina libertaria, le politiche riguardanti l'immigrazione comportano dei costi inaccettabili per la comunità nazionale, soprattutto nei termini di libertà personale. Si veda TREBILCOCK, *The Law and Economics of Immigration Policy*, in *American Law and Economics Review*, 52, 2003.

⁶ Queste spiegazioni delle migrazioni distinguono i fattori di stimolo e fattori di attrazione. Secondo queste teorie, le migrazioni sono l'effetto di caratteristiche e circostanze presenti nei Paesi di origine e di destinazione dei

Ma, come ovvio, questi studi non tengono in conto che il differenziale salariale è solo un modo per sintetizzare quali siano le prospettive lavorative, quali i salari reali, quali gli standard di benessere, quale l'accesso alle risorse primarie che appaiono essere sperequativi⁷, in quanto esiste un fossato tra le economie più ricche e quelle più povere del pianeta che polarizzano i Paesi di origine e destinazione dei più grandi flussi migratori. Altre teorici, tra i quali si annovera Ambrosini, suggeriscono come la migrazione spesso sia una strategia di adattamento che l'individuo prende, insieme alla comunità cui fa riferimento (famiglia, villaggio), per fare fronte a diverse carenze materiali, che possono derivare da problemi economici, sociali e ambientali approccio micro-sociologico⁸. Infine, altre teorie, si sono focalizzate nel comprendere quali misure si dovrebbero prendere nel limitare l'emigrazione dai Paesi meno abbienti e ridurre l'immigrazione (soprattutto illegale) in quelli più ricchi (approccio della cooperazione internazionale)⁹.

potenziali migranti che determinano o meno la migrazione. La versione strutturalista di questa spiegazione considera gli squilibri demografici tra i vari Paesi come un fattore moltiplicativo degli squilibri economici e sociali, piuttosto che come una spiegazione a sé stante.

⁷ La media aggregata dei salari reali delle nazioni più ricche è più alta del circa il 37% rispetto alla media aggregata dei salari reali nelle nazioni più povere, secondo un rapporto della BM del 2010.

⁸ Successive teorie sulle migrazioni si sono concentrate su un livello di analisi che permettesse di superare la dicotomia tra l'analisi a livello macro e quella a livello micro: queste si collocano in quello che FAIST nel 1997 ha definito the crucial meso-level, nel suo Network Theory. L'analisi a un livello intermedio permetterebbe, infatti, di creare un ponte di collegamento tra le spiegazioni dei fenomeni di tipo strutturale e di tipo individuale.

⁹ Questo approccio, benché non riguardi espressamente le politiche migratorie, è indirizzato alla crescita economica del Paese di origine, tramite politiche di aiuti internazionali (promossi dalla BM e dal FMI) e da investimenti privati diretti e indiretti all'estero. A livello di Unione Europea, le cifre vengono riassunte in una comunicazione della Commissione Europea relativa al Piano "Partnership per la democrazia e una prosperità condivisa con il Sud del Mediterraneo". "La Commissione ha già stanziato quattro miliardi di euro di aiuti per i Paesi partner del Nord Africa e Medio Oriente; somma che comprende 240 milioni di euro per la Tunisia e 445 milioni di euro per l'Egitto. Alla Tunisia sono stati offerti 17 milioni di euro per organizzare le elezioni. Dalla Banca europea d'investimenti, dopo l'approvazione da parte del Consiglio Europeo, potrebbero arrivare finanziamenti per progetti nella regione per un totale di sei miliardi di euro nei prossimi tre anni" (MANCONI-ANASTASIA, *Lampedusa non è un'isola*, cit., 42).

2. La scelta razionale dell'individuo e il progetto migratorio

L'utilizzo delle teorie sulla scelta razionale dell'individuo come solo modo di analizzare questo intricato fenomeno, rischia di essere assolutamente insoddisfacente. Questo perché nelle analisi delle scelte individuali, pur determinate da un'analisi sui costi e i sui benefici e derivate da un determinato progetto migratorio, si può spesso riscontrare un bias se non si considerano le motivazioni obbligate, come la mancanza di risorse primarie o norme sociali e tradizionali imposte (es: matrimoni forzati, mutilazioni) che forzano un individuo a lasciare il proprio Paese o la propria comunità di appartenenza. È inoltre evidente che, se il modello di produzione intra-familiare postula che la famiglia «combine time and market goods to produce more basic commodities that directly enter their utility functions»¹⁰, recenti ricerche hanno dimostrato come si sia modificata la funzione dell'utilità intrafamiliare o intracomunitaria, facendo emergere come, invece, prevalga la scelta individuale del singolo¹¹.

Becker, specifica dunque le tre assunzioni fondamentali nell'approccio economico inerente alla scelta dell'individuo, quali «maximizing behavior, market equilibrium, and stable preferences»¹². Ma sono le motivazioni obbligate, piuttosto che un'analisi puramente razionale, a prendere il sopravvento in una situazione così globale di crisi economica e ambientale, nel contesto migratorio odierno. Il degrado ecologico, la scarsità delle risorse naturali e gli sconvolgimenti climatici, così, sarebbero, secondo i rapporti della BB, dell'UNDP, dell'OIM e dell'UNHRC, una delle maggiori motivazioni che spingerebbero, e che spingeranno, gli individui e le comunità a fare una scelta di movimento, proprio perché questi sono causa di indigenza economica, mancanza di risorse agro-alimentari, causa di conflitti interni e internazionali come anche causa di penuria di ottimali risorse di welfare.

¹⁰ BECKER, *The Economic Approach to Human Behavior*, Chicago-London, 1976, 91.

¹¹ POLLACK, *Gary Becker's Contributions to Family and Household Economics*, NBER Working Papers 9232, National Bureau of Economic Research, Inc., 2002.

¹² BECKER, *The Economic Approach to Human Behavior*, cit., 5.

Molta della politica attuale dei Paesi di transito e/o destinazione dei migranti è basata proprio sul rifiuto dell'immigrazione e sulla ristrettezza delle condizioni di accesso allo status di cittadino nel paese di destinazione. Se opzioni portate avanti come un baluardo dagli economisti del diritto rimangono comunque altamente criticabili, sia da un punto di vista prettamente scientifico, basato su studi empirici, che da un punto di vista morale, Becker nel 2006, però, ha notato come, principalmente a causa di politiche inadeguate, gli Stati siano essi stessi causa di un'immigrazione illegale amplificata dalle stesse restrizioni all'ingresso e alla regolarizzazione poste per limitare l'accesso dei flussi migratori. Per cui questi ostacoli alla circolazione, spesso aggirati dai migranti, non rappresentano una soluzione né tangibile né duratura nei confronti di questo processo demografico da parte dei Paesi che auspicherebbero ridurne l'ingresso¹⁵.

3. Politiche selettive della migrazione e immigrazione illegale: proposte

Nell'articolo del 2006, *The New American Dilemma: Illegal Immigration* di Becker, per esempio, sono proposte alcune soluzioni volte a ridurre l'immigrazione e, soprattutto quella illegale: innanzitutto "a wall along the border"¹⁴, poi, una politica più discriminatoria (attraverso un sistema più rigido di quote) nei confronti dei migranti qualificati o non-qualificati. In un articolo precedente, *Sell the right to immigrate*, l'Autore descrive inoltre, quali potrebbero essere le tappe per rendere il "diritto

¹⁵ Le barriere sono maggiormente elevate per i migranti con basse qualifiche, contrariamente al fatto che la manodopera non specializzata sia molto richiesta in molti Paesi economicamente sviluppati. Ad oggi, le stime dell'UNEP dimostrano come circa 50 milioni di lavoratori irregolari vivano e lavorino in un Paese terzo benché abbiano uno status irregolare, dimostrando quanto in effetti siano funzionali all'economia del Paese che li ospita. Per questo motivo, molti Paesi del Nord (tra i quali l'Italia e la Spagna) periodicamente attuano delle sanatorie per regolarizzare i migranti irregolari che già vivono e lavorano sul territorio nazionale, mentre altri (come il Canada e la Nuova Zelanda) prevedono programmi di lavori stagionali per i migranti in alcuni determinati settori, come l'edilizia e l'agricoltura.

¹⁴ Si parla della frontiera Statunitense.

all'immigrazione" un diritto "monetizzabile"¹⁵. La compravendita di questo diritto, sembrerebbe creare una reale scissione tra chi emigra per necessità (ad esempio dalle persecuzioni politiche) e chi invece emigra per ragioni economiche (come se le ragioni economiche non fossero comunque una necessità, che escludono di fatto una scelta del tutto legata alla razionalità)¹⁶; inoltre, sempre secondo Becker, la monetizzazione di questo diritto «would raise tax revenue, increase the number of immigrants accepted, and also raise the quality of those accepted. It is a win-win situation for Countries accepting immigrants, and for the vast majority of persons who would like to immigrate».

Un'alternativa, definita "meno rivoluzionaria" dallo stesso Autore, sarebbe dunque quella di negare l'accesso alle cure mediche e all'istruzione e di mettere all'asta un numero definito di visti, cosa che si ripercuoterebbe sulla natura degli immigrati, sulle loro caratteristiche socio-economiche (skilled, un-skilled, rifugiati e profughi) e quindi sarebbe una garanzia, per assicurarsi contro il free-riding dei migranti irregolari¹⁷.

4. Politiche selettive: critiche

Tante le critiche, derivanti dalla stessa Analisi Economica del Diritto che, in effetti, potrebbero essere mosse a questo tipo di approccio protezionistico nei confronti dei flussi migratori, promosso da Becker.

Innanzitutto, quando si parla di barriere fisiche, tra l'altro molto costose in termini economici, sarebbe necessario tenere in conto che abbattere le frontiere non significa direttamente far aumentare la migrazione, bensì favorire gli scambi, aumentare le qualifiche e sviluppare il capitale umano della regione tramite una sorta di vasi comunicanti. In effetti, non solo alla firma del

¹⁵ Questa proposta ricorda in parte la liberalizzazione delle droghe. Lo Stato fornisce, magari sotto pagamento, alcune droghe per ridurre i guadagni delle organizzazioni criminali. Il mercato del diritto all'immigrazione, in questo caso ridurrebbe il mercato nero della compravendita del diritto alla mobilità e all'immigrazione.

¹⁶ <http://www.becker-posner-blog.com/2005/02/sell-the-right-to-immigrate-becker.html>, ultimo accesso 13 settembre 2012

¹⁷ I quali sembrerebbero approfittare dei servizi sociali di un Paese senza "pagare" il prezzo dovuto, pur usufruendone e godendone dei benefici.

Trattato di Amsterdam, il 1 maggio 1999, non tutti gli italiani, spagnoli e greci, si sono trasferiti in Germania o in Austria, ma, inoltre, recenti studi sull'abolizione delle frontiere in UE¹⁸, dimostrano come gli Stati membri stiano beneficiando a tutti gli effetti di un'apertura delle frontiere e della libertà di movimento per i lavoratori. I benefici, infatti, si possono riscontrare sia nell'espansione del commercio sia nelle occasioni d'investimento, che, per questo motivo, fanno beneficiare sia lo Stato ricevente che lo Stato da cui proviene l'emigrazione¹⁹.

Inoltre, non si pensa che sia proprio il fatto che esistano le barriere a creare l'immigrazione c.d. illegale²⁰. Lo Stato moderno pone le sue basi sulle leggi sull'inclusione delle terre comuni (Bills of Enclosures of Commons del XVIII sec.), negando in qualche sorta l'accesso a quello spazio che è divenuto nazione, a chi non è incluso che è divenuto straniero. «All'origine della modernità, dominio individuale e sovranità dello Stato, entrambi strutture giuridiche indispensabili in quella fase dello sviluppo capitalistico, articolano fra loro un rapporto ambiguo. Da un lato la sovranità dello Stato moderno si configura come dominio sul territorio imitando quindi la proprietà assoluta fondiaria. Sovranità e proprietà privata assoluta divengono così alleate di ferro contro le strutture comunitarie intermedie fra l'individuo e lo Stato²¹ (famiglie allargate, gilde, comunità monastiche) e

¹⁸ Si veda a questo proposito SINN ET AL., *EU-Erweiterung und Arbeitskräftemigration: Wege zu einer schrittweisen Annäherung der Arbeitsmärkte*, Studie im Auftrag des Bundesministeriums für Arbeit und Sozialordnung, ifo Beiträge zur Wirtschaftsforschung Nr. 2, München 2001.

¹⁹ Analizzando l'impatto a livello regionale e nazionale della mobilità lavorativa sui mercati del lavoro, sui dati macroeconomici, sulle finanze pubbliche e sul capitale umano, un recente Rapporto della Commissione Europea del 2011, inserente all'impatto economico in seguito all'allargamento, conferma i benefici in termini di crescita economica sia nei Paesi di provenienza sia di destinazione evidenzia come la mobilità dei lavoratori non abbia pesato in modo sproporzionato sui sistemi di welfare dei principali Paesi riceventi e non abbia disturbato in modo rilevante i mercati del lavoro degli Stati membri.

²⁰ Circa 12 milioni di immigrati illegali vivono negli US. Fino a poco tempo fa la presenza di immigrati non-autorizzati era tollerata. Dopo il 9/11 i policymakers hanno investito ingenti risorse per rinforzare i confini, controllare i migranti non autorizzati e i loro datori di lavoro secondo il rapporto del Pew Research Center del 2009.

²¹ Gli Stati-nazione moderni, in rapporto alla loro entità sovrana hanno la possibilità di dettare la natura delle relazioni con gli altri popoli, gli altri stati e di scegliere di escludere così gli estranei.

soprattutto contro i beni comuni (usi civici delle foreste, acque, fauna e flora allo stato libero, frutta e prodotti alimentari da raccolta negli spazi accessibili a tutti)²²: così facendo, se si escludono gli “estranei” dal “nostro” spazio, si creano dei confini che «are given by the notion of a self-contained national community»²³. Inoltre, anche l’approccio neoclassico alle teorie delle migrazioni suggerisce che la migliore politica economica inerente alla circolazione migratoria, sarebbe quella che non c’è come rilevato da Nozick e Hayter, rispettivamente nel 1974 e nel 2000: questa teoria, riprendendo le teorie classiche dell’economia e della “mano invisibile”, prevede che il saldo delle migrazioni (considerato il tasso dei flussi in entrata e in uscita) tenderebbe ad aggiustarsi autonomamente, seguendo le esigenze del mercato del lavoro locale, sia quello interno al Paese di destinazione che quello internazionale, considerato l’equilibrio globale. Per cui, secondo questa teorizzazione, la libera mobilità della manodopera tende ad autoregolarsi con flessibilità in entrambe le direzioni: i lavoratori vanno dove c’è domanda di lavoro e molti vanno via quando le condizioni occupazionali diventano meno favorevoli. Sulla base di tali motivazioni, per esempio, la Commissione Europea nel 2011 ha invitato gli Stati membri a porre in riesame le restrizioni alla libera circolazione per valutare se siano ancora necessarie, perché la loro eliminazione «non sarebbe solo opportuna sul piano economico, ma contribuirebbe anche a ridurre problemi quali il lavoro non dichiarato e il lavoro autonomo fittizio».

La risposta data da Posner, nel 2006 a questo primo appunto, sullo stesso blog utilizzato da Becker è che l’esistenza di aiuti statali predisposti anche per i migranti, fa sì che il mercato dei salariati non sia libero di circolare e che questo provochi un aumento della spesa pubblica.

Questa osservazione però è confutata da dati empirici: sia Borjas che Trebilcock nel 2003 hanno analizzato come la presenza immigrata (irregolare e regolare) abbia fatto registrare un guadagno netto negli USA (circa lo 0.3% del PIL del Paese): ciò dimostra che, non solo gli immigrati non “pesino” sul welfare del Paese ospitante ma che, anzi, contribuiscano al benessere

²² MATTEI, *Pubblico dominio. La suprema legge che espropria i beni comuni*, in *Il Manifesto*, 23 aprile 2010.

²³ RAWLS, *A Theory of Justice*, Harvard, 1971, 457.

dello stesso. Ricevendo ricchezza nel Paese ospitante (tramite il salario), gli immigrati ne ridistribuiscono una buona parte attraverso la spesa di beni e servizi offerti dal Paese, per cui l'impatto dell'immigrazione sulla spesa pubblica sarebbe trascurabile, confutando inoltre l'attitudine di vedere il migrante clandestino come un free-rider: i dati forniti all'UNEP, nel 2008, mostrano come, per i Paesi destinazione ogni incremento del 5% di presenza immigrata significhi un guadagno netto di 190 miliardi di dollari). Questo perché l'immigrazione aumenta l'occupazione, in quanto aumenta la domanda di beni e servizi, avendo accresciuto il saldo demografico netto. Inoltre, la presenza dei migranti risulta avere effetti benefici, in termini di maggiore innovazione e competitività di capitale umano (basti pensare all'importanza degli scambi universitari e scolastici).

Anche l'idea di operare un giro di vite alle quote rimane un elemento molto controverso. Innanzitutto, con le quote, forma di protezionismo al pari delle tariffe e dei dazi²⁴, si crea un problema riguardante la mancanza delle informazioni: quali sono i criteri per definire delle soglie di personale concernente un diverso settore di impiego? Come si fa a stabilire a livello amministrativo centrale esattamente quante persone "servono" e che per che tipo di lavoro²⁵? Posto che considerare l'immigrazione solo come un bacino di manodopera più o meno qualificata non è assolutamente corretto, rimane impossibile calcolare esattamente quanto capitale umano domandi il mercato del lavoro, considerato che le quote sono fissate su livelli sufficientemente bassi (fino a un massimo di 3000 lavoratori all'anno per Paese) da garantirne un immediato assorbimento nel

²⁴ Si veda su questo punto SYKES, *The Welfare Economics of Immigration Law*, in SCHWARTS (a cura di), *Justice in Immigration*, Cambridge, 1995.

²⁵ L'Italia ha un sistema di quote ben sviluppato in vigore dal 1998. Secondo la normativa introdotta all'epoca, il governo pubblica un decreto annuale in cui sono indicate le quote suddivise per regione e settore occupazionale. Le quote sono fissate in base all'accordo tra diversi enti, tra cui il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, gli uffici locali e regionali, i sindacati e i datori di lavoro. Il totale delle quote è calcolato secondo i tassi di occupazione locali. Il decreto comprende le cosiddette "quote privilegiate" che fissano il numero massimo di lavoratori extracomunitari provenienti da paesi specifici (Studio sulle connessioni tra migrazione legale e illegale Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni - Studio sulle connessioni tra migrazione legale e illegale /COM/2004/0412 def./).

mercato del lavoro. Questo elemento risulta essere ancora più enigmatico, se si considera l'aumento di popolazione improduttiva nei Paesi del Nord dovuto alla transazione demografica²⁶ e al conseguente invecchiamento delle popolazioni più ricche che si è registrata con una diminuzione del tasso di mortalità. Parallelamente all'abbassamento del tasso di natalità per ragioni sociali e tecnologiche come la maggiore alfabetizzazione e l'aumento dell'utilizzo di tecnologie medico-sanitarie contraccettive, si sono registrate anche evoluzioni strutturali al mercato del lavoro che sono consistite in un ingresso massiccio delle donne sul mercato del lavoro, cosa che però non ha coinciso, soprattutto nei Paesi dell'Europa mediterranea, con politiche adeguate di conciliazione di vita privata e vita lavorativa. Se si vogliono considerare solamente le caratteristiche legate al mercato del lavoro, in questo contesto demografico si dimostra come la presenza immigrata diventi assolutamente sostanziale non solo per i lavori meno qualificati, ma anche per settori economici che richiedono un livello elevato di istruzione o formazione.

Il principio delle quote, tra l'altro, si basa sul fatto che l'aumento di popolazione immigrata potrebbe avere un effetto negativo sulla disoccupazione del Paese ricevente e sul livello salariale²⁷. Ma, considerando svariati studi empirici, si nota come

²⁶ «Le proiezioni di occupazione evidenziano carenza di manodopera nell'UE dovuta all'invecchiamento della forza lavoro e alla sua contrazione dopo il 2010. Inoltre, la ricerca indica che verosimilmente i flussi migratori non diminuiranno in un futuro prevedibile. Diversi studi hanno esaminato la questione se l'immigrazione costituisca o meno una soluzione per il declino demografico previsto. La comunicazione della Commissione su immigrazione, integrazione e occupazione (Commissione europea - Comunicazione della Commissione su immigrazione, integrazione e occupazione COM(2003) 336) ammetteva che nei prossimi anni l'immigrazione sarebbe stata sempre più necessaria per soddisfare le esigenze del mercato del lavoro UE. Tuttavia, allo stesso tempo è generalmente riconosciuto che l'immigrazione non è la soluzione all'invecchiamento demografico e che un tasso di immigrazione netto più elevato non esonererà i responsabili politici dall'attuare modifiche strutturali e di altro tipo per gestire l'impatto dell'invecchiamento demografico» (Studio sulle connessioni tra migrazione legale e illegale Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni - Studio sulle connessioni tra migrazione legale e illegale /COM/2004/0412 def./).

²⁷ Cfr. GREENWOOD-HUNT, *Economic Effects of Immigrants on Native and Workers: Complementarity, Substitutability, and Other Channels of Influence*,

in realtà l'impatto sui salari nazionali dell'immigrazione è minimo, ed inoltre c'è da considerare che gli immigrati non si sostituiscono alla forza-lavoro nazionale, ma piuttosto creano altri settori di impiego soprattutto poco qualificati, informali e poco remunerativi come dimostrato dal rapporto OECD del 2009 che non sono spesso presi proprio in considerazione dalla forza-lavoro autoctona: il lavoro immigrato appare così essere un complemento. Si pensi ad esempio al ruolo del lavoro informale domestico-assistenziale svolto soprattutto da lavoratrici immigrate in Italia e non una sostituzione del lavoro dei nativi, soprattutto in settori poco qualificati (low-skilled clusters). Perciò, come risultato l'immigrazione ha due effetti: il primo è di natura distributiva (per i lavori low e unskilled), il secondo, invece, crea un guadagno netto per il PIL nazionale perché fornisce ai datori di lavoro maggiori opportunità nel far fruttare il capitale umano, tecnologico e la terra²⁸.

Se comunque, da una parte, la Law and Economics ritiene che un investimento sulla skilled migration sia meno costosa e quindi auspicabile, c'è anche chi si preoccupa, come Posner, degli effetti che questo brain-drain (concetto individuato dagli anni '70) potrebbe avere sui Paesi di origine (in termine non di depauperamento delle risorse umane per il Paese di partenza, ma in termini di problemi di immigrazione che questo fenomeno potrebbe causare nei Paesi di transito e di destinazione); nonostante tutto, questa posizione dimentica gli effetti positivi che la migrazione qualificata potrebbe avere in termini di sviluppo (tramite le rimesse) e di networking nel Paese di origine ("brain drain with a brain gain"²⁹) e sembrerebbe avere uno sguardo un po' troppo "paternalistico" nei confronti dei Paesi di

in *Southern Economic Journal*, Vol. 61/ 4, 1995, 1076-1097; ABOWD-FREEMAN, *Introduction and Summary*, in ABOWD-FREEMAN (a cura di), *Immigration, Trade and the Labor Market*, Chicago, 1991, 1-25 e GASTON-NELSON, *Globalisation and Wages in OECD Economies: Linking Theory with Evidence*, in FRANCOIS-ROLAND-HOLST-VAN DER MENSBRUGGHE (a cura di), *Globalisation and Employment Patterns: Policy, Theory, and Evidence*, Oxford, 2000.

²⁸ BORJAS, *Welfare Reform, Labor Supply, and Health Insurance in the Immigrant Population*, NBER Working Papers 9781, National Bureau of Economic Research, Inc, 2003.

²⁹ MOUNTFORD, *Can a brain drain be good for growth in the source economy?*, in *Journal of Development Economics*, vol. 53(2), August 1997, 287 ss.

origine delle migrazioni⁵⁰. Il brain-drain, infatti, secondo Docquier e Rapoport, genera conseguenze estremamente positive sia se si considerano gli investimenti nell'istruzione che un Paese di origine sarà invitato a prendere in un "mercato di cervelli" aperto (effetto A-brain), sia se si considerano le ripercussioni che queste stesse politiche avranno su coloro i quali non emigrano (effetto A-drain)⁵¹. Lo sviluppo del capitale umano diventerebbe quindi un vettore nel Paese di origine sia per lo sviluppo sia per la crescita economica, limitando così il deflusso demografico.

Porre delle quote, comunque, non ridurrebbe di per sé tutti i tipi di immigrazione: tramite le diverse Convenzioni internazionali (Ginevra, nel 1951, e il relativo Protocollo del 1967, ma anche la Carta di Ottawa del 1986), il diritto internazionale ha posto delle categorie che sono escluse automaticamente da tutti i regimi di quote (rifugiati e richiedenti asilo), per motivi legati alle persecuzioni politiche, ma anche inerenti alla instabilità del Paese di provenienza, alle risorse economiche insufficienti, ai livelli di alimentazione e di condizioni abitative insufficientemente adeguate e agli ecosistemi instabili: queste categorie, però, benché non vengano completamente rispettate, rimangono comunque delle motivazioni che potrebbero osteggiare il sistema "quotativo". A maggior ragione, le quote, volte a minimizzare le esternalità negative e il cosiddetto "effetto congestione"⁵², in realtà potrebbero avere conseguenze insidiose. Ridurre lo Stato a un club⁵³, potrebbe, sì, avere degli effetti benefici sulla riduzione della migrazione, ma senza nessun controllo effettivamente "qualitativo" di chi accede alle quote, creando così dei costi aggiuntivi in termine di esclusione e di informazione

⁵⁰ TREBILCOCK, *The Law and Economics of Immigration Policy*, in *American Law and Economics Review*, cit.

⁵¹ RAPOPORT- DOCQUIER, *Are migrant minorities strategically self-selected?*, in *Journal of Population Economics*, vol. 11(4), 1998, 579 ss.

⁵² TREBILCOCK, *The Law and Economics of Immigration Policy*, in *American Law and Economics Review*, cit.

⁵³ Posto che sia possibile semplificare il concetto di Stato in «a voluntary group deriving mutual benefits from sharing one or more of the following: production costs, the members' characteristics, or a good characterized by excludable benefits», BUCHANAN, *An economic theory of clubs*, in *Economica*, vol. 32, 1965, 1-14.

asimmetrica³⁴, anche perché non si conosce quale sia il livello ottimale, in quanto è difficile avere un coordinamento tra gli agenti, ma è anche impossibile conoscere l'esatta composizione demografica dei Paesi di provenienza (in termini di età, istruzione, genere ed etnie), generando un problema di anti-commons³⁵ di esclusione massiccia e inefficiente dal "club" di coloro che invece godono dello status di "cittadini" o di "stranieri residenti".

Infine, un nuovo elemento economico è introdotto per limitare la circolazione e l'immigrazione, ostacolando la libertà personale: la monetizzazione del diritto all'immigrazione. L'eventuale compravendita di questo diritto come soluzione per limitarne l'utilizzo (o, in ogni caso, renderne difficile l'ottenimento per coloro i quali non siano disposti a pagare un determinato prezzo, più o meno alto a secondo delle politiche restrittive) non sembrerebbe ottenere dei risultati particolarmente soddisfacenti, anche se si considerasse inferiore al prezzo praticato dalle organizzazioni criminali³⁶.

Innanzitutto, la compravendita non può essere indirizzata alle categorie protette che soggiacciono alle diverse convezioni internazionali, come i rifugiati e i richiedenti asilo. Inoltre, dare

³⁴ HELSLEY- STRANGE, *Exclusion and the Theory of Clubs*, in *Canadian Journal of Economics*, Canadian Economics Association, vol. 24(4), 889-99, 1991; CORNES-SANDLER, *Equilibrium Existence and Uniqueness in Public Good Models: A Shorter Proof Via Contractions*, in *Keele Department of Economics Discussion Papers* (1995-2001), 96/18, Department of Economics, Keele University, 1996.

³⁵ La tragedia degli anti-commons, spiegata da HELLER, *The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets*, in *Harvard Law Review*, Vol. 111, No. 3, 1998, 621-688, è un fenomeno che prevede che agenti economici razionali sprechino in qualche sorta una determinata risorsa sotto-utilizzandola. Questo avviene quando alcuni individui possiedono un diritto esclusivo su una determinata risorsa (la cittadinanza, in questo caso) e, volendola mantenere esclusiva, peccano di cattiva gestione, eccessiva limitazione nell'accesso della fruizione della stessa e cattiva razionalizzazione.

³⁶ L'immigrazione illegale, che si basa in effetti proprio sulla compravendita di "permessi" di transito tra il migrante e le mafie che organizzano il trasporto, non pone solamente dei problemi etici circa il valore e l'oggetto di scambio tra la malavita e il migrante, ma postula anche problemi di diritto non solo alla vita, ma anche il diritto a richiedere asilo. Da un rapporto di Fortresse Europe (17 marzo 2012), infatti, si legge che almeno 18.244 persone sono morte alle frontiere dell'UE dal 1998, di cui 13.417 nel Mediterraneo e nell'Oceano Atlantico. Non solo: i soffocamenti, l'ipotermia, asfissia, atti razzisti, sono solo altri di alcune delle cause dei decessi.

un prezzo ad un diritto potrebbe essere controproducente per i governi che attuino politiche più restrittive nei confronti dell'immigrazione in quanto, se gli immigrati pagano il loro diritto, non esisterebbero più le argomentazioni inerenti al free-riding. Ma, soprattutto, far pagare per l'accesso suggerirebbe i problemi di club già visti in precedenza (lo Stato ospitante non è un cinema in cui pagare il diritto per un posto a sedere) e inoltre introducendo un prezzo in un contratto (di fatto incompleto) tra il migrante e il Paese in cui questo si reca, ci potrebbero essere dei problemi relativi alle informazioni degli agenti stessi modificando in maniera opposta a quella auspicabile il comportamento del migrante, in quanto molte più persone sarebbero incentivate a "acquistare" questo diritto³⁷.

L'ultima politica proposta è quella di rendere il diritto all'immigrazione un bene da poter mettere all'asta. I problemi concernenti questi tipi di azione, volta a conferire il diritto a chi lo valuta di più (procurando un guadagno per chi vende e per chi lo acquista), porta con sé molte contraddizioni, già espresse precedentemente. Di fatti, un ulteriore elemento che scardina l'idea che un "prezzo" potrebbe in qualche modo fungere da "setaccio" per discernere tra i migranti qualificati o non-qualificati, viene dato da alcuni dati empirici. L'immigrazione, infatti, non si può considerare come un fenomeno stabile e di breve periodo; viceversa, è un processo fluido i cui risultati sono apprezzabili nel lungo periodo³⁸. La non-qualificazione dei genitori immigrati, infatti, è sicuramente uno dei fattori che incentivano i figli a "riuscire", e il fatto che attualmente si registri un tasso di abbandono scolastico più alto tra le seconde generazioni di migranti, rispetto che ai nativi come evidenziato da un rapporto dell'U.S. Census Bureau del 2002, è un monito per comprendere che valore abbia l'educazione per le fasce meno integrate e meno abbienti della società, elemento che ha più a che vedere con la distribuzione di benessere all'interno della comunità nazionale, che con fattori pregiudiziali nei confronti di singole comunità immigrate.

³⁷ Cfr. GNEEZY- RUSTICHINI, *A fine is a price*, in *Journal of Legal Studies*, Vol. 29, No. 1, 2000.

³⁸ Su questo punto si veda CHANG, *The Immigration Paradox: Poverty, Distributive Justice, and Liberal Egalitarianism*, University of Pennsylvania Law School, Paper 22, 2003.

Secondo Becker e Posner, inoltre, non solo negare l'accesso alle cure mediche e all'istruzione ai migranti illegali potrebbe essere un modo per limitare le spese legate al welfare, ma ciò produrrebbe anche un disincentivo all'emigrazione da Paesi che probabilmente non forniscono lo stesso livello di benessere.

Questa proposta, non solo pone un problema etico, ma inoltre, risulta dimenticare che l'impatto della popolazione immigrata (illegalmente) ha un impatto minimo sulla spesa pubblica³⁹ mentre è invece la spesa per il controllo alle frontiere⁴⁰ ad aumentare incessantemente, come dimostra il caso statunitense. Inoltre, questa proposta risulta essere contraria al diritto internazionale consuetudinario e pattizio. Ad esempio, la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 Dicembre 1948 sancisce all' Art. 25 comma 1 che "Ogni individuo ha diritto ad un tenore di vita sufficiente a garantire la salute e il benessere proprio e della sua famiglia con particolare riguardo all'alimentazione, al vestiario, all'abitazione, e alle cure mediche e ai servizi sociali necessari; ed ha diritto alla sicurezza in caso di disoccupazione, malattia, invalidità vedovanza, vecchiaia o in ogni altro caso di perdita dei mezzi di sussistenza per circostanze indipendenti dalla sua volontà". Queste opzioni quindi risulterebbero tanto improduttive quanto assolutamente contrarie al diritto.

5. Conclusioni

Le soluzioni proposte, quindi, sembrerebbero del tutto inammissibili da un punto di vista umano, ma anche economico. L'importanza della migrazione come topos di scambio e di

³⁹ La spesa pubblica per gli immigrati illegali raggiunge i 10 miliardi di dollari annui <http://www.cis.org/articles/2004/fiscal.pdf>, nel 2010 sono stati spesi 17 miliardi di dollari solo per il controllo delle frontiere, http://americasvoiceonline.org/research/entry/charts_enforcement_spending_and_deportation_levels_continue_to_skyrocket, ultimi accessi 13/09/2012.

⁴⁰ Dal 1985 al 2002 per il controllo alle frontiere è aumentata del 750%, Department of Homeland Security's Yearbook of Immigration Statistics for 2002-2004 e the Statistical Yearbook of the Immigration and Naturalization Service for 1986-2001, http://www.migrationpolicy.org/ITFIAF/FactSheet_Spending.pdf, ultimo accesso 13/09/2012.

arricchimento delle culture dovrebbe essere uno dei punti di partenza delle riforme sull'immigrazione, per favorire una circolazione di capitale umano e sociale, ma anche per incrementare ricchezza economica e benessere. In questo senso, il ruolo giocato dalle rimesse risulta essere centrale: queste, infatti, hanno un maggiore impatto sulle comunità di origine, mitigando rischio e vulnerabilità, riducendo la povertà soprattutto in contesti non qualificati. Inoltre spesso finanziano l'istruzione dei più piccoli, soprattutto se sono le donne a distribuire le risorse familiari, diventando uno strumento "sociale" di emancipazione. Per ciò che riguarda lo statuto dei rifugiati e dei richiedenti asilo (statuto volutamente interpretato in maniera restrittiva), una potenziale riforma potrebbe essere quella che il riconoscimento dovrebbe essere dato solo dall'UNCHR, tramite una politica di centralizzazione⁴¹.

Per questo motivo, una più costruttiva politica migratoria dovrebbe essere preparata per generare la massimizzazione della produttività sia nei Paesi di origine sia in quelli di destinazione. Ciò significherebbe modificare lo statuto degli "illegali", convertendo gli attuali flussi non autorizzati in flussi legali, ammettendo il ruolo fino ad ora "invisibile" che gli immigrati rivestono nelle economie dei Paesi in cui transitano o arrivano, soprattutto in settori non qualificati come, il care e l'edilizia⁴². Promuovendo l'apertura delle frontiere, contemporaneamente a delle politiche di co-sviluppo e di solidarietà internazionale, si

⁴¹ Secondo quanto indicato da BUBB-KREMER-LEVINE, *The Economics of International Refugee Law*, John M. Olin Center for Law, Economics and Business at Harvard Law School, 2009.

⁴² Nel dossier dell'immigrazione della Confederazione Svizzera, del 2009 si legge «Nei settori con un'alta percentuale di manodopera immigrata non si è riscontrato alcun aumento significativo della disoccupazione. Il maggiore afflusso di manodopera straniera è stato riscontrato nelle categorie professionali nelle quali l'impiego della manodopera indigena è aumentato (in particolare nelle professioni di livello universitario o nel settore tecnico). Si tratta segnatamente di categorie professionali che, durante le precedenti fasi congiunturali favorevoli, avevano fatto velocemente riscontrare una carenza di personale. Risulta quindi che l'immigrazione permetta in realtà di sopperire efficacemente alla carenza di manodopera esistente in taluni settori in Svizzera. Questa immigrazione favorisce pertanto la crescita economica e contribuisce nel contempo a stimolare l'occupazione»; inoltre, considerando il volume di ricchezza, il FMI, a livello mondiale, ritiene che il sommerso sia il 50% dell'emerso, mentre c'è anche chi arriva ad ipotizzare moltiplicatori di 3 o 5 volte (OIM, 2009).

potrebbero avere dei risultati, che al di là della riduzione del numero di migranti nei Paesi di destinazione, promuoverebbero un reale incentivo alla crescita economica e allo sviluppo umano nei Paesi di origine⁴⁵. Le caratteristiche economiche delle rimesse sono che queste sono stabili nel tempo e sono anticicliche, cioè aumentano nei momenti difficili nei Paesi riceventi; contribuiscono a rendere più stabile il consumo nazionale, anche di beni “di lusso”, migliorando la posizione di credito nei Paesi beneficiari, in quanto riducono il debito, e quindi l’accesso ai mercati finanziari. I governi sarebbero dunque interessati a utilizzare le potenzialità economica delle rimesse invece che permettere che queste favoriscano solo parte della popolazione. Le rimesse infatti non vanno ad incidere sulle classi meno abbienti (in quanto queste non avevano le risorse per far emigrare parte dei propri componenti), cosa che crea ancora più gap e brain-drain; le politiche che invece si dovrebbero adottare per una gestione più propulsiva delle rimesse, sono il finanziamento della sanità e dell’istruzione per uomini e donne, bambini e bambine, ma anche le attività imprenditoriali, favorendo l’accesso femminile al mercato del lavoro nazionale in diversi settori per aumentarne l’empowerment, favorendone l’autonomia e diminuendone la vulnerabilità. Le politiche concertate tra i Paesi di arrivo e quelli di partenza, inoltre, rafforzando lo scambio di informazioni, la consultazione e la cooperazione tra gli Stati, ridurrebbero i rischi di fallimento delle stesse e diminuirebbero i costi legati all’asimmetria delle

⁴⁵ Le rimesse hanno un ruolo cruciale come fonte di capitale per i Paesi meno abbienti, da cui arrivano i migranti. Nel 2002 sono state equivalenti al 2,4% del PIL cumulato dei Paesi in via di Sviluppo, l’8,2 % delle loro esportazioni e il 10,4% degli investimenti cumulati, secondo l’OEDC nel 2006. Relativamente agli indicatori macroeconomici, le rimesse sono significativamente alte nei Paesi a basso e medio-basso PIL, rispetto ai paesi con un PIL medio. Sono equivalenti al 216% delle esportazioni delle West Bank e Gaza, al 90% di Capo Verde, più del 75% di quelli dall’Albania e dall’Uganda, e più del 50% delle esportazioni dalla Bosnia-Herzegovina, Sudan e Giordania. Le rimesse sono spesso usate in progetti di sviluppo (soprattutto per le donne e i bambini), favorendo la crescita economica e culturale delle famiglie nel Paese natale secondo l’ UNICEF nel 2007. Secondo la BM, nel 2005, le rimesse avrebbero un impatto positivo sullo sviluppo dei paesi riceventi per: la formazione di capitale umano – educazione (58% di spesa in più rispetto a chi non riceve rimesse), l’accesso a salute e l’utilizzo in business start-up e investimenti.

informazioni, quali la spesa per intraprendere un viaggio spesso infruttuoso, la spesa pubblica per la ritenzione e il rimpatrio, da parte dei migranti e dei Paesi di destinazione.

NOVITÀ NORMATIVE

RIORDINO DEGLI INCENTIVI ALLE IMPRESE.

Note a margine del decreto-legge 22 giugno 2012 n. 83, recante
“misure urgenti per la crescita del paese”

Francesca Romana DAU

*Assegnista di ricerca in Diritto pubblico comparato
nell'Università Statale di Milano¹*

1. La necessità di procedere al riordino dell'insieme delle fonti italiane in materia di sostegno pubblico alle attività economiche e produttive è argomento che affonda le radici in un ampio dibattito, sia in sede giuridica che in ambito economico.

La materia degli incentivi economici rientra in quell'insieme di misure giuridiche fondate sull'idea non di punire o sanzionare i soggetti dell'ordinamento, ma di premiare comportamenti ritenuti virtuosi, e attiene a quella che Bobbio definisce la “funzione premiale” del diritto (Cocozza, 2007). Tale funzione d'incentivazione, orientata a tutelare comportamenti utili per l'insieme dei consociati, può comportare sia la sottrazione del soggetto economico privato da un onere (agevolazione o esenzione fiscale), sia la concessione di benefici patrimoniali mediante veri e propri trasferimenti finanziari. L'elemento dirimente che distingue l'incentivo da altre forme di sussidi e interventi dello Stato nell'economia, tuttavia, è la controprestazione, nel senso che le agevolazioni concesse non sono erogate in cambio di un bene o servizio ricevuto, ma per il mantenimento di determinati obiettivi di produzione, d'investimento, di occupazione, o di altre finalità meritevoli di tutela e d'interesse per i fini promossi dallo Stato (Fonderico, 2007). Gli incentivi economici, dunque, corrispondono a una forma d'intervento che permette allo Stato di indirizzare una determinata attività economica o promuovere una specifica finalità. In questo caso, ciò che rileva per l'interesse pubblico è l'attività produttiva che contribuisce a far avverare dei risultati economici identificati, di volta in volta, nella ristrutturazione di siti industriali dismessi o situati in zone del territorio

¹ “Dote ricerca”: FSE, Regione Lombardia - Università Statale di Milano

particolarmente depresse o isolate, nella promozione dell'iniziativa economica e imprenditoriale di soggetti ritenuti deboli dall'ordinamento, come i giovani o le donne, nell'investimento in attività di ricerca e sviluppo, e così via (Giannini, 1989). Invece, il quadro normativo europeo ammette una nozione più ristretta, qualificando in senso tecnico come "aiuti di Stato" solo quelle misure pubbliche che soddisfino quattro requisiti, indipendentemente dalla forma dell'aiuto: l'origine pubblica, la produzione di un vantaggio economico per il destinatario, il carattere di selettività e l'influenza sulla concorrenza combinata con l'incidenza sugli scambi tra gli Stati membri (Curti Gialdino, 2012).

È noto a più parti, tanto nel mondo accademico (Giusti, 2007) quanto nell'amministrazione (Mise, 2009), che il quadro normativo di incentivazione sia particolarmente complesso e ipertrofico e, per molte parti, desueto. Come testimoniano diversi documenti, inoltre, è difficile sia calcolare la consistenza numerica dell'insieme delle fonti normative in materia, sia l'esatto ammontare delle risorse pubbliche trasferite alle imprese italiane.

Per quanto riguarda il primo dato, secondo la Relazione illustrativa allegata allo schema di decreto legislativo n. 330 del 2011, sono censite cento leggi nazionali, mentre secondo la Relazione annuale sugli interventi di sostegno alle attività economiche e produttive del Ministero dello sviluppo economico del 2009, sarebbero sicuramente più di sessanta (MISE, 2009). È stato dimostrato, inoltre, che l'88% delle agevolazioni approvate è riconducibile solamente a quindici leggi, mentre le due leggi più note, la n. 488 del 1992 e la n. 388 del 2000, erogano da sole un terzo dei finanziamenti (De Blasio, Lotti, 2008). Per quanto riguarda il secondo dato, la difficoltà di offrire una ricognizione organica della normativa statale sul tema è legata anche all'assenza di una definizione unitaria di "incentivi alle imprese" nelle contabilità delle amministrazioni pubbliche centrali (Giavazzi, 2012; Nannariello, 2012).

Il riordino e la razionalizzazione della disciplina delle incentivazioni e delle agevolazioni per lo sviluppo delle attività imprenditoriali è stata oggetto di diversi tentativi di riforma dei precedenti Governi, senza mai giungere a un'opera completa e organica. Il processo di riforma è stato avviato nel corso del 2004 (Mise, 2005), con l'elaborazione da parte delle amministrazioni

un “*Testo unico per il riordino e la razionalizzazione del sistema degli incentivi*”, sull’onda di quanto avviato con il decreto legislativo 123/98, ed era fortemente auspicata l’ipotesi di procedere ad un riassetto per categorie e procedure di incentivazione automatica, valutativa e negoziale (Meschino, Lascialfari, Sole 24 ore, 2004). Tale necessità è nuovamente manifestata in modo esplicito nel 2006 quando venne approvato un progetto per il riordino degli incentivi nel disegno di legge per la competitività ed il rilancio della politica industriale, c.d. “*Industria 2015*” (De Blasio, Lotti, 2008). Tra le numerose misure, vi era anche la richiesta al Parlamento di ottenere una delega per riordinare le norme di sostegno alle imprese di competenza del Ministero dello sviluppo economico. Con l’approvazione della delega contenuta nell’art. 3.2 della legge 99/2009, che fissava il termine per l’esercizio al 15 agosto 2010, poi prorogato di altri sei mesi, il Governo veniva nuovamente investito di tale onere. Si procedeva, pertanto, alla redazione dello schema di decreto legislativo n. 330 recante “*riordino della disciplina della programmazione negoziata e degli incentivi per lo sviluppo del territorio, degli interventi di reindustrializzazione di aree di crisi e degli incentivi per la ricerca, lo sviluppo e l’innovazione di competenza del Ministero dello sviluppo economico*”, uno strumento normativo particolarmente ambizioso ma rimasto nel cassetto per scadenza di termini.

Successivamente, a dimostrazione del pressante interesse del legislatore ad intervenire nella materia, veniva introdotta una nuova proroga di termini per l’esercizio della summenzionata delega, all’art. 10 dello Statuto delle imprese. Tuttavia, solo il 22 giugno scorso, con l’approvazione del decreto recante “*misure urgenti per la crescita del Paese*”, convertito in legge il 7 agosto 2012 (Legge n. 134/2012), il tema del riordino degli incentivi ha trovato una parziale collocazione normativa. La tanto invocata riforma, nel senso del “riordino”, difatti, ha avuto una sorte controversa. Fino a maggio di quest’anno, era circolata la bozza di un decreto redatto dal ministero dello Sviluppo economico dedicato espressamente al riordino degli incentivi, mentre in un secondo momento è stato deciso di accorpate in un unico testo, anche il decreto per le infrastrutture e l’edilizia, redatto dal ministero delle Infrastrutture e dei trasporti, disattendendo manifestamente le aspettative di quanti già da tempo speravano nell’avvio di un complessivo riordino autonomo della materia. È

accaduto, dunque, che l'attività di riordino è rimasta menzionata nel preambolo del decreto n. 83 e relegata nella nicchia di un articolato normativo composto da quattro titoli contenenti una pluralità di misure dedicate alle infrastrutture, all'edilizia, ai trasporti, alla trasparenza nella P.A. e allo sviluppo economico. Nel frattempo, il Governo Monti ha combinato la necessità del riordino delle misure d'incentivazione alle imprese con le politiche di revisione della spesa pubblica (c.d. "*spending review*"), inserendo gli incentivi alle imprese tra le voci passibili di ristrutturazione e riduzione, e incaricando un Commissario *ad hoc* di redigere un rapporto e una bozza di decreto. Così, dopo l'entrata in vigore del decreto n. 83 è stato reso pubblico il Rapporto Giavazzi con allegato uno "*Schema di decreto legge sui contributi pubblici alle imprese*".

Nell'affrontare tale argomento, ci s'imbatte inevitabilmente in quattro testi principali redatti tra il 2011 e il 2012: la bozza di decreto legislativo n. 330, la bozza di riordino degli incentivi predisposta dal Ministero dello sviluppo economico, il decreto legge n. 83/2012, e la bozza Giavazzi. La bozza di decreto legislativo n. 330, in particolare, aveva avuto il merito di procedere al riordino degli incentivi anche tramite la suddivisione delle modalità di gestione fra procedure di carattere valutativo, negoziale e automatico; la bozza predisposta dal ministero dello sviluppo economico aveva il pregio di mantenere il progetto di un testo normativo unico e omogeneo che contenesse esclusivamente la disciplina del riordino degli incentivi; mentre la bozza Giavazzi è forse quella che produce effetti più dirompenti sul piano scientifico e culturale.

Per quanto questa nota si concentri esclusivamente sulla lettura delle disposizioni contenute nel decreto legge 83/2012, verrà operato, di volta in volta, un confronto con alcune misure contenute negli altri testi, con particolare attenzione alla bozza Giavazzi.

Il tema del riordino degli incentivi si presta ad almeno tre chiavi di lettura. La prima concerne gli aspetti propriamente giuridico-formali, relativi alla razionalizzazione delle fonti del diritto operanti in uno stesso settore, e si accumuna alle operazioni di "riordino" e di "codificazione" della disciplina normativa portata avanti in altri settori dell'ordinamento. La seconda si coniuga con i temi della politica finanziaria e identifica gli incentivi alle imprese come una voce di "spesa

aggredibile” all’interno del bilancio pubblico, ponendo conseguentemente domande circa l’ottimizzazione e l’efficacia di tali misure. La terza chiave di lettura, infine, concerne la disamina di quegli aspetti strettamente legati agli indirizzi di politica economica e industriale, come il rilancio della crescita del Paese e il sostegno pubblico all’aumento del PIL.

2. Per quanto attiene il piano giuridico-formale, il decreto 83/2012 reca tra le motivazioni che hanno giustificato un intervento emergenziale quella di “*emanare disposizioni (...) per il riordino degli incentivi per la crescita e lo sviluppo sostenibile*”. Tale progetto si pone perfettamente in linea con le esigenze di una società post-industrializzata, di garantire un’elevata qualità delle norme, sia sotto il profilo formale della redazione dei testi, sia sotto il profilo sostanziale, per garantire al singolo, in questo caso nell’espressione della sua libera iniziativa economica e imprenditoriale, di godere di un concerto di regole certe che permettano il mantenimento di un buon rapporto tra autorità e imprese (Raveraira, 2009).

La *ratio* che informa la parte relativa al riordino degli incentivi, come emerge dalla Relazione illustrativa, è quella di provvedere al riordino, alla razionalizzazione e alla riprogrammazione degli strumenti nazionali attraverso tre linee direttrici d’intervento: abrogazione di norme, semplificazione di procedure e rimodulazione di normative preesistenti.

La prima linea direttrice è anche quella più chiara e limpida nella sua formulazione, e inequivocabile dal punto di vista della sua individuazione all’interno dell’articolato. Il comma 7, dell’art. 23 stabilisce perentoriamente che “*Dalla data in vigore del presente decreto legge sono abrogate le disposizioni di legge indicate dall’allegato 1, fatto salvo quanto previsto dal comma 11 del presente articolo*”. Al comma 7, dunque, è disposta l’abrogazione di un sostanzioso numero di leggi relative ad incentivi, nell’intenzione di eliminare dall’ordinamento leggi che non sono più operative di fatto, o che non sono state rifinanziate ovvero ritenute obsolete e non più suscettibili di determinare un effettivo impatto sul sistema economico, operando un rinvio all’Allegato 1. Tale allegato elenca quarantatré strumenti normativi che al momento dell’entrata in vigore del decreto non vengono più applicati rispetto ai nuovi fatti. Il ricorso

all'abrogazione espressa, con l'indicazione puntuale delle fonti abrogate, permette di avere fin da subito certezza degli effetti abrogativi e dell'inesistenza giuridica delle disposizioni ivi menzionate (Caretti, De Siervo, 2006), offrendo all'ordinamento giuridico e agli operatori economici quell'immediatezza e certezza delle norme ancor più necessaria nei periodi di crisi economica.

Una simile operazione ha avuto anche il pregio di portare alla luce una parte della legislazione statale vigente relativa agli aiuti alle imprese che, andando oltre la mera logica della risoluzione delle antinomie tra le fonti, offre uno spaccato della storia dell'intervento statale nell'industria italiana. Tra gli strumenti normativi abrogati si trovano la legge n. 623 del 1959 recante *"Incentivi a favore delle medie e piccole industrie dell'artigianato"*, che aveva ampliato l'entità dei finanziamenti e degli interventi, ed era considerata una delle più significative degli anni '50. Così, l'introduzione dello strumento del credito agevolato al settore industriale, previsto nel D.P.R. n. 902 del 1976, altra fonte abrogata, era stato un passaggio cruciale per l'introduzione del credito agevolato al settore industriale, per quanto le agevolazioni speciali previste erano state ritenute troppo macchinose (Garella, 1985). Viene anche abrogata la legge che aveva caratterizzato gli anni '70, ossia la n. 675 del 1977 recante interventi per la ristrutturazione e la riconversione industriale, ed eliminata la legge n. 394 sui consorzi per l'esportazione del 1981, ritenuta oramai troppo limitativa rispetto alle attuali prospettive dell'internazionalizzazione. Anche la legge n. 488 del 1992 che rientrava tra le misure ordinarie di sostegno alle imprese e che, come si è detto in apertura, contribuiva a erogare un terzo delle incentivazioni, è stata abrogata.

Per quanto attiene la seconda linea direttrice, ossia la semplificazione di procedure amministrative, si possono ricordare l'art. 28 che predispone la semplificazione dei procedimenti agevolativi contenute nel pacchetto di misure c.d. *"Industria 2015"*; e la norma contenuta all'art. 29 che introduce un insieme di meccanismi di accelerazione nella definizione di procedimenti agevolativi, per permettere a imprese beneficiarie di incentivi già concesse, la sottrazione da oneri che ne rallentavano l'effettivo godimento.

Per quanto attiene la terza linea promossa, ossia la rimodulazione di normative pre-esistenti, è significativo l'intervento dell'art. 23, volto a riprogrammare le agevolazioni previste dalla legge 46/1982. Un'altra misura che interviene a rimodulare e aggiornare una normativa esistente è quella relativa alla definizione di una nuova tipologia di consorzi per l'internazionalizzazione, contenuta all'articolo 42.3, su cui si tornerà nel prossimo paragrafo per quanto concerne gli aspetti "premiali" del decreto.

L'insieme delle disposizioni di riordino formale degli incentivi appare ambiziosa nella sua programmazione iniziale e, tuttavia, ancora insoddisfacente sul piano dei risultati concreti. In altre parole, quella che viene definita come "l'attività di risistemazione delle disposizioni normative in modo da evitare duplicazioni, sovrapposizioni, contraddizioni e incertezze" (Savini, 2007, p. 15), avrebbe potuto sfociare nella stesura di un Testo unico.

3. La seconda chiave di lettura concerne il tema dell'analisi economica degli incentivi oramai indissolubilmente collegata con il problema della revisione della spesa pubblica e con la necessità di soddisfare un criterio di efficienza e ottimizzazione nell'allocazione delle (poche) risorse disponibili. A questo proposito, si devono distinguere due piani di intervento e di normazione, da una parte il problema della revisione della spesa e dall'altra il tema assai più ampio della valutazione *ex post* degli incentivi.

Nella prospettiva di ottimizzazione gestionale delle risorse esistenti, sono apprezzabili le misure che intervengono a rimodulare e riprogrammare normative esistenti, combinando le risorse in giacenza su determinati fondi con l'assegnazione a soggetti economici e piani d'investimento definiti in differenti leggi, contribuendo a sbloccare risorse arenate nei vicoli dell'amministrazione centrale oppure destinate a promuovere progetti non più in linea con le recenti trasformazioni socio-economiche. A titolo esemplificativo si possono citare le misure di riprogrammazione delle risorse contenute nel "*Fondo rotativo per il sostegno alle imprese e gli investimenti in ricerca*", dell'art. 30; lo sblocco e la riassegnazione delle risorse in giacenza sul

“Fondo per l’efficienza energetica”, di cui all’art. 31; e l’integrale ristrutturazione del “Fondo speciale rotativo per l’innovazione tecnologica”, all’art. 23.

La seconda prospettiva, di contro, è quella della valutazione *ex post* dell’efficacia degli incentivi sul sistema economico e sui settori beneficiati, elaborata dall’analisi economica. Tale valutazione viene svolta attraverso un’analisi controfattuale che parte dalla considerazione di cosa sarebbe successo e quali investimenti avrebbe fatto un’azienda in assenza del sussidio. La stessa letteratura condivide l’idea che per compiere un miglioramento decisivo ai fini della promozione della crescita e dello sviluppo, le misure di incentivazione debbano essere indissolubilmente collegate ai procedimenti di valutazione, secondo il principio del “nessun sussidio senza valutazione” (Alesina, in De Blasio, Lotti, 2008, p. 12). Sotto questo aspetto, il decreto convertito in legge ha sensibilmente ampliato la portata delle misure già previste dalla legge 266/1997 che aveva introdotto l’obbligo per il ministero dello Sviluppo economico di redigere una Relazione annuale sugli interventi di sostegno alle attività economiche e produttive. L’obiettivo della relazione era quello di effettuare un’attività di valutazione e di controllo sull’efficacia e sul rispetto delle finalità delle leggi e dei provvedimenti amministrativi in materia di sostegno alle attività economiche e produttive. L’art. 25, comma 4, del decreto legge ha ampliato lo spettro delle attività di valutazione e ha introdotto la possibilità far ricorso a strumenti di analisi economica come la formulazione di indicatori e valori-obiettivo per valutare l’efficacia degli interventi agevolativi. A complemento di ciò, la bozza del decreto Giavazzi avrebbe accennato alla possibilità di costituire un Comitato tecnico chiamato a verificare “*la necessità e l’idoneità a correggere la presenza di una situazione di fallimento di mercato*” per distinguere l’insieme delle norme abrogabili dagli incentivi giustificati, sulla base di un’analisi economica e non meramente politica (Giavazzi, 2012). Nella prospettiva di un taglio delle risorse il decreto n. 83 si è limitato ad abrogare alcuni contributi, senza offrire alcuna impostazione programmatica sulla nuova destinazione delle risorse risparmiate. Lo schema di decreto legge allegato al Rapporto Giavazzi, di contro, predisporrebbe l’abrogazione di tutti i contributi, salvo alcune eccezioni, per una stima pari a 10 miliardi l’anno. La “scure Giavazzi”, inoltre, non interverrebbe solo a drenare

risorse pubbliche. Quel che sembra particolarmente interessante è l'art. 6.4 con il quale si vorrebbe vincolare il legislatore a ricollocare, per legge, i risparmi ottenuti. La norma, così formulata *“I risparmi derivanti dall'applicazione delle norme del presente decreto-legge sono destinati alla riduzione del costo del lavoro”*, conterrebbe un preciso orientamento di politica economica, supportato anche da una previsione di crescita del PIL nel breve periodo (Giavazzi, 2012).

4. Per quanto attiene gli indirizzi di politica economica occorre innanzitutto ricordare alcune delle misure premiali introdotte *ex novo*. La prima è il credito d'imposta, di cui all'art. 24, concesso a tutte le imprese di qualsiasi settore e dimensione, che inseriscano nel bilancio degli investimenti per la ricerca e lo sviluppo, che appare essere il vero perno su cui si fonda la riforma. L'ambito soggettivo della norma comprende l'intero universo degli operatori economici identificato come l'insieme di *“tutte le imprese, indipendentemente dalla forma giuridica, dalle dimensioni aziendali, dal settore economico in cui operano nonché dal regime contabile adottato”*. L'ammontare del beneficio fiscale per l'assunzione di tali categorie di personale, secondo le tipologie contrattuali descritte, è pari al 35%, con un limite massimo di duecentomila euro annui per impresa. Il decreto individua anche precise sanzioni per l'uso improprio del beneficio, che comportano l'automatica decadenza dal diritto di usufruire del credito. Un simile incentivo, pur configurato come una sospensione d'imposta, si distingue per il suo carattere di automaticità, sistematicità e permanenza nell'ambito del sistema produttivo, e si colloca su di un terreno anfibio in cui si fonde l'intervento a supporto dell'economia con la proiezione verso un duplice fine di politica sociale, ossia l'aumento delle spese aziendali per la ricerca e lo sviluppo, e l'incentivazione all'occupazione e alla stabilizzazione di personale molto qualificato. È noto, inoltre, che il credito d'imposta costituisce uno strumento particolarmente efficace ed efficiente per concedere forme di aiuto pubblico alle attività produttive perché offre vantaggi in termini di rapidità di risposte da parte delle aziende, contenimento dei costi di gestione per l'amministrazione del sussidio e facilità di utilizzo per i beneficiari (Russo, Russetti,

2010) ed è dunque apprezzabile anche dal punto di vista di contenimento della spesa.

Un'altra misura premiale è prevista all'articolo 26 che introduce un sussidio, nella forma di posticipo del pagamento delle rate del finanziamento agevolato concesso dal Ministero dello sviluppo economico. È interessante osservare, come si legge nella Relazione illustrativa del decreto, che la norma codifica l'accordo firmato il 28 febbraio 2012, tra il Ministero dell'economia e delle finanze, l'ABI e le associazioni di rappresentanza datoriale, tra cui Confindustria e R.E TE. Imprese Italia, e si rende necessaria per evitare l'insolvenza di moltissimi operatori economici che incorrono in una temporanea difficoltà di pagare le rate del mutuo. Un'ulteriore misura premiale è la previsione dell'art. 42.3 che definisce i consorzi per l'internazionalizzazione al fine di concedere un nuovo incentivo, sotto forma di contributo per la copertura delle spese sostenute per l'esecuzione di progetti per l'internazionalizzazione fino a un massimo del 50 per cento del totale. In tale senso, l'art. 42.3 del decreto promuove e incentiva l'aggregazione delle imprese e la loro proiezione verso i mercati esteri, abrogando una tipologia societaria ritenuta ormai superata.

Tenendo conto che l'acuirsi della crisi economica ha avuto la duplice conseguenza di portare a un incremento dell'entità di benefici pubblici concessi dagli Stati al proprio sistema produttivo, in forma diretta e indiretta, e di segnare l'intensificarsi dell'azione di vigilanza della Commissione europea (Bellomo, 2011), è opportuno riprendere i capisaldi della normativa europea sugli aiuti di Stato per collocare le misure premiali previste dal decreto n. 83. È noto che il Trattato istitutivo dell'Unione europea vieta in via generale la concessione di aiuti alle imprese, in virtù dell'applicazione di un radicale principio della libera concorrenza e del funzionamento del mercato come definito all'art. 107 TFUE. Il sostegno pubblico all'economia può essere concesso e riconosciuto solo in via derogatoria ed eccezionale, nel quadro di una normativa specifica che coinvolga tanto i soggetti concessori quanto i soggetti beneficiari, con l'attivazione della procedura di notifica (Tesauro, 2010). L'esenzione dalla notifica, di contro, esprime non solo un limite al supporto pubblico dell'economia finalizzato a garantire l'equilibrio del mercato, ma può anche essere letto come "fonte d'indirizzi strategici idonei ad orientare verso obiettivi piuttosto

precisi e tangibili l'intervento pubblico nella materia economica" (Dani, 2001).

In tal senso, le agevolazioni introdotte *ex novo* dall'art. 42.3 sono ricondotte esplicitamente entro la normativa comunitaria degli aiuti *de minimis*, come disciplinato dal Regolamento CE n. 1998/2006 della Commissione, del 15 dicembre 2006, ossia di quei sussidi rientranti nella regola del valore minimo che si applica a determinati aiuti di entità minore, che non vengono fatti rientrare nella nozione in senso stretto di "aiuti di Stato". Oltre a prestare attenzione alla soglia di aiuti concessi dagli Stati, la Commissione europea ha avviato un percorso di riforma degli aiuti invitando gli Stati a ridurre l'entità e a indirizzare gli sforzi verso la promozione di obiettivi orizzontali, come la ricerca, l'innovazione e la valorizzazione del capitale umano (Corrente, 2008). Ora, se da una parte la politica economica portata avanti dal Governo italiano sembra essere in linea con le raccomandazioni della Commissione europea verso i c.d. "obiettivi orizzontali", sono state sollevate voci critiche da chi ritiene che si debba cominciare a elaborare una politica specifica d'innovazione che non ripartisca le risorse tra tanti attori, ma individui dei precisi canali di sviluppo e di crescita (Trigilia, 2012). D'altro canto, anche la Relazione ministeriale del 2005 evidenziava la necessità di far convogliare le poche risorse disponibili verso "pochi, fondamentali obiettivi" (Mise, 2005), elemento che sembra in parte essere disatteso dall'ampiezza soggettiva dei destinatari del credito di imposta e dalla genericità dei programmi disposti.

5. Per concludere, si può dire che qualcosa è stato fatto in termini di riordino delle fonti sul piano formale, qualcos'altro sul piano della migliore allocazione delle risorse disponibili, mentre ancora poco sul piano della previsione di strumenti per favorire la crescita e della *spending review*.

Si è detto che l'intenzione di riordinare e razionalizzare sul piano formale il sistema degli incentivi e aiuti alle imprese era buona, ma il risultato sembra ancora insoddisfacente, ed è venuta a mancare anche questa volta la possibilità di vedere raccolte in unico testo tutte le misure d'incentivazione all'attività imprenditoriale. Quel che appare meritevole del decreto in

commento, tuttavia, è l'intenzione di incidere sulla semplificazione delle procedure amministrative e burocratiche, incidendo sull'eliminazione di freni e lacci che rallentano le attività produttive e imprenditoriali e che difficilmente incorrono nello *sfavor* dell'Unione europea (Bellomo, 2011).

Sul versante della revisione della spesa e della valutazione degli aiuti alle imprese, la misura proposta dalla bozza Giavazzi di introdurre tagli per dieci miliardi di incentivi alle imprese e vincolare per legge la destinazione delle risorse risparmiate alla riduzione del cuneo fiscale, è rimasta del tutto inascoltata; mentre l'attività di valutazione *ex post* degli incentivi sembra ancora lontana dal ricevere una organica disciplina normativa nell'ordinamento, nonostante gli sforzi profusi.

L'intero capitolo del decreto relativo al riordino degli incentivi sembra orientato piuttosto alla razionalizzazione degli strumenti e delle risorse esistenti, che allo stanziamento di nuove. Lo stesso decreto legge segue piuttosto uno slittamento delle risorse dalle forme d'incentivazione diretta a quelle indirette, tramite incentivi fiscali (Nannariello, 2012), rimanendo nel solco di una politica apparentemente virtuosa. Il *quanto* s'incentiva, tuttavia, non è di per se indice del maggiore o minore contributo pubblico alla crescita delle attività produttive e dell'effettiva sostenibilità dell'operazione per il bilancio, ma si deve considerare anche il *cosa* si incentiva e il *come*.

BIBLIOGRAFIA

- G. AMATO, *Il governo dell'industria in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1972.
- G. BELLOMO, *Corte di giustizia dell'Unione europea (prima sezione). Sentenza 22 dicembre 2010, causa C-304/09. Commissione europea c. Repubblica italiana*, in DPCE, vol. 2, 2011.
- P. CARETTI - U. DE SIERVO, *Istituzioni di diritto pubblico*, Giappichelli, Torino, 2006.
- S. CASSESE, *La nuova Costituzione economica*, Laterza, Bari, 2000.
- F. COCOZZA, *Diritto pubblico applicato all'economia*, 2° ed., Giappichelli, Torino, 2007.
- G. CORRENTE, *Il sistema degli incentivi tra continuità e riforma*, in R. COLAIZZO - A. VERRI (a cura di), *Innovazioni e riforme degli aiuti alle imprese*, Formez, Roma 2008.
- C. CURTI GIALDINO (a cura di), *Codice dell'Unione europea*, Simone, Napoli, 2012.
- D. SERRANI, *Lo Stato finanziatore*, Angeli, Milano, 1971.
- M. DANI, *Razionalizzazione e riqualificazione strategica degli aiuti di Stato alle imprese: indirizzi emergenti da alcuni recenti regolamenti della Commissione in materia di "aiuti di stato orizzontali"*, in DPCE, vol. 2, 2001.
- G. DE BLASIO - F. LOTTI, *La valutazione degli aiuti alle imprese*, Il Mulino, Bologna, 2008.
- G. FONDERICO, *Aiuti alle imprese* (voce), in *Il Diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 ore*, Nuovo Istituto italiano d'Arti grafiche, Bergamo, 2007.
- F. GARELLA, *Interpretazione degli indirizzi costituzionali nella legislazione parlamentare riguardante lo sviluppo delle attività imprenditoriali pubbliche e private*, in M. D'ANTONIO (a cura di), *La Costituzione economica. Prospettive di riforma dell'ordinamento economico*, Il Sole 24 ore, Milano, 1985.
- M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Il Mulino, Bologna, 1989.
- F. GIAVAZZI ET AL., *Analisi e raccomandazioni sul tema di Contributi Pubblici alle Imprese*, Roma, 2012.
- M. GIUSTI, *Fondamenti di diritto dell'economia*, 2° ed., Cedam, Padova, 2007.
- G. MESCHINO - C. LASCIALFARI, *Guida al sistema degli incentivi: il modello 488 e il ruolo delle banche nel riordino degli incentivi*, Il Sole 24 ore, Milano, 2004.
- MINISTERO DELLO SVILUPPO ECONOMICO, *Relazione sugli interventi di sostegno alle attività economiche e produttive*, Giugno 2007, Dipartimento per lo Sviluppo e la Coesione Economica, www.sviluppoeconomico.gov.it.
- MINISTERO DELLO SVILUPPO ECONOMICO, *Relazione sugli interventi di sostegno alle attività economiche e produttive*, Giugno 2008, Dipartimento per lo Sviluppo e la Coesione Economica, www.sviluppoeconomico.gov.it.
- MINISTERO DELLO SVILUPPO ECONOMICO, *Relazione sugli interventi di sostegno alle attività economiche e produttive*, Giugno 2009, Dipartimento per lo Sviluppo e la Coesione Economica, www.sviluppoeconomico.gov.it.
- G. NANNARIELLO, *I conti sugli incentivi alle imprese*, in www.lavoce.info, 4.01.2012.
- G. NANNARIELLO, *Prove di spending review sugli incentivi alle imprese*, in *Il Sole 24 ore*, 3.12.2011.
- G. NAPOLETANO, *Aiuti di Stato (Dir. U.E.)*, in *Il Diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 ore*, Nuovo Istituto italiano d'Arti grafiche, Bergamo, 2007.

- M. RAVERAIRA, *Presentazione del Focus Semplificazione e Qualità della Normazione*, in *federalismi.it Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato*, 20 maggio 2009.
- F. RUSSO - G. RUSSETTI, *Le agevolazioni alle imprese*, IPSOA. Wolters Kluwer, Milano, 2010.
- G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Cedam, Padova, 2010.
- C. TRIGILIA, *Incentivi, maneggiare con cura*, Corriere della Sera, 2012.
- G. SAVINI, *Esperienze di nuova codificazione: i codici di semplificazione di settore*, Cedam, Padova, 2007.

GIURISPRUDENZA

**LE “PRIMARIE” TRA AUTONOMIA PRIVATA
COLLETTIVA E TUTELA DELLA *PRIVACY*
(A MARGINE DI UN PROVVEDIMENTO DEL GARANTE
PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI)**

FAUSTO CAGGIA

*Ricercatore di Diritto privato comparato presso
l’Università di Enna “Kore”;*

1. Con un provvedimento che avrebbe, forse, meritato una più ampia motivazione, l’Autorità garante per la protezione dei dati personali decide in merito ai presupposti per l’esercizio del diritto di voto attivo nelle consultazioni “primarie” di uno schieramento elettorale ai fini della scelta del candidato *premier* della coalizione¹. L’asciuttezza del provvedimento, invero un carattere non infrequente delle decisioni del Garante, richiede che siano sintetizzati i fatti che hanno preceduto il ricorso anche al fine di meglio inquadrare i singoli profili giuridici della fattispecie².

Seguendo una prassi già largamente percorsa negli ultimi anni dai partiti o dalle coalizioni elettorali, il Partito democratico, la Sinistra ecologia libertà ed il Partito socialista italiano assumono la decisione di affidare la scelta del candidato alla Presidenza del Consiglio dei Ministri ad una consultazione di voto tra gli elettori in un momento collocato prima della ordinaria tornata elettorale politica, consultazione che assume quindi il nome di “primarie”³.

¹ Si tratta del provvedimento del Garante per la protezione dei dati personali n. 328 del 31 ottobre 2012

<http://www3.unisi.it/ianus/numero%206/primarie.pdf>

² Per alcune riflessioni critiche immediatamente a margine della prospettazione del contenuto delle regole alla luce del dibattito politico mi sia permesso rinviare al mio *Le regole per le primarie del centrosinistra riguardano tutti*, in *Libertiamo* del 18 ottobre 2012, consultabile in www.libertiamo.it/2012/10/18/le-regole-per-le-primarie-del-centro-sinistra-riguardano-tutti/

³ Una prassi che ha attirato l’attenzione anche della dottrina giuridica, tra cui si v., tra i più recenti contributi, P. MARSOCCI, *Le “primarie”: i partiti italiani alle prese con il metodo democratico*, in *Rivista Aic*, n. 2/2012, consultabile in www.rivistaaic.it/sites/default/files/rivista/articoli/allegati/

In assenza di una legge statale che disciplini la partecipazione alle primarie e le procedure di voto (mentre esistono leggi regionali in proposito), i partiti che compongono quella coalizione hanno avviato un processo di autoregolamentazione finalizzato a stabilirne i requisiti per essere legittimati all'esercizio di voto attivo e passivo, il numero di tornate elettorali ed il *quorum* per stabilire il candidato vincitore; al fine di garantire la regolarità del voto, il comitato organizzatore, composto da soggetti nominati dagli organi dei partiti che compongono la coalizione, ha stabilito che, al fianco dei tradizionali requisiti di età, residenza e limitazione dell'esercizio di voto per ragioni indicate dalla legge, i soggetti interessati a partecipare devono eseguire una registrazione, anche *on line*, destinata a formare un albo degli elettori di centrosinistra, ritirare un certificato elettorale specificatamente destinato alle primarie ed, al momento del voto, sottoscrivere una dichiarazione di impegno a sostenere la coalizione dei partiti che hanno indetto la consultazione, indipendentemente dall'esito. Nelle intenzioni del comitato organizzatore l'albo degli elettori alle primarie e le sottoscrizioni della dichiarazione d'impegno a sostenere la coalizione di centrosinistra non avrebbero dovuto semplicemente essere utilizzate ai fini delle procedure di voto ma sarebbero state rese pubbliche per costituire una banca dati degli aderenti allo schieramento politico ed essere utilizzata anche per campagne ed iniziative politiche future, scollegate, dal punto di vista organizzativo e funzionale, dalle "primarie".

Se, da un lato, le regole per la partecipazione al voto si fanno apprezzare per un tentativo di allargare la base elettorale anche in favore dei soggetti che non presentino il requisito della cittadinanza italiana, dall'altro, il loro contenuto solleva alcune perplessità, che ne incrinano la legittimità, rispetto ad un ingiustificato aggravamento della procedura se confrontata a ciò che si richiede per votare in una tornata elettorale ordinaria e che si esaurisce nella esibizione di un documento di identità e di tessera elettorale; allo stesso modo, motivi d'illegittimità si rappresentano in ordine al potenziale rischio di violazione della

Marsocci.pdf; E. ROSSI e L. GORI, *Le primarie in Italia: dalla prassi alle regole*, in *Quaderni costituzionali*, 2009, 619 ss.; C. FUSARO, *La legge regionale toscana sulle primarie*, in *Le Regioni*, XXXIII (2005), p. 441 ss.; G. PALLAVER, *Le primarie all'interno della Südtiroler Volkspartei*, in *Ibidem*, p. 459 ss.

privacy, ma anche del principio di segretezza del voto, che l'eventuale pubblicazione dell'albo degli elettori delle primarie e delle sottoscrizioni alla dichiarazione d'impegno a sostenere la coalizione mette in esponente.

I dubbi ed i motivi di illegittimità convincono i comitati che sostengono uno dei candidati, ed in particolare i "Comitati per Matteo Renzi", a ricorrere davanti al Garante per la protezione dei dati personali segnalando i rischi potenziali per la riservatezza degli elettori alle primarie se si fosse dato seguito alla pubblicazione di tali elenchi; in particolare si evidenzia che l'orientamento politico della persona gode, alla luce del *Codice per la protezione dei dati personali* (d'ora in avanti *Codice*), contenuto nel d. lgs. 30 giugno 2003, n. 196, di una tutela rafforzata dal momento che esso è ricondotto all'interno della categoria dei "dati sensibili", per il cui trattamento non è sufficiente la manifestazione del consenso scritto da parte del titolare ma anche il rispetto di particolari garanzie rispetto alla loro raccolta, trattamento e conservazione indicate con specifico provvedimento da richiedere preventivamente al Garante per la protezione dei dati personali (si v. in part. l'art. 26 dello stesso d. lgs.).

2. Prima di muovere ad analizzare il merito della decisione, conviene fermarsi su alcune argomentazioni utilizzate, nel dibattito che ha preceduto la scrittura delle regole di voto, come giustificazione per procedere ad un'autoregolamentazione da parte dei partiti.

La decisione d'introdurre la registrazione degli elettori e le dichiarazioni d'impegno a sostenere lo schieramento elettorale vuole perseguire il dichiarato obiettivo di garantire la regolarità delle procedure di voto, limitando così il rischio di fenomeni d'inquinamento per effetto della partecipazione di soggetti, che non appartengono al tradizionale bacino elettorale, o di episodi di voto plurimo.

A sostegno dell'adozione di questi presupposti, che, come si è detto, introducono requisiti più onerosi rispetto alla partecipazione alle ordinarie tornate elettorali, si è argomentato che, adottando questa prassi, si è affermata la volontà di avvicinarsi all'esperienza largamente sperimentata nel sistema

americano, dove la partecipazione alle elezioni “primarie” è condizionata alla registrazione nelle liste elettorali del partito che indice le consultazioni, con la conseguenza che, in quel sistema, si precostituisce una base degli aventi diritto al voto.

Quest’affermazione, che tenta di rappresentare in modo sintetico un modello che si assume come orientante, conduce ad una serie di semplificazioni, che ne mettono in discussione la correttezza stessa del rinvio, manifestandosi così come un tipico esempio di uso non appropriato della comparazione.

Accade, di fatti, ed accade di frequente, che quando parliamo di modelli stranieri, li evochiamo senza conoscerne non solo i dettagli ma neanche le caratteristiche principali, ignorando le ragioni storiche ed istituzionali della loro emersione. Questo errore si produce anche nel caso dell’individuazione delle regole da fissare per le procedure di voto delle consultazioni primarie nel momento in cui si apre un confronto con esperienze straniere, e con quella americana in particolare.

Gli elementi di discutibilità rispetto alla possibilità di “trapiantare” il modello americano nel sistema politico italiano insistono principalmente sulla scarsa considerazione di alcuni fattori di contesto in cui esso ha origine e segnatamente della storia delle istituzioni politiche e dei partiti di quel paese, della natura scarsamente ideologica dell’elettorato americano, così come dell’evoluzione dei sistemi elettorali e delle ragioni sottese ad essa⁴.

Rispetto al profilo delle modalità di consultazione dell’elettorato per la scelta dei candidati alle future elezioni, pur all’interno di un quadro dove prevale il ricorso alle primarie, si deve sottolineare che, in alcuni stati, si fa ricorso ad un tipo di consultazione che coincide con la partecipazione degli elettori in assemblee elettive, non limitate agli aderenti ad un partito, che viene comunemente indicato con il nome di *caucus*. Ma varianti

⁴ Per un’analisi dell’affermazione delle “primarie” attraverso le lenti della storia politica di quel paese, S. FABBRINI, *Il Presidenzialismo degli Stati Uniti*, Roma-Bari, 1993, p. 33 ss.; per uno studio nella prospettiva della comparazione giuridica E. MOSTACCI, *Le primarie negli Stati Uniti: partecipazione politica e ruolo dei partiti nelle elezioni presidenziali americane*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2008, 675 ss.; in termini più generali per una documentata analisi degli sviluppi del sistema elettorale americano G.F. FERRARI, *I sistemi elettorali negli Stati Uniti*, in *Riforme elettorali*, a cura di M. Luciani e M. Volpi, Roma-Bari, 1995, p. 273 ss.

tra loro alternative esistono anche all'interno dello stesso modello della scelta dei candidati fondato sulle "primarie", dove un momento di differenziazione, invero non l'unico, lo si incontra rispetto proprio al profilo dei requisiti per la partecipazione al voto. Se, infatti, il requisito della registrazione nelle liste elettorali, e la contestuale affiliazione ad un partito, è un requisito necessario per poter partecipare al suffragio, l'emersione di sottotipi nel modello la si osserva rispetto al profilo dell'apertura della consultazione ai soggetti registrati come elettori di partiti diversi da quello che indice le "primarie". In conseguenza di ciò è possibile isolare tre ipotesi di consultazioni "primarie": a) *chiuse*, alla quali possono partecipare solo gli elettori che sono registrati, da un certo periodo di tempo, quali sostenitori del partito che svolge la consultazione; b) *aperte*, alle quali sono ammessi tutti gli elettori registrati, anche dello schieramento avverso, purché non abbiano preso parte ad una consultazione di un altro partito, per la designazione delle candidature alla medesima elezione; c) *semi-chiuse*, che ammettono la partecipazione al voto da parte degli elettori già registrati come simpatizzanti, coloro che sono registrati come elettori indipendenti e quelli che si registrano al momento del voto⁵.

Questi meccanismi di registrazione devono però essere valutati alla luce di un elemento caratterizzante il sistema americano, che diversifica in modo profondo, si potrebbe dire svolgendo quasi una funzione di demarcatore sistemologico, questo sistema dall'esperienza italiana⁶. Questo elemento consiste nel fatto che il sistema di partecipazione al voto è fondato sull'istituto della *voter registration*, secondo cui ciascun cittadino americano può esercitare il diritto di voto, anche rispetto alle

⁵ Per una descrizione dei diversi modelli di consultazione dell'elettorato E. MOSTACCI, *Le primarie negli Stati Uniti: partecipazione politica e ruolo dei partiti nelle elezioni presidenziali americane*, cit., p. 685 s.

⁶ Nella letteratura comparatistica sono intesi come demarcatori sistemologici i dati utili per operare una classificazione degli ordinamenti giuridici, e tradizionalmente coincidenti con la dinamica con cui il sistema delle fonti del diritto viene ad operare, su cui A. GAMBARO e R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 1996, p. 44.

elezioni ordinarie, a condizione di aver soddisfatto l'onere dell'iscrizione nelle liste elettorali⁷.

Questo meccanismo appare quindi radicalmente diverso, e tende a perseguire finalità altre, rispetto alla dinamica di iscrizione nelle liste elettorali che caratterizza il sistema elettorale italiano, dove l'inserimento in tali elenchi è un effetto automatico del raggiungimento dell'età richiesta per esercitare il voto e della dichiarazione di residenza realizzata attraverso i registri di stato civile.

L'istituto della *voter registration* può essere spiegato nella storia delle elezioni americane, all'interno della quale sono stati molto frequenti e gravi i casi di inquinamento e di voto di scambio, una prassi favorita dal fatto che quel sistema non conosce un sistema omogeneo, tra stati, di identificazione e localizzazione dei cittadini americani⁸. Da qui quindi la necessità, che essendo incerti i meccanismi identificativi della persona, il diritto di voto è esercitabile solo adempiendo alla condizione d'isciversi in un registro di elettori, un meccanismo spesso indicato per spiegare le basse percentuali di partecipazione alle urne che caratterizzano quel sistema e su cui spesso si sono appuntate critiche di incostituzionalità⁹.

⁷ L'istituto ora conosce una regolamentazione a livello federale con l'adozione, nel 1993, del *National Voter Registration Act*, su cui, per alcune annotazioni, E. MOSTACCI, *Le primarie negli Stati Uniti: partecipazione politica e ruolo dei partiti nelle elezioni presidenziali americane*, cit., p. 685, nota 58.

⁸ Per una sintesi efficace delle ragioni storiche dell'adozione di meccanismi di registrazione dell'elettorato S. FABBRINI, *Che cosa sono le primarie americane?*, in *La Meridiana di Rivoli.it*, consultabile in http://www.lameridianadirivoli.it/index.php?option=com_content&view=article&id=177:per-capire-le-primarie-americane&catid=44:libero-pensatore&Itemid=72

⁹ Per un rilievo sull'incidenza dell'istituto sulle basse percentuali di *turn out* G.F. FERRARI, *I sistemi elettorali negli Stati Uniti*, cit., p. 289 ss.; per considerazioni critiche circa la sua legittimità D.S. JAMES, *Voter Registration: A Restriction on the Fundamental Right to Vote*, in *Yale L. J.*, 96 (1987), p. 1615 ss.; sugli effetti discriminatori fino alla modifica intervenuta con il *Voting Rights Act* del 1982, S.L. LAPIDUS, *Eradicating Racial Discrimination in Voter Registration: Rights and Remedies under the Voting Rights Act Amendments of 1982*, in *Fordham L. Rev.*, 52 (1983), p. 93 ss.; il meccanismo di voto condizionato ad una registrazione negli elenchi elettorali solleva tutt'ora le perplessità di porre in una condizione di sfavore le minoranze etniche ed i gruppi sociali appartenenti alle classi basse, problemi sui cui anche di recente si sono prodotte alcune indagini empiriche A.M., LEE, *Don't Save the Date: How More Restrictive State Voter Registration Deadlines Disenfranchise Minority*

3. Il meccanismo della registrazione degli elettori in appositi elenchi, già oggetto di critiche nel sistema dove trova una più larga diffusione, si arricchisce di ulteriori dubbi di legittimità rispetto al rischio che le informazioni contenute in questi elenchi possano essere pubblicamente diffuse. La circostanza che la procedura di voto, nel caso in esame, non sia oggetto di una norma di legge ma affidata all'autoregolamentazione dei partiti che compongono lo schieramento politico che indice le "primarie" ci pare che possa permettere d'inquadrare la fattispecie nella problematica dei limiti che è lecito porre all'autonomia collettiva privata; di fatti, il concorrere di più "soggetti dell'attività giuridica", come nel caso dei partiti di uno schieramento elettorale, alla definizione di regole vincolanti è evidentemente un'ipotesi di esercizio di attività negoziale che produce effetti su soggetti che non sono parti dell'accordo originario¹⁰; ci si deve quindi interrogare se, anche su questo terreno, possa essere riconosciuta un'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali, nel senso che, rispetto all'esercizio di questo potere privato, si possa opporre il limite della protezione della riservatezza dei soggetti toccati dagli effetti dell'atto di autonomia collettiva¹¹.

Movers, in *Colum. J. L. & Soc. Pobs.*, 43 (2009-2010), p. 245 ss.; P. DE OLIVEIRA, *Same Day Voter Registration: Post-Crawford Reform to Address the Growing Burdens on Lower-Income Voters*, in *Geo. J. on Poverty L. & Pol'y*, 16 (2009), p. 345 ss.

¹⁰ Il tema del contenuto e dei limiti dell'autonomia privata collettiva è legato alla vicenda storica e pratica dell'efficacia del contratto collettivo di lavoro ed ha trovato una compiuta rappresentazione teorica nel pensiero di F. SANTORO-PASSARELLI di cui si v. i contributi raccolti in *Saggi di diritto civile*, vol. I, Napoli, 1961, p. 103 ss.; per i successivi svolgimenti il richiamo è d'obbligo a P. RESCIGNO, *L'autonomia dei privati*, in Id., *Persona e comunità*, vol. II, Padova, 1988, p. 422 ss. (per una riflessione aggiornata dello stesso A. si v. ora *L'autonomia dei privati*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, p. 15 ss.); allo stesso modo, nel sistema americano, la legislazione che disciplina la materia dell'accesso e delle procedure per le primarie vive in conflitto con l'autonomia rivendicata dai partiti politici, su cui per alcuni cenni, anche con riferimenti alla giurisprudenza della Corte suprema federale, G.F. FERRARI, *I sistemi elettorali negli Stati Uniti*, cit., p. 288; E. MOSTACCI, *Le primarie negli Stati Uniti: partecipazione politica e ruolo dei partiti nelle elezioni presidenziali americane*, cit., p. 686 ss., dove si mette in luce che la regolamentazione delle "primarie" è il prodotto del concorso tra legislazione statale e statuti interni delle formazioni partitiche.

¹¹ Che l'autonomia dei privati non si possa tradurre in una zona sottratta al regolamento ed al controllo del potere pubblico ce lo ricorda P. RESCIGNO,

Da questo punto di vista appare senz'altro opportuno il ricorso davanti al Garante, che, nell'impugnare le regole di voto sotto il profilo della potenziale violazione della legge sul trattamento dei dati personali che avrebbe comportato la formazione di albi degli elettori da rendere pubblici successivamente all'espletamento delle consultazioni "primarie", ha fornito l'occasione all'autorità amministrativa di riaffermare l'applicazione di alcune regole rispetto alla raccolta ed uso di "dati sensibili" e d'invocare il rispetto di alcuni principi ispiratori contenuti nel *Codice* del 2006.

Il Garante per la protezione dei dati personali inquadra la fattispecie della raccolta delle adesioni in albi degli elettori delle primarie e delle dichiarazioni d'impegno a sostenere la coalizione organizzatrice del voto all'interno del contenuto dell'art. 26 del *Codice*, che dispone specifiche garanzie in materia di trattamento di dati sensibili; alla luce di questa disposizione, egli afferma che la raccolta di questi dati, in occasione di elezioni primarie, non è un'ipotesi in cui si possa derogare alla manifestazione di un consenso scritto da parte del soggetto titolare dell'informazione ed anzi la manifestazione di volontà non solo deve essere espressa ma anche garantita rispetto ai predicati di libertà e consapevolezza ed essere specifica rispetto ad un trattamento chiaramente individuato¹².

Il riferimento all'individuazione del trattamento cui il dato personale è destinato, da operare prima della manifestazione del consenso e quindi da inserire all'interno dell'informazione che si somministra al momento del voto, viene ulteriormente specificato nel senso che la raccolta deve rispettare i principi di necessità, finalità e proporzionalità, posti dagli artt. 3 e 11 del *Codice*¹³.

L'autonomia dei privati, cit., p. 426; mentre se a questo controllo possa appartenere anche una *Drittwirkung* dei diritti fondamentali è un tema che ha largamente impegnato la dottrina giuridica nella seconda metà del secolo scorso, su cui, all'interno di una vasta letteratura, per quella italiana ci pare sufficiente ricordare la ricerca, accurata anche circa i termini in cui esso si sviluppò nell'ambiente tedesco, di G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, Torino, 1970.

¹² Sulla disciplina speciale del trattamento dei "dati sensibili" S. M. MELLONI, *Il trattamento dei dati da parte dei soggetti privati: la disciplina del consenso*, in *Il Codice del trattamento dei dati personali*, a cura di V. Cuffaro, R. D'Orazio e V. Ricciuto, Torino, 2007, p. 215 ss.

¹³ Sull'origine e sulla successiva elaborazione dogmatica del principio di proporzionalità e di necessità, recepiti dal *Codice* ed ora invocati in una

Da quest'affermazione conseguono una serie di ricadute rispetto alla soluzione specifica del quesito sollevato con il ricorso. L'autorità garante, infatti, si affretta a sancire il divieto di qualsiasi forma di pubblicazione ed ammette la eventuale diffusione all'esterno solo se ciò sia "indispensabile" in rapporto alle finalità perseguite, che rimangono quelle di verificare la regolare procedura di voto nell'ambito delle consultazioni. Al fine di garantire l'efficacia di queste prescrizioni, la conservazione di questi dati sensibili deve conformarsi ad elevati *standard* di sicurezza, il che vuol dire, per i soggetti organizzatori, dotarsi di misure di prevenzione e di cautela finalizzate ad evitare il rischio che le informazioni contenute negli albi degli elettori e negli elenchi dei sottoscrittori possano essere illegittimamente sottratte da parte di terzi, non solo rispetto al momento della raccolta ma anche nella fase successiva della conservazione.

Le prescrizioni formulate dal Garante, che ribadiscono la specialità del trattamento, confermano la particolare sensibilità dell'oggetto delle informazioni che si raccolgono in occasione di questo tipo di consultazioni; esse appaiono diverse dalle ordinarie manifestazioni elettorali in quanto la mera partecipazione del soggetto al voto è indice evidente del suo orientamento politico e lo espone così a tutti i rischi di trattamento discriminatorio che la diffusione dell'informazione comporta. Del resto, la peculiarità della fattispecie, e quindi la specialità della disciplina che incrocia, ci viene confermata già dallo stesso *Codice*, che prevede, all'art. 62, una disposizione in materia d'informazioni contenute nelle liste elettorali, che sono qualificate d'interesse pubblico e di cui si ammette la possibilità che siano consultate per le finalità definite dall'art. 177, comma 5¹⁴.

fattispecie di esercizio di un potere privato collettivo, si v. le puntali indicazioni di G. RESTA, *Il diritto alla protezione dei dati personali*, in *Il Codice dei dati personali. Temi e problemi*, a cura di F. Cardarelli, S. Sica e V. Zeno-Zencovich, Milano, 2004, p. 45 ss.; su questo profilo della disciplina del trattamento dei dati personali v. anche R. D'ORAZIO, *Il principio di necessità nel trattamento dei dati personali*, in *Il Codice del trattamento dei dati personali*, cit., p. 19 ss.

¹⁴ Per una ricostruzione della disciplina del trattamento delle informazioni contenute nelle liste elettorali alla luce delle novità introdotte dal *Codice* A. ZITO, *Registri pubblici e albi professionali. Stato civile, anagrafi e liste*

4. Vi sono inoltre alcune questioni riconducibili alla vicenda in esame che, sebbene non specificatamente riportate all'attenzione del Garante, meritano qui di essere quanto meno segnalate al lettore.

Al di là dei problemi di diffusione esterna delle informazioni contenute negli elenchi degli elettori alle primarie, ulteriori dubbi di legittimità intorno alle modalità di accesso al voto possono prospettarsi segnatamente in ordine all'obbligatorietà della sottoscrizione di una dichiarazione di impegno a sostenere in futuro lo schieramento elettorale dei partiti che organizzano le primarie, qualunque sia l'esito del voto.

Sebbene a questa sottoscrizione appare evidente che non si possa attribuire alcun effetto giuridico di portata tale che si debba ritenere il soggetto vincolato ad adempiere (un'ipotesi che determinerebbe una violazione grave della libertà di esercizio del voto), ci si può chiedere se sia legittimo chiedere ai partecipanti la sottoscrizione come condizione per poter essere ammessi al voto. L'illegittimità dello "scambio", che si muove lungo il sinallagma determinato dall'ammettere il soggetto al voto a fronte di una dichiarazione che lo vincoli per il futuro nel suo orientamento di voto, ci pare che possa essere indicata nel fatto che ci si trovi di fronte ad una "condizione" illegittima apposta all'esercizio di una manifestazione del pensiero, cui la partecipazione ad elezioni primarie, non regolate dalla legge, deve essere ricondotta.

Ulteriormente sui limiti dell'autonomia privata collettiva cade la considerazione, anch'essa da formulare con accenti critici, se la fissazione di requisiti di partecipazione ad una manifestazione politica, come le elezioni "primarie", possa essere affidata ad una scelta rimessa ai partiti o agli schieramenti elettorali, soprattutto quando, questi tentativi di predeterminazione dei soggetti legittimati, si fondi sul ricorso a categorie e concetti come "elettorato o elettore di centrosinistra", "elettorato o elettore di centrodestra", "elettorato o elettore moderato" e "elettorato o elettore progressista".

elettorali, in *Il Codice del trattamento dei dati personali*, cit., p. 371 ss., in part. p. 374.

Al fianco della difficoltà indubbia di definire i confini di queste espressioni, che già sul terreno della letteratura politologica ricevono soluzioni diverse per divenire poi sfuggenti ed astratte sul terreno della identificazione sociologica, si avverte grave il rischio di pervenire al risultato di una classificazione degli individui in classi o categorie sociali di appartenenza in ragione dell'orientamento politico, rispetto ad un momento delicato della vita democratica, che coincide con il bilanciamento tra le istanze di partecipazione dei singoli e l'affermazione delle prerogative dei gruppi.



Ianus - Diritto e finanza

Rivista semestrale di studi giuridici

N. 6 - giugno 2012

Editore - Università di Siena, Via Banchi di sotto, 55 - 53100 Siena

Direttore responsabile: Angelo Barba

<https://www.rivistaianus.it>

Registrazione Tribunale di Siena n. 3 del 7 marzo 2008

ISSN: 1974-9805