

[rivista della regolazione dei mercati](#)

- [HOME](#)
- [PRESENTAZIONE](#)
- [ARCHIVIO](#)
- [CERCA](#)
- [PUBBLICARE SU RRM](#)
- [LINKS](#)
- [contatti](#)
- [NEWS](#)
- [EVENTI](#)
- [NEWSLETTER](#)

fascicolo 2|2015

- [INDICE](#)
 - [EDITORIALE, di M. Clarich](#)
 - [EDITORIALE, di G. Corso](#)
- [SAGGI](#)
 - [Eugenio Bruti Liberati, Politica di concorrenza e politica industriale tra unità e differenziazione](#)
 - [Elisenda Malaret, La regulación audiovisual entre democracia y mercado](#)
 - [Emanuele Boscolo, Il finanziamento statale quale strumento incentivale: tentativi e resistenze nel settore del trasporto pubblico locale](#)
 - [Allegra Canepa, La regolazione dei trasporti nel Regno Unito fra problemi di iper-regolazione, efficacia e rischi di policy divergence](#)
 - [Alessandro Candido, La governance dei trasporti in Italia: soggetti, livelli di governo, competenze](#)
 - [Federico Luiso, Il rapporto tra enforcement e regolazione dei mercati energetici](#)
 - [Simone Rodolfo Masera, La valorizzazione della risorsa idrica per la produzione di energia idroelettrica nell'interesse del cliente finale](#)
 - [Francesco Sclafani e Annalisa Durantini, Una nuova governance delle telecomunicazioni in Italia: la visione e il ruolo dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni](#)
- [COMMENTI](#)
 - [Alfredo Marra, Ottemperanza al giudicato e regolazione retroattiva](#)
 - [Gloria Maria Barsi, Gare per la distribuzione del gas e A.T.I. "sovradimensionate". Commento a Cons. Stato, sez. VI, 4 novembre 2014, n. 5423](#)
 - [Livia Lorenzoni, Il decreto legislativo 15 luglio 2015, n. 112 di attuazione della direttiva Recast 2012/34/UE che istituisce uno spazio ferroviario europeo unico](#)
 - [Angelo Maria Rovati e Serafina Piantedosi, Diritti audiovisivi sportivi e libera utilizzazione per finalità critica e discussione: nota a Consiglio di Stato, sez. III, 27 aprile 2015, n. 2156](#)
 - [Stefania Vasta, Concorrenza, norme deontologiche e decoro della professione](#)
- [DIBATTITI](#)
 - [Tullio Fanelli, Politica industriale e regolazione](#)
- [RECENSIONI](#)
 - [Giancarlo Montedoro, Il giudice e l'economia, Luiss University Press, Roma, 2015, p. 243 \(di Daria de Pretis\)](#)
 - [Rodolfo Sacco, Il diritto nudo, Neuroscienze, conoscenza tacita, valori condivisi, Il Mulino, Bologna, 2015, p. 184 \(di Gabriele Carlotti\)](#)

Editoriale

di **Marcello Clarich**

La "mano visibile" dello Stato nella crisi economica e finanziaria*

1. In una recensione a un volume sui cambiamenti costituzionali dell'ultimo ventennio nell'ordinamento italiano [1], Sabino Cassese osserva come il testo, per quanto ricco di considerazioni e spunti di riflessione, presenta una lacuna. Infatti non tratta "un tema che ha acquisito straordinaria importanza alla fine del ventennio, quello del governo dell'economia e del governo della costituzione economica".

Proprio questi due aspetti meritano invece un approfondimento per cercare di cogliere come siano mutate e quali siano oggi le caratteristiche della regolazione dei mercati e degli interventi dello Stato nella sfera economica. Si tratta di capire cioè come le vicende più recenti legate alla crisi finanziaria ed economica scoppiata nel 2008, che soltanto ora sembra essere in via di superamento, abbiano inciso sul modello di regolazione dei mercati dominante nell'ultimo ventennio e cioè sul cosiddetto Stato regolatore. Vanno dunque analizzati i mutamenti della Costituzione economica, da intendersi quest'ultima in senso ampio, cioè non soltanto come Costituzione formale, ma come includente anche le leggi, l'opinione pubblica, le prassi applicative, il ruolo delle amministrazioni e tutto ciò che, in definitiva, costituisce il diritto vivente [2].

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

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

Alla fase liberale e liberista, fa seguito, nel periodo che si estende dalla fine del XIX secolo alla metà del XX secolo, un nuovo modello di "Stato interventista", per effetto della prima industrializzazione e dell'affermarsi sulla scena politica e istituzionale di nuove ideologie. Si tratta di un modello caratterizzato dalla presenza massiccia dello Stato nell'economia e dall'alto numero di interventi pubblici anche con scopi dirigistici. Si pensi, per esempio, alla legge bancaria (r.d.l. 12 marzo 1936, n. 375), alla legislazione in materia del commercio, all'istituzione dell'IRI, alle esperienze, a livello locale, di socialismo municipale caratterizzate dall'assunzione, da parte dei pubblici poteri, dei compiti di gestione e titolarità dei servizi pubblici.

Negli anni '50 del secolo scorso con il progressivo incremento della presenza statale, anche in attuazione del disegno costituzionale delineato dalla Costituzione del 1948, emerge lo "Stato del benessere", connotato da interventi non solo nel campo economico, ma anche in quello sociale (sistema sanitario, assistenza sociale, ecc.). In questa fase lo "Stato imprenditore" (e finanziatore), già emerso nel periodo precedente in seguito all'assunzione diretta da parte dei pubblici poteri della gestione di aziende di produzione di un'ampia gamma di beni e servizi spesso in regime di monopolio legale, raggiunge il suo apice. Si procede infatti a una razionalizzazione del sistema delle partecipazioni statali, con l'istituzione del ministero delle Partecipazioni statali e dei comitati interministeriali per la produzione industriale (CIP) e per la programmazione economica (CIPE). Da essi dipendevano gli enti di gestione delle partecipazioni statali (IRI, ENI, EFIM) che a loro volta controllavano, attraverso subholding la galassia delle società operanti nei settori più disparati. Il modello conosce anche, in forma più o meno accentuata quale riflesso dell'influenza delle ideologie collettivistiche, la variante dello "Stato pianificatore".

Questo modello, che negli anni Settanta del secolo scorso aveva raggiunto lo sviluppo più pieno, entra in crisi negli anni '80. La crescita esponenziale della spesa pubblica aveva comportato infatti una crisi economico-finanziaria e fiscale. Si assisteva, anzitutto in Inghilterra e negli Stati Uniti, a una ripresa di ideologie antistataliste che rimettevano al centro del sistema il mercato e la sua sostanziale capacità di autoregolamentazione. In Europa, un'applicazione più rigorosa delle regole sugli aiuti di Stato metteva in discussione il modello dell'impresa pubblica, dominante in particolare nel contesto italiano, nel quale le perdite strutturali di molte imprese venivano periodicamente ripianate con risorse pubbliche (per esempio, con leggi di ricapitalizzazione dei fondi di dotazione degli enti di gestione delle partecipazioni statali). Inoltre una serie di direttive di liberalizzazione dei mercati (energia elettrica, comunicazioni elettroniche, trasporti, ecc.) aprivano alla concorrenza settori fino a quel momento dominati da imprese pubbliche operanti in regime di monopolio legale e rendevano necessaria l'introduzione di una cornice di regole rimesse in gran parte a nuovi tipi di autorità indipendenti.

Proprio a cavallo tra gli anni '80 e '90, si affermava così anche in Italia, sulla scia dell'esperienza anglosassone e sotto l'influsso del diritto europeo, lo "Stato regolatore" che ha rappresentato il paradigma dominante dell'ultimo ventennio, almeno fino alla crisi del 2008.

I suoi elementi portanti sono riassunti nella presentazione dell'ultima edizione del già citato volume di Sabino Cassese "La nuova costituzione economica" [4]: agli Stati si sostituiscono, per la disciplina dell'economia, istituzioni sovranazionali; l'ordinamento nazionale diventa parte di quello comunitario al quale deve adeguarsi [5]; il diritto comunitario finisce per stabilire le teste di capitolo del diritto pubblico dell'economia; l'assetto unitario dei poteri pubblici nazionali viene soppiantato dallo Stato multi-organizzativo [6]; i controlli diretti sono sostituiti dai controlli indiretti; il potere conformativo cede dinanzi al potere regolativo delle amministrazioni (la cosiddetta regolazione "condizionale" non più "finalistica" [7]); la gestione di imprese da parte di pubblici poteri diminuisce [8]; si affacciano i poteri indipendenti sull'esempio dell'Inghilterra ottocentesca e degli Stati Uniti [9]; il diritto pubblico fa largo ad un diritto misto, pubblico e privato insieme [10].

Per cogliere appieno il salto qualitativo prodotto dal nuovo paradigma dello Stato regolatore basta confrontarlo con il ruolo dello Stato nei rapporti economici tratteggiato nel volume di Massimo Severo Giannini dedicato al diritto pubblico dell'economia [11], nel quale è descritto e razionalizzato lo Stato interventista.

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

In particolare le parti dedicate ai servizi pubblici, alle nazionalizzazioni, alle pianificazioni, non giungono mai a mettere in discussione i presupposti dello Stato interventista. Le critiche sono preordinate soltanto a porre in evidenza le disfunzioni del modello (per esempio, la malorganizzazione e il "difetto politico") [12] per correggerlo e migliorarlo, non già per prefigurare la necessità di sostituirlo con uno di tipo diverso. Si tratta di una prospettiva quasi antitetica a quella che emerge dal volume di Sabino Cassese più volte citato, che per esempio dà rilievo, come chiave interpretativa della nuova Costituzione economica, alla spinta innovatrice che deriva dal diritto europeo e mette in evidenza, già nella scansione delle fasi evolutive prima ricordate, l'obsolescenza del modello precedente.

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

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

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

Le analogie sembrano molte, ma secondo la maggior parte degli economisti e degli storici dell'economia, tra i quali, in particolare, Gianni Tonolo [13], la crisi recente, per quanto grave, non è comunque paragonabile, né per dimensione né per implicazioni, a quella degli anni Trenta.

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

Si pensi, in primo luogo, alla regolazione dei settori bancario e finanziario introdotta proprio all'epoca della Grande crisi e, in particolare, alla creazione o alla riconfigurazione delle banche centrali e dei sistemi di vigilanza volti ad assicurare la sana e prudente gestione degli istituti di credito e a prevenire il rischio di fallimenti a catena [14]. Nella gestione della crisi degli ultimi anni, non a caso, le banche centrali hanno svolto un ruolo determinante iniettando dosi massicce di liquidità nel sistema volte a consentire alle istituzioni finanziarie, in un momento di crollo nella fiducia, di far fronte ai propri impegni. In particolare a livello

europeo, la Banca Centrale Europea (la BCE) ha agito anche in supplenza nei riguardi di altre istituzioni spingendosi fino ai limiti dei poteri conferitile dalle norme dei Trattati [15].

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

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

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

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

Si tratta di strumenti che finanche gli Stati più liberisti, come Stati Uniti e Gran Bretagna, hanno messo in opera sotto la pressione degli eventi e che sono stati ricondotti al "paradigma dello Stato salvatore" in "conseguenza del fallimento della regolazione", a sua volta determinato da "un fallimento della politica" [17].

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

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

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

Si pensi per esempio all'istituzione di nuove autorità di regolazione nel settore finanziario nel 2010 e al rafforzamento delle reti dei regolatori esistenti (anche in altri settori economici) operati dalle direttive europee di nuova generazione (in materia di energia elettrica [19], comunicazioni elettroniche [20], ecc.).

In Europa, in particolare, dopo il 2012, proprio come reazione all'aggravarsi della situazione che si stava trasformando in una crisi degli Stati sovrani, sono state introdotte regole più rigide di controllo della finanza pubblica (il cosiddetto *Fiscal compact* [21] ed è stato istituito un fondo salva-Stati attraverso una modifica al Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (art. 136). È stato istituito inoltre un meccanismo di vigilanza unico sulle istituzioni creditizie che fa capo alla Banca centrale europea [22]. Esso è stato concepito proprio per contrastare la frammentazione dei mercati finanziari a livello europeo che minacciava di compromettere l'integrità della moneta unica e del mercato interno e per superare gli atteggiamenti troppo tolleranti (*forbearance*) da parte dei regolatori di ciascun paese soprattutto nei confronti delle banche nazionali di maggior dimensione [23].

Il meccanismo di vigilanza unico costituisce "il primo pilastro" dell'Unione bancaria al quale si è già aggiunto, come "secondo pilastro", il meccanismo di risoluzione unico delle crisi bancarie operativo dal 2016 che persegue l'obiettivo di minimizzare l'esborso di danaro pubblico ai fini del salvataggio [24].

L'Unione bancaria costituisce un progetto ambizioso che determina un mutamento quasi "costituzionale" nei rapporti tra Stati nazionali e Unione europea [25]. Infatti i due primi pilastri si basano su un accentramento senza precedenti a livello di istituzioni europee di poteri anche amministrativi e sull'obbligo, per gli Stati membri, di mettere insieme, sia pure in ultima istanza, le risorse finanziarie per evitare le crisi sistemiche [26]. Sottrarre al potere esclusivo degli Stati nazionali la vigilanza bancaria e gli strumenti di risoluzione delle crisi significa mutare gli equilibri della Costituzione economica atteso che il sistema bancario costituisce la spina dorsale dell'intero sistema economico.

Sempre a livello europeo, di fronte all'esigenza di ampliare gli strumenti di intervento e alla difficoltà di imboccare in tempi brevi la via della modifica dei Trattati, si è arrivati sino al punto di ricorrere anche ad accordi intergovernativi tra un gruppo Stati membri, al di fuori della cornice istituzionale europea ordinaria, per risolvere problemi specifici e rinsaldare la regolazione economica [27].

Il perimetro della regolazione è stato poi esteso per includere operatori globali che sfuggivano in precedenza a ogni forma di controllo. È il caso delle agenzie di rating, protagoniste di questa crisi attesa la scarsa affidabilità delle loro valutazioni circa la solidità di alcuni istituti di credito che magari hanno goduto della "tripla A" fino al giorno in cui sono caduti in stato di illiquidità e di insolvenza. La risposta a livello europeo è stata l'introduzione di un sistema di vigilanza accentrato delle agenzie di rating [28].

Gli esiti di questi processi non sono prevedibili. Si potrebbe formulare l'ipotesi che l'ulteriore europeizzazione della Costituzione economica, impensabile solo fino a pochi anni fa, possa favorire nel lungo termine l'unione politica. Peraltro, la reazione delle opinioni pubbliche nazionali e di forze politiche di recente formazione (all'insegna del populismo e del nazionalismo di ritorno) nei confronti dei processi di integrazione settoriale, anche al di là della sfera economica e finanziaria (per esempio, nel campo delle regole sull'immigrazione), potrebbero ritenere più realistica la strada opposta della progressiva disgregazione e del recupero di peso specifico da parte degli Stati nazionali. A questo riguardo potrebbe risultare decisiva la rinegoziazione di alcune parti dei Trattati e delle regole europee, incluse quelle relative all'unione monetaria, richiesta dal Regno Unito in vista del referendum che verrà indetto nel 2016.

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

In particolare, riforme strutturali, come in particolare l'accentramento a livello europeo della vigilanza bancaria, non hanno comportato l'introduzione di elementi dirigistici nella regolazione, dei quali era intrisa per esempio la legge bancaria italiana del 1936. La liberalizzazione delle attività economiche non è stata

rimessa in discussione, le istituzioni finanziarie salvate con l'iniezione di risorse pubbliche sono ritornate in mano privata. La stessa della disciplina degli aiuti di Stato ha ripreso a essere applicata con rigore, come si è visto di recente anche nel nostro Paese in occasione delle misure di salvataggio di alcune banche e imprese colpite dalla crisi. Un ritorno dello Stato interventista alla vecchia maniera non sembra all'orizzonte.

Lo Stato regolatore non solo ha mantenuto inalterati le regole e gli apparati organizzativi portanti (in particolare le autorità di regolazione e antitrust), ma si è anzi arricchito di numerosi nuovi attori, sotto forma di agenzie ed organi che replicano su scala ancora più vasta il modello [29]. Le reti dei regolatori anche in ambito diverso da quello finanziario già istituite in epoca antecedente alla crisi, sono state rafforzate. L'arena pubblica dei regolatori è dunque sempre più affollata ma anche disordinata, soprattutto a livello internazionale.

Lo "spazio regolatorio" in ambito economico è occupato in modo rilevante, oltre che dai nuovi apparati amministrativi, anche dalla corti di giustizia nazionali ed europee. Si pensi, oltre alle sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione europea in materia antitrust che determinano effetti indiretti anche su mercati diversi da quello europeo, al recentissimo "caso Facebook" [30] riguardante la trasmissione dei dati dalla filiale irlandese di questo *social network* su server situati nel territorio degli Stati Uniti, dove questi ultimi venivano fatti oggetto di trattamento [31].

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

Tra i commentatori vi è infatti chi auspica un ritorno agli anni fausti della riduzione al minimo dell'ingerenza del pubblico nell'economia e alla centralità del mercato (mercato), abrogando o alleggerendo il carico delle regole in materia finanziaria introdotte negli ultimi anni [32], e chi invece ritiene che bisogna ridiscutere i presupposti anche epistemologici dell'economia di mercato e dei sistemi di regolazione.

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

Tra gli economisti e gli scienziati sociali, in particolare, è stata messa infatti in discussione la razionalità del mercato e dei suoi attori (*efficient market hypothesis*) [33]. Un ampio filone di studi sull'economia comportamentale ha messo in evidenza, anche attraverso esperimenti, come vi siano una serie di limiti e pregiudizi cognitivi (*bias*) dei vari attori economici che possono anche provocare reazioni inattese con effetti sistemici devastanti, magari in seguito all'apparizione, non prevista da nessuno, di un "cigno nero", per riprendere il titolo di un noto libro [34].

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

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

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

Per esempio, è stato messo in luce [36] come l'imprenditore più audace nel sistema economico sia sempre stato storicamente lo Stato e non, come ritengono i più, le imprese private. Lo Stato, infatti, ha sempre svolto una funzione di innovazione proprio perché, a differenza dei privati, non ha la pressione del profitto a breve termine e può investire in attività di ricerca che possono portare a uno sviluppo tecnologico che alla lunga cambia il modello economico. L'esempio classico è quello di Internet che è stato concepito all'interno del sistema della difesa americana (la *Defense Advanced Research Projects Agency*, cd. Darpa) e poi, nel tempo, ha prodotto qualcosa di estremamente più e senza dubbio imprevedibile. Lo stesso algoritmo che è alla base del successo di Google è stato finanziato da un organismo pubblico (la *National Science Foundation*). Casi più attuali sono quelli delle nanotecnologie o delle energie rinnovabili, sulle quali è lo Stato "innovatore" a investire.

In questo stesso ambito di ripensamento, è stato messo in dubbio che lo Stato regolatore sia stato effettivamente, anche nel suo periodo di massima affermazione, "neutrale" in termini di politica industriale [37].

Al contrario in più occasioni, lo Stato regolatore, pur proclamando di voler assumere un ruolo di mero arbitro nella competizione tra imprese private, si è ingerito negli assetti del mercato condizionandone gli sviluppi. In particolare le privatizzazioni non hanno affatto segnato la fine delle politiche industriali, che sono proseguite invece dai governi in molteplici forme, forse meno trasparenti, volte spesso a difendere e a rafforzare i "campioni nazionali" (anche in nome di una sorta di "patriottismo economico") elevando magari in "campioni europei". Come esempi sono stati citati l'operazione di privatizzazione di un'impresa pubblica (Gaz de France) preordinata a una fusione (con Suez) e alla formazione di un'impresa pur sempre francese di livello ancor più internazionale; le garanzie pubbliche rilasciate da soggetti come la Cassa Depositi e Prestiti o la *Kreditanstalt für Wiederaufbau*; la promozione di fondi di investimento sovrani (i *Fonds Stratégique d'Investissement* o *UK Financial Investments*); le "golden shares" preordinate a prevenire acquisizioni ostili giustificate in relazione a interessi pubblici come la difesa nazionale o la sicurezza degli approvvigionamenti; le politiche tariffarie che promuovono certi tipi di investimenti o certe tecnologie; i ritardi dello Stato francese nel rilascio della IV licenza di telefonia mobile i quali hanno, più o meno consapevolmente, favorito le imprese già esistenti.

Se volgiamo lo sguardo al caso italiano abbiamo molteplici esempi di politica industriale condotta dallo Stato, tra i quali le leggi quasi provvedimento per salvare l'Alitalia o altre aziende in crisi [38] e i casi più recenti di uso di strumenti messi per risolvere problemi specifici di singole imprese nazionali.

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

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

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

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

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

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

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

Il saggio sviluppa una relazione al Convegno su "Il mondo nuovo del diritto. Per gli 80 anni di Sabino Cassese" organizzato dall'Università degli Studi di Roma Tre il 20 ottobre 2015 ed è in corso di pubblicazione in un volume di M. Clarich curato da Luisa Torchia.

[1] Si tratta del volume a cura di M. CAVINO-L., MARISIO-S., SICARDI, *Vent'anni di Costituzione (1993-2013). Dibattiti e riforme nell'Italia tra due secoli*, Bologna, 2015 recensito da Sabino Cassese su *Il Domani* de *Il Sole 24 Ore* del 27 settembre 2015.

[2] È questa la nozione utilizzata da S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Bari, 2012, p. 4 (la prima edizione è del 1995).

[3] S. CASSESE, *op. cit.* Sul modello dello Stato regolatore la letteratura è molto ampia e basta in questa sede richiamare il volume di A. LA SPINA-G. MAIONE, *Lo Stato Regolatore*, Bologna, 2000.

[4] Si cfr. S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, cit., p. V ss.

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

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

[7] La distinzione tra regolazione finalistica e condizionale è omorsa da tempo nella letteratura amministrativa per segnalare il passaggio dal vecchio al nuovo modo di governo dell'economia per descritto [evoluzione cui è andata incontro la regolazione dei mercati, cfr. S. CASSESE, *Fondamento e natura dei poteri della Consob relativi all'informazione del mercato*, in AA.VV., *Sistema finanziario e controlli: dall'impresa al mercato*, Milano, 1986, p. 49 ss.; L. TORCHIA, *Il controllo pubblico della finanza privata*, Padova, 1992; G. VESPERINI, *La Consob e l'informazione del mercato mobiliare. Contributo allo studio della funzione regolativa*, Padova, 1993.

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

[9] Il riferimento è al proliferare delle autorità indipendenti, spesso direttamente legate in un sistema a rete alla struttura comunitaria di riferimento. Sul tema la letteratura è sterminata: cfr. S. CASSESE-C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 2006; M. D'ALBERTA, PAJANO (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, 2010; M. CLARICH, *Le autorità indipendenti: bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005.

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

[11] Cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1977 (la III ed. è del 1995).

[12] Cfr. *op. cit.*, p. 297 ss. (ed. 1995).

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

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

[15] Cfr. S. CASSESE, *La nuova architettura finanziaria europea*, in *Giornale dir. amm.*, 2014, n. 1, p. 79 che definisce il nuovo modello di vigilanza bancaria come "una pietra miliare nella costruzione europea, non meno importante della moneta unica e del vincolo del pareggio di bilancio".

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

[17] Si cfr. G. NAPOLITANO, *Il nuovo Stato salvatore: strumenti di intervento e assottiti istituzionali*, in *Giornale dir. amm.*, 2008, p. 1083 ss. Sul punto si vedano anche G. NAPOLITANO (a cura di), *Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, Bologna, 2012; R. M'CCO, *Lo Stato regolatore e la nuova Costituzione economica: paradigmi di fine secolo a confronto*, in P. CHIRULLI, M'CCO (a cura di), *Il modello europeo di regolazione*, Napoli, 2011, p. 138 ss.

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

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

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

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

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

[23] Cfr. E. BARUCCI-M. MESSORI (eds.), *The European banking system*, Firenze, 2014; M. CLARICH, *I poteri di vigilanza della Banca centrale europea*, in *Dir. pubbl.*, 2013, p. 975 ss.

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

[25] Sull'Unione Bancaria, si vedano M. MACCHIA, *L'architettura europea dell'Unione bancaria tra tecnica e politica*, Contributo in corso di pubblicazione negli «Studi per i 150 anni delle leggi di unificazione amministrativa»; L. TORCHIA, *Unione bancaria: un approccio continentale?*, in *Giornale dir. amm.*, 1, 2015; G. TOSATO, *The legal basis of the Banking Union*, in *Towards the European Banking Union*, in E. BARUCCI-MESSORI, *op. cit.*, p. 43; S. CASSESE, *La nuova architettura europea*, cit., p. 79 ss.

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

[27] Si pensi al già richiamato *Fiscal compact* e all'Accordo sul trasferimento e la messa in comune dei contributi al Fondo unico di risoluzione, fatto a Bruxelles il 21 gennaio 2014, tassello indispensabile dell'Unione bancaria perché il Meccanismo unico di risoluzione per le crisi bancarie (SRM) possa operare con piena efficacia.

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

[29] Per il settore finanziario ciò è particolarmente vero: cfr. E. CHITLICK, VESPERINI (a cura di), *The administrative architecture of financial integration. Institutional design, legal issues, Perspectives*, Bologna, 2015.

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

[31] Sul punto: la direttiva sul trattamento dei dati personali (direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995) dispone che il trasferimento di tali dati verso un paese terzo possa avere luogo, in linea di principio, solo se il paese terzo di cui trattasi garantisce per questi dati un adeguato livello di protezione. Mentre la Commissione europea aveva avallato questo tipo di esportazione di dati all'indiana agli Stati Uniti, la Corte di Giustizia ha ritenuto inaccettabili i sistemi generalizzati di raccolta e di analisi di dati personali adottati negli Stati Uniti dopo gli attacchi terroristici del 2001. Il caso Wikileaks ha fatto emergere un utilizzo indiscriminato e improprio di questi strumenti.

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

[33] Cfr. G.A. AKERLOF-D. ROMER-O.J. BLANCHARD-J.E. STIGLITZ, *What Have We Learned?*, The MIT Press, Cambridge, 2014, là dove si parla di crisi della teoria dell'efficienza (o onnipotenza) dei mercati e come questi possano avere gradi di efficacia diversa a seconda delle circostanze.

[34] Cfr. N.N. TALEB, *The Black Swan: The Impact of the Highly Improbable*, Random House, New York, 2007, trad. it., *Come l'improbabile governa la nostra vita*, Il Saggiatore, Milano, 2009. Sul dibattito relativo all'economia comportamentale cfr. D. KAHNEMAN, *Thinking fast and slow*, Penguin, London, 2001; M. MOTTERLINI, *Economia emotiva*, Milano, II ed., 2012, anche per altri riferimenti. Sul rapporto tra l'economia comportamentale e regolazione cfr. N. RANGONE, *Il contributo dell'economia comportamentale alla qualità delle regole*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 1, 2012, p. 153 ss.

[35] Da ultimo, il Presidente degli Stati Uniti il 15 settembre 2015 ha emanato un *Executive Order* indirizzato alle agenzie federali richiedendo ad esse di "identify policies, programs, and operations whose applying behavioral science insights may yield substantial improvements in public welfare, program outcomes, and program cost effectiveness".

[36] M. MAZZUCATO, *Lo stato innovatore*, Bari, 2015; R.H. THALER-C.R. SUNSTEIN, *La spinta gentile*, Milano, 2008.

[37] Si tratta dello scritto di M. THATCHER, *From old to new industrial policy via economic regulation*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, 2, 2014, pp. 6-22.

[38] Il riferimento è al d.l. 28 agosto 2008, n. 134.



Giappichelli Editore

NEWS

EVENTI

iscriviti alla
NEWSLETTER

Rivista della regolazione dei mercati - Rivista semestrale - ISSN:2284-2934 | Rivista registrata presso il Tribunale di Torino aut. N°31/2013